Justicia Administrativa

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial
LEX NOVA

REVISTA
Justicia Administrativa

CONSEJO ASESOR

Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad del País Vasco. **Javier Barnés Vázquez** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva. **Antonio Embid Irujo** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza. **Germán Fernández Farreres** Catedrático de Derecho administrativo. Universidad Complutense de Madrid. **Javier García Roca** Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid. **Francisco López Menudo** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Sevilla. **Ángel Menéndez Rexach** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Autónoma de Madrid. **Luis Ortega Álvarez** Catedrático de Derecho administrativo. Universidad de Castilla-La Mancha. **Manuel Rebollo Puig** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba. **Joaquín Tornos Mas** Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Barcelona.

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

SECRETARÍA TÉCNICA

Margarita Beladiez Rojo
Universidad Complutense de Madrid

© LEX NOVA 2003

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.

Justicia Administrativa
REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO **Nº 21** OCTUBRE 2003

Sumario:

DOCTRINA:

[5] **Reflexiones sobre la libertad, la seguridad y el Derecho**
LUCIANO PAREJO ALFONSO

[21] **Expulsión *versus* devolución en la vigente Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social**
MARÍA DEL PINO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

[279] **NOTAS BIBLIOGRÁFICAS**

Reflexiones sobre la libertad, la seguridad y el Derecho

LUCIANO PAREJO ALFONSO

Catedrático de
Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

Sumario:

I. La libertad y la seguridad en la Constitución. II. El binomio libertad-seguridad y su relación tradicional con el bien común. III. Los riesgos que afectan al binomio libertad-seguridad; su origen y su desarrollo actual. IV. El urbanismo: las manifestaciones espaciales actualizadoras de los riesgos analizados. V. La dignidad del hombre y el binomio libertad-seguridad.

I. LA LIBERTAD Y LA SEGURIDAD EN LA CONSTITUCIÓN

En nuestra Constitución (art. 17) la libertad y la seguridad aparecen reconocidas ciertamente como derechos distintos e, incluso, aparentemente contradictorios, pero claramente relacionados entre sí, estrechamente imbricados y, en realidad, complementarios, indisociables el uno del otro. Esta última circunstancia luce ya en la acepción positiva que de libertad da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua: la facultad de que se disfruta en naciones bien gobernadas para hacer y decir cuanto no se oponga a las Leyes, ni a las buenas costumbres. La ligazón al "buen gobierno" implica la seguridad, lo libre y exento de todo riesgo, peligro o daño, de suerte que puede decirse que la indispensable seguridad es condición de la libertad y que ésta determina aquélla.

Se trata en todo caso de dos derechos de igual consistencia y eficacia, de derechos fundamentales de la Sección Primera del Título I cuyo contenido goza de tutela judicial preferente y reforzada (con posibilidad, en último término, de amparo constitucional) y cuenta con un núcleo esencial protegido frente a la acción del legislador ordinario, necesaria en virtud de reserva constitucional y que ha de producirse –a la hora del desarrollo directo– en forma de Ley orgánica (arts. 53.1 y 2 y 81.1 CE). Pero su entronque con el

orden constitucional de valores superiores no se corresponde enteramente con este idéntico tratamiento en tanto que derechos fundamentales. Pues en dicho orden:

La libertad aparece expresamente consagrada como tal valor superior tanto en la caracterización del Estado constituido, como en la determinación del fundamento mismo del orden político y la paz social y, por tanto, de las concretas libertades públicas luego proclamadas: arts. 1.1 y 10.1 CE.	La seguridad, por el contrario, sólo implícitamente puede entenderse consagrada en el orden de valores superiores y el fundamento del orden político, concretamente a través, de un lado, de la justicia entendida como bien común y, de otro, de la paz social entendida como comprensiva del orden público (mínimo de efectividad real o "normalidad" precisa para la efectividad misma del orden constitucional) aludido en los arts. 16 y 21.1 CE (véanse las SSTC 33/1982 y 66/1985).
En el plano de los principios propios de las notas caracterizadoras del Estado constituido, la libertad aparece expresamente, junto significativamente con la igualdad, sólo a propósito del deber jurídico de acción positiva impuesto al Estado por razón de su carácter social (lo que pone de relieve la relación con la seguridad en términos de orden mínimo preciso) (art. 9.2 CE), por más que los principios proclamados en el art. 9.3 CE sean esenciales obviamente a todo sistema jurídico basado en la libertad.	En este mismo plano de los principios, la seguridad encuentra una proclamación expresa entre los propios del Estado de Derecho (art. 9.3 CE) siquiera sea bajo la forma más amplia de la seguridad jurídica.

En tanto que derechos fundamentales, la libertad y la seguridad presentan una construcción jurídica ciertamente específica, pero equivalente:

1. La libertad-derecho del art. 17 CE aparece como una más de las libertades públicas concretas (junto con la libertad-derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la de residencia y circulación y otras) en que se manifiesta el bien jurídico superior de la libertad proclamado en el art. 10.1 CE en términos de libre desarrollo de la personalidad. En este sentido, no es otra cosa –como señala la doctrina constitucional– que la autodeterminación por obra de la voluntad personal de una conducta lícita. De ahí la dificultad de su determinación positiva, que ha provocado que, en general, los intentos de determi-

nación, científicos y de la doctrina del Tribunal Constitucional, desemboquen bien en formulaciones negativas, bien en la reducción del derecho a su expresión en garantías, es decir, al entendimiento de éste como derecho reaccional frente a la privación ilegítima de la libertad. Frente a lo uno y lo otro, pero especialmente a esta última reducción, ha reaccionado eficazmente el malogrado profesor GARCÍA MORILLO, sosteniendo de modo convincente que, en definitiva la libertad personal consagrada en el art. 17 CE comprende únicamente las actividades humanas de carácter físico no protegidas específicamente por otras libertades-derechos (como las de los arts. 15 y 19 CE), con las que no se confunde. De ahí el carácter primario y residual de la libertad personal, ya que abarca todas manifestaciones de la libertad merecedoras de protección no cubiertas por derechos fundamentales autónomos. Por tanto se está ante la expresión subjetivada y concretada en derecho fundamental del valor superior de la libertad, en la traducción en derecho del principio de que todo lo no prohibido está permitido. Lo que significa: ante el derecho constitucional a disponer de la propia persona, a determinarse por la propia voluntad y actuar de acuerdo con ésta, salvo prohibición constitucionalmente legítima.

LA SEGURIDAD ES UN BIEN Y UN PRINCIPIO GENERAL DE RANGO CONSTITUCIONAL QUE AL IGUAL QUE LA LIBERTAD PERSONAL EXIGE LA CORRESPONDIENTE PRESTACIÓN POR EL PODER PÚBLICO EN FORMA DE ACCIÓN ADMINISTRATIVA PREVENTIVA Y REPRESIVA

Aunque de lo dicho parezca inferirse que el derecho a la libertad personal se limita a acotar un espacio puramente defensivo, resistente a toda incidencia negativa, limitadora o de privación por parte del poder público (con lo que la acción positiva de éste nada tiene que ver en la realización y efectividad de aquélla), lo cierto es que en la compleja sociedad actual va adquiriendo progresiva consistencia positiva (en el sentido de conferir título para reclamar del poder público la acción que sea precisa para su real y plena efectividad, como ya prevé, de otro lado, el art. 9.2 CE), fundamentalmente a través de su conexión con los bienes y valores constitucionalmente protegidos a título de principios rectores de la política social y económica de los poderes constituidos (los previstos en el capítulo III del título I de la norma fundamental). Y ello en la medida en que tales bienes y valores pasen a formar parte del contenido constitucionalmente declarado de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Ya la STC 13/1992 (y luego también las SSTC 16/1996 y 173/1998) puso de relieve la importancia de los servicios y las prestaciones sociales para los derechos subjetivos de libertad a los efectos de sostener que, si bien no construidos directamente como derechos subjetivos, los contenidos del capítulo III del título I CE otorgan soporte al ejercicio de la competencia atribuida a las institu-

ciones generales por el artículo 149.1.1 CE para establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales. Y la STC 119/2001, de 24 de mayo, ha dado recientemente el salto decisivo a la afirmación del bien-valor "medio ambiente adecuado" (proclamado en el artículo 45 CE) como elemento componente del contenido de derechos típicos de libertad, como lo son el derecho al honor y a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio.

2. También la seguridad a que se refiere el art. 17 CE tiene la condición de derecho fundamental-libertad pública. Aunque el Tribunal Constitucional ha señalado que ésta no se confunde con la seguridad jurídica a que se refiere el art. 9.3 CE, es claro que ambas están relacionadas, estando la primera comprendida en la segunda, en tanto que forma esta superior del valor de la seguridad entendida como ausencia de perturbaciones procedentes de medidas arbitrarias. Igual que la libertad se concreta en una pluralidad de libertades públicas específicas, también la seguridad jurídica guarda relación con diversas manifestaciones específicas del valor "seguridad", todas las cuales culminan y adquieren sentido en definitiva desde y en función de aquel principio general.

La seguridad como derecho y libertad se inscribe en el orden público al que alude la norma fundamental como límite de otros derechos fundamentales y libertades públicas (así los proclamados en los arts. 16 y 21 CE) y en la noción más amplia de "paz social" a que se refiere el art. 10.1 CE desde la perspectiva de la libertad y el orden de los derechos inherentes a la persona. La seguridad es aquí equivalente al estado de normalidad mínima (en sentido material o real) precisa para la efectividad de los derechos y las libertades de la persona. Lo que en modo alguno significa que sea un concepto carente de sustancia jurídica.

La seguridad y el orden público son, en efecto y al mismo tiempo, i) exigencias del orden jurídico (para su efectividad) y ii) consecuencia de ese orden jurídico (pues no hay ni puede haber otra seguridad que la derivable y justificable en el orden jurídico y, en último término, el orden constitucional mismo). De ahí que la seguridad, precisamente junto con el libre ejercicio de los derechos y las libertades, sea tratada igualmente en la Constitución (art. 104.1) como responsabilidad, objetivo y resultado de la acción del poder público, concretamente del administrativo. Hay aquí además una clara reconducción de la seguridad como normalidad real mínima a la seguridad jurídica: aquélla aparece como basamento del edificio coronado por ésta.

Precisamente porque la seguridad jurídica es un bien y un principio general de rango constitucional, la seguridad en sentido material (normalidad mínima precisa para la efectividad del orden jurídico) es un derecho subjetivo y un derecho subjetivo fundamental, que, al igual que la libertad personal a la que está íntimamente ligada, remite a la exigibilidad de la correspondiente prestación por parte del poder público en forma de acción administrativa (policial) preventiva y, en su caso, represiva, precisa para su garantía. De donde se sigue el error de la extendida consideración de la libertad como esen-

cialmente refractaria a la incidencia de la acción administrativa. De la interpretación conjunta de los artículos 97, 103, 104 y 149.1.29º CE resulta con claridad que la acción administrativa policial percute con normalidad en la libertad, pues sin aquélla –la acción preventiva constante para evitar que los riesgos y peligros de perturbación de la normalidad mínima se actualicen y la represiva para lograr el restablecimiento de ésta– tal normalidad mínima, es decir, la seguridad personal real no puede existir y, por tanto, tampoco la seguridad jurídica a la que proporciona su base última fáctica o real. En otras palabras: sin una acción policial eficaz o lo que es lo mismo productora de seguridad ciudadana de modo constante no puede darse el estado de normalidad mínima que es presupuesto e integra el ambiente preciso para la efectividad de la libertad.

En definitiva: la libertad y la seguridad, en tanto que bienes estrechamente imbricados, se inscriben en el orden jurídico cuya efectividad es misión del Estado. Lo que hace referencia a la tradicional relación entre libertad y utilidad común, la *koinon* griega que pasa a Roma como *bonum commune*.

II. EL BINOMIO LIBERTAD–SEGURIDAD Y SU RELACIÓN TRADICIONAL CON EL BIEN COMÚN

Lo justo políticamente, que se expresa en la Ley (Derecho), produce libertad en la seguridad gracias a la *homonoia* o consenso sobre los aspectos básicos de la convivencia. De ahí la indisociabilidad de libertad y seguridad.

Alcanzado este punto, parece pertinente un pequeño excurso en torno a esta tradicional relación entre Derecho y Ley gracias –en el mundo griego (PLATÓN y ARISTÓTELES)– a la idea de que la segunda responde a lo útil de modo común (*to koine sympheron*; el *bonum commune* luego de los romanos). De donde parece seguirse una específica caracterización de la relación entre la libertad y el bien común. Pues en principio postula una acusada correlación entre libertad y bien privado. De suerte que la libertad, como quiera que cada cual la imagine, debe experimentar siempre y necesariamente, al contacto con el bien común, una determinada pérdida (limitaciones, sacrificio).

La clave de esta decisiva cuestión la proporciona el concepto que de libertad tenía el mundo clásico: la libertad como autarquía.

La libertad-autarquía es primariamente autosatisfacción (estar consigo mismo) y, por tanto, autosuficiencia: la realización de actividades por sí mismas, precisamente por tratarse de actividades "buenas"; realización, en la que eran discernibles diversas posibilidades y, por tanto, diferentes estadios en la conquista, de cada vez, de mayor autarquía, hasta alcanzar el último y más pleno propio de la ciencia y la filosofía (de donde la teoría como criterio de la autarquía).

La libertad se ofrece, pues, como un proceso de conquista de "libertades" (en el sentido de "liberaciones" respecto de limitaciones), que va desde el *bios apolaustikos* al *bios theoretikos*

pasando por el *bios politikos*. El estadio decisivo es el primero, pues en él se produce la liberación de aquello que más ocupa nuestra vida (situándonos fuera de la "buena" vida, haciéndonos dependientes), es decir, del trabajo, la técnica y la economía. Aunque estas actividades deban examinarse por separado para comprobar lo que en ellas hay de esclavitud o pérdida de libertad, cabe circunscribirse, al menos aquí, al problema central que plantean, el de la posesión. En la economía se trata fundamentalmente de posesión y ello puede predicarse también de la técnica (acumulación de objetos creados). En todas las actividades mencionadas, en efecto, estamos ocupados para producir algo, guiándonos por la idea y el fin de la posesión, que el hombre cree necesaria para su vida, a pesar de tener que constatar una y otra vez que, para su vida, no necesita en realidad todo lo elaborado o creado, que, en realidad, va más allá del uso para fundarse en la posesión. El hombre, pues, padece el querer poseer más de lo que puede usar.

Aquí reside la primera liberación, que lo es de la posesión. La liberación se traduce en la igualación de *bios* y *praxis* gracias a la circunscripción al uso: se trata de la forma de vida que gira en torno al goce, la consistente no sólo en querer poseer los objetos sino precisamente en usarlos.

La segunda liberación se consigue así en la práctica de lo común y, por tanto, de la política. Se trata ahora ya de la vida de uso, pensamiento y práctica de lo común. Las cosas usadas, pensadas y hechas comunes se califican, por ello, de "bienes". Para PLATÓN y ARISTÓTELES hay tres clases de bienes: los externos, los corporales y los internos o espirituales (también políticos: justicia, amistad-solidaridad, valor). En la vida política se trata de estos bienes. La primera liberación conduce a la libertad para la política, en la que se buscan los bienes políticos a fin de alcanzar la vida realmente política, la *polis*. *Praxis* de lo común significa, pues, *praxis* de los bienes políticos, implicando el reconocimiento del correspondiente orden de valores-bienes, la observancia de éste y la actuación conforme al mismo.

Para PLATÓN lo decisivo es el reconocimiento de ese orden de los bienes, la apreciación y estimación de éstos según su rango (podríamos hoy decir "conforme con la dignidad del hombre"). Porque el hombre tiene tendencia a trastocar el orden, el rango de los bienes, para encaramar a la cúspide al de la posesión. Con ello pone en peligro la política, haciendo imposible la libertad para la *praxis* de lo común. Pero se crea también un claro peligro para la tercera y definitiva liberación, la que se alcanza en el *bios theoretikos*, vida en la que el sabio (verdadero hombre de Estado) realiza la *praxis* política como justicia.

En su obra tardía *Nomoi*, PLATÓN, desconfiando del hombre, transfiere a la Ley este papel del sabio. De aquí procede la tradición del bien común (*koinon*) como Ley. Y la idea de que la Ley sirve al bien común, pero no porque reconozca derechos individuales, sino porque remite a lo justo políticamente (*politikon dikaion*), que es igual a lo justo por naturaleza en ARISTÓTELES.

Como en el hombre lo principal es el deseo, el apetito, se le vincula a la *polis* como comunidad humana esencial que porta la naturaleza del hombre y le otorga relativa satisfacción, en la medida en que permite a aquél descubrir –desde y en la vida política– que debe colocarse límites. El reconocimiento de los límites es una perspectiva filosófica esencial a la que se atribuye la virtud fundamental de la medida y la moderación; virtud que se reconoce a todo hombre como condición necesaria de la vida.

Se llega así finalmente a la *homonoia*, la igualdad o unicidad y, por ello, unidad en la razón. Según ARISTÓTELES los hombres tienen las mismas ideas y percepciones y por ello están unidos en comunidad política. PLATÓN llama a este fenómeno el bien común (*koinon*), residiendo lo común no sólo en la Ley, sino en la sintonía, que, a su vez, debe ser la razón de la Ley.

Resumiendo:

– A la posesión, vista ciertamente como exigencia elemental del hombre, se le reserva un puesto bajo en la escala de bienes: pertenece al mundo de la "primera" liberación.

– La segunda libertad aparece justamente vinculada a la posesión, pues consiste en la limitación de esta que permite el desarrollo de la vida en la comunidad. Esa limitación es, en efecto, estrictamente precisa, ya que la posesión no sólo divide, también aniquila la vida.

– La búsqueda de los bienes políticos (sabiduría y justicia) une a los hombres en el bien común (espíritu de la Ley).

Esta referencia de la libertad a lo justo políticamente resulta ser una idea constante en el pensamiento occidental desde Grecia hasta hoy. Recuérdese la famosa frase de HEGEL, según la cual el sistema jurídico es la libertad realizada o concreta.

No puede sorprender por ello que la positivación que de la libertad se hace en la declaración francesa de derechos del hombre de 1789:

– Circunscriba la justificación de las diferencias sociales entre los hombres siempre iguales desde su nacimiento al "bien común" (art. 1).

– Identifique en el daño "a otro" el límite de la libertad (art. 4).

LA PROGRESIÓN DESDE LOS DERECHOS CIVILES A LOS DERECHOS POLÍTICOS, LOS DERECHOS SOCIALES DE PARTICIPACIÓN Y A LOS DERECHOS DE CIUDADANÍA HA SIDO POSIBLE HASTA HOY SOBRE LA BASE DE LA INSERCIÓN DE LA LIBERTAD EN EL BIEN COMÚN

– Cifre en la existencia de una fuerza pública instituida para beneficio de todos (y no para utilidad de aquéllos a los que está confiada) la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano (art. 12).

Parece oportuno recordar la vieja raigambre de esta concepción de la libertad. La palabra griega que designaba la libertad –*eleutheria*– significaba, en efecto, la pertenencia recíproca de las personas, la pertenencia, pues, a un pueblo (*eleutheros*), ya que el hombre se caracterizaba como tal por estar en una comunidad. Esta significación se transmite al término gótico *Liut* y al germánico *Leut*: se trata, en efecto, de palabras relativas a la "gente" con la misma raíz de *eleutheria*. Y esta raíz alude a la causa clásica de la libertad y de lo que ésta trata: la comunidad y la unidad (en la *polis*), pues se es libre porque se pertenece a la *polis*, en tanto que ésta nos proporciona la autarquía, es decir, la libertad de la autosuficiencia y ésta es la libertad políticamente común, la que resulta de la comunidad y unidad de la *polis*.

Aún hoy en el ámbito lingüístico alemán *freiheit* (libertad) guarda relación con *freund* (amigo), lo que se manifiesta en el verbo *freien* (pedir en matrimonio). En el gótico *frijon* significaba amar y cuidar, preservar, proteger, respetar, tratar bien. Y el actual *freund* significa en último término que nos pertenecemos unos a otros, si no amándonos, al menos en términos de buena disposición recíproca en nuestra relación, no dañándonos sino respetándonos.

Con la declaración revolucionaria de derechos del hombre, la libertad se convierte en derecho de éste, con lo que pasa a definirse por relación al hombre, es decir, a cualquier otro y en último término a la comunidad de los hombres. La libertad del hombre se determina en la medida en que se acomoda y ajusta a la de los otros hombres y finalmente socio-políticamente. Esto es lo que expresa cabalmente el citado artículo 1 de la declaración.

Puede retenerse así –sin por ello afirmar saber con certeza lo que sea el bien común o utilidad común– que el derecho a la libertad significa que ésta puede ser ejercitada y garantizada en relación con otros y con el bien común. Esto es lo que hace explícito el art. 10 CE, al que son reconducibles todas libertades construidas constitucionalmente como derechos. La libertad se determina en este artículo por tres relaciones y límites: por el derecho de otros, el orden constitucional (el orden político) y la paz social (el orden social-público).

El orden político y la paz social remiten desde luego al bien común. Pues uno y otra representan vinculaciones para cada uno de los hombres, en las que el hombre siempre depende –en su individualidad personal y circunstancia singular caracterizada por necesidades específicas– de la correspondencia con otros hombres, es decir, de una unidad que sobrepasa toda singularidad e individualidad y es tan fundamental, que incluso debe unir lo contrapuesto y contradictorio. Los juristas hablamos en este sentido de la "unidad de la Constitución", lo que es casi un pleonasmo, porque la Constitución siempre ha sido la referencia superior a la unidad, tiene el significado de unidad.

Por tanto, de la inicial declaración de los derechos humanos y también de su positivación actual en nuestro orden constitucional deriva que la libertad puede significar, de un lado, bien privado, pero de otro lado no puede descuidar el bien común o contraponerse a éste, ir en contra del mismo, lo que encuentra su manifestación primaria en la seguridad, en el orden mínimo efectivo que es preciso para la convivencia con arreglo al orden jurídico. De donde deriva con naturalidad que el Derecho es el puente entre la libertad y el bien común, el fiel que determina su mezcla justa. Y más aún, que es el Derecho el que nos proporciona ante todo libertad, pero precisamente en el contexto de la relación entre ésta y el bien común (que tiene como contenido mínimo indispensable la seguridad real precisa para la efectividad del orden jurídico).

Por tanto: desde la declaración inicial de los derechos del hombre existe libertad por y en el Derecho. Y calificamos los derechos humanos como derechos de libertad, de los que los principales o centrales son la vida, la libertad y la propiedad (según la formulación de *Locke*; pero también del Bill of Virginia). Esto quiere decir que en todos estos derechos se trata de la libertad, de formas de libertad, libertades concretas. Si bien todos los derechos del hombre lo son de libertad, la libertad se proclama de forma independiente. ¿Qué significa esto?

Siguiendo a A. BARUZZI (*Freiheit, Recht und Gemeinwohl*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 1990) puede decirse que todos los derechos humanos esenciales son ciertamente derechos de libertad, pero que la verdadera libertad consiste en el desarrollo que de ésta se ha hecho en la modernidad: libertad para y en el Derecho, finalmente conducente al derecho del hombre. Una evolución esta, en la que aún nos encontramos, en la medida en que queremos ir de los derechos liberales a los derechos sociales. En ella se trata siempre del Derecho (de la positivación de derechos), yendo desde la libertad para el derecho a la libertad en el derecho, en tanto que aquélla tiene que realizarse en éste. Es precisamente esto lo que expresa HEGEL en su famosa frase, antes citada, de que el sistema jurídico es la libertad realizada o libertad concreta.

III. LOS RIESGOS QUE AFECTAN AL BINOMIO LIBERTAD–SEGURIDAD; SU ORIGEN Y SU DESARROLLO ACTUAL

Ocurre, sin embargo, que desde el Renacimiento y ya claramente con DESCARTES y KANT, la libertad aparece referida a la dignidad humana entendida como autonomía. La referencia es ahora el hombre.

De esta suerte la autonomía de los modernos responde a una construcción distinta a la propia de la autarquía griega. Aunque LOCKE se refiera (como también la declaración norteamericana de derechos) a tres bienes comparables con los clásicos: la vida, la libertad y la propiedad; bienes estos luego declarados derechos del hombre que, para dicho autor, están en la posesión de aquél. Pues la modernidad no recomienda al hombre "bienes" para una vida de autosuficiencia, sino que afirma que el hombre es poseedor de la libertad, la vida y la propiedad. Prima en ella, por tanto, la perspectiva de la posesión, que es la que va a determinar la autonomía.

Por más que en él no se emplee el concepto de autonomía, el camino hacia la afirmación de ésta se inicia con el discurso de PICO DELLA MIRANDOLA sobre la dignidad del hombre, que hace residir en la absoluta libertad para la autodeterminación, en la que el hombre es su propio Juez (*arbiter*), el constructor y hacedor del mundo (*plastes et fictor*) y alcanza su plenitud dándose sentido a sí mismo (*animi sententia*). No se conecta aquí con la tradición griega, que era perfectamente conocida, lo que guarda relación con la significación política que en dicha tradición tenía el concepto de autonomía (hacia el interior: la legislación independiente; hacia el exterior: la independencia). La autonomía nueva va más allá, como se refleja en la introducción de la palabra a propósito de la religión y el derecho del hombre (Franciscus BURGCARDUS, libelo de 1586: *De autonomia, das ist con Freystellung mehrerlay Religion und Glauben;* y D. J. Chr. MAYER, obra de 1782: *Freyheit, Herrschaft und Eigentum sind die Grundrechte der Menschen; die Urquellen der Autonomie*).

De esta suerte la libertad moderna pasa a consistir en la autodeterminación del hombre para la posesión de sí mismo y del mundo como un todo. Con los siguientes escalones:

– El hombre se comprende y declara como poseedor. Se percibe a sí mismo como ser poseedor en los ámbitos de la vida, la libertad y la propiedad. El primer y decisivo paso es pues el de la libertad para la posesión; la libertad de declararse poseedor.

– La libertad *para* la posesión conduce a la libertad *de* la posesión en los tres indicados ámbitos. Aquí la determinación como poseedor significa ante todo que la posesión puede ser incrementada en todos los expresados ámbitos. Trata la libertad, pues, de más propiedad, pero también de más vida. Lo que ofrece la naturaleza no es suficiente y se mejora con aplicación de la ciencia y la técnica. Éstas aportan no sólo más, sino nuevos bienes de vida y pretenden, como DESCARTES ya apunta, poseer la propia vida.

– La libertad, en consecuencia, de lo hacedero. La autonomía es la libertad omnicomprensiva de lo hacedero en el hombre mismo y en el mundo.

La clave radica sin duda en la razón de que LOCKE hable primero de posesión y luego de derecho: la pretensión de posesión se caracteriza por su continuo crecimiento. El derecho se torna así momento decisivo de la posesión. Pues el derecho es el que proporciona la posesión, en cuanto asegura la posesión de la vida, la libertad y la propiedad. El derecho hace de una pretensión de posesión una verdadera pretensión de derecho. Con ello el derecho se entiende también en el sentido propio de la posesión, pudiendo ser calificado como pretensión de posesión asegurada jurídicamente.

El Estado se funda y justifica exclusivamente entonces para asegurar la pretensión de posesión que recibe la denominación de derechos fundamentales del hombre. De este fundamento depende el hombre, pues éste es fundamento de la posesión de la libertad, la vida y la propiedad. La posesión se torna así paradójicamente en fundamento del hombre.

Sólo la posesión jurídica hace de la posesión querida posesión asegurada y accionable. La libertad para y en la posesión se torna en último término libertad para el Derecho. La libertad se realiza, en este sentido, en el Derecho. No quiere decirse con ello que la libertad así entendida aluda sólo al bien privado, presenta relación también con el bien común, como luce hoy, por ejemplo en el número 2 del artículo 33 de nuestra Constitución. La diferencia con el mundo clásico está empero en el rango que se otorga a la posesión. La orientación actual la proporciona no tanto el bien común como las posibilidades proporcionadas por el estado de la ciencia y la técnica, con la consecuencia inevitable de una mezcla en la que ya no puede hablarse de jerarquía de bienes y valores. De donde resulta que la comunidad política no puede presidir ya indiscutiblemente los ámbitos de la vida, la propiedad y la libertad. Con la modernidad se pierde definitivamente la claridad en el orden de los bienes y valores.

Esta circunstancia no ha podido dejar de influir en la constitucionalización de la libertad y las libertades desde el valor central del hombre y su dignidad y por supuesto también en la interpretación y aplicación del correspondiente orden constitucional.

La progresión desde los derechos civiles a los derechos políticos, los derechos sociales de participación y los derechos de ciudadanía ha sido posible hasta hoy sobre la base de la inserción de la libertad en el bien común (mediante el equilibrio de sus dimensiones de bien privado y bien público) y gracias a la creencia en el progreso sobre la razón (herencia de la ilustración) y, por tanto, en que la praxis política podía conducir a un estado de "justicia" cada vez mayor, con salto incluso desde las comunidades nacionales a la comunidad universal.

La evolución en tal sentido (en el de progreso continuo e indefinido) parece haberse detenido ya hoy o, cuando menos, amenazar con detenerse y quebrar como consecuencia de la entronización del riesgo generado por el propio hombre y no ya por la naturaleza (en términos que han llevado a la calificación de la sociedad actual justamente como la sociedad del riesgo; U. BECK, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidos, Barcelona, 1998), la generalización de un estado de incertidumbre (con pérdida de la creencia en el progreso) y la preeminencia de la economía, que se desarrolla incidiendo en el tejido social en términos de una nueva devastadora "revolución creadora" y en cuyo planteamiento actual está implícita

EL INCREMENTO DEL ESPACIO PRIVADO SOBRE EL PÚBLICO, CORRELATO DE LAS TRANSFORMACIONES QUE EXPERIMENTA EL BINOMIO LIBERTAD-SEGURIDAD, SE APRECIA EN EL URBANISMO QUE TIENDE A ESPACIOS CERRADOS Y PRIVADOS CON SEGURIDAD REFORZADA

la pretensión de redefinición del orden de valores desde su propia lógica. Está en juego así la *homonoia*, el consenso o contrato sociales básicos basado en el reconocimiento compartido de un orden de valores, la observancia del mismo y la actuación conforme a él. Y desde el punto de vista jurídico, el riesgo de una mutación constitucional silenciosa por mor de la mercantilización progresiva del campo social y el recorte y la degradación al plano de la mera administración y gestión del espacio político; mutación conducente, en lo que aquí interesa, a i) la subordinación de los contenidos constitucionales más ligados a la dignidad de la persona y, por tanto, a las exigencias sociales que de ésta derivan, a los contenidos propios del "orden constitucional económico", lo que vale decir a ii) el desequilibrio entre las dimensiones privada y colectiva de la libertad a favor de primera. La causa de tal riesgo reside en una suerte de recaída en la posesión con degeneración del *bios apolaustikos* griego, la fragmentación social múltiple y la dilución de la solidaridad a favor de un individualismo que se legitima en la reputación de la actuación de cada uno según los propios fines como fórmula por sí sola eficaz para la producción, como resultado, de un orden social justo.

La ganancia de la economía supone pérdida del espacio político como orden dotado de primacía sobre las restantes dimensiones de la vida e idóneo para perseguir lo justo políticamente, el bien común. Y supone también la recuperación de terreno por la libertad como bien privado (posesión) en detrimento de la libertad pública o política. Se explica así que el incremento de la importancia que también ha experimentado la seguridad, lo sea exclusivamente de la seguridad en su sentido más estricto de seguridad personal y no de verdadera seguridad pública. Lo que viene permitiendo justamente el desplazamiento por la acción privada de la pública garante de la seguridad ciudadana. A este propósito, lo sorprendente en la situación española actual no es tanto que exista esa acción privada en materia de seguridad, sino que –no habiendo sido ésta objeto de proceso alguno de "privatización"– se califique legalmente de "seguridad privada" y no –como parece en todo caso más conforme con el orden constitucional– de seguridad pública cumplida por sujetos privados, con autorización para ello y colaboradora de la cumplida por el poder público.

Los últimos y más relevantes acontecimientos con incidencia en la evolución de la seguridad, cual sucede con el execrable ataque del 11 de septiembre de 2001, no han supuesto novedad o cambio verdaderos, más allá de volver a poner en primer plano la trascendencia de la acción preventiva para la garantía de un estado real de normalidad mínima como presupuesto para el desarrollo de la vida social. Lo destacable es que el resurgimiento de la exigencia de seguridad constituye una reacción frente al ataque al sistema no en su dimensión político-jurídica, sino en su dimensión económica (la prueba es que la atención se ha centrado en las torres gemelas y no en el pentágono). No es observable, pues, contribución alguna a la recuperación del espacio político o público (de la libertad política o de los ciudadanos), sino más bien una puesta al servicio de la conservación del sistema económico.

IV. EL URBANISMO: LAS MANIFESTACIONES ESPACIALES ACTUALIZADORAS DE LOS RIESGOS ANALIZADOS

La situación actual y los riesgos que encierra, creo que pueden ilustrarse a la luz del urbanismo en tanto que expresión espacial de la sociedad, del sistema político y económico-social. Porque en el urbanismo se vienen produciendo transformaciones en las que se manifiestan los fenómenos antes aludidos (véase al respecto E. LICHTENBERGER, *Die Stadt. Von der Polis zur Metropolis*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt 2002).

La polis griega se corresponde con una clara primacía de lo público en la ciudad de la antigüedad. La ciudad griega y en buena medida también la romana apenas conocía una esfera de privacidad asegurada; incluso la *domus* constituía un espacio en gran parte accesible a terceros.

Esta primacía del espacio urbano público se conserva en la ciudad-burgo medieval.

El origen de la relevancia del espacio privado puede situarse en la privacidad de la "casa" (la vivienda) que reclama para sí, como propia de su forma de vida, la burguesía liberal en el Siglo XIX, con lo que resulta fácilmente relacionable con la importancia de la "posesión" en el sistema liberal del primer capitalismo. La *privacy* se expande rápidamente desde Gran Bretaña y obtiene protección por el legislador. Implica un principio de segmentación, de "encapsulamiento", de división de la ciudad en unidades sociales y espaciales que procuran blindarse todo lo posible frente a influencias externas. Aparecen así, junto con la residencia, toda clase de espacios de "retiro": clubs, círculos aristocráticos y burgueses, cabarés y cafés reservados que cubren toda la ciudad como una red. Las clases poseedoras, a la que la "gente" suscita reparo, crean espacios propios incluso en las instalaciones públicas: nichos, palcos en los teatros, camarotes en los barcos, cabinas en los balnearios, etc.

Los conceptos de espacio público, semipúblico y privado no son, pues, fijos, sino evolutivos en su definición jurídica en dependencia del sistema político y económico-social y pueden experimentar cambio incluso en el seno de un mismo sistema (evidenciando así la verosimilitud de la mutación constitucional silenciosa a que antes se hizo alusión). El proceso de incremento del espacio privado en detrimento del público, correlato de las transformaciones que está experimentando el binomio libertad-seguridad, es especialmente apreciable hoy en el urbanismo de los Estados Unidos de América, que constituye un claro referente en la medida de su decisiva influencia en el urbanismo europeo. En dicho país que están en curso, en efecto, tres espectaculares procesos:

1º. El *malling*, cifrado en la extensión y dominancia de los complejos comerciales y de consumo "cerrados", constituye el primer paso, la primera frontera de la privatización de espacios-ámbitos tradicionalmente "ciudadanos". Se trata de proporcionar al ciudadano-consumidor espacios cerrados y privados, pero constitutivos de una mini-ciudad dotada de calles, comercios, locales de ocio y esparcimiento, etc., aparte, por supuesto, de vigilancia privada y, por tanto, de una seguridad "reforzada" (superior a la seguridad pública o propia del espacio público, que queda así desvalorizada) que previene eficazmente la exposición a los riesgos inherentes a la ciudad propiamente dicha.

2°. El *gating* representa un paso más en la privatización de la ciudad y, por tanto, del espacio público. Va desde los *watched neighborhoods*, es decir, de las urbanizaciones suburbiales "vigiladas", pasando por los *common interest developments* hasta los *gated communities* y los *walled cities*.

En su expresión primaria, el vallado o cercamiento (para seguridad) de un determinado espacio residencial, el *gating* es ya tan común, que, desbordando el mundo de las capas sociales acomodadas, ha alcanzado al *public housing*, aunque al parecer sin mucho éxito por la dificultad en este caso del mantenimiento de la vigilancia privada. En su manifestación más desarrollada esta fórmula, ya muy extendida, garantiza la "separación" radical respecto del espacio de convivencia común o general y la convivencia sólo con "iguales" (personas de las mismas características e intereses) en mini-ciudades residenciales acotadas y, en definitiva, la "segregación" de éstas del estatuto común del territorio, lo que vale decir también del ordenamiento territorial general. El fundamento lo proporciona, aparte la instrumentalización de la potestad municipal de zonificación (para establecer, por ejemplo, tipologías edificatorias y unidades de aprovechamiento o parcelas de dimensiones tales que sólo estén al alcance de segmentos sociales de determinado poder adquisitivo), la autonomía privada, capaz, mediante el pacto de los "estatutos" de las correspondientes urbanizaciones y "ciudades" de promoción privada, de definir con toda precisión las características de los residentes (solteros; casados pero sin hijos; personas de la tercera edad) y de sus actividades y de posibilitar la exclusión de las personas que no reúnan las exigidas y, en su caso, la expulsión de las que dejen sobrevenidamente de reunir alguna de ellas.

3°. La combinación del *gating* con el *malling*, que ha venido en llamarse "privatopía", proporciona el último escalón por ahora en la conquista de terreno al espacio público. La "privatopía" no es otra cosa que el nuevo *ghetto* segregado por la sociedad postindustrial diferenciada por estilos de vida (según poder adquisitivo). Responde en efecto al proceso de formación primaria del *ghetto*, es decir, al propio de la autoexclusión de la ciudad general y la procura de la emancipación normativo-administrativa de ésta mediante "órganos locales privados". Y ello incluso en el centro de las ciudades, en el que la comunicación de los ámbitos residenciales "cercados" con los centros comerciales "cerrados" sobre sí mismos a través de conexiones practicadas en las paredes medianeras de los edificios o conseguidas mediante pasarelas voladas sobre las vías públicas, permite circular sin necesidad de salir del espacio confortable y hecho seguro por una especial y privada vigilancia, es decir, de aventurarse a la calle, a la plaza, al espacio público, en el que la mezcla con toda clase de personas, incluso marginales, es inevitable, con los riesgos que ello inevitablemente lleva consigo.

Los procesos así brevemente descritos, que están teniendo una indudable influencia en el urbanismo continental europeo, traducen sin duda el de merma progresiva, en extensión, sustancia e importancia, de la política en beneficio de la economía. Y reflejan perfectamente su consecuencia: la segregación espacial como fruto de la fragmentación social; la desigualdad en la seguridad (la mínima correspondiente al estado de normali-

dad indispensable para la convivencia) como resultado de la desigualdad socio-económica; y la inevitable desigualdad en la libertad por razón de la existente en el presupuesto mismo de la efectividad de ésta.

V. LA DIGNIDAD DEL HOMBRE Y EL BINOMIO LIBERTAD–SEGURIDAD

Procede ir concluyendo y hacerlo con la idea de que la época demanda la revitalización del valor de la dignidad del hombre libre conforme y para el bien común. La dignidad del hombre es una magnitud única, no fragmentable en dimensiones: política, económica, social, etc. Y por ello mismo es igual o idéntica en todos los hombres y demandando hoy, para su plena eficacia, la plena ciudadanía de todos, entendida ésta como participación real en la vida social integrada gracias a la solidaridad.

La postulada revalorización de la dignidad requiere de suyo una articulación equilibrada de libertad y seguridad, ambas en el sentido más pleno y amplio, en el seno de la unidad del orden constitucional y a tenor del orden de valores por éste establecido justamente a partir de aquella dignidad.

Expulsión *versus* devolución en la vigente Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social

MARÍA DEL PINO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Sumario:

I. Consideraciones generales. lI. Régimen normativo y principios que deben informar la regulación de la sanción de expulsión. III. Supuestos legales que legitiman sancionar al extranjero con la expulsión del territorio español. 1. Consideraciones generales. 2. Infracciones graves susceptibles de motivar la expulsión. 3. Infracciones muy graves susceptibles de motivar la expulsión. 4. Otras conductas susceptibles de sancionarse con la expulsión. **IV. La expulsión del territorio nacional como sanción alternativa a la multa. Principios generales y garantías jurídicas del extranjero.** 1. La debida racionalización de la potestad de opción multa/expulsión a la luz de los principios sustantivos de la potestad sancionadora. 2. Los principios procedimentales como garantía de los derechos del extranjero frente a la sanción de expulsión. 3. Breve excurso en la problemática derivada de la excesiva generalización práctica del procedimiento preferente a raíz de la LOEXIS. **V. Distinción entre la expulsión y otras figuras afines: El retorno y la devolución.** 1. Naturaleza jurídica de los acuerdos de retorno y devolución. 2. En particular, los problemas interpretativos derivados de la regulación actual de la devolución en la LOEXIS y en el RELOEXIS: La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003. **VI. Consideraciones finales sobre el régimen de medidas cautelares contenido en la LOEXIS. En particular, la problemática que plantea el internamiento preventivo.** 1. Criterios generales. 2. En particular, la configuración legal de la medida cautelar de internamiento.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

En un sentido amplio, podemos definir la expulsión[1] como la salida forzosa del extranjero del territorio español impuesta coercitivamente en virtud de una orden administrativa o judicial, dependiendo del órgano que la imponga. En un sentido estricto, la expulsión es consecuencia de un procedimiento sancionador. La Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley 4/2000, de 11 de enero[2], sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (en adelante, LOEXIS) y, en desarrollo de ésta, su Reglamento de Ejecución, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio (RELOEXIS, en lo sucesivo), la configuran como instrumento estrella del Derecho sancionador de Extranjería[3].

Las siguientes páginas, lejos de pretender un pormenorizado examen de las muchas y variadas cuestiones que plantea el complejo fenómeno de la inmigración[4], o de llevar a cabo siquiera un estudio exhaustivo del régimen de infracciones y sanciones que se con-

(1) Sobre los antecedentes, la significación y el alcance de la expulsión, *vid.* el análisis que realizan FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., ARROYO MONTERO, R. y FERNÁNDEZ PÉREZ, A. en *Comentarios a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social* (Dir. Monereo Pérez, J. L. y Molina Navarrete, C.), Comares, Granada, 2001, págs. 763 y ss.

(2) Tras la escasa vigencia de la Ley Orgánica 4/2000 se procedió a su contrarreforma mediante la LOEXIS. Sin embargo, lo cierto es que, desde su aprobación, esta norma ha sido objeto de numerosas críticas por su carácter represivo y policial, lo cual se pone especialmente de manifiesto en el régimen de infracciones y sanciones que en ella se contiene. Dicha regulación ha supuesto, en opinión de muchos, una vuelta a los principios regresivos que, en su momento, inspiraron la ya derogada Ley 7/1985, de 1 de julio. En todo caso, a través de la LOEXIS el legislador estatal ha pretendido resolver los gravísimos problemas derivados de la fuerte oleada de inmigración irregular que sufre hoy nuestro país y, en particular, el relativo a las redes y mafias dedicadas al tráfico de seres humanos. Con esta misma finalidad, para luchar contra el tráfico ilegal de seres humanos, se está tramitando en el Congreso de los Diputados con carácter de urgencia un Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, de 21 de marzo de 2003 (núm. 136-1), que prevé la modificación de los artículos 318 y 318 bis del Código Penal y también la necesaria adaptación técnica a los mismos del 188. Este Proyecto de Ley pretende introducir un importante aumento de las penas respecto del tráfico ilegal de personas, para satisfacer de este modo los objetivos de armonización que se contienen en la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea destinado a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregular.

(3) La LOEXIS configura distintos supuestos de expulsión: a) En vía administrativa, en expedientes sancionadores, de devolución o de retorno, cuyos actos son susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción contencioso-administrativa; y b) en vía judicial penal, como consecuencia de la comisión de delitos.

(4) La inmigración es un fenómeno social, político, económico y jurídico de difícil solución. Sin lugar a dudas, la existencia de dos reformas (Ley 4/2000, modificada por Ley 8/2000) y de un nuevo anteproyecto del Gobierno con treinta y siete propuestas de reforma de la LOEXIS pone de manifiesto, cuanto menos, la ausencia hasta el momento de una planificación política y administrativa coherente, capaz de abordarlo adecuadamente. Tales consideraciones han sido puestas de relieve también en el "Borrador del Diagnóstico: Población e inmigración en Canarias, de 30 de diciembre de 2002", elaborado por un Comité de Expertos sobre Población e Inmigración en Canarias, que se manifiesta en esa misma línea al señalar, refiriéndose a la proyectada sobre la LOEXIS, que una iniciativa de reforma de esta envergadura: "(...) revela, cuando menos, que la reforma introducida a finales del año 2000 por la Ley Orgánica 8 de ese mismo año ha sido insuficiente o inadecuada para abordar la ordenación de la inmigración (…)".

tiene en el Título III de la LOEXIS[5], se centra en el análisis de la medida de expulsión en sentido estricto, esto es, como sanción administrativa[6]; y, ya más colateralmente, de su mayor o menor conexión con otras figuras afines, tales como el retorno y la devolución.

En cualquier caso, dada la naturaleza jurídica de la expulsión como sanción administrativa, su examen sólo puede abordarse a partir de la regulación del régimen de infracciones y sanciones que se contiene en el referido Título III de la LOEXIS, dentro del cual se inserta esta medida. En mi opinión, la regulación legal y reglamentaria de la expulsión plantea en la práctica no pocas cuestiones merecedoras de un análisis autónomo que, por razones obvias de espacio, no es posible abordar aquí. Por ello, en las páginas siguientes me limitaré exclusivamente a destacar aquellos de sus aspectos que acaparan las mayores críticas, por las dudas que suscitan tanto su contenido como sus efectos en la práctica. Me estoy refiriendo, en particular, a la ampliación operada por la LOEXIS al definir los supuestos susceptibles de expulsión y al extenderla a infracciones de diversa naturaleza y entidad, con el consiguiente riesgo de su excesivo predominio práctico; en segundo lugar, a la posible vulneración de derechos y garantías jurídicas del extranjero que puede conllevar tanto la opción generalizada por la expulsión en lugar de la multa, como su adopción al margen de un procedimiento o en virtud de uno que no salvaguarde debidamente tales derechos y garantías jurídicas; e, íntimamente relacionado con lo anterior, al peligro que supone la generali-

LA EXPULSIÓN, COMO SALIDA FORZOSA DEL EXTRANJERO DE TERRITORIO ESPAÑOL IMPUESTA POR UNA ORDEN ADMINISTRATIVA O JUDICIAL, SE CONFIGURA COMO SANCIÓN ADMINISTRATIVA CONSECUENCIA DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

(5) Sobre el régimen de infracciones y sanciones en materia de extranjería que se contiene en el Título III de la LOEXIS, *vid.* por todos los comentarios el realizado por SUAY RINCÓN, J., "De las infracciones en materia de extranjería…", ob. cit., págs. 723 y ss.

(6) La naturaleza jurídica de la expulsión ha sido objeto de debate doctrinal y jurisprudencial. A este respecto, el Tribunal Supremo ha negado en alguna ocasión su carácter sancionador, declarando unas veces que se trata de una simple medida limitativa de derechos como, por ejemplo, hace en su Sentencia de 7 de abril de 1997 (Ar. 1997/3097) al decir: "(...) la expulsión del territorio nacional de un súbdito extranjero por no hallarse legalmente en territorio español no constituye, por su naturaleza, la imposición de una sanción, sino la adopción de una medida administrativa limitativa de derechos que debe ajustarse al principio de legalidad, dada la trascendencia que alcanza en relación con los derechos fundamentales de los extranjeros en España (art. 13.1) en relación con el 19 CE (…)"; y manteniendo, en otras, que se trata de un instrumento de ejecución forzosa, tal como reza su Sentencia de 14 de diciembre de 1998, que, haciéndose eco de otras resoluciones anteriores, señala: "(…) la expulsión carece de carácter sancionador y no es más que la ejecución forzosa de la obligación de salir de España por encontrarse el extranjero en una situación irregular". No obstante lo anterior y en contra de esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, lo cierto es que la LOEXIS sitúa claramente la expulsión dentro del Título III, bajo la rúbrica "De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador", y le aplica, además, instituciones típicas del derecho sancionador, tales como la prescripción, la reincidencia, etc.; todo lo cual permite afirmar su carácter de sanción administrativa. Así lo ha entendido también nuestro Tribunal Constitucional en su Sentencia número 24/2000, de 31 de enero (en relación con la ya derogada Ley 7/1985), al disponer que: "(...) la orden de expulsión decretada por autoridad gubernativa es una sanción que debe encontrar cobertura en la legislación de extranjería por imperativo del artículo 25.1 de la CE (…)".

zación del llamado procedimiento "preferente" frente al común u "ordinario"; en tercer lugar, a la configuración actual de las medidas de retorno y devolución como vías de actuación administrativa que se adoptan al margen de un expediente sancionador, pero que conllevan a la postre, al igual que la sanción de expulsión, la salida obligatoria del extranjero del territorio español; y, finalmente, a la utilización indiscriminada de la medida provisional de internamiento, pese a la previsión en la propia LOEXIS de otras menos gravosas y, desde luego, más respetuosas con los derechos de los extranjeros y, particularmente, con el de libertad.

Y, estando ultimado este artículo, se ha hecho pública la reciente Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, que anula varios artículos del RELOEXIS en relación con algunas de las cuestiones apuntadas y que, en definitiva, vienen a avalar los argumentos críticos expuestos en este trabajo.

II. RÉGIMEN NORMATIVO Y PRINCIPIOS QUE DEBEN INFORMAR LA REGULACIÓN DE LA SANCIÓN DE EXPULSIÓN

No obstante lo anterior, con carácter previo al análisis de cada uno de los aspectos apuntados, resulta necesario precisar cuál es la normativa aplicable a la sanción de expulsión, al objeto de establecer los principios generales y las reglas que deben de informar en todo caso su regulación y posterior aplicación práctica.

Como ya se dijo, dicha normativa se encuentra contenida hoy, en primer lugar, en la LOEXIS, en el Título III "De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador" (artículos 50 a 66) y, más concretamente, en sus artículos 57 y siguientes; así como en el RELOEXIS, dentro del Capítulo IV (artículos 92 y siguientes). En segundo lugar, el hecho de que la LOEXIS y su Reglamento remitan a otras normas para definir e integrar algunos de los tipos infractores que en ellos se contienen obliga también a tener éstas presentes. Tal es el caso, por ejemplo, de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana [a la que se remiten los artículos 53.f) y 54.1.a) de la LOEXIS]; o del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (a la que alude el artículo 92.3 del RELOEXIS)[7], así como del Código Penal aprobado por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (al que se refiere, por ejemplo, el artículo 57.7 de la LOEXIS)[8].

(7) El régimen sancionador que se contiene en la LOEXIS debe ponerse en conexión necesariamente con el previsto en el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto 5/2000, de 4 de agosto (TRLISOS, en lo sucesivo), que dispone en su Capítulo IV de cinco artículos destinados a las infracciones en materia de emigración, movimientos migratorios y trabajo de extranjeros; respecto de lo cual, llama la atención el hecho de que la LOEXIS, que regula con mayor precisión esta materia, lo haya hecho sin observar la debida coordinación con el TRLISOS, habiéndose perdido así la oportunidad de establecer un régimen sancionador único en materia de extranjería, incluido el ámbito laboral. Todo lo cual produce, en ocasiones, disfunciones y antinomias.

(8) El apartado 7 de este artículo 57 está en trámite de reforma por el referido Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, todo ello con la fina-

Ya en otro ámbito, y sin perjuicio de que luego se aborde con mayor detalle, el artículo 20 de la LOEXIS, con carácter general para todos los procedimientos administrativos que se adopten en materia de extranjería, y el artículo 50 en relación con el 92 del RELOEXIS, para la potestad sancionadora, contienen una remisión expresa a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante, LPC), a la que según palabras textuales de estas normas deberá ajustarse: "(...) el ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones previstas en la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley 8/2000 (...)".

No debe olvidarse que ambas normas se insertan dentro de un Ordenamiento Jurídico más amplio conformado, en una posición de supremacía, por la Constitución Española de 1978 (CE, en lo sucesivo), cuyo artículo 149.1.18 remite al legislador estatal la configuración del régimen jurídico de las Administraciones públicas y el procedimiento administrativo común. Precisamente al amparo de este precepto, la LPC establece en sus artículos del 127 al 138 una serie de principios generales sustantivos y procedimentales[9] que, como tal normativa básica y común, vinculan a todas las Administraciones públicas. Por tanto, sin perjuicio de las especialidades contenidas en la LOEXIS y en el RELOEXIS, el ejercicio de la potestad sancionadora en este ámbito de la extranjería deberá respetar y ajustarse a dichos principios generales, en orden a satisfacer los valores contenidos en los artículos 24[10] y 25 de la CE, los cuales constituyen, como ya ha señalado algún autor[11], referencias fundamentales en la configuración constitucional de la potestad sancionadora de la Administración.

Dicho esto, procede analizar algunos de los aspectos más controvertidos de la reforma.

lidad, según reza su Exposición de Motivos, de "(...) mejorar la regulación actual en materia de expulsión para lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal (...)". La solución que adopta este Proyecto consiste en prever que cuando un extranjero se encuentre procesado o inculpado en un procedimiento judicial por delito o falta castigado con una pena privativa de libertad inferior a seis años, si existe orden de expulsión debidamente dictada, se autorice judicialmente la expulsión, salvo que, de forma motivada, se aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación. Para ello, la nueva redacción que se propone del artículo 57.7 de la LOEXIS establece un procedimiento especialmente ágil y urgente para ello.

(9) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., "Los principios constitucionales del procedimiento administrativo", en la obra colectiva *Gobierno y Administración en la Constitución*, AAVV, vol. I, Madrid, 1988, págs. 99 y ss.; y SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios del Derecho Administrativo*, Vol. II, edit. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, págs. 56 y 57, quienes ponen de relieve cómo la CE, en un gesto sin precedentes en nuestro sistema constitucional, ha hecho referencia al procedimiento administrativo de forma expresa y reiterada (artículo 105 y, particularmente, en el 149.1.18), dando buena cuenta así de la relevancia que le otorgó el constituyente.

(10) Como contenido integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (STC 138/1988), este derecho tiene por destinatario no sólo a los españoles sino también a los extranjeros, conforme disponen los artículos 10.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Y es que, como declaran las Sentencias del Tribunal Constitucional 93/1992 y 99/1995, entre otras, este derecho a la tutela judicial efectiva no admite diferencias con los españoles ni en cuanto a su contenido esencial ni en las condiciones para su ejercicio.

(11) *Vid.* SUAY RINCÓN, J., "De las infracciones y sanciones…", en *Comentario a la Ley*…, ob. cit., págs. 723 y ss.

III. SUPUESTOS LEGALES QUE LEGITIMAN SANCIONAR AL EXTRANJERO CON LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO ESPAÑOL

1. Consideraciones generales

En mi opinión, el primer aspecto que resulta criticable en la reforma introducida por la LOEXIS es la ampliación operada tanto al definir los supuestos susceptibles de expulsión, como al haber extendido dicha medida extrema a infracciones de diversa naturaleza y entidad[12], con el consiguiente riesgo de favorecer su uso indiscriminado en la práctica. Por el contrario, hubiese sido más deseable y acorde con los postulados derivados del principio de proporcionalidad que, dado su carácter extremo, la LOEXIS hubiese limitado la aplicación de la expulsión a los supuestos de infracciones muy graves y no extenderlo, como así lo ha hecho, a determinados tipos de infracciones graves que en la citada Ley 4/2000 sólo autorizaban a imponer sanciones pecuniarias al extranjero infractor.

Ésta ha sido, sin duda, una de las sorpresas de la LOEXIS, al haber convertido la "expulsión", la sanción más drástica, en la medida estrella contra el inmigrante irregular, desplazando a la sanción típicamente administrativa de la multa, todo lo cual supone un notable endurecimiento del régimen de sanciones contenido inicialmente en la Ley 4/2000.

En efecto, previa tramitación del correspondiente procedimiento, el artículo 57 de la LOEXIS reserva la sanción de expulsión del territorio español para las infracciones más comunes: De una parte, para las muy graves enumeradas en su artículo 54, como también para la mayoría de las graves que se contienen en el artículo 53.1.a), b), c), d), y f); y, de la otra, y ya al margen del cuadro de infracciones fijado en la Ley, conforme establece el artículo 57.2, para el extranjero que haya sido condenado dentro o fuera de España por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

2. Infracciones graves susceptibles de motivar la expulsión

Con respecto a las infracciones graves, la LOEXIS extiende *ex novo* la sanción de expulsión a determinados supuestos que con la Ley 4/2000 sólo se podían sancionar con multa de

(12) El artículo 51 de la LOEXIS, reiterando la regulación contenida en la Ley 4/2000, en su redacción originaria, y siguiendo la línea marcada por el artículo 129.1 de la LPC, clasifica las infracciones administrativas en materia de extranjería en leves, graves y muy graves, dedicando a cada una de ellas sus artículos 52, 53 y 54, respectivamente.

50.001 (300,51 euros) a 1.000.000 de pesetas (6.010,12 euros). Así sucede, por ejemplo, con las infracciones enunciadas en el artículo 53.1.a), b), y c)[13]:

A) Así, en primer lugar, se tipifica en el artículo 53.a) la estancia ilegal en España, esto es, "Encontrarse irregularmente en territorio español (…) por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente"[14]. La dicción literal del precepto sólo permite entender incluidos en este supuesto a quienes habiendo entrado legalmente incurren luego en situación o estancia irregular (irregularidad sobrevenida) por no haber obtenido o por haber quedado caducada la correspondiente autorización (prórroga de estancia o permiso de residencia), y no, por contra, y tal como luego se dirá, al extranjero que logra entrar ilegalmente en nuestro país y es interceptado en el interior[15].

LA REFORMA HA CONVERTIDO LA EXPULSIÓN EN LA MEDIDA ESTRELLA CONTRA EL INMIGRANTE IRREGULAR, DESPLAZANDO A LA SANCIÓN TÍPICAMENTE ADMINISTRATIVA DE LA MULTA POR SU FALTA DE EFICACIA DEBIDO A LA ESCASA CAPACIDAD ECONÓMICA DEL INFRACTOR

B) En segundo lugar, el apartado b) de este artículo 53 contempla la conducta consistente en "encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar[16], cuando no cuente con autorización de residencia válida". La reforma introducida por la LOEXIS viene así a agravar la situación al prever, no sólo con carácter *ex novo,* la posibilidad de imponer en estos casos la sanción de expulsión del infractor, sino además al exigir como

(13) Este artículo 53 ha sido sumamente modificado respecto del anterior 49 de la Ley 4/2000. Esta Ley reservaba la sanción de expulsión para las conductas tipificadas como muy graves en el artículo 50 y para las graves previstas en los apartados d), e) y g) del entonces artículo 49, es decir, para los siguientes supuestos: d) Entrada en el territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean los pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstas; e) Incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad jurídica, de presentación periódica o de residencia obligatoria, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, y g) Participación del extranjero en la realización de actividades ilegales.

(14) Antigua causa de expulsión en la Ley 7/1985 que, con posterioridad, la Ley 4/2000 la excluyó, al sancionarla con multa de 50.001 (300,51 euros) a 1.000.000 de pesetas (6.010,12 euros).

(15) Como luego se reiterará, la LOEXIS suprime del cuadro de infracciones graves la entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, como así aparecía tipificada en el artículo 49.1.d) de la Ley 4/2000. Esta reforma introducida por la LOEXIS plantea importantes dudas interpretativas, que han propiciado graves disfunciones en la práctica; aspectos estos sobre los que insistiremos más adelante al abordar el estudio de la medida administrativa de devolución.

(16) Este supuesto ya había sido causa de expulsión bajo la vigencia de la Ley 7/1985 o de multa de hasta 500.000 pesetas (3.005,06 euros). Sin embargo, luego, la Ley 4/2000, en su versión originaria previó como única sanción para este tipo de infracción la multa de 50.001 (300,51 euros) a 1.000.000 de pesetas (6.010,12 euros).

requisito para poder eximirle de tal responsabilidad el permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, y no la mera solicitud como hacía la Ley 4/2000.

C) Y, en tercer y último lugar, el apartado c) tipifica como infracción grave el incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que afecten a la nacionalidad, estado civil o domicilio"[17]; añadiendo así la LOEXIS la exigencia de comunicar el cambio de estado civil.

Aparte de los supuestos que acaban de enunciarse introducidos *ex novo* por la LOEXIS, el artículo 53 reitera, en sus apartados d) y f), otras dos infracciones que ya se contenían en el artículo 49.e) y g) de la entonces Ley 4/2000, si bien lo hace ampliando su contenido:

A) De una parte, el apartado d) tipifica la conducta de "(...) incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica", añadiendo ahora la LOEXIS "(...) o de incumplimiento del alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley".

B) Y, de la otra, el apartado f) alude a "(...) la participación del extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana". A través de esta referencia, la LOEXIS intenta solucionar el problema de inseguridad jurídica que planteaba la imprecisa y ambigua redacción del artículo 49.g) de la Ley 4/2000, en su versión originaria, que únicamente aludía a la participación del extranjero en "actividades ilegales"[18].

3. Infracciones muy graves susceptibles de motivar la expulsión

Procederá también la sanción de expulsión, como sanción alternativa a la multa, para las infracciones muy graves tipificadas en el artículo 54 de la LOEXIS.

(17) La Ley 4/2000 sólo preveía la posibilidad de que dicha infracción tipificada como grave fuese sancionada con multa de 50.001 (300,51 euros) a 1.000.000 de pesetas (6.010,12 euros). Por lo demás, el único cambio introducido por la LOEXIS en la redacción de este apartado es la incorporación del dato del estado civil, sin duda por los efectos favorables que como cónyuge otorga la normativa a los extranjeros. A título de ejemplo, cabe citar el derecho a la reagrupación familiar, la concesión de permisos de residencia y trabajo, la no imposición de medidas de expulsión en determinados casos, la aplicación del Ordenamiento Jurídico comunitario a los cónyuges de españoles y de otros nacionales comunitarios, etc.

(18) Sin embargo, no creo que con esa mención expresa a la Ley Orgánica 1/1992 la LOEXIS haya solucionado todos los problemas que derivan de este concreto supuesto legal; y ello porque, tal como ya ha atinado a destacar E. CALVO ROJAS, (Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional) –"El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares", *Cuadernos de Derecho Judicial 2001*, "Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería", edit. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001, págs. 186 y 187–, la referida Ley de Seguridad Ciudadana contiene en sus artículos 23 y 24 una larga relación de conductas tipificadas como infracción grave, de naturaleza diversa y de muy distinta gravedad, que la LOEXIS ha incluido ahora en único precepto [el artículo 53.f)] reservando para cualquiera de ellas la sanción de expulsión. Dicha opción del legislador estatal puede plantear, a nuestro juicio, serios problemas, sobre todo de encaje con el principio de proporcionalidad.

El apartado primero de este precepto enumera una serie de conductas que pueden ser cometidas indistintamente por extranjeros y por españoles, reiterando así el contenido del entonces artículo 50 de la Ley 4/2000.

Así las cosas, el apartado a) reúne los supuestos entonces recogidos en las letras a) y b) del mentado artículo 50 de la Ley 4/2000, tales como: "(...) Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países[19], o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana".

En segundo lugar, con el ánimo de acabar con el comercio y explotación de seres humanos, los apartados b), c) y d) de este mismo artículo 54 tipifican como infracciones distintas conductas relacionadas con el trato indebido a los extranjeros, sancionándolas cualquiera que sea el tipo de participación, desde la promoción hasta la mera facilitación. A tal efecto, establece lo siguiente:

A) El apartado b) viene a reiterar la conducta tipificada en el entonces artículo 50.c) de la Ley 4/2000 consistente en "Inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español (...)" siempre y cuando –añade ahora la LOEXIS, en concordancia con el principio *non bis in idem*– "(...) el hecho no constituya delito".

B) Su apartado c) en relación con el 23 de la propia LOEXIS, reiterando lo dispuesto en el artículo 50.d) de la Ley 4/2000, sanciona a los que incurran en conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, siempre que, también añade la LOEXIS, tal hecho no constituya delito.

C) Y, finalmente, su apartado d) alude a la contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo [el artículo 50.e) de la Ley 4/2000 aludía a "autorización para contratarlos"], incurriéndose –y ésta es una de las novedades de la LOEXIS– en una infracción "(...) por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados".

En tercer lugar, ya en otro ámbito, el artículo 54.1.e) tipifica también como infracción muy grave y, por consiguiente, susceptible de ser sancionada con la expulsión: "la comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior [el artículo 50.f) de la Ley 4/2000 hablaba de dos] hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza".

(19) Este supuesto se refiere sólo a aquellos comportamientos que comprometan la posición de España de cara al exterior, ya sea porque pongan en peligro la seguridad del país o porque perjudiquen las relaciones exteriores, distinguiéndose de aquellas otras conductas dirigidas a perturbar la seguridad interior del Estado español, que no es otra que el orden público. El mayor problema que planteaba y plantea su aplicación práctica es que, para describir la conducta infractora, la norma utiliza conceptos jurídicos indeterminados, lo cual exigirá que, cuando se impute una infracción de este tipo, deba exigirse mayor rigor tanto en la descripción de los hechos concretos que se imputan al presunto infractor como en la motivación del acto sancionador de expulsión.

En cuarto y último lugar, la LOEXIS tipifica con carácter *ex novo* como infracciones muy graves toda una serie de conductas conexas a la actividad de transporte de extranjeros (por vía aérea, marítima o terrestre) hasta territorio español; responsabilidad que extiende a las compañías y empresas de transporte, y a los transportistas, cuando, de conformidad con su apartado a), no hayan comprobado la validez y vigencia de los pasaportes, títulos de viaje, documentos de identidad o visado de los extranjeros; o bien cuando, como señala su apartado b), no se hagan cargo sin pérdida de tiempo del extranjero transportado que, por deficiencias en la documentación antes citada, no haya sido autorizado a entrar en España[20].

No obstante, habrá que tener en cuenta para estos casos, la excepción que establece el propio artículo 54.2 al declarar que no existe infracción cuando se haya transportado "(...) hasta la frontera española a un extranjero que, habiendo presentado sin demora su solicitud de asilo, ésta le sea admitida a trámite (art. 54.3 en relación con el artículo 4.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo y Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984[21]). En este sentido, comparto la opinión de CALVO ROJAS quien criticando la regulación contenida en la LOEXIS, llama la atención sobre lo paradójico y difícil de conciliar con el principio de culpabilidad el que la imposición o no de sanción al transportista se haga depender de un hecho ajeno a su voluntad, como es que el extranjero presente sin demora la solicitud de asilo y que, además, la Administración decida admitirla a trámite[22].

4. Otras conductas susceptibles de sancionarse con la expulsión

Fuera ya del mencionado cuadro de infracciones administrativas descrito en las páginas anteriores, la LOEXIS introduce un último supuesto de expulsión y lo hace con mayor dureza si cabe respecto a los demás supuestos ya comentados, al no prever –como sí con-

(20) De conformidad con lo dispuesto en el segundo apartado de este artículo 54.2.b) de la LOEXIS, esta obligación incluye los gastos de mantenimiento del citado extranjero y, si así lo solicitan las autoridades encargadas del control de entrada, los derivados del transporte de dicho extranjero, que habrá de producirse de inmediato, bien por medio de la compañía objeto de sanción o, en su defecto, por medio de otra empresa de transporte, con dirección al Estado a partir del cual le haya transportado, al Estado que haya expedido el documento de viaje con el que ha viajado o a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión. Sobre este particular, me parecen sumamente acertadas las conclusiones de PURCALLA BONILLA, M.A., "La regulación de los derechos y libertades y de la integración social de los extranjeros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros, núm. 218, de 2001, pág. 110, quien critica el hecho de que, en virtud de esta previsión legal, se haya convertido a las empresas de transporte y sus trabajadores "en policías de frontera", y se obligue a declarar al extranjero solicitante de asilo sobre la persecución que sufre en su país de origen y a facilitar su documentación a empleados privados "probablemente de la misma nacionalidad del país del que se sale huyendo", lo que podría resultar incompatible con la consagración del derecho de asilo *ex* artículo 13.4 de la CE.

(21) El artículo 4.2 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, establece: "La admisión a trámite de la petición de asilo hecha en cualquier frontera supondrá la autorización de la entrada y de la permanencia provisional del solicitante, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en la resolución definitiva del expediente".

(22) *Vid.* sobre este particular a CALVO ROJAS, E., "El procedimiento administrativo sancionador…", cit., pág. 190.

templó en los demás casos– el carácter opcional de la sanción de expulsión en lugar de la multa. A tal efecto, el artículo 57.2 establece como única sanción posible la expulsión para "(...) el extranjero que haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados".

De este modo, se vuelve a introducir el supuesto que recogía el artículo 26.1.d) de la Ley 7/1985 y que, con posterioridad, había sido suprimido como infracción en la Ley 4/2000 para impedir que se continuase con la práctica entonces habitual de expulsar al extranjero en el momento en que era puesto en libertad, tras cumplir su pena. Así, se reabre el debate sobre la compatibilidad de esta medida con el principio *non bis in idem*, dado que la expulsión no se plantea aquí como consecuencia de la comisión de una infracción administrativa, sino como efecto anudado a la comisión de un delito que ya ha sido castigado en vía judicial. Dicho de otro modo, la expulsión no se acuerda como alternativa a la pena, lo que sí resultaría procedente[23], sino como acumulativa a la vía penal, esto es, como doble sanción[24].

PARA LA GRADUACIÓN DE LAS SANCIONES EL ÓRGANO COMPETENTE EN IMPONERLAS DEBERÁ AJUSTARSE A CRITERIOS DE PROPORCIONALIDAD, VALORANDO EL GRADO DE CULPABILIDAD Y EL DAÑO PRODUCIDO O EL RIESGO DERIVADO DE LA INFRACCIÓN

Además, el legislador estatal olvida que la expulsión tiene naturaleza sancionadora y que como tal sanción sólo puede ser impuesta respecto de aquellas conductas que en el momento de imponerse "(...) constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento", conforme deriva del principio de legalidad consagrado en el artículo 25 de la CE (principio que aparece formulado para el ámbito sancionador en el artículo 127 de la LPC). Por tanto, la

(23) Respecto a esta posibilidad de sustitución de la pena por la sanción de expulsión se pronuncia específicamente el citado Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, al introducir cambios en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89 del Código Penal, en coherencia con la reforma de la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para dar adecuado cauce a que el juez penal acuerde la sustitución de la pena impuesta al extranjero, no residente legalmente en España que ha cometido un delito, por su expulsión. A tal efecto se establece que, en el caso de extranjeros que, además de no ser residentes legalmente en España, cometan un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, la regla general sea la sustitución de ésta por la expulsión; e, igualmente, si la pena es igual o superior a seis años, una vez cumplida en España las tres cuartas partes de la condena o se alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario, se acuerde también como regla general la expulsión. Con tales previsiones se pretende, según declara la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, lograr una mayor eficacia en la medida de expulsión; medida que se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento en su conjunto.

(24) CALVO ROJAS, E., "El procedimiento administrativo…", cit., págs. 197 y 198.

sanción de expulsión sólo puede ser impuesta frente a las conductas tipificadas como infracciones graves en los artículos 53.a), b), c), d) y f), y, como muy graves, en el 54 de la LOEXIS, y no, por contra, para responder a una conducta no infractora como sucede en el presente caso.

IV. LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL COMO SANCIÓN ALTERNATIVA A LA MULTA. PRINCIPIOS GENERALES Y GARANTÍAS JURÍDICAS DEL EXTRANJERO

Sin lugar a dudas, la exposición realizada hasta aquí pone de manifiesto la notable ampliación operada por la LOEXIS en el régimen sancionador con la recuperación generalizada de la expulsión, lo que, a mi juicio, carece de justificación a la luz de los principios generales que informan la actuación sancionadora de la Administración pública y, especialmente, el de proporcionalidad. Tal circunstancia se observa porque esta norma ha ampliado sobremanera los supuestos en que es posible acordar la sanción de expulsión, extendiéndola a las infracciones más comunes, y porque al hacerlo ha aplicado esta medida por igual a infracciones de diversa naturaleza y entidad.

Al amparo de esta recuperación generalizada, la reforma introducida por la LOEXIS en este concreto ámbito ha propiciado el uso indiscriminado de esta medida por nuestra Administración, desplazando así a la multa, y aduciendo para ello, como justificación, la falta de eficacia de la sanción pecuniaria, pues en buena parte de las infracciones en materia de extranjería es escasa, por no decir nula, la capacidad económica del infractor. De esta manera, el legislador estatal parece olvidar que la propia LOEXIS configura la expulsión como una sanción extrema y opcional frente a la típica, de carácter pecuniario, que es la multa (artículo 55); y que ni siquiera en los supuestos en que prevé su aplicación, esto es, para algunas de las infracciones graves del artículo 53 y para las muy graves del artículo 54, se ha establecido la obligatoriedad de optar por tal medida (artículo 57).

1. La debida racionalización de la potestad de opción multa/expulsión a la luz de los principios sustantivos de la potestad sancionadora

En efecto, la dicción literal del artículo 57 de la LOEXIS faculta a la Administración a optar por la sanción de expulsión en lugar de la multa, otorgándole un margen de discrecionalidad al Subdelegado del Gobierno o, en su caso, al Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales. No obstante, ello no significa que estas autoridades tengan libertad absoluta para optar indiscriminadamente por la expulsión[25], desplazando en tales casos a la multa, porque tal decisión casaría mal no sólo con los principios generales que informan la potestad sancionadora de la Administración,

(25) Ello que pondría en peligro el sistema de derechos y garantías jurídicas de los extranjeros afectados.

particularmente, el de proporcionalidad (a los que remiten expresamente los artículos 20 y 50 de la LOEXIS en relación con el 92 del RELOEXIS), sino también con los propios criterios que estas últimas normas establecen para modular su adopción.

Tal como se dijo al principio de estas páginas, la actividad sancionadora de la Administración, dentro de la que se inserta la expulsión, está sometida a una serie de reglas sustantivas y procedimentales de carácter general o común, que actúan como verdaderos límites para la Administración, al mismo tiempo que como garantías de los administrados, al conformarse como verdaderos derechos subjetivos que pueden ser esgrimidos ante los Tribunales[26].

Estos principios se encuentran contenidos hoy en el Título IX de la LPC (artículos 127 a 138), desarrollando, así, los postulados contenidos en los artículos 24 y 25 de la CE. Me refiero, por ejemplo, a los principios de reserva de ley (artículo 127.1), tipicidad (art. 129.1), irretroactividad de la disposición sancionadora desfavorable (artículos 128 y 62.29), responsabilidad o culpabilidad (artículo 130), proporcionalidad (artículo 131.3), prescripción (artículo 132), el *non bis in idem* (artículo 133), etc. Dentro del marco delimitado por estos principios básicos y comunes, y en el ejercicio de las competencias normativas o ejecutivas que legítimamente le correspondan, cada Administración podrá establecer las especialidades que resulten necesarias según la materia de que se trate.

En el ámbito concreto del derecho sancionador en materia de extranjería, el principio de proporcionalidad (recogido para la actividad sancionadora, en general, en el artículo 131.3 de la LPC[27]) adquiere especial relevancia y se conforma como la pieza clave para determinar la legitimidad de los acuerdos administrativos de expulsión. Tal como se desprende de la jurisprudencia constitucional, dicho principio de proporcionalidad es inherente al Estado de Derecho, representa un auténtico canon de constitucionalidad de la actuaciones de los poderes públicos y constituye un principio básico del Ordenamiento sancionador y aún cabría decir de todo el Ordenamiento Jurídico[28]. Así, dentro del Derecho Administrativo sancionador, cumple una doble

(26) El Tribunal Constitucional ha venido declarando reiteradamente que, de acuerdo con una interpretación finalista de la CE y, muy especialmente, de su artículo 25.1, resultan aplicables al Derecho administrativo sancionador, en la medida en que sean compatibles con su naturaleza, los principios inspiradores del orden penal en cuanto ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado.

(27) Este artículo 131.3 declara: "En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por la Administración Pública se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y de la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) La existencia de intencionalidad o reiteración. B) La naturaleza de los perjuicios causados. C) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme".

(28) Tal como declaran las SSTC 62/1982 y 102/1984, el principio de proporcionalidad constituye un principio general del Derecho aplicable a todos los ámbitos de la actuación administrativa. Deriva del texto constitucional y, particularmente, de los artículos 1.1, 9.3 y 10.1. Asimismo, está implícito en el artículo 103.1, puesto que "servir con objetividad los intereses públicos generales es la esencia misma de la Administración, lo que significa ponderación de intereses y racio-

función: por un lado, sirve para introducir un criterio de mesura en la tipificación de las conductas reprochables, de manera que sólo se calificarán de infracciones aquellas conductas que no puedan ser reprimidas por otros medios; y, por el otro y éste es el aspecto que más interesa ahora, sirve para atemperar el ejercicio de la actividad sancionadora[29], en cuanto exige la correspondencia entre la trascendencia y gravedad de la acción sancionable y la sanción misma.

De este modo, para cumplir las exigencias derivadas del principio básico de proporcionalidad en la graduación de la sanción y, sobre todo, para determinar la legalidad de la sustitución de la sanción económica por la expulsión (y, en este último caso, para la fijación del plazo de prohibición de entrada en España –entre tres y diez años– que conlleva toda expulsión), nuestras autoridades están compelidas a ponderar cuidadosamente todas y cada una de las circunstancias concurrentes en cada caso. Para ello, además de los principios establecidos con carácter general y básico en la LPC, la propia LOEXIS proporciona toda una serie de criterios que deberán ser valorados igualmente por nuestras autoridades para decidir la imposición o no de la sanción extrema de expulsión. Me refiero, especialmente, a los siguientes:

A) En primer lugar (reiterándose la exigencia de proporcionalidad a la que se refiere con carácter general el artículo 131.3 de la LPC), los fijados en el artículo 55.3 cuando dispone: "Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas deberá ajustarse a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia"[30]; y en el 55.4, cuando establece que: "Para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor".

B) En segundo término, los límites que fija el artículo 57 (en relación con el 97.3 del RELOEXIS), que excluye la posibilidad de aplicar dicha sanción de expulsión, sustitu-

nalidad del comportamiento. *Vid*. igualmente LÓPEZ GONZÁLEZ, E., *El principio de proporcionalidad en Derecho Administrativo*, Sevilla, 1988, págs. 59 y ss.; y AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en el Derecho Penal* y, particularmente, el Capítulo IV sobre "El principio de proporcionalidad en otras ramas del Derecho", Edersa, Madrid, 1999, págs. 80 y ss.

(29) *Vid*. sobre este particular RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, Mª.P., "Sanciones administrativas: Nuevas tendencias", *Revista del Poder Judicial*, núm. 55 (tercer trimestre 1999), págs. 258 a 260.

(30) Dicho precepto viene a ampliar así los contenidos en la Ley 4/2000, cuyo artículo 51.3 sólo establecía criterios de graduación para "la determinación de la cuantía de la sanción", para cuya determinación había que atender a la "capacidad económica" y al "grado de voluntariedad del infractor".

yéndose por la de multa, cuando concurra en el infractor alguna de las circunstancias personales o familiares enunciadas en los apartados 5[31] y 6[32].

C) Y, en último lugar, la concurrencia o no en cada caso de alguno de los supuestos recogidos en el artículo 59, en cuanto conllevan una suerte de perdón legal al señalar dicho precepto que "podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado (...)" el extranjero que habiendo incurrido en determinadas infracciones (tales como la entrada en España fuera de los pasos establecidos al efecto o no haber cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin permiso, sin documentación o con documentación irregular), haya sido "(...) víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación de la prostitución abusando de su situación de necesidad (...)".

LA SANCIÓN DE EXPULSIÓN SÓLO PUEDE ACORDARSE EN EL SENO DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DEL EXTRANJERO Y COMO INSTRUMENTO DE CONTROL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

En definitiva, todos y cada uno de estos criterios coadyuvan a reducir al máximo el ámbito de discrecionalidad que el artículo 57 de la LOEXIS parece otorgar a la Administración para decidir la aplicación o no de la sanción de expulsión. A mi juicio, esta medida, dado su carácter extremo que no admite graduación, la sanción de expulsión debería interpretarse restrictivamente en los términos antedichos, de tal manera que sólo pudiera imponerse cuando no concurrieran circunstancias que permitiesen aplicar en su lugar la sanción más beneficiosa de la multa[33].

(31) Este artículo 57.5 dispone lo siguiente: "(...) La sanción de expulsión no podrá ser impuesta salvo (y por tanto, decimos nosotros, sí cabrá la expulsión) que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años. b) Los que tengan reconocida la residencia permanente. c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española. d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente en el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral".

(32) El apartado 6 de este artículo 57 dispone: "(...) Tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentren en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, ni las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre".

(33) En esta línea se pronuncia, por ejemplo, la STS de 26 de noviembre de 1992 (RJ 2003/1420).

En última instancia y en caso de ser procedente su adopción, su imposición requerirá acuerdo administrativo motivado, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo.

2. Los principios procedimentales como garantía de los derechos del extranjero frente a la sanción de expulsión

Es evidente que la sanción de expulsión, como sanción extrema que es, sólo puede acordarse en el seno de un procedimiento administrativo[34], el cual adquiere en este ámbito concreto de la expulsión un papel fundamental: de una parte, como garantía de los derechos del extranjero incurso en una infracción administrativa; y, de la otra, como instrumento de control de la actuación administrativa, ayudando también a reducir, por ende, el citado margen de discrecionalidad que tiene nuestra Administración pública para optar por la sanción de expulsión y no por la multa.

Sin embargo, la LOEXIS no regula un procedimiento sancionador específico ni tampoco de expulsión, limitándose, por el contrario, a articular determinadas peculiaridades procedimentales. Esta situación de vacío la suple hoy el RELOEXIS, que, al margen de que la sistemática del dicho texto no sea a mi juicio la más afortunada, contiene en sus artículos 92 y siguientes una completa y pormenorizada regulación del procedimiento sancionador, previendo en relación con la sanción de expulsión dos clases de procedimientos, uno de carácter ordinario y otro de carácter preferente, así como abordando también los propios del retorno y la devolución.

De lo anterior se colige que, en lo referente al procedimiento y al régimen de ejecutividad en general de los actos dictados en materia de extranjería y, en particular, de los sancionadores, habrá que estar en primer lugar a lo dispuesto en la LOEXIS y, particularmente, en el RELOEXIS[35].

Ahora bien, como se dijo al principio de estas páginas, estas dos normas se insertan dentro de un Ordenamiento Jurídico más amplio conformado, en primer lugar, por la CE y,

(34) Tal como pone de manifiesto BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 77, en relación con los actos administrativos en general, el procedimiento tiende a asegurar que, antes de dictar un acto, la Administración cumpla una serie de trámites impuestos por la propia Constitución o por la legislación ordinaria, que se corresponden estrictamente con derechos de los particulares, como ocurre, por ejemplo, con el derecho de audiencia de los interesados o con el derecho a la defensa en el procedimiento sancionador.

(35) Si bien, de conformidad con el artículo 92 del RELOEXIS, cuando se trate de los supuestos calificados como infracción leve del artículo 52.c), grave del artículo 53.b), cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, y muy grave del artículo 54.1.d) de la citada Ley Orgánica, el procedimiento aplicable será el previsto en la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y en el regulado en el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, así como en lo dispuesto en los artículos 133 y siguientes de este Reglamento.

particularmente, por la LPC, cuyos artículos del 134 al 137 (y, en su desarrollo el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora) contienen, junto a los principios sustantivos, toda una serie de principios de carácter procedimental que derivan del artículo 24 de la CE[36]. Tales preceptos consagran, entre otros, el derecho de defensa y sus derechos instrumentales a ser informado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se les pudiera imponer, a formular alegaciones y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a que la resolución de expulsión esté debidamente motivada, etc.

Por tanto, sin perjuicio de las especialidades establecidas por la LEOXIS y el RELOEXIS, las resoluciones sancionadoras que se adopten respecto de los ciudadanos extranjeros también deberán respetar plenamente todo el juego de garantías contenido en la citada legislación general, siendo de aplicación supletoria, en todo caso y en lo que no se halle previsto en el RELOEXIS, lo dispuesto en el citado Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

La propia LOEXIS remite expresamente a estas normas y reitera algunos de tales principios generales, al consagrar en su artículo 20 el respeto debido: "(...) a la publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones (...)". Con esta declaración general de principios, el legislador estatal quiere poner de manifiesto cuál es la filosofía de la LOEXIS, consagrando una serie de garantías jurídicas de los extranjeros y, particularmente, su derecho de defensa. Si bien, se observa luego una contradicción entre lo que en ella se propugna desde el punto de vista de los principios y su posterior materialización práctica[37].

Se trata, en efecto, de uno de los aspectos ampliamente examinados por la jurisdicción contencioso-administrativa, evidenciando la relativa frecuencia con que en la práctica se

(36) La aplicación del artículo 24 al Derecho administrativo sancionador supone, tal como tiene declarado nuestro Tribunal Constitucional, la vigencia en dicho ámbito de una serie de garantías inicialmente previstas para el proceso penal, siempre y cuando "resulten compatibles con su naturaleza". A este respecto, la STC 89/1995 (cuya doctrina reitera luego, entre otras, en la 129/1996 y 45/1997) establece: "(...) constituye una doctrina reiterada de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (así, por ejemplo, Sentencias del TEDH de 22 de mayo de 1990 –Asunto Weber– y de 24 de febrero de 1994 –Asunto Bandenoun–) la de que los principales principios y garantías constitucionales del orden penal y del proceso penal han de observarse, con ciertos matices, en el procedimiento sancionador". Así, entre tales garantías procesales, se han declarado aplicables en este ámbito, el derecho de defensa y sus derechos instrumentales a ser informado de la acusación y a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, así como el derecho a la presunción de inocencia.

(37) En esta misma línea, *vid.* FERNÁNDEZ-VALVERDE, R., "Régimen sancionador e infracciones en el ámbito de la extranjería", en *Jornadas sobre el Régimen Jurídico de la Extranjería*, organizadas por la Universidad Alfonso X, El Sabio (ICSE), 2001.

vulneran por nuestras Administraciones estas garantías procedimentales[38]. De este modo, de conformidad con los principios sustantivos y procedimentales apuntados, y sea cual fuere el procedimiento de que se trate –ordinario o preferente–, la sanción de expulsión requerirá la apertura de un previo expediente administrativo, en el que deberá acreditarse la concurrencia de los hechos constitutivos de infracción[39] y se pondere la existencia de especiales circunstancias personales, familiares o de arraigo concurrentes en el caso (esto es, la nacionalidad de origen, lugar de nacimiento, residencia previa en España, circunstancias familiares, reincidencia, etc.) para verificar si procede o no la sanción de expulsión. En todo caso, la apertura de dicho expediente deberá ser comunicada al interesado[40], debiendo garantizarse, como mínimo, al presunto infractor su derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento, con indicación de los plazos para su ejercicio. La resolución que finalmente se dicte habrá de ser notificada[41], debiendo contener, además de la motivación que la fundamente[42], los recursos que frente a ella procedan, el órgano ante el que hubiera de presentarse y el plazo para interponerlos.

(38) Como indica el Informe del Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley 8/2000: "Son bastantes las resoluciones en que se procede a la anulación de sanciones administrativas de expulsión por insuficiencia en la acreditación de los hechos, basándose la Administración en meras conjeturas en los hechos atribuidos (SSTS de la Sala Tercera de 27 de mayo de 1991, de 25 de febrero de 1992, de 7 de noviembre de 1999), defectos en la notificación (STS de 20 de septiembre de 1993), falta de propuesta de resolución (STS de 10 de marzo de 1992) o falta de audiencia (STS de 27 de junio de 1989)".

(39) En este sentido se ha pronunciado nuestro Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, entre otras en sus Sentencias de 9 de mayo (RJ 2000/4304) y 9 de octubre de 2000 (RJ 2000/8623), al señalar que en el procedimiento sancionador es necesario precisar el hecho imputado y proceder a una determinación, lo más correcta posible, de la conducta imputable al sujeto. Dicha garantía ha sido reconocida también en numerosas sentencias del Tribunal Constitucional como, por ejemplo, en las números 75/1984 (RTC 1984/75) y 182/1990 (RTC 1990/182).

(40) Se trata de una manifestación del derecho fundamental a ser informado de la acusación formulada, aunque en la práctica se observa la falta de notificación de la propuesta de expulsión o del inicio del procedimiento, lo cual produce una grave situación de indefensión pues impide que el extranjero afectado pueda presentar alegaciones y defenderse de algo que desconoce.

(41) Dicha notificación condicionará la eficacia de la expulsión. Con carácter general, el artículo 58 de la LPC señala "se notificarán a los interesados las resoluciones y actos administrativos que afecten a sus derechos e intereses". Se establece así como un requisito necesario para que los destinatarios de este tipo de acto puedan proceder a su cumplimiento. *Vid.* sobre este particular GONZÁLEZ PÉREZ, J., GONZÁLEZ NAVARRO, J., GONZÁLEZ RIVAS, J.J., *Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992*, Civitas, 1999, págs. 313 y ss., quienes realizan un análisis sistemático de la LPC y, particularmente, de los artículos 58 y 59 reguladores de la notificación. Asimismo, BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones…*, ob. cit., págs. 140 y ss.

(42) Tal como pone de relieve el antedicho Informe al Anteproyecto de Ley 8/2000 y se deriva del artículo 54 de la LPC, "(...) la motivación es la expresión de las razones de la decisión tomada y de sus fundamentos, facilita al destinatario su impugnación y, lo más importante, facilita su control jurisdiccional; una esfera de actuaciones carentes de motivación, aún sucinta y breve, promueve la presencia de zonas de inmunidad de imposible o muy difícil control, contrariando lo establecido en el artículo 106 de la CE, dejando carente de contenido el control judicial de la Administración. Además, la motivación es otro mecanismo por el que se dificulta la arbitrariedad de los poderes públicos, contribuyendo a su interdicción conforme al artículo 9.3 de la CE". Asimismo, sobre el carácter no meramente formal de la motivación, pueden consultarse FERNANDO PABLO, M.M., *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 232 y ss., y BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones…*, ob. cit., pág. 63.

3. Breve excurso en la problemática derivada de la excesiva generalización práctica del procedimiento preferente a raíz de la LOEXIS

Uno de los aspectos más cuestionados de la reforma introducida por la LOEXIS ha sido la excesiva generalización práctica del llamado procedimiento preferente de expulsión[43].

El artículo 63 de la LOEXIS (y 109 del RELOEXIS) configura dicho procedimiento preferente como excepcional frente al común u "ordinario", al reservar su aplicación únicamente para los supuestos de infracciones muy graves del artículo 54.1, a) y b), o de las graves del artículo 53.a), d) y f), matizando incluso su utilización cuando se trate del supuesto descrito en el artículo 53.a) –situación irregular por no renovación de prórroga de estancia o autorización de residencia caducadas desde hace más de tres meses– al establecer que si, durante la tramitación del expediente seguido por el procedimiento preferente, el extranjero acreditase la solicitud previa de residencia temporal por situación de arraigo [artículo 31.4 de la LOEXIS y 41.1.d) del RELOEXIS] se continuará el mismo por los trámites del procedimiento ordinario.

EL RETORNO SE RESERVA A LOS EXTRANJEROS A LOS QUE EN LA FRONTERA NO SE LES PERMITA INGRESAR EN EL PAÍS POR NO REUNIR LOS REQUISITOS EXIGIDOS MIENTRAS QUE LA DEVOLUCIÓN ES PARA LOS QUE HABIENDO SIDO EXPULSADOS PRETENDAN ENTRAR ILEGALMENTE EN EL PAÍS

Sin embargo, lo cierto es que, al fijar su marco de actuación, la Ley ha generalizado dicho procedimiento preferente, al prever su aplicación respecto de muchas de las infracciones más comunes, aplicándolo por igual a infracciones de diversa naturaleza y entidad. Dicha regulación legal ha propiciado que el procedimiento preferente, concebido inicialmente con carácter excepcional por su carácter sumario y por la ejecutividad inmediata de sus resoluciones, se haya convertido en la práctica en una forma habitual de tramitar expulsiones, lo que me parece como mínimo cuestionable al haberse hecho sin un criterio claro que lo justifique, desoyendo los postulados que derivan del principio de proporcionalidad[44], con grave merma para las garantías jurídicas que se propugnan en los artículos 20 y siguientes de la LOEXIS.

Esta sumariedad se pone de manifiesto por la reducción del plazo para presentar alegaciones. Así, conforme dispone el artículo 110 del RELOEXIS, el acuerdo de iniciación del pro-

(43) La LOEXIS reincorpora así un procedimiento que había sido suprimido por la Ley 4/2000 y que contaba con un antecedente en el artículo 30.1 de la Ley 7/1985.

(44) En esta misma línea se pronuncia también CALVO ROJAS, E., "El procedimiento administrativo sancionador…", cit., pág. 200.

cedimiento se pone en conocimiento por escrito al expedientado, estableciendo un plazo injustificadamente exiguo de 48 horas (en lugar de los 15 días previstos por el RELOEXIS para el procedimiento ordinario) para que éste –que puede estar durante ese período detenido o internado– alegue lo que considere adecuado, advirtiéndosele que, de no hacerlo, dicho acuerdo de iniciación será considerado propuesta de resolución con remisión del expediente a la autoridad competente para resolver[45]. Sin duda, por la brevedad de este plazo pueden peligrar las garantías jurídicas del extranjero ante un procedimiento sancionador y, particularmente, se dificulta el ejercicio del derecho de defensa que consagra el artículo 24 de la CE[46], provocando indefensión.

Por lo que se refiere a la ejecutividad, el artículo 20 de la LOEXIS sustrae expresamente al procedimiento preferente del régimen general de ejecutividad de las sanciones que se recoge en el artículo 138.3 de la LPC (el cual demora la ejecución de las sanciones hasta su firmeza en vía administrativa), remitiendo ésta a lo dispuesto en el artículo 63.4 de la LOEXIS, en relación con el 100.2 y el 112 del RELOEXIS, que prevé la materialización inmediata de la resolución administrativa de expulsión, en atención a la naturaleza preferente y sumaria de dicho procedimiento[47].

El problema que aquí se plantea es el de la compatibilidad de estos preceptos legales y reglamentarios con el derecho a la tutela judicial efectiva. El Tribunal Constitucional ha sido claro a este respecto, al declarar que ese derecho se satisface posibilitando que la ejecutoriedad del acto pueda ser objeto de revisión ante un órgano jurisdiccional[48], previsión que, ciertamente, se contiene en el artículo 112.6 del RELOEXIS cuando señala que la inmediatividad de la expulsión "(...) no excluirá el derecho de recurso por los legitimados para ejercerlo (...)". Sin embargo, por mucho que se intente salvar la situación mediante esta previsión normativa, sucede en la práctica que la extraordinaria premura en el cumplimiento de la sanción pueden llegar a mermar o hacer ilusorio las posibilidades de defensa de sus destinatarios en estos casos[49], dificultándose el ejercicio

(45) Si el interesado formulase alegaciones y solicitase la práctica de pruebas dentro del plazo establecido, y si el órgano instructor las considerase pertinentes, éstas deberán practicarse en el plazo máximo de 3 días; en caso contrario, se comunicará al interesado su inadmisión dándole trámite de audiencia por 48 horas para que formule alegaciones y presente los documentos que estime pertinentes. Transcurrido dicho plazo, se procederá a elevar el expediente administrativo, junto con la propuesta de resolución, a la autoridad competente para resolver.

(46) Plazo escaso, que quizás debió ser "el de la mitad de los plazos establecidos para el procedimiento ordinario", tal como prevé el artículo 50 de la LPC para la tramitación de urgencia.

(47) De conformidad con el artículo 100.2.b) del RELOEXIS, salvo en el caso del procedimiento preferente, el plazo mínimo para que una vez notificada la resolución de expulsión se proceda a la salida obligatoria del extranjero del territorio español es de 72 horas. Sólo en el supuesto de incumplimiento de esta obligación se procederá a la detención del extranjero y a su conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva aquélla.

(48) En esta línea se manifiestan, por ejemplo, las SSTC 66/1984, de 6 de junio, y 341/1993, de 8 de noviembre.

(49) A este respecto nos parece acertada la solución ya apuntada por MERCADER UGUINA, J.R., y TOLOSA TRIBIÑO, C., "Problemas y lagunas del Reglamento de ejecución sobre la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social", *Revista de Relaciones Laborales*, núm. 22 (noviembre 2001), La Ley, pág. 107, quienes al anali-

del derecho a los recursos por parte de los extranjeros y, por ende, las posibilidades de solicitar la suspensión de dicha ejecución [pese a que el propio artículo 112 prevea sorpresivamente "la improcedencia de declarar administrativamente efecto suspensivo alguno (…)"]; regulación esta que pugna con los postulados generales establecidos en la LPC[50] y en la Ley 29/1998, de 23 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, así como con la doctrina jurisprudencial sobre esta materia.

V. DISTINCIÓN ENTRE LA EXPULSIÓN Y OTRAS FIGURAS AFINES: EL RETORNO Y LA DEVOLUCIÓN

1. Naturaleza jurídica de los acuerdos de retorno y devolución

Junto a la sanción de expulsión se regulan en la LOEXIS otras dos figuras afines, tales como el retorno y la devolución que conllevan a la postre, al igual que aquélla, la salida obligatoria del extranjero del territorio español, pero que aparecen concebidas en dicha norma como medidas administrativas de reposición de la realidad jurídica afectada a adoptar por la Administración fuera de un procedimiento sancionador.

La primera cuestión que debe abordarse es la determinación de la naturaleza jurídica de estas medidas, lo que, a nuestro juicio, tiene un enorme interés práctico, dado las evidentes diferencias introducidas por la LOEXIS en el procedimiento a que quedan sometidos uno y otro caso, y a los consiguientes recortes de garantías que se producen en los supuestos de retorno y devolución.

Así las cosas, el retorno aparece regulado en el artículo 60 de la LOEXIS, al reservar su aplicación "a los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país" por no reunir los requisitos para autorizarles la entrada. Dicho acuerdo conlleva como efecto la obligación de retorno inmediato a su país de origen, en el plazo de 72 horas desde que se hubiera acordado; en caso contrario, tal como prevén estas normas, se interesará el internamiento del extranjero hasta que aquél pueda llevarse a cabo (artículo 137 del RELOEXIS).

Por lo que se refiere a la devolución, el artículo 58.2 de la LOEXIS prevé su adopción, sin necesidad de previo expediente de expulsión, en dos supuestos: a) para los extranjeros

zar críticamente este concreto aspecto señalan que la única posibilidad de compatibilizar la inmediatez de la medida de expulsión con la posibilidad de la su impugnación en sede jurisdiccional, incluida la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares, pasa por la aplicación del supuesto previsto en el artículo 135 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, el cual permite, atendiendo a las circunstancias de especial urgencia concurrentes en el caso, adoptar la medida cautelar sin oír a la parte contraria.

(50) Ciertamente, como regla general, la eficacia ejecutiva del acto administrativo no queda enervada por la interposición de un recurso administrativo. Ahora bien, esta regla general tiene excepciones, pues el artículo 111 de la LPC prevé la posibilidad de suspender la ejecución del acto cuando de ésta pudieran derivar perjuicios de imposible reparación o cuando la impugnación se fundamente en algunas de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la Ley. *Vid.* el estudio de este precepto de GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F., *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, vol. II, 2ª edic., págs. 2.317 y ss.

que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España[51], y b) para los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país.

Es evidente que, pese a la falta de reconocimiento formal en la LOEXIS de la naturaleza sancionadora de los acuerdos de retorno y, particularmente, del de devolución, nos encontramos ante actos administrativos de gravamen o restrictivos de derechos que representan una consecuencia negativa por el incumplimiento de una norma prohibitiva, como lo es, sin duda, la salida obligatoria del extranjero del territorio español. Desde esta perspectiva y conforme tiene admitido nuestro Tribunal Constitucional[52], podría defenderse que se trata de una sanción, en sentido material, que exigiría, de una parte, el respeto de las garantías jurídicas que se definen, con carácter general, en los artículos del 127 al 138 de la LPC y, particularmente, en los artículos del 20 al 22 de la LOEXIS; y, de la otra, la tramitación de un procedimiento adecuado, siguiendo las normas generales de los procedimientos administrativos, que permitiera la adecuada defensa del extranjero afectado, en los términos ya vistos[53], con las garantías mínimas recogidas en el actual artículo 138 del RELOEXIS.

2. En particular, los problemas interpretativos derivados de la regulación actual de la devolución en la LOEXIS y en el RELOEXIS: La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003

En otro orden de cosas, la LOEXIS plantea también importantes dificultades a la hora de precisar el ámbito de actuación de estas medidas, lo que se pone especialmente de manifiesto en los supuestos de devolución.

Así, en mi opinión, la reforma introducida por esta norma supone un cambio sustancial en el tratamiento jurídico de la entrada ilegal, puesto que la dicción literal de su artículo 58.2 impide que la entrada ilegal ya consumada pueda ser considerada como causa de devolución, al limitar dicho precepto su aplicación a los extranjeros "(...) que pretendan entrar ilegalmente en el país" [artículo 58.2.b], esto es, a aquellos que eludiendo los controles fronterizos, motivado normalmente porque se carece de los requisitos para entrar en España, buscan la entrada de forma clandestina.

(51) El artículo 58.5 de la LOEXIS prevé únicamente para estos casos el reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la orden anterior de expulsión quebrantada. Asimismo, en este supuesto, "(…) cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, la autoridad gubernativa solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión" [dicho precepto excluye, así, esta medida para la conducta descrita en el apartado a) de dicho precepto, que se refiere a "los que habiendo sido expulsados contravenga la prohibición de entrada en España"].

(52) Así lo recuerda, por ejemplo, la STC 312/2000, de 18 de diciembre, con motivo de la inconstitucionalidad de una sanción tributaria como es el recargo por demora en el cumplimiento en período voluntario.

(53) Como es conocido, la indefensión con trascendencia jurídico-constitucional se produce sólo cuando el interesado se ve, de forma injustificada, imposibilitado para la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos, o cuando la vulneración de las normas procedimentales o procesales lleva consigo la afectación del derecho de defensa, con el consiguiente perjuicio real y efectivo de quien se ve imposibilitado a alegar, probar o contradecir.

Ante esta realidad, habría que plantearse ¿qué sucede con aquellas personas que no "pretenden entrar ilegalmente en el país", sino que ya han consumado tal entrada?; es decir, con los que tras entrar ilegalmente en España son interceptados en el interior, lo que resulta habitual en la práctica con las pateras que logran arribar a nuestras costas y cuyos tripulantes son interceptados en las carreteras o en algún municipio del interior. Sin duda, la regulación contenida en la LOEXIS ha favorecido la situación actual de confusión y de inseguridad jurídica en este concreto ámbito, propiciando un marco de vacío legal:

A) En primer lugar, porque, al haber suprimido la entrada ilegal del cuadro de infracciones muy graves que se enumera en el artículo 53 de la Ley [como por contra sí hacía el artículo 49.d) de la Ley 4/2000, que la calificaba como infracción administrativa grave susceptible de conllevar la sanción de expulsión[54]], ha impedido la correlativa aplicación de sanción administrativa y, por ende, de la expulsión. Y ello porque en materia sancionadora rige el principio de legalidad y de jerarquía normativa, en cuya virtud nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento. Así, tenemos que junto a la garantía formal del principio de legalidad (reserva de ley), rige también la garantía material que es el principio de tipicidad[55], cuya correcta aplicación exige que la normas sancionadoras sean "(...) concretas y precisas, claras e inteligibles, sin proclividad alguna a la incertidumbre" (STC 34/1996, de 11 de marzo) e impide –en palabras del Tribunal Constitucional– que "(...) el órgano sancionador actúe frente a comportamientos que se sitúan fuera de las fronteras que demarca la norma sancionadora" (STC 120/1996, de 8 de julio), tal como sucede en el presente caso.

EL ARTÍCULO 58.2 DE LA LOEXIS IMPIDE QUE LA ENTRADA ILEGAL YA CONSUMADA SEA CONSIDERADA COMO CAUSA DE DEVOLUCIÓN AL LIMITAR DICHO PRECEPTO A LOS QUE "PRETENDAN ENTRAR ILEGALMENTE", PROPICIANDO UN VACÍO LEGAL

B) Y, en segundo lugar y en contra de la opinión de algún sector de la doctrina[56], tampoco creo que pueda subsumirse y,

(54) Dicho artículo 49.d) tipificaba como infracción grave: "La entrada en territorio español, careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean los pasos habituales contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstas".

(55) Como tiene señalado el Tribunal Supremo, entre otras en su Sentencia de 15 de junio de 1992: "La tipicidad de las infracciones administrativas, como expresión de una conducta determinante de sanción, es el principio en el que descansa el Derecho administrativo sancionador".

(56) Tal es el caso, por ejemplo, de ESPLUEGUES MOTA, C. y DE LORENZO SEGRELLES, M., *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España (Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)*, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 125.

por tanto, darle el mismo tratamiento a la entrada ilegal que a la conducta de estancia irregular tipificada en el artículo 53.a) de la LOEXIS como infracción muy grave, ya que se trata de dos conductas distintas, refiriéndose dicho apartado a) al inmigrante que, habiendo entrado legalmente en el país, su estancia o residencia deviene luego irregular (irregularidad sobrevenida)[57].

Por su parte, lejos de solventar la situación el RELOEXIS vino a agravarla al no limitarse a desarrollar o complementar la regulación legal sino a modificarla. Así, contrariamente al principio de jerarquía normativa y yendo más allá de la propia LOEXIS, el artículo 138.1.b) del Reglamento amplía la dicción literal del artículo 58 de la Ley e incluye a estos efectos como supuestos de devolución no sólo a "los que contravengan la prohibición de entrada en España como consecuencia de expulsión anterior" [artículo 58.2.a)] y a "los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país" [artículo 58.2.b)], sino también "(...) a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada"[58], lo que en mi opinión es ilegal por excederse de las previsiones legales[59].

Así, en efecto y en la misma línea argumental anterior, dicha Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, anuló parcialmente ese artículo 138.1.b) del RELOEXIS en cuanto al inciso "o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta" al entender, en su Fundamento de Derecho Decimoctavo, que "(...) el precepto legal de referencia no ofrece dudas de que se está refiriendo a la tentativa de entrada, la expresión 'pretender entrar' es concluyente al efecto. Es evidente, por otra parte, que quienes se

(57) El artículo 49 de la Ley 4/2000 diferenciaba dentro de las infracciones graves, en el apartado a), la estancia irregular, y en el d) la entrada ilegal; regulación de la que se infiere la existencia de un tratamiento diferenciado. Asimismo, en esta línea se pronuncian DORADO NOGUERAS y RODRÍGUEZ CANDELA, "Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador", dentro de la obra colectiva *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada 2001, págs. 844-847.

(58) Sobre este particular, resulta ilustrativo el análisis crítico que realizan MERCADER UGUINA, J.R. y TOLOSA TRIBIÑO, C., "Problemas y lagunas del Reglamento…", cit., págs. 115 y 116, quienes acertadamente declaran que "(…) el artículo 138 del Reglamento plantea, al menos, dos dudas: de una parte, su adecuación al texto de la Ley, esto es, su legalidad y, de otro, en una interpretación estricta, parece dejar fuera los supuestos de los extranjeros que habiendo entrado ilegalmente sin haber sido interceptados, no se encuentran en tránsito o ruta, sino que deciden permanecer en España en situación de ilegalidad".

(59) Como tiene declarado nuestra jurisprudencia, los Reglamentos cumplen una tarea auxiliar o secundaria pues, a través de ellos, sólo puede completarse la configuración de las infracciones tipificada en la Ley. En este sentido, la Jurisprudencia constitucional ha venido delimitando el alcance de la intervención de los Reglamentos, señalando, por ejemplo, en su Sentencia número 61/1990, de 18 de marzo: "Cierto es que la garantía formal ha sido considerada a veces susceptible de minoración o de menor exigencia (…) caso de remisión de la norma legal a normas reglamentarias, si en aquélla quedan suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta jurídica y naturaleza y límites de las sanciones a imponer (…)"; y añadiendo en su Sentencia 6/1994, de 17 de enero, lo siguiente: "La colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora sólo resulta constitucionalmente lícita cuando en la Ley que le ha de servir de cobertura quedan suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer".

encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar ya que ésta es una situación incompatible con la de encontrarse 'en el interior', es decir, dentro del territorio nacional, por más que, decimos, estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito, tanto si esa situación lo es de una localidad a otra del territorio nacional o hacia un país tercero. El precepto legal se refiere de forma estricta a la pretensión de entrar ilegalmente en el país, no a los supuestos de tránsito una vez en el país, desde un lugar a otro del mismo o hacia un país tercero. El precepto impugnado efectúa, en consecuencia, una interpretación extensiva que va más allá del mandato legal, ampliándolo a un supuesto no previsto en éste. Estamos por tanto ante una interpretación contra Ley que aplica un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos. Por esta razón el precepto debe ser anulado (...)".

No parece, por tanto, que ni la LOEXIS ni el RELOEXIS hayan dado una respuesta clara a esta problemática, lo que resulta sumamente grave si tenemos en cuenta que al cobijo de dicha norma reglamentaria, en la práctica, la Administración está utilizando indiscriminadamente este mecanismo de la devolución, en vez de instruir el expediente de expulsión, desde luego más garantista, en los supuestos en que el extranjero es detenido dentro del territorio nacional en situación ilegal, lo que sucede muy frecuentemente con las pateras que llegan a nuestras costas y cuyos tripulantes son interceptados ya en el interior. Dicho esto, a la luz de la realidad actual de inseguridad y de desprotección (en algunos casos) que padecen estos inmigrantes, habría resultado más respetuoso con sus derechos mantener la "entrada ilegal" como infracción administrativa grave, tal como hacía el artículo 49.d) de la Ley 4/2000, y seguir aplicando en tales casos el expediente administrativo de expulsión, el cual les ofrecería mayores garantías.

VI. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL RÉGIMEN DE MEDIDAS CAUTELARES CONTENIDO EN LA LOEXIS. EN PARTICULAR, LA PROBLEMÁTICA QUE PLANTEA EL INTERNAMIENTO PREVENTIVO

1. Criterios generales

Uno de los aspectos de la LOEXIS que ha despertado mayores críticas y reparos ha sido y es, precisamente, el del internamiento de los extranjeros, teniendo en cuenta que la libertad es uno de los derechos fundamentales más importantes[60], que es proclamado en el artículo 17 de la CE y que se predica de todo ser humano y no sólo de los nacionales. Doctrina, Jueces, Fiscales, Defensor del Pueblo o Diputado del Común, asociaciones humanitarias y opinión pública han alzado sus voces para denunciar la utilización indiscriminada del internamiento (lo cual resulta a todas luces contrario a los principios y

(60) *Vid.* sobre este particular HEREDIA PUENTE, M. y FÁBREGA RUIZ, C., *Medidas cautelares en el Derecho de extranjería*, Colex, 1997, págs. 39 y ss.

reglas que rigen la adopción de este tipo de medidas)[61] y, también, las condiciones de los centros acondicionados para tal fin, cuando lo cierto es que la propia LOEXIS prevé otras medidas provisionales menos gravosas y, desde luego, más respetuosas con los derechos y garantías de los extranjeros y, particularmente, con su derecho a la libertad.

En efecto, dicha norma introduce en el ámbito sancionador un completo catálogo de medidas cautelares, incluso de carácter positivo. Así, el artículo 61 prevé la posibilidad de que, durante la tramitación del expediente sancionador en el que se formule propuesta de expulsión, "(...) la autoridad gubernativa competente para su resolución" pueda acordar "(...) a fin de asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer" alguna de las siguientes medidas cautelares (...)"; a saber: a) La presentación periódica ante las autoridades competentes; b) La residencia obligatoria en un determinado lugar; c) La retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega de resguardo[62]; d) La detención cautelar por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento[63], y e) El internamiento preventivo, previa autorización judicial, en los centros de internamientos.

No se trata, sin embargo, de una autorización general e ilimitada en favor de dicha autoridad gubernativa, la cual no tiene plena libertad para adoptar estas medidas. Antes al contrario, nuestro Ordenamiento Jurídico, con carácter general, y la LOEXIS, en particular, fijan diversos límites en la adopción y mantenimiento de las medidas cautelares.

De entrada, el artículo 61 de la LOEXIS introduce una restricción en el ámbito de actuación de estas medidas al exigir, para todos y cada uno de los supuestos, la existencia pre-

(61) Para la adecuada comprensión del régimen jurídico de las medidas provisionales resulta obligada la referencia al estudio de REBOLLO PUIG, M., "Medidas provisionales en el procedimiento administrativo", dentro de la obra colectiva, *La protección jurídica del ciudadano,* en Homenaje al Profesor J. González Pérez, Civitas, Madrid, 1993, págs. 659 y ss.

(62) El artículo 117.2 del RELOEXIS, al regular esta medida provisional y para que la misma pueda adoptarse, parece limitar su campo de aplicación al exigir la concurrencia de una serie de circunstancias. Así, se señala que sólo procederá la retirada de la documentación "cuando en las primeras actuaciones de la fase de instrucción concurran razones que así lo aconsejen, como carecer el extranjero de arraigo, de domicilio conocido o no manifestase lugar alguno a efecto de notificaciones". Si bien, al referirse a la autoridad legitimada para acordar dicha medida, el RELOEXIS vuelve a apartarse de lo dispuesto en la LOEXIS al señalar que lo será "(…) el órgano competente para iniciar el procedimiento o el órgano instructor", todo ello en contra de lo que establece expresamente el artículo 61.1 de la Ley, que encomienda esta competencia a la autoridad competente para la resolución del expediente sancionador en que se formule propuesta de expulsión a instancia del instructor. Esta extralimitación ha sido, igualmente, objeto de la reciente Sentencia del Alto Tribunal de 20 de marzo de 2003, que anula el artículo 117.2 del Reglamento al entender, en su Fundamento de Derecho Decimotercero, que "(…) al desplazar el Reglamento esa competencia al instructor, que sólo tiene conforme al mandato legal facultades de propuesta, y al órgano competente para iniciar el procedimiento, no existe duda alguna de que contraviene una norma de rango superior y por tanto el precepto debe ser anulado".

(63) Indudablemente esta detención cautelar colisiona con el derecho a la libertad personal que consagra el artículo 17 de la CE como derecho de la persona, sea cual sea su nacionalidad. Así pues, en cuanto medida extrema, sólo debería llevarse a cabo ante la existencia de motivos bastantes que justifiquen su necesidad y sólo durante el tiempo necesario para esclarecer los hechos; por lo que, una vez transcurridas las 72 horas a las que se refiere la LOEXIS, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial para su internamiento.

via de un expediente sancionador en que "(…) se formule propuesta de expulsión" (requisito este último que sólo se requería en el artículo 58 de la Ley 4/2000 para la adopción de la medida provisional más extrema de internamiento[64]), lo cual conlleva, en principio, la inaplicación de este tipo de medidas en los expedientes de retorno y de devolución[65].

Además, su configuración como medidas cautelares exige que se respeten todas y cada una de las garantías que con carácter general consagran los artículos 72 y 136 de la LPC, y 15 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionatoria, de cuyos preceptos se colige, entre otras cosas, lo siguiente:

DE TODAS LAS MEDIDAS CAUTELARES LA DE INTERNAMIENTO ES LA MÁS GRAVOSA PARA LOS DERECHOS DEL EXTRANJERO Y, PARTICULARMENTE, PARA EL DE LIBERTAD, PASANDO A UTILIZARSE DE FORMA INDISCRIMINADA TANTO EN SUPUESTOS DE EXPULSIÓN COMO DE RETORNO O DEVOLUCIÓN

A) El carácter excepcional de este tipo de medidas determina que únicamente puedan acordarse éstas (tal como se deriva de la propia dicción literal del artículo 61 de la LOEXIS): "Durante la tramitación del expediente sancionador en el que se formule propuesta de expulsión" y siempre que resulten necesarias "(…) para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer"[66], debiendo alzarse o modificarse durante la tramitación del procedimiento, cuando ya no resulten imprescindibles para garantizar los fines del expediente.

B) El debido respeto del principio de proporcionalidad obliga a la autoridad gubernativa a analizar las circunstancias concurrentes y optar, en función de aquéllas, por la medida cautelar

(64) La citada Ley 4/2000 establecía distintas exigencias según el tipo de medida provisional de que se tratase, distinguiendo dos grupos según su gravedad. El artículo 57 recogía la obligación de presentarse periódicamente en las dependencias que se indiquen y la retirada del pasaporte o documento demostrativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida, para cuya adopción únicamente se requería que el extranjero se encontrase en España y que se le hubiera abierto un expediente sancionador. El artículo 58 aludía a la medida de internamiento, si bien, en este caso y dada su gravedad, además de limitar su ámbito de actuación a determinadas infracciones muy graves [apartados a), b) y c) del artículo 50] y para la grave consistente en "la participación por el extranjero en la realización de actividades ilegales" [apartado g) del artículo 49], se exigía para poder acordarla que en el expediente sancionador se hubiere dictado propuesta de expulsión del afectado.

(65) Por su parte, el apartado 2 de este artículo 61 contempla una serie de medidas provisionales específicamente aplicables en el caso de expedientes por infracciones de los transportistas que, a diferencia de las anteriores, pueden acordarse con independencia de que la sanción impuesta sea o no la expulsión. Estas medidas pueden consistir en la suspensión de sus actividades, la prestación de fianzas o avales, o la inmovilización del medio de transporte utilizado.

(66) El carácter instrumental –o garantista y asegurador– de las medidas provisionales constituye la clave y el fundamento último de esta institución. La adopción de medidas provisionales responde a una necesidad objetiva, cual es garantizar el principio de eficacia de la actuación administrativa.

que más se ajuste a las necesidades del caso y que resulte menos gravosa para los derechos del extranjero afectado[67].

C) La exigencia general de motivación para los actos de sacrificio de derechos, adquiere una especial relevancia en el ámbito de las medidas provisionales. Tales medidas deberán adoptarse mediante acuerdo administrativo motivado, previa audiencia del interesado; motivación que deberá ser suficientemente indicativa de las razones que justifican la decisión, permitiendo al extranjero afectado articular adecuadamente sus medios de defensa[68].

2. En particular, la configuración legal de la medida cautelar de internamiento

De todas las medidas cautelares que enumera el citado artículo 61 de la LOEXIS, la de internamiento preventivo resulta ser la más gravosa para los derechos del extranjero, y, particularmente, para el de libertad, lo cual exige que se apliquen con especial rigor los principios y garantías generales que acaban de apuntarse.

La constitucionalidad de la medida de internamiento fue abordada ya por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 115/1987, de 7 de julio[69], rechazando, así, las posibles quejas de quienes denunciaban la presunta infracción del artículo 25.3 de la CE, que prohíbe a la Administración imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen

(67) A este respecto, basta remitirnos a la doctrina sentada por nuestro TC y recogida por el TS que, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de las medidas provisionales adoptadas en el seno de un procedimiento sancionador, declara que: "(…) no vulnera derechos constitucionales siempre que exista una norma jurídica que permita su adopción, se establezcan por resolución en derecho y se basen en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes, pues una medida cautelar desproporcionada e irrazonable no sería propiamente cautelar y tendría carácter punitivo en cuanto al exceso (…)" (SSTC 31/1981, de 28 de julio, 13/1982, de 1 de abril, 108/1984, de 26 de noviembre y 22/1985, de 15 de febrero).

(68) Siguiendo en este punto al Profesor REBOLLO PUIG, M., "Medidas provisionales…", cit., pág. 707, entendemos que "(…) la motivación de las medidas provisionales deberá expresar los 'elementos de juicio' valorados (…) que, para ser 'suficientes', han de comprender los hechos –quizá, todavía, sólo indicios– de que se parte, alguna indicación de la 'resolución que pudiera recaer' y de las circunstancias que aconsejan adoptar medidas de aseguramiento de su ejecución o de garantía provisional de los intereses públicos que aquélla protegerá. Sólo de esta manera, la motivación cumplirá su función y permitirá el control de la legalidad –por la vía del recurso–, que en este caso comprende muy especialmente el de adecuación al fin, congruencia con los motivos, razonabilidad (…), requisitos imposibles de demostrar o de combatir o controlar si falta aquélla (…)".

(69) Esta Sentencia 115/1987 fue dictada en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra los artículos 7, 8, 26 y 34 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Por lo que ahora interesa, dicha Sentencia declara textualmente lo siguiente: "la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma". En consecuencia, "el extranjero respecto a su libertad a partir de las setenta y dos horas se encuentra a la plena disponibilidad judicial, que cesará en el momento en el que el Juez decida la puesta en libertad o en el momento en que la autoridad administrativa solicite la entrega del detenido para proceder a su efectiva expulsión" (en igual sentido, STC 144/1990).

privación de libertad. Dicha doctrina, que reitera luego en otras posteriores (por ejemplo, en las números 144/1990 y 182/1996), reconoce el carácter peculiar de la medida cautelar de internamiento, pues, a pesar de estar incardinada en un procedimiento administrativo de expulsión, la autorización del internamiento no tiene carácter administrativo sino judicial, correspondiendo su adopción a la autoridad judicial (concretamente a los Jueces de Instrucción), por suponer una privación de libertad que va más allá del plazo de 72 horas de detención gubernativa.

Ahora bien, esta declaración de legitimidad constitucional no autoriza en modo alguno la aplicación indiscriminada de la medida de internamiento. La LOEXIS fija, a tal efecto, su ámbito de aplicación, estableciendo (consciente o inconscientemente) ciertas limitaciones al prever su utilización únicamente: a) En aquellos expedientes sancionadores en que se formule propuesta de expulsión (artículo 61 en relación con el 62[70]); b) En los supuestos de retorno de los extranjeros a los que en frontera no se les permite el ingreso en nuestro país, cuando "éste vaya a retrasarse más de 72 horas" (artículo 60); c) Y, finalmente, respecto de uno solo de los supuestos de devolución, esto es, el recogido en el artículo 58.1.a) que se refiere a los extranjeros que "(...) habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España", previendo en tales casos (artículo 58.5) que "cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, la autoridad gubernativa solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión".

A tenor de lo dispuesto en esta norma, la autoridad judicial no estaría legitimada para acordar el internamiento de los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país [artículo 58.1.b)] ni tampoco de aquellos que finalmente hayan consumado dicha entrada.

Sin embargo, el RELOEXIS, yendo más allá que la propia Ley y seguramente porque el legislador estatal debió darse cuenta de sus posibles omisiones, vino a generalizar la aplicación de la medida de internamiento. Así las cosas, su artículo 127 extiende dicha medida cautelar, además de a los supuestos expresamente mencionados en la Ley, a los de retorno y, en general y en su apartado 2.c), a los de devolución (sin hacer distinciones de tipo alguno, como sí hacía la Ley), previendo, por ende, la aplicación de la expulsión también respecto de los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país.

Esta ampliación operada por el RELOEXIS ha desdibujado el ámbito de aplicación inicialmente establecido por la LOEXIS y ha permitido que, precisamente, al amparo de la

(70) El referido Proyecto de Ley Orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros pretende reformar el apartado primero de este artículo 62, dándole la siguiente redacción "1. Incoado el expediente por las causas comprendidas en las letras a) y b) del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, en el que pueda proponerse la sanción de expulsión del territorio español, la autoridad gubernativa podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión. El Juez, previa audiencia del interesado, resolverá mediante auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes".

regulación contenida en una norma reglamentaria (artículo 127) se haya operado la generalización práctica de una medida tan extrema como esta del internamiento, que afecta al derecho a la libertad, y que ha pasado a utilizarse en muchos casos de forma indiscriminada tanto en supuestos de expulsión, como de retorno o devolución, e, incluso, también respecto de aquellos extranjeros que, pretendiendo entrar ilegalmente en el país, logran consumar la entrada y son interceptados en el interior; todo lo cual resulta ilegal y contrario, por lo demás, a los principios y garantías generales que han de inspirar, en todo caso, la adopción de este tipo de medidas y, particularmente, de la más gravosa del internamiento.

En el sentido de tales afirmaciones se manifiesta la citada Sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 2003, que declara nulo el apartado 2.c) del artículo 127 del RELOEXIS, al entender, tal como se ha defendido aquí, que "(...) Extender por vía reglamentaria una medida cautelar que afecta al Derecho a la libertad a supuestos no previstos legalmente resulta contrario al Ordenamiento Jurídico". En palabras del Tribunal Supremo, en su Fundamento de Derecho Decimocuarto, dicha norma reglamentaria "(...) contraviene manifiestamente el artículo 58.5 de la Ley que distingue entre los supuestos de devolución por contravenir la prohibición de entrada en España [art. 58.2.a)], en los que prevé la posibilidad de internamiento cuando no pueda ejecutarse en el plazo de 72 horas, y la devolución de los que pretendan entrar ilegalmente en el país, para cuyo supuesto la Ley no establece aquella posibilidad, sin que pueda, por otra parte, ser confundida la devolución con la expulsión, supuesto este en que sí cabe el internamiento conforme al artículo 62.6 de la Ley Orgánica 4/2000 en la redacción de la Ley Orgánica 8/2000 (...)".

En todo caso, sin perjuicio de lo anterior, la adopción de esta medida provisional de internamiento en los supuestos legalmente establecidos, viene marcada, en primer lugar, por el principio de excepcionalidad, lo que obliga a las autoridades competentes a respetar el derecho a la libertad, salvo que se estime imprescindible la pérdida de éste para garantizar la eficacia de la resolución que finalmente se dicte, es decir y según establece la LOEXIS, "la efectividad de la expulsión". Consiguientemente, la legitimidad de tal medida de internamiento dependerá de que el Juez Instructor, tras analizar el caso concreto, concluya que existen indicios suficientes para pensar que el extranjero se sustraerá del resultado del expediente administrativo incoado[71]. En cualquier caso, ese carácter excepcional del internamiento exige igualmente que éste se mantenga, única y exclusivamente, por el tiempo "imprescindible" para garantizar los fines del expediente, correspondiendo también al Juez de Instrucción fijar la duración del mismo en atención a las circunstancias concurrentes en cada supuesto, sin que en ningún caso pueda exceder aquélla de los cuarenta días que establece la LOEXIS.

(71) Tal como señala el Auto de la Audiencia Provincial de Castellón 187/1999, de 2 de noviembre, la medida de internamiento tiene "(…) como objetivo inmediato tener localizado y a disposición de la autoridad competente un ciudadano o ciudadana extranjero cuya expulsión del territorio nacional se ha iniciado mediante expediente gubernativo y para el caso de que, acordada, pueda ser efectiva".

En segundo término, el debido respeto al principio de proporcionalidad requiere que el internamiento, por afectar al derecho de libertad (considerado doctrinalmente innato a la condición humana) y al de circulación consagrado en el artículo 19 de la CE, se funde en Ley y se aplique de forma razonada y razonable. Esto exige, conforme tienen declarado nuestros Tribunales, que el órgano judicial adopte libremente su decisión "(...) teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, pero no las relativas a la decisión de expulsión en sí misma, sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o a cualquiera otra que el juez estime relevante para adoptar su decisión (...)" (STC 182/1996).

En tercer y último lugar, la exigencia general de motivación requiere, según ha establecido reiteradamente nuestro Tribunal Constitucional (por todas, en sus Sentencias 96/1995 y 182/1996), que la medida de internamiento se adopte, previa audiencia del interesado, mediante resolución judicial suficientemente motivada, donde se señalen las causas o razones que justifiquen la medida excepcional de internamiento y se respeten los derechos fundamentales de defensa (artículos 24 y 17.3 de la CE), que incluye el de interponer los recursos que procedan. De esta manera, la resolución judicial no sólo controlará la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de internamiento arbitrario.

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. D) Libre circulación de capitales. a) Derechos asociados a acciones especiales ("acciones de oro"). b) 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.

2. PRINCIPIOS GENERALES

En la Sentencia del TJCE de 11 de febrero de 2003 (Asuntos Acumulados C-187/01 y C-385/01), se pronuncia el Tribunal sobre la aplicación del principio de *non bis in idem* a los procedimientos de extinción de la acción pública sin intervención de un órgano jurisdiccional. Mediante Resoluciones de 30 de marzo y 4 de mayo de 2001, recibidas en el Tribunal de Justicia el 30 de abril y el 8 de octubre siguientes, respectivamente, el *Oberlandesgericht Köln* (C-187/01) y el *Rechtbank van eerste aanleg te Veurne* (C-385/01) plantearon, con arreglo al artículo 35 UE, sendas cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 54 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes (DO 2000, L 239, p. 19, en lo sucesivo "CAAS"), firmado en Schengen el 19 de junio de 1990.

Para el Tribunal, ni las disposiciones del título VI del Tratado de la Unión Europea, relativo a la cooperación policial y judicial en materia penal, entre las que se encuentran los

artículos 34 y 31, bases jurídicas de los artículos 54 a 58 del CAAS, ni las del Acuerdo de Schengen o del propio CAAS supeditan la aplicación del artículo 54 del CAAS al requisito de que se armonicen o, cuando menos, se aproximen las legislaciones penales de los Estados miembros en el ámbito de los procedimientos de extinción de la acción pública. En estas circunstancias, el principio *ne bis in idem*, consagrado en el artículo 54 del CAAS, con independencia de que se aplique a procedimientos de extinción de la acción pública en los que se prevea o no la intervención de un órgano jurisdiccional o a sentencias, implica necesariamente que exista una confianza mutua de los Estados miembros en sus respectivos sistemas de justicia penal y que cada uno de ellos acepte la aplicación del Derecho penal vigente en los demás Estados miembros, aun cuando la aplicación de su propio Derecho nacional conduzca a una solución diferente. Por los mismos motivos, la aplicación por un Estado miembro del principio *ne bis in idem*, tal como se prevé en el artículo 54 del CAAS, a procedimientos de extinción de la acción pública sustanciados en otro Estado miembro sin intervención de un órgano jurisdiccional no puede supeditarse al requisito de que el ordenamiento jurídico del primer Estado tampoco exija dicha intervención jurisdiccional. Esta interpretación del artículo 54 del CAAS queda corroborada si se tiene en cuenta que es la única que hace que el objeto y la finalidad de dicha disposición prevalezcan sobre los aspectos procesales o meramente formales, por lo demás variables en función de los Estados miembros de que se trate, y que garantiza una aplicación eficaz del mencionado principio.

3. FUENTES

En el período de referencia, que coincide con los meses de junio, julio, agosto y septiembre de 2003, pueden destacarse las siguientes sentencias.

En primer lugar, la **STJCE de 5 de junio de 2003, Comisión c. República Helénica, As. C-352/02,** incidiendo en una reiterada doctrina del Alto Tribunal Comunitario, se refiere al momento en el que ha de constatarse el incumplimiento de un Estado miembro de su obligación de adaptación al Derecho interno, manteniendo que la apreciación de tal circunstancia tendrá lugar en función de la situación normativa del Estado miembro al final del plazo señalado en el dictamen motivado, de modo que cualquier cambio acaecido con posterioridad no tendrá ningún efecto.

En segundo lugar, la **STJCE de 9 de septiembre de 2003, Monsanto Agricoltura Italia c. Presidenza del Consiglio dei Ministri, As. C-236/01,** establece la necesidad de autonomía y uniformidad en la interpretación de cualquier norma comunitaria que no contenga remisión expresa alguna al Derecho de los Estados miembros, debiéndose contemplar ambos valores en función del contexto de la disposición y del objetivo perseguido por la misma.

4. RECURSOS

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

Durante el período al cual se subscribe la presente crónica se observa el incremento de las sentencias de los Tribunales de Justicia y de Primera Instancia. Si bien no se ha producido una modificación sustancial de la línea jurisprudencial mantenida respecto los elementos configuradores de los recursos de anulación y omisión, no obstante, entre otras sentencias, cabe recordar la STJ de 11 de septiembre de 2003, Comisión/Alemania, en cuyo fundamento jurídico 39º el Tribunal de Justicia recordó que "si el examen de un acto comunitario muestra que éste persigue un doble objetivo o que tiene un componente doble, y si uno de ellos puede calificarse de principal o preponderante, mientras que el otro sólo es accesorio, dicho acto debe fundarse en una sola base jurídica, a saber, aquella que exige el objetivo o componente principal o preponderante". En la parte dispositiva de esta sentencia el Tribunal de Justicia anuló las decisiones del Consejo pues no podía considerarse un vicio meramente formal el recurso indebido como base jurídica a un artículo del Tratado CE, pues un cambio de modalidad de votación puede influir en el contenido de las decisiones adoptadas (en este supuesto se sustituyó en el seno del Consejo la mayoría cualificada por la unanimidad). En la reciente STJ de 11 de septiembre de 2003, relativa al sistema de ecopuntos para los camiones que transiten por Austria, el Tribunal de Justicia ha determinado respecto la falta de motivación de una disposición comunitaria que las exigencias del artículo 235 CE deben apreciarse en relación con el tenor literal del acto, de su contexto y del conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate. Hay que destacar la STJ de 9 de septiembre de 2003, Kik/OAMI, en cuyo fundamento jurídico 82º el Tribunal de Justicia dispuso que si bien el Tratado CE contiene varias referencias al uso de las lenguas en la Unión Europea, sin embargo, estas referencias "no pueden considerarse la expresión de un principio general del Derecho comunitario que garantice a todo ciudadano el derecho a que se redacte en su lengua todo lo que pueda afectar a sus intereses, sean cuales sean las circunstancias". Igualmente, respecto la suspensión y la inadmisibilidad de un recurso de anulación, cabe recordar la STJ de 15 de mayo de 2003, en cuyo fundamento jurídico 90º el Tribunal de Justicia determinó que "por sólidos que puedan ser los motivos y alegaciones invocados por el recurrente contra la sentencia recurrida, que declaró la inadmisibilidad del recurso de anulación, no pueden ser suficientes para justificar a primera vista, con arreglo a derecho, la suspensión de la ejecución del acto controvertido. Para probar que se cumple el requisito en materia de *fumus boni iuris*, el recurrente tendría además que acreditar que los motivos y alegaciones invocados contra la legalidad de dicho acto, en el marco del recurso de anulación, justifican a primera vista la concesión de la suspensión solicitada". Respecto la independencia en sus funciones del Banco Central Europeo y el Banco Europeo de Inversiones en relación con la primacía del derecho comunitario el Tribunal de Justicia en sus Sentencias de 10 de julio de 2003, Asuntos C-15/00 y C-11/00, determinó que estos bancos pese a no ser instituciones de la Comunidad constituyen ciertamente organismos comunitarios creados por el Tratado CE, dotados por éste de personalidad jurídica y por esta razón están sujetos al control del Tribunal de Justicia. Hay que recordar igualmente la STPI de 9 de julio de 2003, Kyowa/Comisión, Asunto T-223/00, en cuyo fundamento jurídico 102º el Tribunal de Primera Instancia determinó que el

alcance del principio de prohibición de la acumulación de sanciones, tal como lo consagra el artículo 4 del Protocolo núm. 7 del CEDH y lo aplica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tiene por única consecuencia impedir que los tribunales de un Estado juzguen o sancionen una infracción por la que la persona procesada ya haya sido absuelta o condenada en dicho Estado. Y, en cambio, el principio de *non bis in idem* no prohíbe que una persona sea procesada o sancionada más de una vez por un mismo hecho en dos o más Estados distintos (de igual sentido, la STPI de 9 de julio de 2003, Archer/Comisión, Asunto T-224/00, FJ 91º). Para finalizar, entre otras sentencias referentes al Reino de España, en la STJ de 19 de junio de 2003, asunto C-329/00, el Tribunal de Justicia sostuvo la legalidad de la decisión 2000/449/CE de la Comisión en la cual la Comisión afirmó que durante los años 1995 y 1996 para calcular la ayuda comunitaria del FEOGA-Orientación se habían contabilizado cantidades significativas de plátanos que supuestamente se vendieron en el mercado local de las Islas Canarias a precios extremadamente bajos, inferiores a 10 pesetas por kilo e incluso a 1 peseta. Para la Comisión Europea las autoridades españolas no habían demostrado que se hubieran efectuado realmente esas ventas a precios tan bajos, y que estos plátanos cumplieran las normas de calidad exigidas para tener derecho a la ayuda del FEOGA.

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

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

D) y E) Cuestiones prejudiciales Medidas cautelares

Como ya sucediera en anteriores ocasiones, las condiciones de admisibilidad de las cuestiones, así como los supuestos de incompetencia manifiesta del Tribunal de Justicia son dos de los contenidos más destacados de la jurisprudencia de la Corte, en el período que comprende esta crónica. Sea como fuere, las novedades no han sido relevantes en ninguno de estos ámbitos.

En lo que concierne a los requisitos de admisibilidad, debemos destacar, por encima del resto, la **STJCE de 9 de septiembre de 2003, As. Milk Marque y National Farmers' Union, C-137/00.** En efecto, se trata de la única sentencia de este período, en la que se repasan, uno por uno, los tres motivos de inadmisión prejudicial sentados por la jurisprudencia, a saber: que la resolución de remisión adolezca de los mínimos elementos de hecho o de Derecho necesarios; que la cuestión sea hipotética o irrelevante; o que la misma no guarde relación alguna con el Derecho comunitario.

En relación con las cuestiones objeto de la sentencia, el Gobierno del Reino Unido expresa sus dudas sobre la admisibilidad de aquéllas, y ello con base en tres argumentos prin-

cipales: 1) que alguna de ellas está planteada en términos muy generales (apartado 34 de la Sentencia); 2) que no se abordan, en ningún caso, aspectos de Derecho comunitario (apartado 35), y 3) que las cuestiones planteadas han quedado superadas por los acontecimientos (apartado 36). Como podemos observar se establece una identidad clara entre los argumentos empleados por el Gobierno del Reino Unido en este caso concreto y cada uno de los motivos de inadmisión señalados en el párrafo anterior. Sin embargo, la apreciación del Tribunal de Justicia va a distar mucho de coincidir con la del Gobierno británico.

El Tribunal de Justicia estima que en el supuesto concreto no concurre ninguno de los motivos de inadmisibilidad apuntados por el Gobierno del Reino Unido, y que podrían desvirtuar la regla general de obligado pronunciamiento por parte de la Corte Europea. Así, y a juicio del Tribunal, el órgano jurisdiccional remitente ha proporcionado una exposición detallada del contexto fáctico y jurídico del litigio principal, con lo que queda invalidado el primero de los argumentos utilizados por el Gobierno británico (apartado 38 de la Sentencia). Además, el pronunciamiento prejudicial gira, básicamente, en torno a la interpretación del Reglamento 804/68, por lo que la conexión con el Derecho comunitario queda fuera de toda duda y, por tanto, también el segundo de los motivos de inadmisibilidad esgrimidos por el Gobierno del Reino Unido. Por último, y en lo que concierne al tercero de los argumentos de inadmisibilidad antes apuntados (litigio ficticio o irrelevancia de la cuestión prejudicial), el Tribunal considera que del pronunciamiento prejudicial depende en gran medida la resolución del litigio principal.

Descartados pues los tres argumentos que facultarían al Tribunal de Justicia para declarar la inadmisión de la cuestión prejudicial planteada, no queda sino expresar el parecer del Tribunal en cuanto a que, en estas circunstancias, procede responder a las cuestiones planteadas.

Estos tres motivos tasados de inadmisión prejudicial han sido también objeto de estudio por separado en otras tantas sentencias prejudiciales. Ello ha dado oportunidad al Tribunal de Justicia para abundar –aun más si cabe– en la regla general del obligado pronunciamiento salvo, precisamente, cuando concurra alguna de las tres excepciones ya mencionadas.

Comencemos por la **STJCE de 22 de mayo de 2003, As. Korhonen y otros, C-18/01.** Aquí, el Tribunal de Justicia tiene oportunidad de pronunciarse acerca de la falta de elementos de hecho y de Derecho en la resolución de remisión, como motivo de inadmisión. La objeción en este caso parte de la Comisión quien considera que la resolución del *Kilpailuneuvosto* (órgano jurisdiccional finlandés de remisión) incurriría, precisamente, en el ya mencionado vicio de inadmisión.

El Tribunal de Justicia, después de afirmar una vez más que, en principio, corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar la necesidad y la pertinencia del planteamiento de una cuestión prejudicial; y de enunciar los motivos tasados de inadmisión a los que antes nos referíamos, llega a la conclusión (apartado 23 de la Sentencia) de que: "(...) el órgano jurisdiccional remitente ha proporcionado al Tribunal

de Justicia los elementos necesarios para que éste pueda dar una respuesta útil a las cuestiones planteadas (...)". Argumenta el Tribunal en tal sentido que el marco fáctico del litigio principal queda suficientemente especificado (apartados 24 a 27) y que, por tanto (apartado 28), procede declarar la admisibilidad de las cuestiones planteadas por el *Kilpailuneuvosto*.

En términos muy parecidos –y a muy parecidas conclusiones– se expresa el Tribunal de Justicia, entre otras, en la **STJCE de 11 de septiembre de 2003, As. Altair Chimica, C-207/01.** La alegación de la parte litigante (en esta ocasión, el Gobierno Italiano) y la apreciación del Tribunal en esta sentencia son idénticas a la anterior, por lo que renunciamos, conscientemente, al estudio pormenorizado de las mismas.

Continuando con el examen individualizado de los motivos de inadmisión es necesario que nos detengamos en la **STJCE de 12 de junio de 2003, As. Schmidberger, C-112/00.** En este caso, el Tribunal de Justicia tiene ocasión de pronunciarse acerca de otro de ellos: la naturaleza manifiestamente hipotética e irrelevante de las cuestiones.

Es ahora la República de Austria quien esgrime dicho motivo de inadmisión, frente a la remisión prejudicial planteada por el *Oberlandesgericht Innsbruck*. De nuevo el Tribunal se reafirma en la regla general antes expuesta: obligación de pronunciamiento prejudicial salvo excepción. Una de estas excepciones es, como ya sabemos, que la resolución de remisión tenga un mero carácter hipotético, o sea irrelevante para la solución de litigio principal. Ello porque, en palabras del propio Tribunal (apartado 32 de la Sentencia), la función que tiene confiada es la de contribuir a la administración de justicia en los Estados miembros y no la de formular opiniones consultivas.

Sin embargo, una vez examinada la cuestión prejudicial planteada, el Tribunal de Justicia entiende que no concurre dicho motivo de inadmisión. En primer lugar, porque la existencia de un litigio real y efectivo entre las partes en el procedimiento principal (Schmidberger de un lado y la República austriaca de otro) es a todas luces indiscutible; y, en segundo lugar, porque el pronunciamiento prejudicial se torna imprescindible para determinar si la lesión que Schmidberger imputa a la República de Austria ha existido, o no, así como el montante de la indemnización que en Derecho pudiera corresponderle.

En virtud de todo lo expuesto, parece claro que el planteamiento prejudicial responde a una necesidad objetiva de dar solución del litigio del que conoce el órgano jurisdiccional interno; y, en consecuencia, la petición de decisión prejudicial debe ser admitida. Conclusión a la que también llega el Tribunal de Justicia.

Por último, en la **STJCE de 11 de septiembre de 2003, As. Anomar y otros, C-6/01,** el Tribunal de Justicia se refiere al tercero de los motivos de inadmisión prejudicial enunciados al comienzo de este epígrafe: la falta de conexión entre el litigio principal y el Derecho comunitario.

En efecto, el Gobierno Portugués sostiene que la cuestión prejudicial planteada tiene que ver con el Derecho interno (explotación de los juegos de azar y suerte en Portugal) y no con el Derecho Comunitario. El Tribunal de Justicia, aun cuando da por buena la postura mantenida por el Gobierno Portugués, termina declarando la admisibilidad de la cuestión planteada y ello con base en un razonamiento, cuanto menos, llamativo. En realidad, este "llamativo" razonamiento del Tribunal de Justicia es lo que hace verdaderamente interesante esta Sentencia y la hace merecedora de algún comentario.

Así es, el Tribunal de Justicia admite que, en este supuesto concreto, todos los elementos del litigio principal se circunscriben a un único Estado miembro (Portugal) y a sus nacionales (apartado 39). Sin embargo, y a juicio del propio Tribunal, ello no significa que no proceda responder a las cuestiones prejudiciales planteadas (apartado 40), ya que, si bien es cierto lo anterior, no lo es menos que la situación controvertida podría eventualmente hacerse extensible a nacionales no portugueses y, en buena lógica, la respuesta del Tribunal de Justicia al órgano jurisdiccional remitente podría serle de utilidad en tal caso. En otras palabras:

> "(...) podría serle útil en el supuesto de que su Derecho nacional exigiera que se concediese a un nacional portugués los mismos derechos que el Derecho comunitario reconoce a un nacional de otro Estado miembro en la misma situación" (apartado 41 de la Sentencia).

Como se puede constatar, nos encontramos ante un supuesto de admisibilidad de planteamiento de una cuestión prejudicial con base en una utilidad diferida o, si se prefiere, profuturo, pero no aplicable al pronunciamiento prejudicial objeto ahora de discusión.

En este sentido conviene recordar que el Tribunal de Justicia ha declarado en innumerables ocasiones que la finalidad principal de la remisión prejudicial es dar una respuesta útil al órgano remitente. Hasta tiempos recientes, la interpretación que de esta expresión se había hecho, lo era en sentido estricto; esto es, por respuesta útil se entendería que entender la respuesta que sirve al órgano remitente para resolver el litigio principal. Sin embargo, y en la actualidad, por respuesta útil no sólo resulta válida la acepción anterior, sino también la de aquella respuesta que "podría" resultar útil al órgano remitente. Una acepción, esta última, que amplía enormemente el margen de apreciación del Tribunal de Justicia a la hora de declarar la admisibilidad, o no, de los planteamientos prejudiciales.

En términos parecidos, sino idénticos se expresa el Tribunal de Justicia en la **STJCE de 15 de mayo de 2003, As. Salzmann, C-300/01.**

A nuestro juicio, ambas sentencias no hacen sino confirmar que el Tribunal de Justicia está abriendo una nueva línea argumental en relación con las cuestiones prejudiciales. Una línea argumental que, basada en una concepción amplia de la finalidad última de este mecanismo prejudicial, tiene como consecuencia primera la acotación estricta de los márgenes de uno de los supuestos de inadmisión y, paralelamente, la posibilidad de ampliar los espacios de cooperación prejudicial. En otras palabras, antes de inadmitir el

planteamiento de una cuestión prejudicial por aparente falta de conexión con el Derecho comunitario, habrá que examinar si tal apariencia en realidad existe. Pero no sólo eso. También habrá que comprobar que esa eventual falta de conexión con el Derecho comunitario se mantendrá, incluso, variando los elementos fácticos de la discusión.

Dejando ya a un lado los motivos de inadmisibilidad prejudicial, el Tribunal de Justicia ha tenido también oportunidad de pronunciarse acerca de los supuestos en los que procede declarar su propia falta de competencia.

En la **STJCE de 19 de junio de 2003, As. Fritsch, Chiari & Partner y otros, C-410/01,** se pone en duda por parte de la Comisión, el carácter jurisdiccional del órgano remitente. En el asunto que aquí nos ocupa: el *Bundesvargabeamt*.

Se trata un alegato de inadmisibilidad frecuentemente utilizado por las partes en este tipo de litigios y que, en la mayoría de los casos, suele ser rechazado por el Tribunal. Sea como fuere, ello ha permitido al Tribunal de Justicia asentar aun más su ya reiterada jurisprudencia en la materia, e insistir en cuáles son los atributos que debe poseer un órgano jurisdiccional para ser considerado como tal a los solos efectos del planteamiento de una cuestión prejudicial. Estos atributos son: origen legal del órgano, permanencia, carácter obligatorio de su jurisdicción, naturaleza contradictoria del procedimiento, aplicación por parte del órgano de normas jurídicas y garantía de independencia.

Curiosamente, en la Sentencia que ahora nos ocupa, el Tribunal de Justicia examina tan sólo uno de los mencionados atributos (apartados 20 y 21): el carácter obligatorio de la jurisdicción, llegando a la conclusión de que, puesto que se trata del órgano competente para realizar la adjudicación objeto del litigio principal y, además, su pronunciamiento vincula, tanto a las partes, como al órgano jurisdiccional civil interno, no puede ponerse en cuestión el carácter jurisdiccional del órgano. Por lo que, en buena lógica, declara su propia competencia para resolver la cuestión prejudicial planteada por el *Bundesvargabeamt*.

Conviene puntualizar, en todo caso, que el hecho de que el Tribunal de Justicia examine tan sólo uno de los atributos antes señalados hay que achacarlo, no tanto a la desidia del propio Tribunal, cuanto a que éste era el único de los caracteres de los motivos de la Comisión para poner en tela de juicio la naturaleza jurisdiccional del órgano remitente.

Siguiendo con los supuestos en los que el Tribunal de Justicia ha examinado su propia competencia, no podemos olvidar la **STJCE de 9 de septiembre de 2003, As. Jaeger, C-151/02,** en la que el Tribunal de Justicia hace depender aquélla de la presencia, o no, de Derecho comunitario.

Así es, el Tribunal de Justicia nos recuerda que su competencia se extiende hasta donde se atisbe el más mínimo rastro de Derecho comunitario, pero nunca más allá, en lo que serían los dominios del Derecho interno. El Tribunal de Justicia está dotado de competencia para resolver todas aquellas cuestiones que, de una u otra forma, guarden relación

con el Derecho comunitario, pero nada tiene que opinar en lo que concierne al Derecho interno; y ello, aun a pesar de que en ocasiones la separación entre uno y otro no esté del todo clara. En este sentido, y en el apartado 43 de la Sentencia, el Tribunal de Justicia disipa cualquier duda al respecto cuando afirma que:

> "(...) si bien el Tribunal de Justicia no es competente en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 234 CE, para pronunciarse sobre la compatibilidad de las normas de Derecho interno con el Derecho comunitario ni para interpretar disposiciones legales o reglamentarias nacionales, sí es competente, en cambio, para proporcionar al órgano jurisdiccional remitente todos los elementos de interpretación pertenecientes al ámbito del Derecho comunitario (...)".

Se establece así una neta separación entre Derecho interno y Derecho comunitario, de la que depende, entre otros, el alcance de la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia.

En otro orden de cosas, y para acabar con las sentencias de naturaleza prejudicial, no podemos por menos que hacer mención a la **STJCE de 5 de junio de 2003, As. Design Concept, C-438/01** y a la **STJCE de 12 de junio de 2003, As. Gerritse, C-234/01.**

En la primera de ellas, el Tribunal de Justicia recuerda –por enésima vez–, que no es asunto de su competencia resolver las diferencias de interpretación internas acerca de un concepto jurídico. Éste es un problema que atañe, exclusivamente, al Derecho nacional. Por tanto, dichas divergencias de interpretación no pueden constituir motivo de inadmisión, ya que corresponde al órgano jurisdiccional nacional (órgano que conoce el litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión a adoptar) apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial, como su pertinencia.

El problema en torno al significado concreto en el Derecho interno del término jurídico objeto de litigio es una excepción que debe oponerse frente al órgano jurisdiccional interno y no frente al Tribunal de Justicia, quien se limita a responder a las cuestiones prejudiciales planteadas. El mecanismo prejudicial tiene un objeto bien distinto (auxiliar al órgano jurisdiccional nacional de remisión en su labor) y, por tanto, partirá de las premisas conceptuales en las que se basa el órgano jurisdiccional remitente (apartado 15 de la Sentencia), sin entrar en aquellas disquisiciones propias del Derecho interno.

En resumen, no corresponde al Tribunal de Justicia resolver las dudas acerca de la interpretación verdadera de un concepto de Derecho interno. No es el momento prejudicial, ni el momento procesal, ni la sede oportunos, para plantear esta clase de alegatos.

En cuanto a la segunda de las sentencias ahora objeto de examen, nos sirve como recordatorio de la naturaleza antiformalista del proceso prejudicial. En efecto, como es de sobra conocido por todos, el mecanismo prejudicial huye de formalismos innecesarios. De hecho, y como ocurre en el presente asunto (apartados 23 y siguientes de la Sentencia), el Tribunal tiene la facultad –allí donde sea necesario– de reformular e, incluso, de reinterpretar las cuestiones prejudiciales planteadas. A este respecto no debemos perder de vista que la finalidad última del mecanismo prejudicial es la de dar una respuesta útil al

órgano jurisdiccional remitente; y que esto, a veces, sólo se consigue a través de la reformulación, o reinterpretación, más precisa de las cuestiones planteadas.

Hemos dejado para el final la **STJCE de 22 de mayo, Connect Austria, As. C-462/99,** puesto que requiere un estudio más sosegado. Se trata de una sentencia de gran interés, y ello no sólo por tratarse de un ejemplo cualificado de examen previo de competencia por parte del Tribunal de Justicia, cuanto por el hecho de abordar una cuestión en absoluto pacífica: el llamado "efecto directo" de las directivas comunitarias.

Así es, al hilo de la discusión en cuanto a la interpretación del artículo 5 bis, apartado 3, de la Directiva 90/387 (...) –motivo que da lugar a la interposición de la cuestión prejudicial objeto de esta sentencia– el Tribunal de Justicia se ve obligado a examinar si dicho precepto posee, o no, efecto directo.

El conflicto entre las partes en litigio (Connect Austria de un lado y los Gobiernos Austriaco, y Sueco, de otro) gira en torno a si el *Verwaltungsgerichtshof* (órgano jurisdiccional austriaco) es competente, o no, para plantear la cuestión prejudicial objeto de pronunciamiento cuando, ya que, en relación con el asunto principal y de acuerdo a las normas procesales austriacas, carecería de competencias para ello.

Planteado el problema en estos términos, parecería claro que si el *Verwaltungsgerichtshof* no ostenta competencia alguna en relación con el proceso principal, tampoco la puede poseer para plantear una cuestión prejudicial que guarde relación, aquél. Sin embargo, es aquí donde entra en juego el artículo 5 bis, apartado 3, de la Directiva 90/387, objeto del pronunciamiento interpretativo prejudicial y que, en el momento de la remisión prejudicial, todavía no había sido transpuesto.

El artículo 5 bis, apartado 3, de la Directiva 90/387 obliga a los Estados miembros a crear "mecanismos adecuados" en virtud de los cuales, una parte afectada por una decisión de la autoridad de reglamentación pueda recurrir ante una instancia independiente. En el momento de la remisión prejudicial por parte del *Verwaltungsgerichtshof* (3 de marzo de 1999) la Directiva en cuestión todavía no había sido transpuesta por la República Austriaca, por lo que el Estado austriaco todavía no había establecido cuáles eran esos "mecanismos adecuados", a nivel interno. El problema pasa a plantearse ahora en otros términos.

Si interpretamos (Connect Austria) que el precepto arriba señalado posee efecto directo, bien podemos entender que, a falta de transposición (requisito ineludible para predicar el efecto directo de una directiva), el *Verwaltungsgerichtshof* se convierte en el único "mecanismo adecuado" en el Derecho austriaco con el que se da cumplimiento a lo contenido en la Directiva 90/387 y en el órgano competente para plantear la cuestión prejudicial. Si, por el contrario, entendemos (Gobierno Austriaco) que el artículo 5 bis, apartado 3, adolece de efecto directo y que no ha existido falta de transposición, el *Verwaltungsgerichtshof* no es el "mecanismo adecuado" al que se refiere la Directiva, ni tampoco dispone de competencia para plantear la cuestión prejudicial objeto de pronunciamiento.

Como afirmábamos al inicio, no se trata ya de un problema de mera inadmisión, sino de efecto directo de la Directiva controvertida. En otras palabras, para determinar si el *Verwaltungsgerichtshof* dispone de competencia para plantear una cuestión prejudicial, previamente es necesario responder a la pregunta de si el artículo 5 bis, apartado 3, de la Directiva 90/387 tiene, o no, efecto directo. Pasamos así de un problema de competencia, a un problema de efecto directo. Así es, lo primero que hay que determinar es si la Directiva 90/387 –y más en concreto su artículo 5 bis, apartado 3–, goza de efecto directo, y aclarado este extremo, se podrá determinar la competencia, o no, del *Verwaltungsgerichtshof* para plantear la cuestión prejudicial discutida.

En cuanto al efecto directo de las directivas, y sin entrar ahora en mayores disquisiciones, baste decir que las directivas comunitarias, cuando concurre una serie de circunstancias (que su contenido obligacional sea claro, preciso e incondicional, así como que se constate un previo incumplimiento por parte del Estado miembro, sea éste formal o material), pueden gozar de efecto directo, o de algo muy similar al efecto directo. Ahora bien, el efecto directo de las directivas jamás ha sido declarado abiertamente por el Tribunal de Justicia en estos términos, puesto que ello significaría contradecir de plano el contenido literal de los Tratados.

Replanteado el problema en estos términos, y en lo que ahora nos interesa, ¿cuál es la apreciación que hace el TJCE? El razonamiento del Tribunal de Justicia es el siguiente. En primer lugar, interpreta que el artículo 5 *bis*, apartado 3, contiene una obligación clara, precisa e incondicional (efecto directo), en cuanto a la necesidad de articular algún tipo de "mecanismo adecuado" en el sentido querido por la Directiva 90/387. En segundo lugar, y siguiendo con su argumentación, considera que, a falta de transposición (la directiva no había sido transpuesta en el momento de discusión del litigio principal), el recurso de la decisión administrativa frente al *Verwaltungsgerichtshof* es ese "mecanismo adecuado" al que nos estamos refiriendo. En tercer lugar, y consecuencia de todo anterior, el *Verwaltungsgerichtshof* ostenta la competencia necesaria para plantear una cuestión prejudicial relativa a la resolución de aquel recurso. Por tanto (apartado 37 de la Sentencia) procederá pues responder a la cuestión prejudicial planteada.

Sin bien estamos seguros de que la **STJCE de 15 de mayo de 2003, As. Comisión vs. Reino de España, C-214/00,** será objeto de un pormenorizado análisis en la sección correspondiente de nuestra Revista (Actos administrativos, procedimientos y contratos de las administraciones públicas), no podemos ahora por menos que dar resumida cuenta de su contenido.

Se trata de una sentencia que declara que España ha incumplido la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras (en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE, de Consejo de 18 de junio de 1992).

Los motivos materiales del incumplimiento son dos: 1) no haber extendido el sistema de recursos garantizados por la Directiva a las decisiones adoptadas por las entidades públicas empresariales, y 2) exigir, por regla general, que con carácter previo a la adopción de

medidas cautelares en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras, se deba interponer un recurso frente a tal decisión. Este segundo motivo es el que aquí más nos interesa, por su relación con las medidas cautelares.

Es cuestión pacíficamente admitida que tanto los órganos administrativos, como los órganos jurisdiccionales, están llamados a adoptar las medidas necesarias (incluidas las cautelares) que salvaguarden la aplicación efectiva el Derecho comunitario. Eso significa que, en caso de contradicción insalvable entre Derecho comunitario y norma interna, los órganos administrativos y jurisdiccionales deberán inaplicar la norma interna contradictoria. Pues bien, esto es precisamente lo que ocurre en el presente caso, abriendo con ello una vía cautelar hasta ahora desconocida por el Derecho español de contratos públicos.

La Directiva 89/665/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, en su versión modificada por la Directiva 92/50/CEE, relativa al procedimiento de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras, entra en contradicción con el artículo 1 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; con los artículos 107 y 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; y con los artículos 29, 30, 129 y 136, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Dicha contradicción, declarada ahora por sentencia del Tribunal de Justicia, sólo puede ser resuelta de dos formas: bien reformando los preceptos internos en el sentido querido por la Corte Europea; bien, en el resto de los casos o en tanto la reforma se lleva a término, mediante la inaplicación de los mencionados preceptos. A esta inaplicación están llamados, tanto las administraciones públicas, como los órganos que conforman el orden jurisdiccional.

En lo que aquí interesa hay una lectura añadida de extraordinario interés. En efecto, del contenido de la Sentencia del Tribunal de Justicia ahora estudiada se declara que los particulares, en lo que concierne a las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras de contratos públicos de obras y suministros, deberán tener la posibilidad de solicitar la adopción de medidas cautelares, con independencia de la interposición previa de recurso frente a la entidad adjudicadora; y ello, aunque eso suponga la inaplicación, para estos supuestos concretos, de los preceptos correspondientes de la ley española de procedimiento administrativo, de la ley de contratos y de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa. La importancia de esta sentencia es pues evidente.

En resumen, esta sentencia del Tribunal de Justicia crea una vía cautelar hasta ahora inexistente en el Derecho español. Se trata, en efecto, de un supuesto de creación jurisprudencial comunitaria de una vía para la adopción de medidas cautelares no contempladas en la normativa nacional española, con la multitud de derivaciones que ello conlleva y la difícil situación en la que deja al Estado español que, o bien reforma los preceptos legales que entran en contradicción con la norma comunitaria, o bien se expone a que sean los órganos administrativos y jurisdiccionales los que adopten (caso por caso) las medidas necesarias para

acoger lo preceptuado en la Directiva, so pena de una pléyade de eventuales acciones de indemnización por daños derivados de un incumplimiento declarado de Derecho comunitario. Deberemos esperar todavía un tiempo prudencial para conocer cuál es la solución definitiva por la que opta el legislador español. En tanto ésta llega, los órganos administrativos y jurisdiccionales están llamados a inaplicar los preceptos de Derecho interno que entran en contradicción con el Derecho comunitario, en este tipo de supuestos.

5. MERCADO INTERIOR

A) libre circulación de mercancías

El período objeto de análisis (mayo a septiembre de 2003) ha sido especialmente prolífico en cuanto a la producción de sentencias en esta materia, concretamente un total de cinco. La primera es la **STJCE de 8 de mayo de 2003, "ATRAL", As. C-14/02,** que tiene su origen en una cuestión prejudicial instada por Bélgica sobre la interpretación de los artículos 28 y 30 CE, de la Directiva 73/23/CEE del Consejo, de 19 de febrero de 1973, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión, en su versión modificada por la Directiva 93/68/CEE del Consejo, de 22 de julio de 1993.

Para el Tribunal la Directiva 73/23/CEE del Consejo, de 19 de febrero de 1973, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre el material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión, en su versión modificada por la Directiva 93/68/CEE del Consejo, de 22 de julio de 1993, por la que se modifican las Directivas 87/404/CEE (recipientes a presión simples), 88/378/CEE (seguridad de los juguetes), 89/106/CEE (productos de construcción), 89/336/CEE (compatibilidad electromagnética), 89/392/CEE (máquinas), 89/686/CEE (equipos de protección individual), 90/384/CEE (instrumentos de pesaje de funcionamiento no automático), 90/385/CEE (productos sanitarios implantables activos), 90/396/CEE (aparatos de gas), 91/263/CEE (equipos terminales de telecomunicación), 92/42/CEE (calderas nuevas de agua caliente alimentadas con combustibles líquidos o gaseosos), y 73/23/CEE (material eléctrico destinado a utilizarse con determinados límites de tensión), la Directiva 89/336/CEE del Consejo, de 3 de mayo de 1989, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas a la compatibilidad electromagnética, en su versión modificada por la Directiva 93/68, y de la Directiva 1999/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 1999, sobre equipos radioeléctricos y equipos terminales de telecomunicación y reconocimiento mutuo de su conformidad, son aplicables a los sistemas y centrales de alarma, y en particular a los que utilizan enlaces radioeléctricos. En las materias comprendidas dentro del ámbito de estas Directivas, las disposiciones nacionales que regulan la misma materia deben ajustarse necesariamente a dichas Directivas.

Asimismo, los artículos 3 de la Directiva 73/23, en su versión modificada, 5 de la Directiva 89/336, en su versión modificada, y 6 y 8 de la Directiva 1999/5 se oponen a disposiciones nacionales, como las controvertidas en el procedimiento principal, que

supeditan a un procedimiento de homologación previa la comercialización de sistemas y centrales de alarma que se ajustan a lo dispuesto en dichas Directivas y que están provistos del debido marcado "CE".

Los artículos 28 CE y 30 CE han de interpretarse en el sentido de que, aun a falta de medidas comunitarias de armonización, los productos legalmente fabricados y comercializados en un Estado miembro deben poder comercializarse en otro Estado miembro sin ser sometidos a controles adicionales. Para estar justificada, una normativa nacional que impone tales controles debe estar comprendida dentro del ámbito de una de las excepciones establecidas en el artículo 30 CE o de las exigencias imperativas reconocidas por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y, en ambos casos, ser adecuada para garantizar el logro del objetivo que persigue y no ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

La segunda sentencia a la que nos referimos es **STJCE de 20 de mayo de 2003, "Ravil", As. C-469/00,** que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia por la Corte de casación francesa, destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre Ravil SARL y Bellon import SARL, Biraghi SpA, con domicilio social en Francia, importador y distribuidor exclusivo de los productos de Biraghi en Francia, en relación con la comercialización en Francia, por Ravil, con la denominación "Grana Padano râpé frais" (Grana Padano rallado fresco), de queso "Grana Padano" rallado y envasado en dicho Estado miembro. El problema jurídico se centraba en la utilización en Francia de una denominación de origen italiana.

Para el Tribunal, antes de la entrada en vigor del Reglamento (CE) núm. 1107/96 de la Comisión, de 12 de junio de 1996, relativo al registro de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 17 del Reglamento (CEE) núm. 2081/92 del Consejo, el artículo 29 CE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que un Convenio concluido entre dos Estados miembros A y B, como el Convenio entre la República Francesa y la República Italiana sobre la protección de las denominaciones de origen, indicaciones de procedencia y demás denominaciones de determinados productos, firmado en Roma el 28 de abril de 1964, haga aplicable en el Estado miembro A una legislación nacional del Estado miembro B, como aquella a que se refiere el órgano jurisdiccional remitente, en virtud de la cual la denominación de origen de un queso, protegida en el Estado miembro B, queda reservada, en lo que atañe al queso que se comercializa rallado, al que ha sido rallado y envasado en la región de producción.

Por su parte, el Reglamento (CEE) núm. 2081/92 del Consejo, de 14 de julio de 1992, relativo a la protección de las indicaciones geográficas y de las denominaciones de origen de los productos agrícolas y alimenticios, modificado por el Acta relativa a las condiciones de adhesión de Austria, Finlandia y Suecia y a las adaptaciones de los Tratados en los que se fundamenta la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que la utilización de una denominación de origen protegida esté sujeta al

requisito de que se realicen en la región de producción operaciones como las de rallado y envasado del producto, cuando tal requisito se prevea en el pliego de condiciones. El hecho de supeditar la utilización de la denominación de origen protegida "Grana Padano" para el queso que se comercializa rallado al requisito de que las operaciones de rallado y envasado se efectúen en la región de producción constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la exportación en el sentido del artículo 29 CE, pero puede considerarse justificado y, por tanto, compatible con esta última disposición. Sin embargo, el requisito de que se trata no es oponible a los operadores económicos si no se les ha dado a conocer mediante una publicidad adecuada en la normativa comunitaria. No obstante, el principio de seguridad jurídica no excluye que el juez nacional considere este requisito oponible a operadores que hayan desarrollado una actividad de rallado y envasado del producto durante el período anterior a la entrada en vigor del Reglamento núm. 1107/96, si dicho juez estima que, durante ese período, el Decreto de 4 de noviembre de 1991 era aplicable en virtud del referido Convenio entre la República Francesa y la República Italiana y oponible a los sujetos de Derecho afectados en virtud de las normas nacionales de publicidad.

STJCE de 12 de junio de 2003, "Schmidberger", As. C-112/00, resolutoria de una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 30, 34 y 36 del Tratado CE (actualmente artículos 28 , 29 y 30 CE, tras su modificación), en relación con el artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE), y sobre los requisitos de la responsabilidad de un Estado miembro como consecuencia de los daños causados a los particulares por las infracciones del Derecho comunitario. Según el TJCE, el hecho de no haber prohibido la autoridad competente de un Estado miembro una concentración en circunstancias como las del caso principal no es incompatible con los artículos 30 y 34 del Tratado CE (actualmente artículos 28 y 29 CE, tras su modificación), en relación con el artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE).

En cuarto lugar, la **STJCE de 17 de junio de 2003, "De Danske Bilimportører", As. C-383/01,** que parte también de una cuestión prejudicial planteada en el marco de un litigio entre De Danske Bilimportører, asociación profesional de importadores de coches, y el Ministerio de Hacienda danés, en relación con la recaudación de un impuesto sobre la matriculación de automóviles nuevos. Para el TJCE, un impuesto sobre la matriculación de automóviles nuevos establecido por un Estado miembro que carece de producción nacional de automóviles, como el previsto en la Ley danesa del impuesto de matriculación de automóviles, en su versión codificada de 14 de abril de 1999, constituye un tributo interno cuya compatibilidad con el Derecho comunitario no debe examinarse con arreglo al artículo 28 CE, sino con arreglo al artículo 90 CE. Asimismo, el artículo 90 CE debe interpretarse en el sentido de que no se opone a tal impuesto.

Por último en este bloque la **STJCE de 19 de junio de 2003, Comisión contra Italia, As. C-420/01,** que tiene por objeto que se declare que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 28 y 30 CE al aplicar a las bebidas fabricadas y comercializadas en otros Estados miembros un régimen que prohíbe la comercialización en Italia de bebidas energéticas (entre las cuales se encuentran las conocidas marcas Red Bull, CULT y GUVI) cuyo contenido de cafeína sea superior a

un determinado límite, sin demostrar por qué dicho límite es necesario y proporcionado para la protección de la salud pública.

El TJCE declaró que Italia había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 28 y 30 CE al aplicar a las bebidas fabricadas y comercializadas en otros Estados miembros un régimen que prohíbe la comercialización en Italia de bebidas energéticas cuyo contenido de cafeína sea superior a un determinado límite, sin demostrar por qué dicho límite es necesario y proporcionado para la protección de la salud pública.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) Libre prestación de servicios

En el período analizado tan sólo hemos encontrado tres sentencias. La primera de ellas es la **STJCE de 13 de mayo de 2003, "Müller-Fauré y Van Riet", As. C-385/99,** en la que se sometía al TJCE una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) y 60 del Tratado CE (actualmente artículo 50 CE), en materia de asistencia médica en otro Estado comunitario y los costes derivados de la misma. Para el Tribunal, los artículos 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) y 60 del Tratado CE (actualmente artículo 50 CE) deben ser interpretados en el sentido de que no se oponen a la legislación de un Estado miembro, como la controvertida en los litigios principales, que, por un lado, supedita la cobertura de la asistencia hospitalaria dispensada en un Estado miembro distinto de aquel en el que está establecida la caja de enfermedad a la que está afiliado el asegurado por un prestador con el que esta última no ha celebrado ningún concierto a la obtención de una autorización previa concedida por dicha caja y, por otro, supedita la concesión de esta autorización al requisito de que el tratamiento médico del asegurado lo exija. No obstante, la autorización sólo podrá denegarse, por este motivo, cuando un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo oportuno en un establecimiento con el que la caja haya celebrado un concierto.

Por el contrario, los artículos 59 y 60 del TCE se oponen a la misma legislación en la medida en que ésta supedita la cobertura de la asistencia no hospitalaria dispensada en otro Estado miembro por una persona o un establecimiento con los que la caja de enfermedad a la que está afiliado el asegurado no ha celebrado ningún concierto a la obtención de una autorización previa concedida por esta última, cuando la legislación de que se trata establece un régimen de prestaciones en especie en virtud del cual los asegurados no reciben el reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia médica, sino la asistencia en sí misma, que es gratuita.

En segundo lugar, la **STJCE de 26 de junio de 2003, "Försäkringsaktiebolaget Skandia (publ) y Ramstedt", As. C-422/01,** tiene por objeto una petición dirigida por el

Tribunal Supremo Administrativo Sueco solicitando una cuestión prejudicial en materia de tributación de seguros y, en concreto, de seguro complementario de pensiones. La casuística del caso, bastante compleja, queda reducida, según el TJCE al determinar que el artículo 49 CE se opone a que un seguro suscrito con una aseguradora establecida en otro Estado miembro y que cumple todos los requisitos de un seguro de pensiones complementario establecidos por el Derecho nacional, salvo el de que se haya suscrito con una aseguradora establecida en el territorio nacional, reciba un trato diferente desde el punto de vista fiscal, con efectos en materia de impuestos sobre la renta que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, pueden ser menos favorables.

Por último la **STJCE de 11 de septiembre de 2003, As. C-6/01, Associação Nacional de Operadores de Máquinas Recreativas (Anomar) y Estado portugués, As. C-6/01,** resolutoria de una cuestión prejudicial.

La cuestión se refiere a la legislación portuguesa relativa a la explotación y práctica de los juegos de suerte o azar, concretamente las máquinas tragaperras. El principio general en el que se basa el régimen legal portugués dispone que "el derecho a explotar juegos de suerte o azar está reservado al Estado". Al ser el Estado el único titular de este derecho, cuando su ejercicio no está garantizado por el Estado u otro organismo público se requiere una autorización, previa celebración de un contrato de concesión. El TJCE analiza cuidadosamente la legislación portuguesa en materia de juego y llega a las siguientes seis conclusiones:

> "1) Los juegos de suerte o azar constituyen actividades económicas a efectos del artículo 2 CE.
>
> 2) La actividad de explotación de máquinas recreativas y de azar, sea o no separable de las actividades relativas a la producción, importación y distribución de dichas máquinas, debe ser calificada de actividad de servicios, con arreglo al Tratado, y, en consecuencia, no se le pueden aplicar los artículos 28 CE y 29 CE, relativos a la libre circulación de mercancías.
>
> 3) Un monopolio de explotación de los juegos de suerte o azar no está incluido en el ámbito de aplicación del artículo 31 CE.
>
> 4) Una normativa nacional, como la legislación portuguesa, que solamente autoriza la explotación y práctica de los juegos de suerte o azar en las salas de los casinos existentes en las zonas de juego permanentes o temporales establecidas en virtud de decreto-ley y se aplica indistintamente a los propios nacionales y a los nacionales de otros Estados miembros constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios. Sin embargo, los artículos 49 CE y siguientes no se oponen a tal normativa nacional, habida cuenta de las cuestiones de política social y prevención del fraude en que se fundamenta.
>
> 5) La posible existencia, en otros Estados miembros, de normativas que establezcan unos requisitos de explotación y práctica de los juegos de azar menos restrictivos que los previstos en la portuguesa no afecta a la compatibilidad de esta última con el Derecho comunitario.

6) Corresponde a las autoridades nacionales, en el marco de su facultad de apreciación y de una legislación compatible con el Tratado CE, la elección de las modalidades de organización y control de las actividades de explotación y práctica de los juegos de suerte o azar, como puedan ser la celebración con el Estado de un contrato administrativo de concesión o la limitación de la explotación y práctica de determinados juegos a los lugares debidamente autorizados a tal fin."

b) Libertad de establecimiento

Han sido cinco las sentencias producidas en el período que comentamos (mayo a septiembre de 2003). La primera de ellas la **STJCE de 13 de mayo de 2003, "Comisión contra Reino Unido", As. C-98/01,** cuyo objeto era que se declarase que las disposiciones que limitan la adquisición de acciones con derecho de voto de la sociedad BAA plc, así como el procedimiento de autorización relativo a la cesión de activos de esta sociedad, al control de sus filiales y a su liquidación son incompatibles con los artículos 43 y 56 CE. El Tribunal condenó al Reino Unido por estimar que ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, al haber mantenido en vigor las disposiciones que limitan la adquisición de acciones con derecho de voto de la sociedad BAA plc, así como el procedimiento de autorización relativo a la cesión de activos de esta sociedad, al control de sus filiales y a su liquidación.

En segundo lugar, la **STJCE de 13 de mayo de 2003, "Comisión contra España", As. C-463/00,** que tiene por objeto que se declare que los artículos 2 y 3, apartados 1 y 2, de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas (BOE núm. 72, del 25, p. 9.366), en relación con el artículo 1 de la misma Ley, y los Reales Decretos de desarrollo promulgados conforme al artículo 4 de dicha Ley [Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, relativo a Repsol, SA (BOE núm. 14, del 16, p. 1.133); Real Decreto 8/1997, de 10 de enero, relativo a Telefónica de España, SA, y a Telefónica Servicios Móviles, SA (BOE núm. 10, del 11, p. 907); Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, relativo a Corporación Bancaria de España, SA (Argentaria) (BOE núm. 15, del 17 de enero, p. 1.851); Real Decreto 552/1998, de 2 de abril, relativo a Tabacalera, SA (BOE núm. 80, del 3 de abril, p. 11.370), y Real Decreto 929/1998, de 14 de mayo, relativo a Endesa, SA (BOE núm. 129, del 30, p. 17.939)], en la medida en que establecen la aplicación de un régimen de autorización administrativa previa:

– no justificado de acuerdo con requisitos imperativos de interés general,

– sin fijar criterios objetivos, estables a lo largo del tiempo y que se hayan hecho públicos,

– y sin ajustarse al principio de proporcionalidad, son incompatibles con los artículos 43 y 56 CE.

El Tribunal, efectivamente, estimó que España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, al haber mantenido en vigor los artículos 2 y 3, apartados 1 y 2, de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, el Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, relativo a Repsol, SA, el Real Decreto 8/1997, de 10 de enero, relativo a Telefónica de España, SA, y a Telefónica Servicios Móviles, SA, el Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, relativo a Corporación Bancaria de España, SA (Argentaria), el Real Decreto 552/1998, de 2 de abril, relativo a Tabacalera, SA, y el Real Decreto 929/1998, de 14 de mayo, relativo a Endesa, SA, en la medida en que establecen la aplicación de un régimen de autorización administrativa previa.

En tercer lugar, la **STJCE de 12 de junio de 2003, "Gerritse", As. C-234/01,** cuyo origen es una cuestión prejudicial interpuesta por un órgano judicial alemán, sobre la aplicación del impuesto sobre la renta a no residentes. Para el TJCE, los artículos 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) y 60 del Tratado CE (actualmente artículo 50 CE) se oponen a una legislación nacional como la controvertida en el asunto principal que, por regla general, toma en cuenta los rendimientos brutos de los no residentes sin deducir los gastos profesionales, mientras que los residentes tributan por los rendimientos netos previa deducción de los gastos profesionales.

Por el contrario, dichos artículos no se oponen a la misma legislación en la medida en que aplica, por regla general, un impuesto definitivo a un tipo uniforme del 25 por ciento, retenido en la fuente, a los rendimientos de los no residentes, mientras que aplica una escala de gravamen progresiva con un mínimo exento a los rendimientos de los residentes, siempre que el tipo del 25 por ciento no sea superior al que sería aplicado efectivamente al interesado, según la escala de gravamen progresiva, a la cantidad resultante de sumar los rendimientos netos y el mínimo exento.

La **STJCE de 19 de junio de 2003, "Tennah-Durez", As. C-100/01,** cuyo origen es la solicitud por parte del Consejo de Estado francés de una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 9, apartado 5, y 23, apartado 2, de la Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos (DO L 165, p. 1), asunto este que sobre el que tantas veces se ha pronunciado ya el TJCE.

Para el Tribunal, la formación médica exigida en el artículo 23, apartado 2, de la Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos, puede estar constituida, incluso principalmente, por una formación médica recibida en un país tercero, siempre que la autoridad competente del Estado miembro que expide el título pueda convalidar dicha formación y pueda considerar, por ello, que dicha formación contribuye adecuadamente a cumplir las exigencias de formación de los médicos impuestas por dicha Directiva.

Vincula a las autoridades del Estado miembro de acogida un certificado, expedido conforme al artículo 9, apartado 5, de la Directiva 93/16, que acredita que el título de que

se trata está equiparado a los títulos cuyas denominaciones figuran en los artículos 3, 5 o 7 de la misma Directiva y sanciona una formación conforme a las disposiciones de su título III. En caso de que aparezcan datos nuevos que susciten serias dudas sobre la autenticidad del diploma que se les presenta o su conformidad con la normativa aplicable, pueden presentar una nueva solicitud de verificación a las autoridades del Estado miembro en el que se expidió el diploma de que se trata.

Y por último en este bloque, la **STJCE de 9 de septiembre de 2003, "Katharina Rinke y Ärztekammer Hamburg", As. C-25/02,** en la que se sometió al Tribunal una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 5 de la Directiva 86/457/CEE del Consejo, de 15 de septiembre de 1986, relativa a una formación específica en medicina general (DO L 267), y 34 de la Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos (DO L 165), y su compatibilidad con la prohibición de discriminación indirecta por razón de sexo, establecida por la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo (DO L 39, p. 40; EE 05/02).

Sin embargo, según el TJCE el cumplimiento de la prohibición de las discriminaciones indirectas por razón de sexo constituye un requisito para la legalidad de cualquier acto adoptado por las instituciones comunitarias.

El examen de la cuestión planteada al Tribunal no ha revelado ningún elemento que pueda afectar a la validez de la disposición, recogida en los artículos 5, apartado 1, de la Directiva 86/457/CEE del Consejo, de 15 de septiembre de 1986, relativa a una formación específica en medicina general, y 34, apartado 1, de la Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos, según la cual la formación a tiempo parcial en medicina general debe incluir un determinado número de períodos de formación a tiempo completo.

C) Libre circulación de trabajadores

Durante el período analizado no se ha producido jurisprudencia de interés en relación con esta libertad comunitaria.

D) Libre circulación de capitales

a) Derechos asociados a acciones especiales ("acciones de oro")

En el ámbito de esta libertad comunitaria, el TJCE ha dictado dos importantes sentencias relacionadas con las conocidas vulgarmente como "acciones de oro" ("*golden shares*") –o, en otros términos, con las facultades especiales de intervención en la estructura accionarial y

en la gestión de empresas privatizadas pertenecientes al ámbito de la economía estratégica que los regímenes nacionales reservan al ejecutivo–, que han supuesto declaraciones de incumplimiento contra España y contra Reino Unido. No es ésta la primera ocasión en la que el Tribunal de Justicia analiza esta materia, y así, el TJCE ya se había ocupado de un supuesto de "acciones de oro" en la STJCE de 23 de mayo 2000, Comisión/República Italiana, As. C-58/99, supuesto en el que Estado se allanó a las pretensiones de la Comisión. Por su parte, en las SSTJCE de 4 de junio de 2002, Comisión/Portugal, As. C-367/98 y Comisión/Francia, As. C-483/99, el Tribunal declaró que Portugal y Francia, respectivamente, habían incumplido las obligaciones que les incumbían en virtud del art. 56 CE al mantener acciones específicas. Finalmente, en la STJCE de 4 de junio de 2002, Comisión/Bélgica, As. C-503/99, el TJCE declaró la compatibilidad con el Derecho comunitario del sistema de veto previsto en la legislación belga.

En la **STJCE de 13 de mayo, Comisión/España, As. C-463/00,** el Tribunal de Justicia declara que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 56 CE, al haber mantenido en vigor los artículos 2 y 3, apartados 1 y 2, de la Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, el Real Decreto 3/1996, de 15 de enero, relativo a Repsol, SA, el Real Decreto 8/1997, de 10 de enero, relativo a Telefónica de España, SA, y a Telefónica Servicios Móviles, SA, el Real Decreto 40/1998, de 16 de enero, relativo a Corporación Bancaria de España, SA (Argentaria), el Real Decreto 552/1998, de 2 de abril, relativo a Tabacalera, SA, y el Real Decreto 929/1998, de 14 de mayo, relativo a Endesa, SA, en la medida en que establecen la aplicación de un régimen de autorización administrativa previa de la Administración nacional a los acuerdos de entidades mercantiles relativos a la disolución, la escisión o la fusión de la entidad; la enajenación o gravamen de los activos o participaciones sociales necesarias para el cumplimiento del objeto social; la sustitución del objeto social; los actos de disposición sobre el capital social que determinen la reducción de la participación del Estado en un porcentaje igual o superior al 10 por ciento y la adquisición de participaciones sociales que tenga por consecuencia la disposición sobre, al menos, el 10 por ciento del capital social, cuando la participación estatal se reduzca al menos en un 10 por ciento del capital social, quedando por debajo del 50 por ciento, o se reduzca a menos de un 15 por ciento del capital social.

Para fundamentar esta sentencia de condena, el STJCE afirma –como ya hiciera en las citadas sentencias Comisión/Portugal, Comisión/Francia y Comisión/Bélgica– que la libre circulación de capitales, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante una normativa nacional si ésta se haya justificada por razones contempladas en el artículo 58 CE, apartado 1, o por razones imperiosas de interés general. Por ello, dado la empresa Tabacalera, SA, produce tabaco, y el grupo Argentaria está integrado por bancos comerciales que no operan en el sector bancario tradicional y de los que no se alega que efectúen tareas propias de un banco central o de un órgano similar, el Tribunal considera que no constituyen entidades destinadas a prestar servicios públicos y, en consecuencia, los regímenes controvertidos carecen de justificación (apartado 71).

En cuanto a las otras tres entidades de que se trata, que operan en los sectores del petróleo, las telecomunicaciones y la electricidad, el Tribunal de Justicia advierte que no puede

negarse que el objetivo de garantizar, en caso de crisis, la seguridad del abastecimiento de los productos o la prestación de tales servicios en el territorio del Estado miembro en cuestión puede constituir una razón de seguridad pública, de modo que puede eventualmente justificar un obstáculo a la libre circulación de capitales. No obstante, se recuerda que el Tribunal de Justicia ha declarado también que las exigencias impuestas por la seguridad pública deben, por constituir una excepción al principio fundamental de libre circulación de capitales, interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no puede determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Comunidad (apartados 72 y 73). Y así, se considera que la normativa española vulnera el Derecho comunitario, pues el sistema establecido es contrario al principio de seguridad jurídica, al no proporcionar ninguna precisión acerca de las circunstancias específicas y objetivas en las que se concede o deniega la autorización previa (apartados 75, 76 y 80).

Finalmente, el Tribunal de Justicia considera que no afecta a la resolución del caso el hecho de que los Reales Decretos en cuestión establezcan un régimen con un plazo de vigencia limitado a diez años, pues el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Tratado no pierde su condición de incumplimiento por el hecho de que esté limitado en el tiempo (apartado 81).

Por su parte, la **STJCE de 13 de mayo de 2003, Comisión/Reino Unido, As. C-98/01,** examina el régimen de la *British Airports Authority* –en adelante BAA–, que poseía y explotaba siete aeropuertos internacionales del Reino Unido y que fue privatizada mediante la Airports Act 1986. El régimen jurídico de esta sociedad impedía a una persona que no esté autorizada para ello adquirir o poseer un interés en las acciones de BBA que dé derecho a disponer de más del 15 por ciento de los votos. En segundo lugar, también estaba prevista la autorización previa de determinadas decisiones como la liquidación voluntaria de la sociedad, la modificación de las disposiciones de los estatutos relativas a los derechos asociados a la acción especial, la cesión de un aeropuerto perteneciente a la sociedad o la pérdida de la facultad de ejercer más de la mitad de los derechos de voto en una filial que posea un aeropuerto.

La incompatibilidad del régimen británico con el Derecho comunitario es comprobado a la vista de la doctrina jurisprudencial elaborada en las sentencias anteriores que han versado sobre la materia, habida cuenta que el Reino Unido no invoca siquiera ninguna justificación de la restricción a los movimientos de capitales basada en razones imperiosas de interés general. Así, aunque el Reino Unido había argumentado que las medidas controvertidas no restringen el acceso al mercado en el sentido de la sentencia Keck y Mithouard (STJCE de 24 de noviembre de 1993, As. Ac. C-267/91 y C-268/91), el Tribunal de Justicia considera que las medidas de que se trata no son análogas a las normativas referentes a las modalidades de venta que tal sentencia excluye del ámbito de aplicación del actual artículo 28 CE. Según dicha sentencia, no puede obstaculizar el comercio entre los Estados miembros la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban, en el territorio

del Estado miembro de importación, ciertas modalidades de venta, siempre que, en primer lugar, se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y, en segundo lugar, afecten del mismo modo de hecho y de Derecho a la comercialización de los productos nacionales y los procedentes de otro Estados miembros. Pues bien, el Tribunal de Justicia considera (apartado 47) que aunque es cierto que las restricciones controvertidas referentes a las operaciones de inversión son indistintamente aplicables tanto a los residentes como a los no residentes, afectan sin embargo a la situación del adquirente de una participación como tal, de modo que pueden disuadir a los inversores de otros Estados miembros a efectuar tales inversiones y, en consecuencia, condicionar el acceso al mercado.

b) Autorización previa para la adquisición de inmuebles

El TJCE ha tenido ocasión de examinar la compatibilidad con el Derecho comunitario de determinada legislación austriaca relativa a la adquisición de bienes inmuebles en la **STJCE de 15 de mayo de 2003, Salzmann, As. C-300/01.** En efecto, la Ley de Transmisión de Bienes Inmuebles de Vorarlberg, que pretende, en el marco de la política de ordenación del territorio, evitar que las actividades turísticas predominen en determinadas regiones, exige una autorización con efecto constitutivo de la autoridad competente en materia de bienes inmuebles para la adquisición de terrenos edificables pero no edificados. Ya las SSTJCE de 1 de junio de 1999, Konle, As. C-302/97 y 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 habían analizado dos regulaciones similares –la del Estado de Tirol y la del Estado de Salzburgo, respectivamente– y en ambas 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. Pues bien, en la Sentencia Salzmann, el TJCE vuelve a considerar que vulnera el artículo 56 CE un régimen de autorización administrativa previa a una adquisición inmobiliaria.

En este sentido, el TJCE parte de que aunque la legislación que ahora se examina no establece ninguna discriminación formal entre los nacionales austriacos y los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea o del EEE, el procedimiento de autorización previa que establece restringe, por su propio objeto, la libre circulación de capitales. No obstante, cabría admitir tales restricciones si las normas nacionales persiguen de forma no discriminatoria un objetivo de interés general y si respetan el principio de proporcionalidad. En el caso de la legislación que se analiza, aunque se considera que persigue un interés general, la misma no cumplirá los requisitos de que no pueda ser discriminatoria y de que sea proporcionada.

En efecto, como ya señalara en la sentencia Konle y en la sentencia Reisch, el Tribunal de Justicia afirma que las restricciones al establecimiento de residencias secundarias en una determinada zona geográfica que un Estado miembro decide para mantener, con un objetivo de ordenación del territorio, una población permanente y una actividad económica autónoma respecto del sector turístico constituye una finalidad de interés general y que la exigencia de declaración previa, para la adquisición de parcelas edificables, es conforme al Derecho comunitario.

No obstante, puesto que la legislación de Vorarlberg impone al adquirente la obligación de aportar la prueba del uso del terreno que adquiere, deja a la administración un amplio margen de apreciación que se asemeja a una facultad discrecional (apartado 46).

Además, al igual que en las citadas sentencias Konle y Reisch, no se considera proporcional el establecimiento de un procedimiento de autorización previa de la adquisición en el supuesto ahora enjuiciado. Y es que el TJCE afirma que, "en una situación caracterizada, por una parte, por la posibilidad de controlar la conformidad de los proyectos de adquisición y de construcción con el plan de ordenación del suelo que el régimen de declaración previa concede al poder público y, por otra parte, por la existencia de sanciones pecuniarias, de una acción específica de nulidad del contrato de venta (...), y de una sanción consistente en la venta forzosa del terreno de que se trate (...), el procedimiento de autorización previa no puede considerarse una medida estrictamente indispensable para alcanzar el objetivo de ordenación del territorio" (apartado 51).

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) Agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) LOTC]: la compleja utilización del incidente de nulidad de actuaciones. b) Invocación del derecho fundamental en el incidente de nulidad de actuaciones [art. 44.1.c) LOTC]. c) Extemporaneidad (art. 44.2 LOTC) por recursos manifiestamente improcedentes: no se produce si existe una creencia de que se hace lo correcto y no hay ánimo dilatorio. d) Objeto del recurso: debe fijarse con claridad y precisión en la demanda (art. 49.1 LOTC). e) Imposibilidad de que quienes fueron partes en el proceso judicial ordinario y comparecen *ex* artículo 51.2 LOTC se conviertan en codemandantes. f) Sentencia en amparo de recomendación legislativa. B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley. a) Cuestión de inconstitucionalidad (art. 35 LOTC). En decisiones judiciales que culminan por Auto. Si el órgano judicial no ve posible una interpretación correctora. C) Controversias competenciales en virtud de recursos y conflictos. a) Objeto del recurso o conflicto de competencia legislativa: no desaparece si subsiste el debate competencial, aunque se modifiquen o deroguen las normas impugnadas. **3. Criterios de distribución de competencias.** A) Régimen económico y fiscal de Canarias: competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de impuestos cedidos o de los integrantes del susodicho régimen fiscal. B) Intereses procesales: momento de devengo y *quantum*: es necesaria una regulación estatal uniforme según el artículo 149.1.18 CE y el respeto al principio de igualdad. C) Oficinas de Farmacia: alcance de las competencias estatales y autonómicas de autorización. Materia "sanidad" (art. 149.1.16). Principio de transmisibilidad limitada de las oficinas y límites a la titularidad de las mismas.

1. INTRODUCCIÓN

En el período objeto de la crónica debe destacarse, por la relevancia de la materia de que se ocupa, la **STC 109/2003, de 5 de junio,** donde se resuelven varios recursos de inconstitu-

cionalidad planteados por el Presidente del Gobierno contra sendas leyes de las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha y Extremadura de oficinas de farmacia. Sobre esta sección de materia de la sanidad se efectúa una interesante caracterización jurídica.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

a) Recurso de amparo constitucional

a) Agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) LOTC]: la compleja utilización del incidente de nulidad de actuaciones

En la **STC 76/2003, de 23 de abril,** el Pleno estima parcialmente un amparo contra Sentencias que condenaron al recurrente al pago de cuotas de un colegio profesional. El Ministerio Fiscal opuso la falta de agotamiento de la vía judicial al no interponer el actor un incidente de nulidad de actuaciones. Para el Tribunal (FJ 2º), el óbice procesal no puede prosperar, pues el demandado no funda su situación en una indefensión por un defecto formal ni en un vicio de incongruencia sino en una vulneración del 14 CE, como consecuencia de la diferenciación normativa entre CCAA en torno a la exigencia de colegiación de los funcionarios, razón que de modo alguno puede hacerse valer o incardinarse en el incidente de nulidad de actuaciones. Semejante es la **STC 96/2003, de 22 de mayo.**

En la **STC 87/2003, de 19 de mayo,** Sala Primera, de igual modo se plantea la falta de utilización del incidente de nulidad de actuaciones conforme al art. 240.3 LOPJ. En el presente caso la utilización del incidente plantea serias dudas por lo que el recurrente está en su derecho de no afrontar los riesgos que pudieran resultar de su previsible inadmisión [FJ 3º.a)].

La **STC 108/2003, de 2 de junio,** permite que la Sala Segunda vuelva a suscitarse la falta de agotamiento de la vía judicial al no haberse utilizado recurso de casación por interés casacional al existir jurisprudencia contradictoria entre dos Sentencias de Audiencias Provinciales (art. 447.3 LEC). El TC, en su FJ 2º, considera correctamente agotada la vía judicial, pues, en la hipótesis de que hubiera planteado dicho recurso, éste hubiera sido inadmitido, pues se exige (por acuerdo de la Sala de lo Civil reunida en Junta de Magistrados, de 12 de diciembre de 2000) que las Sentencias contradictorias sean, como mínimo, dos en un sentido y dos en otro, lo que no ocurre en este caso.

b) Invocación del derecho fundamental en el incidente de nulidad de actuaciones [art. 44.1.c) LOTC]

La **STC 78/2003, de 28 de abril,** da lugar a que el TC, en el FJ 3º, aborde el incumplimiento del art. 44.1.c) LOTC en lo que concierne a la no invocación del derecho fundamental, o, mejor dicho a su invocación tardía, al ser realizada por vez primera en el incidente de nulidad de actuaciones. El TC reitera su doctrina acerca de los criterios de flexibilidad que

deben aplicarse sobre la forma y tiempo en que deba entenderse hecha la invocación, ya que "para privar de eficacia, por tardía, a la alegación del derecho fundamental presuntamente vulnerado, será preciso, no sólo que la invocación se haya efectuado una vez transcurrido el primer momento procesal en que se tuvo ocasión de realizarla, sino fundamentalmente que esa alegación tardía haya impedido al órgano judicial su examen y consideración, pues, como se ha dicho, es esta última noción la que se resume de la *ratio* y la finalidad del presupuesto que se examina".

c) Extemporaneidad (art. 44.2 LOTC) por recursos manifiestamente improcedentes: no se produce si existe una creencia de que se hace lo correcto y no hay ánimo dilatorio

En la **STC 69/2003, de 9 de abril,** Sala Segunda, se otorga amparo contra Sentencia de un Juzgado de lo C-A de Barcelona en un pleito sobre recargo por accidente laboral. En el FJ 2º, el TC despeja el óbice procesal referido a la extemporaneidad de la demanda planteado por el Ministerio Fiscal –aunque él mismo descarta que sea causa de inadmisibilidad– por la utilización de remedios procesales improcedentes. El TC considera, reiterando su doctrina, que "la utilización de recursos o remedios procesales manifiestamente improcedentes contra una resolución judicial firme no suspende el plazo de veinte días para recurrir en amparo, que es un plazo de caducidad improrrogable, y, por consiguiente, de inexorable cumplimiento, que no consiente prolongación artificial ni puede quedar al arbitrio de las partes. Sin embargo, también hemos declarado reiteradamente que la armonización de estas exigencias del principio de seguridad jurídica y de tutela judicial efectiva conducen a una aplicación restrictiva del concepto de recurso manifiestamente improcedente, limitándolo a los casos en que tal improcedencia derive de manera terminante, clara e inequívoca del propio texto legal, sin dudas que hayan de resolverse con criterios interpretativos de alguna dificultad". Lo que no ocurre cuando existe una creencia de que se hace lo correcto y no exista ánimo dilatorio.

d) Objeto del recurso: debe fijarse con claridad y precisión en la demanda (art. 49.1 LOTC)

En la **STC 73/2003, de 23 de abril,** la Sala Primera deniega un amparo contra Sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ de Galicia, entre otras razones, al entender que no se cumple lo exigido en el art. 49.1 de la LOTC, requisito consistente en la fijación rigurosa y precisa del objeto del amparo y de los derechos vulnerados en la demanda. No es admisible permitir a las partes ampliar la queja constitucional cuyo alcance y objetivo se delimita en la denuncia de amparo, sin que sean viables las alteraciones producidas en ulteriores alegaciones, cuya *ratio* sólo debe de ser la de completar o reforzar la pretensión del recurso, pero no ampliarlo o variarlo sustancialmente.

e) Imposibilidad de que quienes fueron partes en el proceso judicial ordinario y comparecen *ex* artículo 51.2 LOTC se conviertan en codemandantes

En la citada **STC 78/2003, de 28 de abril,** Sala Segunda, el TC (FJ 2º) reitera que siempre se "ha negado la posibilidad de quienes se personan en un proceso constitucional de amparo, a tenor del art. 51.2 LOTC y una vez admitido a trámite el recurso, puedan convertirse en codemandantes y pedir la reparación o la preservación de sus propios derechos

fundamentales. Lo contrario implicaría la admisión de recursos de amparo formulados de manera extemporánea o sin cumplir los presupuestos procesales de admisibilidad, y la consiguiente irregular formulación de pretensiones propias, independientes del recurso de amparo ya admitido, y al socaire de éste".

f) Sentencia en amparo de recomendación legislativa

Procesalmente relevante es la **STC 100/2003, de 2 de junio,** pues se produce una recomendación legislativa en una sentencia de amparo. Se otorga el amparo a un cetrero cuya conducta fue sancionada por la Comunidad Autónoma andaluza como falta grave con una multa al encontrarse en posesión de una especie protegida y comerciar con ella. Se debate si la sanción satisfacía el requisito de la predeterminación normativa (art. 25.1 CE), y el TC concluye que faltaba en el precepto tipificador de la ley elementos para determinar la gravedad del ilícito y en consecuencia de la sanción impuesta, decisión que se dejaba en manos del órgano aplicador: una técnica que no respeta el principio de taxatividad. No obstante, el Tribunal rechaza plantearse una autocuestión de inconstitucionalidad, pues la situación podría solucionarse con la "intermediación de una norma tipificante posterior en la que se proceda a una precisa determinación de la correspondencia entre infracciones y sanciones".

B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley

a) Cuestión de inconstitucionalidad (art. 35 LOTC). En decisiones judiciales que culminan por Auto. Si el órgano judicial no ve posible una interpretación correctora

En la **STC 81/2003, de 30 de abril,** surgen dos objeciones de procedibilidad –ya resueltas hace tiempo en la jurisprudencia constitucional previa– de unas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas contra la legislación de la Comunidad Autónoma de Valencia sobre Hacienda pública.

La primera, referida al requisito del art. 35.2 LOTC, relativo al planteamiento "dentro del plazo para dictar Sentencia". La cláusula no invalida la posibilidad de que los "Autos", en cuanto son resoluciones motivadas de tipo incidental puedan dar lugar a una cuestión de inconstitucionalidad. La duda de constitucionalidad surge respecto a una ley de cuya validez depende la decisión, pudiendo plantearse independientemente de que ésta adopte la forma de sentencia o se trate de una decisión bajo forma de Auto.

La segunda, decidida por el TC en el mismo FJ 2º, se refiere a la irrelevancia de la cuestión si pudiera resolverse el caso con una mera interpretación correctora de la norma por parte del Juez. El TC afirma que, si el aplicador del Derecho considera que no puede solucionar el caso por vía interpretativa, puede plantear la cuestión pues "no debemos olvidar que el art. 35 LOTC ha confiado el efectivo planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad al exclusivo criterio del órgano judicial cuando aprecie dudas razonables sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso".

C) Controversias competenciales en virtud de recursos y conflictos

a) Objeto del recurso o conflicto de competencia legislativa: no desaparece si subsiste el debate competencial, aunque se modifiquen o deroguen las normas impugnadas

La **STC 72/2003, de 10 de abril,** resuelve varios recursos de inconstitucionalidad y conflicto de competencia promovidos por el Gobierno de Canarias contra Decretos-Leyes y Orden de desarrollo de incentivos fiscales del plan "renove". Se plantea la extinción del objeto por la cesión de la gestión del tributo tras la modificación de la LOFCA. EL TC (FJ 2º) recuerda anteriores sentencias, entre ellas la STC 16/2003, ya comentada por nosotros, en el sentido de que la apreciación de la pérdida del objeto dependerá de la incidencia real que sobre el mismo tenga la derogación, sustitución o modificación de la norma y no puede resolverse apriorísticamente en función de criterios abstractos o genéricos. En este caso las partes basan sus pretensiones en fundamentos diferentes, pues la CA entiende que al ser un tributo cedido por el Estado la competencia de gestión corresponde a la Autonomía, mientras que para el Estado es éste el que, en todo caso tiene que decidir sobre la delegación o no de las competencias de gestión. En consecuencia, la controversia competencial de fondo permanece, por lo que el TC debe de pronunciarse sobre la titularidad de la competencia, pues la extinción de la norma controvertida no ha supuesto la desaparición de la controversia competencial traída al proceso.

También en la **STC 109/2003, de 5 de junio,** en la que se deducen recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Presidente del Gobierno contra leyes de Castilla-La Mancha y Extremadura de ordenación del servicio farmacéutico, se plantea el mismo problema. La modificación por una Disposición Adicional de la antigua Disposición Transitoria de la Ley extremeña recurrida no extingue el objeto del recurso, pues la tacha apreciada es de naturaleza competencial y no tanto una depuración del ordenamiento; ya que la función de preservar los ámbitos respectivos de competencias no puede quedar enervada por la sola derogación o modificación de las disposiciones cuya adopción dio lugar al litigio, cuando aquella preservación, exige aún, porque así lo demandan las partes o al menos una de ellas, una decisión jurisprudencial que constate si se verificó o no la extralimitación competencial denunciada.

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Sólo se han dictado tres Sentencias en materias competenciales, de ellas debe destacarse la referida **STC 109/2003, de 5 de junio,** sobre oficinas de farmacia.

A) Régimen económico y fiscal de Canarias: competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de impuestos cedidos o de los integrantes del susodicho régimen fiscal

En la **STC 72/2003, de 10 de abril,** se enjuician varios recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia planteados por el Gobierno de Canarias respecto a normas estatales de medidas fiscales en materia de vehículos de turismo y medios de transporte.

Se reclama la titularidad de la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de procedimiento administrativo respecto a los tributos integrantes del régimen económico y fiscal de las islas y, por otra parte, la titularidad de la competencia autonómica de gestión de los tributos cedidos.

Tras recordar la jurisprudencia sentada en la STC 16/2003 –comentada en el anterior número de esta revista–, el Tribunal entiende que la Comunidad Autónoma no ostenta título alguno que le habilite para regular los procedimientos administrativos relativos a los tributos estatales integrantes del régimen económico fiscal de Canarias, pues el impuesto de que se trata es un impuesto especial creado por el Estado en ejercicio de su competencia exclusiva en materia de Hacienda General (art. 149.1.14 en relación con el art. 133.1 CE). De modo que es al Estado a quien corresponde su desarrollo y ejecución. Tampoco acepta el Tribunal que sea de aplicación el art. 32.14 del Estatuto que permite a la Comunidad regular los procedimientos administrativos de gestión en este tema, puesto que tal precepto sólo autoriza a la Comunidad a regular las *especialidades* derivadas del régimen fiscal canario. Tales especialidades requieren la presencia de algún tipo de peculiaridad que exija un desarrollo específico. A juicio del Tribunal, las especialidades previstas en la ley estatal en este caso –un tipo de gravamen diferente– no requieren ningún tipo de normación diferente.

Respecto a la alegación de que se trata de un tributo cedido cuya gestión correspondería a la Comunidad Autónoma, el tribunal de nuevo recuerda su anterior STC 16/2003 para denegar la pretensión autonómica, al considerar que el citado tributo no tenía, en el momento de establecerse el conflicto competencial, la condición de cedido. Además, como ya se dijo en la STC 192/2000, el carácter de cedido del tributo no significa la transmisión de las competencias de gestión del mismo que puede, y así ocurre en este caso, quedar en manos de las instancias centrales.

B) Intereses procesales: momento de devengo y *quantum:* es necesaria una regulación estatal uniforme según el artículo 149.1.18 CE y el respeto al principio de igualdad

En la **STC 81/2003, de 28 de abril,** el Tribunal se enfrenta a varias cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas, planteadas por la Sala Segunda del propio Tribunal y por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana en relación con un artículo de la Ley de la Generalidad Valenciana de 1984 de Hacienda Pública y en las que en parte se resuelven conflictos o controversias competenciales. El precepto suscita problemas de constitucionalidad por fijar el *dies a quo* en el cómputo del plazo de los intereses desde la fecha de la Sentencia dictada en primera instancia y no, como establece la legislación estatal, desde el día que adquiera firmeza la resolución judicial, así como por el establecimiento de un tipo de gravamen diferente del previsto para el resto del territorio nacional.

La primera de las cuestiones, de índole sustantiva y por tanto no objeto de la presente crónica, es resuelta mediante una decisión interpretativa en la que reitera la jurispru-

dencia sentada ya con anterioridad en esta materia (STC 69/1996). La cuestión competencial se refiere a la determinación del *quantum* de los intereses realizado de forma diferente a la establecida para el resto del territorio nacional. Ello es considerado inconstitucional por el Tribunal en tanto supone lesión de la competencia estatal prevista en el art. 149.1.18, relativa a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, y también contrario al principio de igualdad contenido en el art. 14 CE.

Esta decisión provoca un largo Voto Particular suscrito por el Magistrado Rodríguez-Zapata quien considera que debía haberse enfocado la cuestión desde la perspectiva de la aplicabilidad del título competencial estatal relativo a la legislación procesal (art.149.1.6). Sin embargo, lo más interesante de este Voto no es tanto la cuestión competencial –en la que estos cronistas están razonablemente de acuerdo– como en las agudas reflexiones realizadas por el citado Magistrado respecto a la obligación de congruencia del Tribunal en las cuestiones de inconstitucionalidad para no provocar la denegación del derecho a la tutela judicial efectiva de las partes en el proceso *a quo*.

C) Oficinas de Farmacia: alcance de las competencias estatales y autonómicas de autorización. Materia "sanidad" (art. 149.1.16). Principio de transmisibilidad limitada de las oficinas y límites a la titularidad de las mismas

La **STC 109/2003, de 5 de junio,** resuelve una cuestión de notable repercusión pública como fue la limitación legal por parte de las Comunidades Autónomas de Extremadura y Castilla-La Mancha de determinados aspectos relativos a la gestión y propiedad de las oficinas de farmacia en los territorios de las respectivas Comunidades. Tal regulación legal supuso el planteamiento de los recursos de inconstitucionalidad resueltos ahora en esta decisión, así como la aprobación de la Ley estatal 16/1997, reguladora de los servicios de las oficinas de farmacia. El Tribunal, en un esfuerzo clarificador y de sistemática que es de agradecer –aunque en el posterior desarrollo de la sentencia probablemente no se sigan los criterios ordenadores formulados–, centra la discrepancia competencial del Estado frente a las regulaciones autonómicas en tres aspectos: a) el principio de intrasmisibilidad de las autorizaciones para la apertura y gestión de oficinas de farmacia; b) la caducidad de esas autorizaciones en determinados supuestos, y c) la titularidad del farmacéutico sobre una sola oficina de farmacia, con exclusión de la cotitularidad.

El Tribunal comienza señalando los títulos competenciales susceptibles de ser aplicados en este caso, concluyendo que se trata de las materia "sanidad" (art. 149.1.16) en la que al Estado le corresponde la competencia para dictar normas básicas. Excluye expresamente –aunque subyace a menudo en la argumentación del TC– la aplicabilidad del art. 149.1.1, en la medida en que la función uniformadora que tal precepto exige ya viene cumplida por la competencia estatal para establecer las bases en materia de sanidad, título que debe prevalecer al resultar más específico.

Tras recordar otra vez lo que debe entenderse por bases, se examina si la normativa básica alegada por el poder central reúne los requisitos necesarios para ser considerada como tal y si ha sido infringida por las regulaciones autonómicas. Se realizan unas duras afirmaciones contra las alegaciones del Abogado del Estado en las que pretendía conferir

carácter básico a ciertas normas reglamentarias sin justificación suficiente, denegándose tal naturaleza a las normas infralegales alegadas. Todo lo cual constituye una excepción destacable a la progresiva generosidad con la que el Tribunal estaba aceptando la naturaleza básica de normas reglamentarias; reconociéndosela a las que así son declaradas por preceptos de naturaleza legal y, en especial, los contenidos en la ya mencionada Ley 16/1997 a los que confiere carácter de norma básica no sólo en sentido formal, sino también material.

El Tribunal enjuicia a continuación si el art. 4 de la citada ley estatal, que enuncia el principio general de transmisibilidad de las oficinas de farmacia a favor de otros farmacéuticos de acuerdo con los requisitos establecidos por las CCAA,– un principio de transmisibilidad limitada–, es conforme con el orden constitucional. Se concluye afirmando el carácter básico de esta norma tanto desde el análisis del art. 149.1.16, puesto que la trasmisibilidad o no de las oficinas de farmacia constituye un elemento estructural de un determinado diseño de la empresa farmacéutica, como desde el estudio del art. 38 CE, pues es una concreción de la libertad de empresa de manera que aquellas que operen en el mismo sector deben estar sometidas al mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional. En una economía de mercado no es compatible la existencia de posiciones jurídicas básicamente distintas de los diversos operadores. Dado que las normas estatales no impiden un cierto margen de maniobra a las entidades territoriales, el tribunal concluye la naturaleza básica del citado precepto.

A partir de esta doctrina el Tribunal continúa con el examen en concreto de las normas autonómicas desde la triple perspectiva enunciada en su primer fundamento jurídico.

Respecto al principio de intrasmisibilidad y de las autorizaciones para la apertura y gestión de oficinas de farmacia establecido en las leyes autonómicas impugnadas, se considera que es contrario a la normativa básica estatal, pero declarando inconstitucionales sólo los preceptos frontalmente contrarios a este principio.

En relación a la alegación de que las previsiones autonómicas invadían la competencia estatal sobre legislación civil y laboral por prever que, en caso de una nueva autorización de farmacia, deben de mantenerse en sus puestos como mínimo a los mismos ayudantes técnicos de farmacia que venían prestando los servicios con anterioridad, el TC entiende (recordando su STC 14/1998) que tal regulación es perfectamente legítima en cuanto que tiene la cobertura competencial autonómica en la regulación de las condiciones para la autorización de estas farmacias.

Respecto a la caducidad de las autorizaciones administrativas para la apertura de oficinas de farmacia en determinados supuestos, el Tribunal destaca (deslizando una crítica a la regulación estatal) que el carácter personal de las autorizaciones de oficinas de farmacia encaja mal con una transmisión enteramente libre. Por ello, y partiendo de que el principio general es el de transmisibilidad limitada de acuerdo con las normas y requisitos establecidos por las CCAA, deben considerarse conformes con el orden constitucional

aquellas normas autonómicas reguladoras de la caducidad, siempre y cuando no representen un impedimento general a la libre transmisión. Así se reconocen como causas de caducidad legítimamente establecidas por la Comunidad Autónoma las relativas a muerte, incapacitación o renuncia del titular. Respecto a la cuarta causa enunciada en los preceptos autonómicos, el cumplimiento de la edad de setenta años por parte del titular, el Tribunal ha de enfrentarse a la expresa alegación por el Estado del título competencial en el art. 149.1.1 por presunta limitación del ejercicio de los derechos de los empresarios farmacéuticos al trabajo, a la libertad de empresa y al libre ejercicio profesional. El TC recuerda al respecto que lo que el art. 149.1.1 atribuye al Estado es la competencia para regular las condiciones básicas que aseguran la igualdad de los ciudadanos, normativa que se contiene en el ya citado art. 4 de la Ley 16/1997 y que no contiene previsión alguna al respecto, por lo que debe entenderse que entra dentro de las competencias autonómicas establecer la citada edad para entender que la autorización administrativa ha caducado.

En lo que atañe a la limitación del número de autorizaciones de las que puede ser titular un único farmacéutico el TC defiende que la ausencia de una previsión específica en la normativa básica estatal puede la Comunidad Autónoma limitar la titularidad a una sola oficina de farmacia.

Por último, respecto a la vulneración del art. 149.1.1 CE, el Tribunal entiende que la inexistencia de vulneración de los arts. 35, 36 y 38 y la ausencia de alegación por parte del Abogado del Estado de la normativa que contiene la regulación de las condiciones básicas presuntamente infringidas dejan al TC sin posibilidad de apreciar la existencia de vulneración del citado precepto.

Javier García Roca
Isabel Perelló
Pablo Santolaya
Raúl Canosa
Alfredo Allué
Rafael Bustos
Ignacio García Vitoria

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Sumario*:

1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A) Introducción. B) Tres supuestos de vulneración del derecho a la vida (art. 2) y de tratos inhumanos y degradantes (art. 3) en el contexto de la lucha contra los Kurdos. C) Tratos inhumanos y degradantes en prisión (art. 3). D) Derecho a un proceso equitativo (art. 6.1). a) Audiencia oral. b) Apariencia de imparcialidad del juez. E) Vida privada y familiar (art. 8). a) Obligaciones positivas del Estado. b) Expulsión de un extranjero. F) Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho de propiedad (arts. 10 y 1 Protocolo 1). **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Tutela judicial efectiva. a) Derecho al recurso legalmente previsto. Inadmisión no motivada. b) Asistencia jurídica gratuita extranjeros. B) Igualdad (art. 14 CE). Discriminación por razón de sexo. Desplazamiento de la carga de la prueba. C) *Habeas corpus.* Inadmisión liminar en acogimiento de menores (art. 17.4 CE). D) Libertad de expresión y función pública (art. 20.1.a)]. E) Derecho de reunión. Ocupación del Ayuntamiento por trabajadores municipales (art. 21.1). F) Derecho de asociación y colegiación de funcionarios públicos (art. 22). G) Acceso a cargos públicos. Recursos contencioso-electorales (art. 23.2 CE). a) Agrupaciones de electores que sucedan o continúen en la actividad de partidos políticos disueltos. b) Subsanación de lista incompleta. c) Acreditación de la condición política de castellano-leonés. d) Presentación de candidatura en ventanilla única. H) Principio de taxatividad en sanciones administrativas (art. 25.1 CE). Sentencia de recomendación legislativa. I) Propiedad, libertad de empresa y libre ejercicio de profesión. Limitaciones a la transmisión de las farmacias (arts. 33, 35, 36 y 38 CE).
4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. A) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. a) Intimidad, propia imagen y consentimiento de menor. b) Intimidad y difusión por televisión de primeros planos de un accidentado. B) Libertad de expresión.

(1) 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.

Imputación infundada a un Alcalde que desborda la crítica política. C) Derecho de participación política. a) Denegación de espacios de propaganda electoral a grupo que propugna la abstención. b) Ilegalización de partidos políticos. D) Extranjería. a) Nulidad de ciertos preceptos del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería. b) Permiso de trabajo y residencia con antecedentes policiales cancelados. c) Procedencia de exención de visado.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se analiza la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2003, la del Tribunal Constitucional hecha pública en las mismas fechas (desde la STC 65/2003, de 7 de abril, a la STC 109/2003, de 5 de junio), y diversas Sentencias de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo, dictadas entre febrero y mayo de 2003.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre el 1 abril y el 30 de junio el TEDH ha dictado casi 200 sentencias, aunque en muchas de ellas se aplica algún tipo de excepción preliminar o corresponden a asuntos eliminados de la lista. Hay también un importante grupo (85) de condenas por dilaciones indebidas en los procedimientos judiciales de las que 20 son idénticas, todas ellas frente a Italia, apreciándose vulneración del derecho a la propiedad y dilaciones indebidas en un proceso expropiatorio. Del resto, las más importantes son las siguientes:

Tres supuestos de vulneración del derecho a la vida (art. 2) y de tratos inhumanos y degradantes (art. 3) en el contexto de la lucha contra los Kurdos **Tepe contra Turquía, de 9 de mayo de 2003, Aktas contra Turquía, de 30 de octubre de 2003** y **Hulki Güneç contra Turquía, de 19 de junio de 2003.**

Cuatro sentencias de tratos inhumanos y degradantes en prisión con vulneración del artículo 3, **McGlinchey contra el Reino Unido, de 20 de abril de 2003, Poltoratskiy contra Ucrania y Kuznetsov contra Ucrania, ambos de 29 de abril de 2003** y **Pantea contra Rumania, de 3 de junio de 2003.**

Vulneración del derecho a un proceso equitativo como consecuencia de la inexistencia de audiencia oral (art. 6.1) **Bakker contra Austria, de 10 de abril de 2003.**

Dos casos, uno de ellos contra España, de vulneración del proceso equitativo como consecuencia de la inexistencia de apariencia de imparcialidad del juez, **Sigurdsson contra**

Islandia, de 10 de abril de 2003 y **Pescador Valero contra España de 17 de junio de 2003.**

Diversos asuntos sobre la vida privada y familiar, entre los que destaca especialmente **Van Kück contra Alemania, de 12 de junio de 2003.**

Un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho de propiedad, resuelto a favor de esta última, **Appleby y otros contra el Reino Unido, de 6 de mayo de 2003.**

B) Tres supuestos de vulneración del derecho a la vida (art. 2) y de tratos inhumanos y degradantes (art. 3) en el contexto de la lucha contra los Kurdos

Tepe contra Turquía, de 9 de mayo de 2003. Es un caso de detención, tortura, desaparición y muerte de un militante Kurdo denunciado por su padre. La Corte considera que no se han probado más allá de toda duda razonable los hechos, y que en ese sentido no hay vulneración del 2, pero sí la hay en el aspecto de la obligación positiva del Estado de realizar una investigación efectiva y adecuada.

Aktas contra Turquía, de 30 de octubre de 2003. Estima por unanimidad que ha habido una violación de la prohibición de tortura (art. 3 CEDH) y del derecho a la vida (art. 2), así como de la prohibición de discriminación (art. 14) pues el tratamiento recibido estaba ligado a su condición de kurdo. Evidentemente se reconocen los derechos fundamentales de un muerto lo que posee interés teórico desde la perspectiva más de la titularidad que de la legitimación. El actor murió por asfixia por causas no justificadas, pero estando detenido y a resultas de un tratamiento infligido por las autoridades del Estado. La Corte resuelve que aunque es verdad que la prueba corresponde al actor, la regla no puede aplicarse rigurosamente ya que no hubo una adecuada investigación que permitiese aclarar si la fuerza usada por la policía estaba justificada en los términos del art. 2 del Convenio. Se insiste en que incluso respecto de los presuntos terroristas la citada prohibición de tortura y tratos inhumanos no admite excepciones.

Hulki Güneç contra Turquía, de 19 de junio de 2003. En esta ocasión la condena al Estado turco se produce por la ausencia de explicación razonable por parte de las autoridades de las heridas sufridas por el recurrente durante su detención.

C) Tratos inhumanos y degradantes en prisión (art. 3)

McGlinchey contra el Reino Unido, de 20 de abril de 2003. Advierte una lesión de la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) a causa de las condiciones de internamiento de una presa en un centro penitenciario británico, en concreto por no haber recibido un adecuado tratamiento médico para su asma y sobre todo para superar el síndrome de abstinencia de la heroína y venir obligada a limpiar sus vómitos, retrasándose las autoridades en exceso en llevar a la enferma a un hospital civil.

Poltoratskiy contra Ucrania y Kuznetsov contra Ucrania, ambos de 29 de abril de 2003, que confirman la grave situación de las prisiones en varios países del Este (véase

Kalasnischkov contra Rusia, de 15 de julio de 2002 ya comentado en esta revista). En ambos casos se producen malos tratos no probados, pero en los que no se ha realizado una suficiente investigación. En el caso Poltoratskiy, además, las condiciones objetivas de la cárcel se consideran lesivas del art. 3, pese a reconocerse las mejoras sustanciales y progresivas realizadas por el Gobierno. Por último es interesante señalar que en el asunto Kuznetsov realiza una aplicación de una de las Sentencias más importantes de la historia del tribunal, Soering contra el Reino Unido, de 7 de julio de 1989, para establecer que la estancia en el corredor de la muerte durante un largo espacio de tiempo hasta la abolición de la pena de muerte en Ucrania implica "tratos inhumanos y degradantes contrarios al art. 3

Pantea contra Rumania, de 3 de junio de 2003, se trata de un enfermo psíquico que afirma haber recibido malos tratos en prisión por parte de otros detenidos, consentidos por los guardianes, el tribunal considera que hay vulneración del art. 3 porque las autoridades no han cumplido con su obligación positiva de proteger la integridad física de los internos, así como por no haber llevado a cabo una investigación adecuada de las denuncias, como lo prueba el hecho de que ni siquiera fue conducido ante un juez.

D) Derecho a un proceso equitativo (art. 6.1)

a) Audiencia oral

Bakker contra Austria, de 10 de abril de 2003, estima lesionado el art. 6.1 CEDH del actor ante la falta de una audiencia oral en un proceso contencioso-administrativo. El demandante aducía su indefensión por esta omisión –que había tenido en la previa vía administrativa– a causa de la complejidad de los hechos, relativos a un problema de Derecho Comunitario Europeo y a su derecho a ejercer su profesión. Pero el Gobierno resaltaba que la ley procesal austriaca no obliga a la audiencia ante los tribunales "en circunstancias excepcionales" y que ésta no es necesaria cuando se debaten cuestiones de Derecho. El TEDH invoca el caso Schuler-Zraggen contra Suiza y, muy lacónicamente, no acepta las razones gubernamentales, porque nada muestra que hubiere sido mejor tratar el asunto por un procedimiento escrito, por ejemplo, por su elevada dimensión técnica.

b) Apariencia de imparcialidad del juez

Sigurdsson contra Islandia, de 10 de abril de 2003, analiza la garantía de la apariencia de imparcialidad del Juez por motivos de amistad o interés manifiesto en el pleito, en un supuesto en el que el marido de la miembro del Tribunal Supremo tenía serias dificultades financieras con el Banco cuyo litigio estaba pendiente ante el órgano judicial y era la parte adversaria del actor, apreciando que "había por lo menos una apariencia de relación" entre la conducta de la Juez y las ventajas financieras obtenidas por su marido del Banco y en consecuencia estima violado el art. 6.1 CEDH.

De mayor interés para nosotros resulta **Pescador Valero contra España, de 17 de junio de 2003,** en el que el recurrente era gerente de la Universidad de Castilla-La Mancha. Cesado

en su puesto interpone un recurso contencioso-administrativo. El Presidente del Tribunal era Profesor asociado de derecho en la Universidad por lo que intenta su recusación que es rechazada por hacerlo casi dos años después del inicio del procedimiento. El amparo es inadmitido el 10 de abril de 2000. Para la Corte la argumentación de los tribunales españoles se basa en la presunción de que el recurrente conocía las actividades profesionales del juez como profesor asociado de la universidad, pero esa presunción no reposa en ninguna prueba concreta y constituye una prueba diabólica lo contrario (...). Además las dudas sobre su imparcialidad eran legítimas por las relaciones profesionales existentes con emolumentos periódicos (…) lo que le impide tener la imparcialidad debida.

E) Vida privada y familiar

a) Obligaciones positivas del Estado

En el período analizado la Corte se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el alcance de las obligaciones positivas del Estado con relación al derecho a la vida privada y familiar.

Entre ellas conviene destacar, **Iglesias Gil y A.U.I. contra España, de 29 de abril de 2003,** una aplicación del caso Ignaccolo-Zenide (ya comentado en esta revista) en el que se condena al Estado español por incumplimiento de sus obligaciones positivas para proteger la vida familiar como consecuencia de no adoptar las medidas necesarias para impedir la sustracción de un hijo por su padre en un supuesto de disolución del matrimonio.

Pero quizá el asunto más importante al respecto es **Van Kück contra Alemania, de 12 de junio de 2003.** En él se analiza la negativa de las autoridades alemanas a reembolsar los gastos ocasionados por el cambio de sexo del recurrente. El Tribunal considera que la interpretación realizada de la "necesidad médica" no es razonable, que los tribunales no tuvieron los suficientes elementos para decidir sobre la compleja cuestión de si el recurrente se había causado a sí mismo la transexualidad (...) y que en su conjunto los procedimientos no satisfacen las exigencias de un proceso equitativo, con vulneración del art. 6.1, lo que también tiene repercusión en aspectos fundamentales de su derecho a la vida privada, en especial a su identidad de género y a su desarrollo personal, por lo que considera apropiado examinar bajo el art. 8 si la negativa a desembolsar los gastos del cambio de sexo significa una violación de las obligaciones positivas del Estado, y afirma que a la luz de los recientes desarrollos (I. contra el Reino Unido y Christine Goodwin, contra el Reino Unido, ya comentadas en esta revista) el hecho de que haya que probar la necesidad del tratamiento en un campo tan íntimo de la persona es desproporcionado, por lo que también se ha vulnerado el art. 8.

b) Expulsión de un extranjero

Yilmaz contra Alemania, de 17 de abril de 2003, una expulsión por razones delictivas de un emigrante de segunda generación contraria al art. 8.

F) Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho de propiedad (arts. 10 y 1 Protocolo 1)

Appleby y otros contra el Reino Unido, de 6 de mayo de 2003, sin duda la sentencia doctrinalmente más importante del período, plantea un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho de propiedad, y lo resuelve a favor de esta última. Se trata de un grupo de recurrentes a los que se les impide repartir panfletos y realizar actos de propaganda política en un centro comercial privado por sus propietarios. Invocan sobre todo la vulneración del art. 10 del Convenio, basándose especialmente en la jurisprudencia americana y canadiense que ha admitido el acceso a lo que denomina *public fora* y en particular los centros comerciales de propiedad privada para el ejercicio de la libertad de expresión, en cuanto han asumido las características de los tradicionales centros de la ciudad y se han convertido en espacios cuasi públicos, en los que los individuos pueden razonablemente ejercer su libertad de expresión. El Tribunal parece aceptar como estándar, y éste es uno de los aspectos curiosos del asunto, la jurisprudencia americana, que analiza para concluir que no se puede afirmar que exista un consenso (en Estados Unidos) en la materia. A continuación analiza las circunstancias del caso y afirma que la prohibición de los propietarios para que se establecieran en la zona de entrada y los pasillos del centro comercial (...) no significa que el Gobierno haya incumplido su obligación positiva de proteger la libertad de expresión de los recurrentes y que en consecuencia, en una decisión adoptada por seis votos frente a uno, no ha existido violación del art. 10.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)

a) Derecho al recurso legalmente previsto. Inadmisión no motivada

En la **STC 74/2003, de 23 de abril,** Sala Primera, la Diputación Provincial de Badajoz recurre dos Autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, reitera la doctrina de que el TC puede controlar las decisiones judiciales que inadmiten los recursos interpuestos únicamente conforme al "canon constitucional de interdicción de la arbitrariedad, la irrazonabilidad y el error patente", lo que sucede en este caso por la absoluta falta de motivación de los Autos que inadmitieron la apelación.

b) Asistencia jurídica gratuita extranjeros

STC 95/2003, de 22 de mayo, Pleno. El TC declara la inconstitucionalidad del inciso "que residan legalmente en España" del apartado a) del art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita en un proceso promovido por el Defensor del Pueblo, precepto que suponía que los extranjeros sin residencia legal sólo gozaban de

asistencia gratuita en los procesos penales y contencioso-administrativos referentes al derecho de asilo, y no en las demás cuestiones que afectaran a su *status* personal, en particular en los casos de expulsión.

Aunque las Leyes Orgánicas 4 y 8/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificaran la materia, el recurso siguió adelante, pues había que dar respuesta al problema constitucional de si la relación existente entre el derecho a la gratuidad de la justicia para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar (art. 119 CE) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) lleva consigo la exigencia *ex Constitutione* de reconocer el derecho de asistencia jurídica gratuita a los extranjeros que no reúnan la condición de residentes legalmente en España.

Desde la STC 99/1985, como consecuencia del tenor literal del art. 24.1 CE y de los Pactos y Tratados Internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, el TC ha reconocido a los extranjeros, con independencia de su situación jurídica, la titularidad del derecho a la tutela judicial efectiva. Asimismo ha considerado el carácter instrumental del art. 119 de la CE con relación a la tutela judicial efectiva, de manera que aun tratándose de un derecho prestacional y de configuración legal, cuyo contenido y concretas condiciones de ejercicio corresponde delimitar al legislador, existe un contenido constitucional indisponible, que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita necesariamente a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar y su negación implica lesión del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El resultado de esta decisión es la anulación de la palabra "legalmente" contenida en el precepto, por lo que los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso.

A esta Sentencia se añadieron dos votos particulares, que defienden que no existe base constitucional para la identificación absoluta de la situación de los españoles y de los extranjeros en orden al disfrute de los derechos instrumentales respecto del derecho de tutela judicial efectiva en la totalidad de sus contenidos, criticando la asunción por el Alto Tribunal de un papel de legislador positivo que no le corresponde, al convertir el mandato al legislador del art. 119 CE relativo a la configuración de la Justicia en contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

B) Igualdad (art. 14 CE). Discriminación por razón de sexo. Desplazamiento de la carga de la prueba

STC 98/2003, de 2 de junio, Sala Primera. El TC otorga el amparo a la recurrente, solicitado por una discriminación en razón de sexo. Aunque se impugna una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la vulneración tuvo su origen en una Orden de la Consejería de Presidencia de la Comunidad de Madrid que dispuso el cese de la recurrente como jefa de Secretaría de un Consejero. El TC aplica su doctrina consolidada desde la STC 38/1981, acerca de las reglas que ordenan la distribución de la carga de la prueba en las categorías sospechosas de discriminación, como el sexo, de manera que

"incumbe al autor de la medida probar que su actuación obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental".

C) *Habeas corpus.* Inadmisión liminar en acogimiento de menores (art. 17.4 CE)

STC 94/2003, de 19 de mayo, Sala Segunda. El TC considera que la situación de un menor en un centro de acogimiento como consecuencia de los malos tratos que recibía de su padre no puede ser calificada de privativa de libertad, por lo que no es de aplicación la doctrina sobre la inadmisión liminar del *habeas corpus* y desestima el amparo.

D) Libertad de expresión y función pública [art. 20.1.a)]

En la **STC 101/2003, de 24 de junio,** Sala Primera, se trata de un catedrático que publicó un artículo periodístico crítico con los planes de su Rector, como consecuencia del cual fue sancionado por falta leve aplicando el art. 8.c) del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios (Real Decreto 33/1986), sanción que fue considera ajustada a los principios de autoridad y jerarquía que rigen en el régimen funcionarial por el TSJ de Canarias. El TC recuerda su doctrina acerca de la libertad de expresión de los funcionarios públicos y considera que los vínculos jerárquicos son sensiblemente más débiles en la universidad, así como el carácter electivo de los rectores, la relevancia pública del asunto y la ausencia de expresiones insultantes o descalificadoras y otorga el amparo.

E) Derecho de reunión. Ocupación del Ayuntamiento por trabajadores municipales (art. 21.1)

La **STC 88/2003, de 19 de mayo,** Sala Primera, analiza el recurso de amparo presentado por trabajadores del Ayuntamiento de Valladolid que habían ocupado el Ayuntamiento, por lo que fueron condenados por la comisión de una falta de allanamiento de domicilio de persona jurídico-pública. El TC, tras considerar que no se trata del ejercicio genérico del derecho de reunión (...) sino ante una concreta manifestación que se enmarca en las relaciones de trabajo y en particular del derecho de asamblea de los trabajadores y considerar probado la falta de consentimiento del alcalde, y recordar que ese derecho "no comprende de forma absoluta e incondicionada el derecho a que un tercero deba poner a disposición de quienes lo ejercitan un local de su titularidad", desestima el amparo.

F) Derecho de asociación y colegiación de funcionarios públicos (art. 22)

Las **SSTC 76/2003, de 23 de abril,** Pleno, **96/2003, de 22 de mayo,** Sala Primera, y **108/2003, de 2 de junio,** Sala Segunda, anulan las resoluciones judiciales que condenaban a los recurrentes en amparo al pago de las cuotas colegiales demandadas por el colegio de secretarios, interventores y tesoreros de la Administración local con habilitación nacional de la provincia de Valencia. Para el TC estos colegios no son relevantes para garantizar la ordenación del ejercicio de la profesión ni para asegurar su correcto funcionamiento, al menos no en la intensidad suficiente que permita identificar la exis-

tencia de intereses públicos constitucionalmente relevantes para justificar la colegiación obligatoria, por lo que se lesiona la libertad de asociación en su vertiente negativa.

G) Acceso a cargos públicos. Recursos contencioso-electorales (art. 23.2 CE)

a) Agrupaciones de electores que sucedan o continúen en la actividad de partidos políticos disueltos

La **STC 85/2003, de 8 de mayo,** Sala Primera, que resuelve los recursos de amparo electorales promovidos por las agrupaciones electorales anuladas por las Sentencias de 3 de mayo de 2003 de la Sala Especial del art. 61 de la LOPJ, es sin duda una de las más importantes del período y merecería un comentario mucho más amplio que el que aquí podemos realizar.

En ella el TC analiza una pluralidad de invocaciones de vulneración de derechos fundamentales, la libertad ideológica en conexión con la libertad de expresión ... la irretroactividad de las normas sancionadoras o restrictivas de derechos ... la igualdad ... el derecho al juez imparcial ... los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías con relación al recurso contra la proclamación de candidatos del art. 49 LOREG, presidido por los principios de celeridad y perentoriedad y preclusión de plazos ... la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes ... el derecho a la intimidad por utilizar datos relativos a la participación de los candidatos en elecciones anteriores ... la presunción de inocencia y el ser informados de la acusación.

Pero el núcleo fundamental del recurso está dedicado a analizar los efectos de la disolución de un partido político y su continuidad a través de agrupaciones electorales, es decir el art. 44.4 de la LOREG, afirmando que cabe una interpretación constitucional de este precepto en cuanto su sentido no es el de una causa restrictiva del derecho de sufragio pasivo, sino el de un mecanismo de garantía institucional con el que pretende evitarse la desnaturalización de las agrupaciones electorales como instrumentos de participación ciudadana. Se quiere evitar la evasión fraudulenta de las consecuencias de la disolución de un partido político, a través de agrupaciones integrantes de una trama de la que resulte un entramado equivalente a un partido político y que permanezcan en el tiempo, actuando *de facto* como organización política hasta la siguiente convocatoria electoral y, reactivándose jurídicamente para presentar entonces nuevas candidaturas. Señala a continuación que las sentencias recurridas acreditan de manera razonable y suficiente "la existencia de una estrategia conjunta, trazada desde la banda terrorista ETA y la disuelta Batasuna", para propiciar la reconstitución de este partido y presentar candidaturas en las próximas elecciones municipales, razonamiento que hay que acreditar de cada agrupación, lo que las sentencias impugnadas han hecho mediante la presencia de candidatos que han mantenido con los partidos ilegalizados vínculos de tal entidad como para poder inferir de ellos que su presencia en las candidaturas responde al propósito de desarrollar el proyecto político de los partidos disueltos, cuyo núcleo esencial es la aceptación de la violencia, criterio que hay que matizar exigiendo un número relevante de tales individuos y en los "puestos de salida" para poder apreciar tal continuidad, lo que no ocurre con relación a diez de las candidaturas excluidas, con relación a las cuales otorga el recurso de amparo. La sentencia cuenta con un Voto particular.

b) Subsanación de lista incompleta

STC 84/2003, de 8 de mayo, Sala Primera. La junta electoral correspondiente dio un plazo a una candidatura para subsanar su lista en la que no constaban tantos candidatos como puestos a cubrir, lo que efectivamente realizó. Sin embargo se estimó el recurso de otra de las candidaturas por entender que se estaba infringiendo la prohibición de modificación de candidaturas. El tribunal considera que no hay modificación sino simples irregularidades subsanables y estima el amparo.

c) Acreditación de la condición política de castellano-leonés

STC 86/2003, de 8 de mayo, Sala Primera. El TC otorga el amparo a quien no fue proclamado candidato en las recientes elecciones autonómicas. La razón de la exclusión estribó en no presentar la inscripción en el censo electoral de la Comunidad Autónoma, no admitiéndose para probar su condición de castellano-manchego una certificación de empadronamiento, lo que se considera lesivo del ejercicio del derecho.

d) Presentación de candidatura en ventanilla única

La **STC 83/2003, de 5 de mayo,** Sala Primera, desestima el recurso de amparo de una candidatura que había visto rechazada su proclamación por presentarse en la ventanilla única del Ayuntamiento y no ante la Junta electoral. La LOREG regula de manera taxativa el lugar y la forma de presentación de las candidaturas sin que quepa supletoriedad. Aprecia además falta de diligencia en la actuación del recurrente.

H) Principio de taxatividad en sanciones administrativas (art. 25.1 CE). Sentencia de recomendación legislativa

STC 100/2003, de 2 de junio, Sala Segunda. El TC otorga el amparo a un cetrero que fue sancionado con multa al encontrársele en posesión de crías de azor y comerciar con ellas, conductas que fueron calificadas por el órgano administrativo sancionador como muy graves. El tribunal considera que falta en el artículo de la ley aplicada "determinación de la gravedad del ilícito y en consecuencia, de la sanción impuesta" por lo que no se respeta el principio de taxatividad. Sin embargo, rechaza plantearse una autocuestión pues a su parecer, la situación podría solucionarse con "la intermediación de una norma tipificante posterior en la que se proceda a una precisa determinación de la correspondencia entre infracciones y sanciones". Añade que la CA de Andalucía tiene competencia para ello, aunque no entra a sugerir el rango de la norma que reclama en una sentencia de recomendación legislativa.

I) Propiedad, libertad de empresa y libre ejercicio de profesión. Limitaciones a la transmisión de las farmacias (arts. 33, 35, 36 y 38 CE)

En la crónica correspondiente a procesos y competencias de esta revista comentamos la **STC 109/2003, de 5 de junio,** donde se resuelven varios recursos de inconstitucionali-

dad planteados por el Presidente del Gobierno contra sendas leyes de las Comunidades Autónomas de Castilla-La Mancha y Extremadura de oficinas de farmacia. En ella, además de los problemas competenciales se analiza la supuesta vulneración de los arts. 33, 35, 36 y 38 CE.

Respecto a que las causas de caducidad de la licencia de la oficina de farmacia puedan conculcar el art. 35.1, el TC entiende que la normativa autonómica no supone cortapisa alguna para el derecho del farmacéutico a ejercer libremente su profesión pues, en unos casos se trata de supuestos en los que el mismo no puede ejercer tal labor (muerte, incapacitación, renuncia, etc.) o bien la fijación de una edad de jubilación (setenta años) puesto que tal limitación no es desproporcionada o irrazonable. Tampoco lesión del art. 33 CE en la medida en que las farmacias son establecimientos sanitarios de interés público sometidos a la autorización administrativa por lo que la caducidad en casos tasados y proporcionados no supone lesión al derecho de propiedad en cuya configuración debe tenerse en cuenta la función social que este derecho cumple.

Con relación a la presunta vulneración del art. 36 CE el TC recuerda dos ideas ya recogidas en su jurisprudencia. Por un lado que no existe una relación directa entre ejercicio de profesiones tituladas, y el desempeño de la titularidad de una oficina de farmacia. Por el otro, que este último desempeño, en la medida en que se conecta con intereses constitucionales relevantes (en este caso la protección de la salud), permite el establecimiento de controles por parte de los poderes públicos ante los cuales no cabe oponer nada desde la perspectiva de las exigencias de la profesión titulada.

Por último en lo referente a la presunta vulneración del art. 38 CE, el Tribunal recuerda su jurisprudencia respecto a la mayor legitimidad de la adopción de criterios ordenadores del servicio farmacéutico como consecuencia del interés público en la actividad de los establecimientos de farmacia.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen

a) Intimidad, propia imagen y consentimiento de menor

Sentencia de 26 de marzo de 2003, Sala Primera, Ponente, Excmo. Sr. O'Callagham Muñoz.

La sentencia estima el recurso de casación planteado por Telecinco y el presentador del programa y desestima la interpuesta por el Ministerio Fiscal en defensa de un menor, de 14 años por entender que no existió vulneración del derecho a la intimidad y la imagen del menor, al realizarse la entrevista en presencia de la madre que era su representante legal.

b) Intimidad y difusión por televisión de primeros planos de un accidentado

Sentencia de 23 de mayo de 2003, Sala Primera, Ponente Excmo. Sr. González Bóveda.

Condena a Telemadrid por la emisión, sin su consentimiento de un vídeo con varios primeros planos de un accidentado que terminaría por fallecer. El TS confirma la decisión de la Audiencia razonando sobre la accesoriedad de los fotogramas de primer plano del accidentado.

B) Libertad de expresión. Imputación infundada a un Alcalde que desborda la crítica política.

Sentencia de 7 de marzo 2003, Sala Primera, Ponente Excmo. Sr. Corbal Fernández.

Condena por intromisión ilegítima del derecho al honor de un Alcalde por la propagación en emisiones de radio y la publicación en dos periódicos provinciales de la falsa noticia de que el actor venía percibiendo la retribución correspondiente a su condición de Senador y retribuciones como Alcalde a pesar de ser ambas incompatibles. Imputación infundada que desborda el campo de la crítica política.

C) Derecho de participación política

a) Denegación de espacios de propaganda electoral a grupo que propugna la abstención.

Sentencia de 7 de febrero de 2003, Sala Tercera, Ponente Excmo. Sr. Goded Miranda.

Impugnación del Acuerdo de la Junta Provincial de Vizcaya que decidió no otorgar espacios de propaganda electoral a Euskal Herritarrok porque propugnaba la abstención. El TS afirma que preconizar la abstención es una actitud que forma parte del derecho a participar en asuntos públicos que ampara el de abstenerse de hacerlo por unos cauces determinados y también de las libertades del art. 20 CE. Ahora bien, ello no significa que tengan derecho a utilizar medios o recibir ayudas que sirven para captar votos que lleven a los candidatos a formar parte de la cámara que se elige.

b) Ilegalización de partidos políticos

Sentencia de 27 de marzo de 2003, Sala Especial del art. 61 LOPJ, Ponente Excmo. Sr. Hernando Santiago.

Procesos acumulados seguidos a instancias de la Abogacía del Estado y del Ministerio Fiscal sobre ilegalización de Partidos Políticos, Herri Batasuna, Euskal Herritarrok y Batasuna. El contenido de esta Sentencia no se comenta en esta sección puesto que ya fue analizada en el número anterior de esta revista, al hilo de la Sentencia que sobre el tema se dictó por el Tribunal Constitucional.

D) Extranjería

a) Nulidad de ciertos preceptos del Reglamento de Ejecución de la ley de Extranjería

Sentencia de 20 de marzo de 2003, Sala Tercera, Ponente Excmo. Sr. Sieira Miguez.

Impugnación formulada por la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio. El TS estima en parte el recurso planteado y anula diversos artículos del citado reglamento, relativos a la prohibición de devolución de inmigrantes irregulares "en ruta o tránsito" dentro de España, sobre medidas de internamiento, reagrupación familiar y exención de visado. La extensión por vía reglamentaria de medidas limitativas del derecho a la libre circulación resulta contraria al art. 19 CE. Asimismo la exigencia de obtención independiente de permiso del reagrupante para poder ejercer el derecho de preagrupación familiar reconocido en le ley supone privar a quienes han obtenido la residencia por preagrupación del derecho reconocido en el art. 17 de la Ley. Se elimina por vía reglamentaria la denominada preagrupación en cadena que es una posibilidad que viene establecida en el texto legal. De igual manera el requisito de la convivencia durante al menos un año en España para la concesión de la exención del visado a quien sea cónyuge de residente en España. La exigencia reglamentaria de que la convivencia tenga que ser necesariamente en España implica una restricción que quiebra el principio de legalidad.

b) Permiso de trabajo y residencia a extranjero con antecedentes policiales cancelados

Sentencia de 17 de febrero de 2003, Sala Tercera, Ponente Excmo. Sr. Fernández Montalvo.

No pueden oponerse a la concesión de permiso de trabajo y residencia los antecedentes policiales cancelados.

c) Procedencia de exención de visado

Sentencia de 7 de marzo de 2003, Sala Tercera, Ponente Excmo. Sr. Puente Prieto.

Carece de justificación la denegación de la exención de visado al demandante cuando la propia Sala ha reconocido la misma pretensión de exención a la esposa del recurrente y ésta fue precisamente la causa de la denegación. No sólo procede la estimación porque decae la motivación de la resolución gubernativa sino también por razones de preagrupación familiar en una interpretación acorde con los principios que sustentan la protección de la familia del art. 39 CE.

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

IV. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Bases. A) En materia de sanidad. a) La calificación de las farmacias como establecimientos sanitarios y la exigencia de que sólo puedan ser los farmacéuticos sus titulares constituyen elementos fundamentales de las bases estatales *ex* artículo 149.1.16 CE. b) La definición del régimen jurídico de los establecimientos sanitarios entre los que se incluyen las oficinas de farmacia constituye una materia de competencia estatal en el marco de las bases en materia de sanidad. B) La competencia estatal *ex* artículo 149.1.1 CE queda absorbida por la que le corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad. C) La alegación de que la normativa autonómica vulnera las bases estatales contenidas en reglamentos exige precisar los preceptos vulnerados y fundamentar las causas de dicha vulneración. D) La transmisibilidad de las oficinas de farmacia constituye un elemento estructural de las bases estatales y define un régimen uniforme en el ejercicio de las condiciones básicas en materia de libertad de empresa en el sector farmacéutico. E) La regulación autonómica de las causas de caducidad de las autorizaciones de apertura de oficinas de farmacia no vulnera las bases estatales ni el artículo 149.1.1 CE. **3. Ley**. A) Reserva de Ley. a) Reserva de Ley en materia sancionadora: un precepto legal que regula de forma genérica los criterios para graduar las infracciones y define la cuantía de las sanciones correspondientes a los distintos supuestos no es inconstitucional, si bien su aplicación directa vulnera el artículo 25.1 CE, en la medida en que su concreta aplicación exige un desarrollo normativo posterior que complete las garantías que demanda el artículo 25.1 CE. b) Reserva de Ley en materia sancionadora: el reglamento puede desarrollar, completar y precisar las infracciones previstas en las normas con rango de Ley. c) El principio de reserva de Ley y la creación de fundaciones sanitarias. d) Inexistencia de infracción de reserva de Ley en materia de televisión privada. B) Contenido de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado: inclusión de contenidos adicionales vinculados directamente con el contenido propio de estas Leyes. C) Constitucionalidad de las Leyes de acompañamiento. D) Valor interpretativo del Preámbulo de la Ley. **4. Reglamento.** A) Distinción entre acto y norma:

criterio ordinamentalista. B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general: omisión del trámite de audiencia. C) Impugnación de disposiciones de carácter general. a) Impugnación indirecta de disposiciones de carácter general: criterios que justifican la imputación de ilegalidad de la norma reglamentaria en la que se fundamenta la pretensión de nulidad del acto administrativo. b) Efectos de la impugnación directa e indirecta de disposiciones de carácter general. **5. Principios generales.** A) Principio de igualdad: cómputo de plazos. B) Principio de seguridad jurídica: las Leyes de acompañamiento pueden encontrar un límite en este principio constitucional.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, por lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional, hasta la STC 109/2003, de 5 de junio, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, hasta la referencia Ar. 2300 de 2003, y por lo que concierne a la de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Ar. 178 de 2003.

2. BASES

A) En materia de sanidad

a) La calificación de las farmacias como establecimientos sanitarios y la exigencia de que sólo puedan ser los farmacéuticos sus titulares constituyen elementos fundamentales de las bases estatales *ex* artículo 149.1.16 CE

La configuración de las farmacias abiertas al público como establecimientos sanitarios así como el principio de que sólo los farmacéuticos puedan ser titulares y propietarios de las oficinas de farmacia constituyen materias propias de regulación mediante normativa básica estatal *ex* art. 149.1.16 CE. El legislador estatal ha establecido en esta materia orientaciones que garantizan el mínimo común normativo en esta materia, ejerciendo con ello una opción legítima que le viene atribuida por el art. 149.1.16 CE (**STC 109/2003, de 5 de junio**).

b) La definición del régimen jurídico de los establecimientos sanitarios entre los que se incluyen las oficinas de farmacia constituye una materia de competencia estatal en el marco de las bases en materia de sanidad

Las oficinas de farmacia son según la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, establecimientos sanitarios. La jurisprudencia constitucional (SSTC 32/1983, de 28 de

abril y 80/1984, de 20 de julio) ha definido el régimen jurídico de los establecimientos sanitarios al señalar que "la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios debe entenderse como una competencia de fijación de bases que en virtud del art. 149.1.16 CE es de titularidad estatal en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros". Estos requisitos y competencias deben considerarse como mínimos y, en consecuencia, cada Comunidad Autónoma que posea competencia en materia sanitaria puede establecer medidas de desarrollo legislativo y puede añadir a los requisitos mínimos determinados por el Estado otros que entienda oportunos o especialmente adecuados (**STC 109/2003, de 5 de junio).**

B) La competencia estatal *ex* artículo 149.1.1 CE queda absorbida por la que le corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad

La competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que aseguran la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), queda absorbida por la que le corresponde al Estado en la regulación de las bases de la sanidad, dada la función uniformadora que debe cumplir la normativa básica. La competencia estatal en materia de regulación de las bases de la sanidad es más específica que la que deriva del art. 149.1.1 CE y puede dotarse de un mayor contenido (**STC 109/2003, de 5 de junio**).

C) La alegación de que la normativa autonómica vulnera las bases estatales contenidas en reglamentos exige precisar los preceptos vulnerados y fundamentar las causas de dicha vulneración

Si bien las normas reglamentarias (incluso preconstitucionales) pueden formar parte de la normativa básica, el recurrente que invoca el carácter básico de las mismas está obligado a determinar cuáles son los preceptos reglamentarios cuyo carácter básico alega, así como cuál es la justificación de dicha naturaleza básica. El Tribunal Constitucional en su **STC 109/2003, de 5 de junio,** puntualiza en este sentido que cuando lo que está en juego es la depuración del ordenamiento jurídico, es carga de los recurrentes no sólo abrir la vía para que el Tribunal pueda pronunciarse, sino también colaborar con la justicia del Tribunal en su pormenorizado análisis de las cuestiones que se suscitan.

D) La transmisibilidad de las oficinas de farmacia constituye un elemento estructural de las bases estatales y define un régimen uniforme en el ejercicio de las condiciones básicas en materia de libertad de empresa en el sector farmacéutico

La Ley General de Sanidad regula junto a actividades sanitarias públicas otras privadas, para cuyo establecimiento reconoce tanto la incidencia del interés público como la de la libertad de empresa a la que aquel interés puede sujetar a restricciones diversas. Los dis-

tintos modelos de organización que derivan de los distintos grados y formas que puede asumir la libertad de empresa en este ámbito inciden directamente sobre el modo y la forma en que los establecimientos sanitarios privados sirven al interés público sanitario (la dispensación de medicamentos en el caso de las farmacias). En consecuencia, la definición de elementos estructurales de un determinado diseño de la empresa farmacéutica constituye materia propia de las bases, y, por lo tanto, competencia del Estado. En este sentido, la transmisibilidad o no de las oficinas de farmacia constituye uno de esos elementos estructurales.

A la misma conclusión se llega a partir de la libertad de empresa: la transmisibilidad de las empresas constituye una concreción de la libertad de empresa y ésta exige que las empresas de un mismo sector se hallen sometidas al mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional, pues dicha libertad, que la Ley General de Sanidad reconoce, sólo existe en una economía de mercado, que resulta incompatible con posiciones jurídicas básicamente distintas de los diversos operadores.

La configuración como básica de la transmisibilidad de las autorizaciones administrativas de apertura de oficinas de farmacia (limitada en los términos y con los requisitos establecidos en la Ley) podrá ser o no discutida desde la perspectiva de su eficacia técnica, pero no puede serlo desde la óptica constitucional, dado que conforma un mínimo común normativo para todo el territorio nacional y, a la vez, permite expresamente a las Comunidades Autónomas que desarrollen con un alcance suficiente su función planificadora en aras del interés público.

En consecuencia, los arts. 14 de la Ley 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Extremadura, y 38.1 de la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico de Castilla-La Mancha, que disponen la intransmisibilidad de las autorizaciones de apertura de farmacia, son inconstitucionales por infringir lo establecido por la normativa básica estatal (**STC 109/2003, de 5 de junio**).

E) La regulación autonómica de las causas de caducidad de las autorizaciones de apertura de oficinas de farmacia no vulnera las bases estatales ni el artículo 149.1.1 CE

La regulación por la normativa autonómica de las causas de caducidad de las autorizaciones de apertura de oficinas de farmacia no vulnera la legislación básica estatal, dado que no afecta al principio de transmisibilidad de la titularidad de las oficinas de farmacia que consagra la normativa estatal.

Las causas de caducidad, por muerte, incapacitación o renuncia del titular de la autorización administrativa están vinculadas al carácter personal de la autorización y no representan un impedimento general a la libre transmisión, por lo que no infringen el art. 149.1.16 CE.

La caducidad por alcanzar la edad de setenta años establecida por la normativa autonómica tampoco vulnera el art. 149.1.16 CE, pues el establecimiento de una edad tope para el ejercicio de una actividad privada declarada de interés público se conecta con dicho interés y ni impide la posibilidad de transmisión ni puede estimarse arbitraria.

Tampoco vulnera esta última regulación el art. 149.1.1 CE, dado que este precepto no opera como una norma que materialmente y por sí sola imponga la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, sino que es un precepto que atribuye al Estado la competencia para regular las condiciones básicas que garanticen dicha igualdad. El propio tenor literal del precepto deja claro que la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional sino la que queda garantizada por el establecimiento de las condiciones básicas que, por tanto, establece un mínimo común denominador y cuya regulación, ésta sí, es de competencia estatal. Ese mínimo común denominador está definido en esta materia por los arts. 4 y concordantes de la Ley estatal 16/1997 que permiten a las Comunidades Autónomas, que son las que otorgan la autorización, que las sometan a las condiciones, plazos y demás requisitos que estimen razonables y que pueden ser distintos pues a ellas corresponde determinar el modo en que en su territorio, se satisface mejor, a su juicio, el interés público. De este modo, si el Estado pretende un mayor grado de homogeneidad en las regulaciones autonómicas relativas a la transmisibilidad de las oficinas de farmacia, habrá de ejercer de otro modo, mediante una normativa legal distinta, la competencia estatal derivada del art. 149.1.1 CE o bien la que le corresponde *ex* art. 149.1.16 (bases de la sanidad) (**STC 109/2003, de 5 de junio).**

3. LEY

A) Reserva de Ley

a) Reserva de Ley en materia sancionadora: un precepto legal que regula de forma genérica los criterios para graduar las infracciones y define la cuantía de las sanciones correspondientes a los distintos supuestos no es inconstitucional, si bien su aplicación directa vulnera el artículo 25.1 CE, en la medida en que su concreta aplicación exige un desarrollo normativo posterior que complete las garantías que demanda el artículo 25.1 CE

La **STC 100/2003, de 2 de junio,** resuelve el recurso de amparo interpuesto contra las resoluciones de la Delegación Provincial de Huelva de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía de 26 de marzo de 1996 y de la Presidencia de la Agencia de Medio Ambiente de la misma Consejería de 15 de julio de 1996, así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, de 29 de marzo de 1999, por vulnerar el derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE). Las citadas resoluciones tenían como objeto sancionar el tráfico ilegal de crías de azor. El fundamento de la impugnación radica en

que el art. 39.1 de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de espacios naturales protegidos y de la flora y fauna silvestres (LCEN) no satisface el requisito de predeterminación normativa, en cuanto al establecimiento de la correspondencia necesaria entre infracciones y sanciones, que deriva del principio de legalidad sancionadora expresado en el brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

El art. 39.1 LCEN regula de forma genérica los criterios para graduar las infracciones en leves, menos graves, graves o muy graves y define la cuantía de las sanciones correspondientes a los distintos supuestos. Este precepto remite a una norma posterior la precisa determinación de la correspondencia entre infracciones y sanciones no siendo, en consecuencia posible su aplicación directa. El Tribunal Constitucional entiende que la aplicación directa del art. 39.1 LCEN a través de las resoluciones impugnadas vulnera el art. 25.1 CE, lo cual no implica la inconstitucionalidad de dicho precepto, cuya aplicación conforme a la Constitución exige un desarrollo normativo posterior que complete las garantías que demanda el art. 25.1 CE.

b) Reserva de Ley en materia sancionadora: el reglamento puede desarrollar, completar y precisar las infracciones previstas en las normas con rango de Ley

La **STS de 18 de diciembre de 2002,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 956, reproduce la jurisprudencia en relación con el art. 25 CE, según la cual, si bien es cierto que este precepto reserva a la Ley la tipificación de los elementos esenciales de las infracciones administrativas, "también lo es que los reglamentos pueden desarrollar y precisar los tipos de infracciones previamente establecidos por la norma legal. La Ley ha de incluir en sus preceptos los elementos esenciales de la conducta antijurídica que reputa sancionable, pero no excluye la colaboración del titular de la potestad reglamentaria para desarrollarla. El hecho de que no sean constitucionalmente admisibles las meras remisiones de la Ley al reglamento carentes de una previa determinación de los elementos esenciales del tipo, elementos que han de figurar en la propia Ley, no impide, decimos, que las normas reglamentarias puedan integrar o completar la caracterización de las infracciones administrativas". La sentencia continúa aclarando que sostener lo contrario, "sería tanto como exigir que los catálogos de infracciones administrativas existentes en los reglamentos se limitasen a repetir o transcribir, sin más, pura y simplemente, los preceptos sancionadores de las Leyes que tratan de desarrollar". En definitiva, lo rechazable es deferir al reglamento la tipificación completa y *ex novo* de las infracciones administrativas.

c) El principio de reserva de Ley y la creación de fundaciones sanitarias

La **STS de 27 de enero de 2003,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 1073, se pronuncia sobre la eventual vulneración de la reserva de Ley establecida en el art. 103.2 CE por el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fis-

cales, administrativas y del orden social, al remitir al Gobierno la creación de las fundaciones públicas sanitarias. Sin embargo, el Tribunal no acepta la pretensión de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad fundada en la mencionada vulneración del principio de reserva de Ley, en la medida en que la reserva de Ley que establece el art. 103.2 CE relativa a la creación por Ley de órganos de la Administración ("la cual puede entenderse que comprende los entes instrumentales con personalidad jurídica propia que forman parte de la Administración del Estado") no es absoluta, pues "como se desprende de la expresión 'creados (...) de acuerdo con la Ley' (no 'por ley')", la Constitución permite compartir la regulación de esta materia entre la Ley y el reglamento, "ya que la Constitución no ha reservado expresa y directamente a la Ley la creación, modificación y supresión de tales órganos".

d) Inexistencia de infracción de reserva de Ley en materia de televisión privada

La **STS de 17 de febrero de 2003**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 2237, resuelve el recurso presentado por Uteca, entidad constituida por Gestevisión-Telecinco, SA y Antena 3 de Televisión, SA, por el que se impugna el acuerdo del Consejo de Ministros, de 10 de marzo de 2000, que aprobó el pliego de bases administrativas particulares y de prescripciones técnicas por el que ha de regirse el concurso público para la adjudicación de dos concesiones para la explotación, en régimen de emisión en abierto, del servicio público de la televisión digital terrenal (TDT) y se convoca el correspondiente concurso.

La demanda pretende que se declare la nulidad del acuerdo derivada de la que afecta al Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal, así como a la Orden Ministerial (Fomento), de 9 de octubre de 1998, por la que se aprueba el Reglamento Técnico de Prestación del Servicio de Televisión Digital Terrenal. Ambas disposiciones reglamentarias se apoyan en la Disposición Adicional Cuadragésima Cuarta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Sostiene la recurrente que se ha producido una indebida deslegalización del régimen jurídico de la TDT, y que a ese resultado se ha llegado como consecuencia de la insuficiencia de la Disposición Adicional Cuadragésima Cuarta de la Ley 66/1997, que debido a lo escueto de sus términos, ha obligado a que fueran los reglamentos los que estableciesen prácticamente toda la regulación de la TDT, invadiendo, así, materias reservadas a la Ley, tales como la determinación del número de concesiones a sacar a concurso, o bien la determinación de los supuestos que rigen las Leyes reguladoras del servicio público de la radiodifusión y televisión.

Sin embargo, el Tribunal no asume esta interpretación, y recordando la STS de 7 de febrero de 2000, Ar. 378, afirma que, sin perjuicio de la vigencia del Real Decreto 2169/1998, y con independencia de la tecnología que se utilice, analógica o digital, van "a seguir siendo de aplicación a la televisión terrenal, en la medida en que no hayan sido derogadas, las Leyes ya citadas números 4/1980, 46/1983, 10/1988 y 41/1995". En esa misma línea, la STS de 30 de abril de 2001, Ar. 4295, también sobre el Real Decreto 2169/1998, afirmó su conformidad a Derecho y, en particular, tras señalar que se apli-

can a la TDT las anteriores Leyes sobre televisión, descartó que ese reglamento hubiera invadido ámbitos reservados a la Ley, pues "ni se han derogado las Leyes previas, cuyas normas perviven, salvo las modificaciones concretas que aporta la Disposición Adicional Cuadragésima Cuarta de la Ley 66/1997, ni carece el Real Decreto 2169/1998 de la necesaria cobertura legal, pues se la ofrecen tales normas adicionales". Dicho proceder, concluye la Sala, no supone que se haya vulnerado el régimen de la televisión privada que hasta el momento estaba instaurado.

B) Contenido de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado: inclusión de contenidos adicionales vinculados directamente con el contenido propio de estas Leyes

Reiterando la doctrina constitucional, la **STS de 24 de septiembre de 2003,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 1057, confirma que la Ley de Presupuestos Generales del Estado puede integrar contenidos adicionales, aparte del correspondiente a las previsiones de ingresos y habilitaciones de gastos. Esas materias, no obstante, deben guardar una relación directa con los gastos e ingresos que integran el presupuesto o con los criterios de política económica general de los que el propio presupuesto es instrumento. Por esta razón, es rechazable un concepto amplio que legitime esa conexión o relación, en la medida en que desbordaría la función constitucional que el art. 134.2 otorga a las Leyes de Presupuestos.

C) Constitucionalidad de las Leyes de Acompañamiento

La **STS de 27 de enero de 2003,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 1073, lleva a cabo un interesante estudio sobre la constitucionalidad de las denominadas Leyes de acompañamiento. Esta cuestión se plantea como cuestión previa, relativa a la solicitud de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por el que se crean las fundaciones públicas sanitarias.

El Tribunal señala que las Leyes de acompañamiento "constituyen una figura que resulta del ejercicio de la función legislativa ajustada formalmente al procedimiento legislativo ordinario o de urgencia sin más límites que los derivados de la constitución y de la libertad de configuración normativa del legislador". Precisamente por el estricto contenido de las Leyes de Presupuestos Generales, las Leyes de acompañamiento responden a la necesidad de "acompañar" a la Ley de Presupuestos Generales, conteniendo "disposiciones accesorias o complementarias indispensables para dar efectividad" a los mandatos de la Ley de Presupuestos Generales, pero que, en virtud del art. 134 CE, no pueden incluirse en ella.

La sentencia lleva a cabo una crítica a otros argumentos como que el procedimiento de elaboración de las Leyes de acompañamiento vulnera el principio de especialización par-

lamentaria, pues debido al heterogéneo contenido de estas Leyes, cualquier materia pasa a ser examinada por una Comisión económica y no por la especializada en el sector correspondiente, como ocurriría si la Ley tuviera un contenido uniforme; o bien que la falta de estudio del texto, así como de las enmiendas presentadas, permite que se incorporen contenidos excesivamente detallados, provocando una reglamentarización de la Ley; o bien que estas Leyes son la base de un cierto desapoderamiento del poder legislativo, puesto que la premura con que la Ley se tramita y la conciencia de su necesidad en función de la Ley de Presupuestos Generales del Estado, imponen que se subordinen las enmiendas a la aprobación del Gobierno y que se acepte de forma poco crítica los proyectos y enmiendas elaboradas por los distintos Ministerios. Pues bien, sobre estas cuestiones la Sala señala que "todas estas objeciones sólo adquieren una verdadera significación en relación con la existencia de posibles contenidos abusivos en la Ley de acompañamiento, cuya necesidad parlamentaria y posibilidad de elaboración con arreglo a los principios básicos de nuestro ordenamiento nadie discute, si se limita su contenido a su carácter accesorio y se introducen en su tramitación los debidos mecanismos de claridad y transparencia para evitar toda lesión del principio de seguridad jurídica".

D) Valor interpretativo del Preámbulo de la Ley

La **STS de 12 de marzo de 2003,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 2261, realiza un interesante pronunciamiento que pone de relieve el importante valor exegético de los Preámbulos de las normas legales, en un polémico asunto como fue la concesión al señor Melitón M. G. de la Gran Cruz de Reconocimiento Civil a las Víctimas del Terrorismo. En concreto, la cuestión que se plantea es la contradicción que se afirma existe entre la trayectoria vital del señor Melitón M., fallecido en acto de terrorismo en el 2 de agosto de 1968, mucho antes de la reinstauración de la democracia, y las concepciones democráticas a que se refiere el Preámbulo de la Ley 32/1999, que el recurrente afirma tiene valor hermenéutico como instrumento de interpretación teleológica. Por lo tanto, como señala la sentencia, "el debate, en consecuencia, se reduce a decidir sobre si una interpretación teleológica de la norma permite la concesión de la condecoración contemplada a quienes, fallecidos antes de la reinstauración de la democracia víctimas de un acto terrorista, hubieran podido haber mantenido una trayectoria vital afín al régimen anterior".

En contra de los argumentos de los demandantes, y con base en una interpretación íntegra del Preámbulo de la Ley el Tribunal llega a la conclusión de que la Ley "no limita el reconocimiento que efectúa a las víctimas de actos terroristas a quienes lo han sido en la etapa democrática, sino que lo extiende a todos ellos cualquiera que sea el momento en que el acto terrorista tuvo lugar, prescindiendo por tanto de las condiciones sociopolíticas del momento". A todo ello el Tribunal añade una última reflexión encaminada a resolver si el principio de reconciliación debe limitarse a quienes sobrevivieron a la dictadura, excluyendo por tanto a quienes no tuvieron la fortuna de vivir la recuperación de las libertades, o, por el contrario, la conciliación y la superación de los viejos conflictos a que se refiere el preámbulo de la Ley tiene que alcanzar también a éstos. Para el Tribunal la respuesta no puede dudarse, "uno de los pilares básicos de nuestra democra-

cia y que ha servido para dotarla de una estabilidad casi desconocida en nuestro país, ha sido y es precisamente el que ha permitido integrarse en ella a todos aquellos que han asumido los principios democráticos con olvido absoluto de su trayectoria vital anterior desde el punto de vista político, por tanto nos parece carente de fundamento y contrario a los principios que la propia Ley recoge en su Exposición de Motivos, excluir de la idea de reconciliación a quienes la muerte a manos terroristas ha impedido asumir los valores democráticos sin que existan razones que permitan afirmar que ellos, de haber sobrevivido al régimen anterior, no hubieran asumido aquellos valores tras la transición política en la forma en que lo ha hecho la inmensa mayoría de los españoles con independencia de su trayectoria política pasada, como lo demuestra el hecho de que personalidades con notable relevancia política en el régimen anterior han prestado importantes servicios a la democracia, de la cual en nuestro sistema constitucional solamente se autoexcluyen quienes han persistido en integrar o amparar al terrorismo, razones estas que justifican la generalidad de los términos del artículo cuatro de la Ley 32/1999 en cuya aplicación se dictó la resolución que ahora se recurre".

4. REGLAMENTO

A) Distinción entre acto y norma: criterio ordinamentalista

Manteniendo el tradicional criterio ordinamentalista, la **STSJ de Navarra de 13 de diciembre de 2002**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 172, establece que la Orden Foral 335/2000, de 27 de noviembre, de la Consejería de Salud, por la que se hacen públicas las Zonas Básicas de Salud y localidades que requieren oficinas de farmacia con arreglo a los criterios de planificación establecidos en la Ley Foral 12/2000, de 16 de noviembre, de atención farmacéutica, no tiene naturaleza jurídica normativa. El Tribunal comienza considerando que la Orden es un acto aplicativo de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley Foral 12/2000, en la medida en que no lleva a cabo "innovación alguna del ordenamiento jurídico, siendo un acto ordenado y no ordinamental, aplicando la Ley Foral en los concretos supuestos expresados en la misma". Y reiterando el criterio jurisprudencial de la Sala, la sentencia añade que "la Orden Foral no es una disposición general en cuanto no pretende ordenar o regular ningún procedimiento con carácter permanente y aplicable a ésta y a sucesivas convocatorias de nuevas vacantes, sino que como se desprende de todo su contenido, y en particular de su apartado primero, su objeto se agota con la cobertura de las oficinas que en el concreto de su publicación y en las concretas Zonas Básicas de Salud que se relacionan son precisas, debiéndose entender que, producida tal cobertura, queda cumplida y agotada la Orden Foral". Siguiendo con esta argumentación, y comparando la Orden impugnada con las convocatorias que realiza la Administración en los procedimientos de concurrencia selectiva, la Sala llega a la conclusión de que la Orden en cuestión es un acto con destinatarios generales, pero que "no tiene el carácter de abstracción y generalidad que es predicable de las normas reglamentarias, y, por ende, carece de carácter innovativo del ordenamiento jurídico".

B) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general: omisión del trámite de audiencia

La **STS de 14 de febrero de 2003**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 2098, reitera la jurisprudencia del Tribunal en relación con la omisión del trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias. A este respecto, señala que el preceptivo trámite "sólo es tal para las entidades que por Ley ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo, afectados por la disposición. Lo que no era el caso al estarse ante asociaciones de tipo voluntario".

C) Impugnación de disposiciones de carácter general

a) Impugnación indirecta de disposiciones de carácter general: criterios que justifican la imputación de ilegalidad de la norma reglamentaria en la que se fundamenta la pretensión de nulidad del acto administrativo

La **STS de 10 de diciembre de 2002,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 1192, pone de relieve que la impugnación indirecta de disposiciones generales no puede fundamentarse en una alegación abstracta, sino que ha de existir "una relación de causalidad entre las imputaciones de ilegalidad de la norma y de disconformidad a Derecho del acto de aplicación. Por tanto, en la llamada impugnación indirecta de reglamentos no cabe formular en abstracto, sin esa conexión con el acto administrativo indirectamente impugnado, imputaciones de ilegalidad de la norma reglamentaria. Estas imputaciones de ilegalidad en abstracto, precisamente por respeto a aquel plazo (se refiere al plazo para la impugnación directa de disposiciones generales), deben ser inadmitidas, desestimando, en consecuencia, la pretensión de declaración de nulidad de la norma".

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

Reiterando una extensa jurisprudencia, la **STS de 17 de febrero de 2003,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 1167, señala que las sentencias que se pronuncian sobre la anulación directa de disposiciones generales producen efectos *erga omnes* y *ex tunc*, sin perjuicio de que por motivos de seguridad jurídica deban subsistir los actos firmes dictados con base en la disposición anulada. En el mismo sentido, la **STS de 21 de febrero de 2003,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 2130.

Por otra parte, la **STS de 21 de enero de 2003,** Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Quinta, Ar. 674, reitera la jurisprudencia sobre efectos de la impugnación indirecta de disposición generales, señalando que "la impugnación indirecta, por su naturaleza propia, sólo pretende la anulación del acto impugnado. Lo que sucede es que la norma aplicada ha de ser nula, para que también lo sea el acto impugnado (...). La anulación se pide de los acuerdos impugnados, pero el fundamento de esta anulación radica en la nulidad de las normas aplicadas. Esto explica que la nulidad de los preceptos de

las Normas Subsidiarias citadas no se integre en el fallo, pero constituya una conclusión previa a la de la nulidad de los actos impugnados".

5. PRINCIPIOS GENERALES

A) Principio de igualdad: cómputo de plazos

En la **STC 81/2003, de 30 de abril,** se analiza la vulneración del principio de igualdad que garantiza el art. 14 CE por los arts. 17.3 de la Ley de la Generalidad Valenciana 4/1984, de 13 de junio, de la hacienda pública de la Generalidad y 17.3 del texto refundido de la Ley de la hacienda pública de la Generalidad Valenciana, aprobado por Decreto Legislativo de 26 de junio de 1991. La vulneración del principio de igualdad se plantea al establecer la legislación valenciana en cuestión un régimen distinto al estatal tanto en relación con la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de los intereses derivados de las resoluciones judiciales, como en relación con la referencia que fija el tipo de interés a satisfacer (interés legal del dinero o interés básico del Banco de España).

En relación con la primera de las cuestiones, la STC 81/2003 reproduce lo establecido en la STC 69/1996, de 18 de abril, que determinó en relación con la fijación del *dies a quo* para el cómputo de los intereses procesales la exigencia de distinguir dos momentos: a) el del comienzo del devengo de los intereses, que es el de la Sentencia dictada en la primera instancia, y b) el de la exigibilidad de tales intereses, que es el de la firmeza de la resolución judicial; en consecuencia, el art. 17.3 de la citada Ley valenciana es conforme con la Constitución si se interpreta en el sentido indicado.

Por lo que se refiere a la cuantía de los intereses de demora, no es admisible la discordancia entre la regulación estatal (arts. 36.2 y 45 Ley General Presupuestaria que fijan el tipo de interés de demora en el interés legal del dinero) y la autonómica (art. 17.3 Ley valenciana que lo fija en el tipo básico del Banco de España). Este tratamiento diferenciado es contrario al derecho de igualdad del art. 14 CE y, por tanto la regulación autonómica sobre esta cuestión es inconstitucional y nula. Además, conforme al art. 156.1 CE la determinación cuantitativa del interés de demora ha de merecer un tratamiento unitario en todo el territorio nacional. También resulta aplicable en este ámbito el art. 149.1.18 CE que exige garantizar a los administrados un tratamiento común en todo lo relativo a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas.

B) Principio de seguridad jurídica: las Leyes de acompañamiento pueden encontrar un límite en este principio constitucional

Como ya hemos comentado anteriormente, la **STS de 27 de enero de 2003,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 1073, realiza estudio sobre la constitucionalidad de las Leyes de acompañamiento. La misma sentencia también se pronuncia

sobre los límites del contenido de estas Leyes, concretamente, con base en el principio de seguridad jurídica. Desde este punto de vista, la parte recurrente funda su solicitud de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad en el hecho de que el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, al proceder a crear las fundaciones públicas sanitarias, lleva a cabo una extralimitación del contenido propio de estas Leyes.

Sobre esta cuestión, el Tribunal pone de relieve que el art. 134 CE sólo establece límites a las Leyes de Presupuestos, de modo que "una Ley ordinaria como la de acompañamiento, cualquiera que sea la premura con que se haya aprobado, puede en principio abarcar cualquier materia, pues así lo permite la libertad de configuración normativa de que goza el legislador". No obstante, añade, la función legislativa está sujeta a los límites constitucionales, y, entre ellos, al principio de seguridad jurídica. A este respecto, la sentencia resume la doctrina constitucional en relación con la importancia que para la seguridad jurídica tiene una legislación clara y completa. Sin embargo, también recuerda que, según el propio Tribunal Constitucional, las cuestiones de técnica normativa son ajenas al Derecho, salvo en aquellos supuestos en que se produzcan casos de notoria gravedad o clamorosos. Este criterio restrictivo, ha llevado al Tribunal Constitucional a afirmar que no le corresponde pronunciarse sobre la perfección técnica de las Leyes, ni puede aceptarse que la Constitución imponga, en relación con cuestiones de técnica legislativa, una solución única y exclusiva, suprimiendo la libertad del legislador.

No obstante, sí que es cierto que el Tribunal Constitucional ha establecido ciertos límites fundados en el principio de seguridad jurídica en relación con las Leyes de Presupuestos Generales. De este modo, la incertidumbre que puede originar la introducción de contenidos no relacionados directamente con estas Leyes, o bien la introducción de normas típicas del "Derecho codificado" en las Leyes de Presupuestos, pueden atentar contra el principio de seguridad jurídica. A continuación, el Tribunal traslada estas consideraciones a las Leyes de acompañamiento, en la medida en que la introducción de "normas intrusas" no es exclusiva de las Leyes de acompañamiento. Por esta razón, el Tribunal señala que la introducción de una materia en las Leyes de acompañamiento que pueda significar una modificación sustancial de las normas que serían susceptibles de ser clasificadas como "Derecho codificado" (dentro del cual cita las Leyes Orgánicas, principales o básicas que constituyen la cabeza de grupo de los distintos sectores del ordenamiento) "puede ser susceptible de ser considerada como contraria al principio de seguridad jurídica en el supuesto de que no se advierta la justificación suficiente para introducir en la Ley de acompañamiento una modificación legislativa cuya eficacia y certeza está en gran parte subordinada a su consideración en relación con el resto del sistema o subsistema en el cual pretende realizarse y cuyos efectos son susceptibles de proyectarse sobre un sector importante del ordenamiento". En tales casos, "de resultar indispensable una modificación de tal naturaleza sería menester que la seguridad jurídica consistente en la garantía de la consistencia del ordenamiento producto del estudio y ajuste sistemático de la modificación y de la debida transparencia de su conocimiento se obtenga mediante técnicas normativas adecuadas que tengan su reflejo en el procedimiento de elaboración y en la sistemática de la norma o normas aprobadas y de los enlaces entre ellas".

No obstante, empleando los criterios comentados, la sentencia llega la conclusión de que el art. 111 de la Ley 50/1998 no supone una modificación sustancial de ninguna Ley principal, sino una regulación específica que establece un nuevo régimen de gestión de centros y servicios sanitarios que, además, no puede considerarse ajena a la materia presupuestaria.

Jorge Agudo González
Ana de Marcos Fernández

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Clases de actos. A) Los actos firmes dictados en aplicación de una disposición general declarada nula subsisten. B) El acto de iniciación de un procedimiento de deslinde es un acto de trámite. **3. Requisitos del acto administrativo.** A) El requisito de motivación no se cumple con fórmulas convencionales, sino que ha de darse razón del proceso lógico y jurídico que determina la decisión. Denegación del permiso de trabajo a extranjeros. **4. Procedimiento administrativo.** A) La denegación de plano de la solicitud de enajenación de un bien patrimonial de una entidad local no determina su nulidad de pleno derecho. B) No puede exigirse a los actos presuntos negativos el requisito de la motivación, propio de los actos expresos. C) La certificación de acto presunto debe ser emitida por la Administración en todo caso, sin que ostente una facultad discrecional para decidir cuando la otorga o deniega. **5. Eficacia y ejecución forzosa.** A) La notificación debe reputarse defectuosa si no consta la relación de dependencia entre el receptor y el destinatario del acto administrativo. **6. Eliminación del acto administrativo.** A) La imprescriptibilidad en la impugnación de actos o disposiciones administrativas viciados de nulidad radical, sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el artículo 102 de la LRJPAC.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre abril y junio de 2003 (marginales 600 a 2299) respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y entre marzo y junio de 2003 (marginales 1230 de 2002 a 178 de 2003) respecto de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

2. CLASES DE ACTOS

A) Los actos firmes dictados en aplicación de una disposición general declarada nula subsisten

La **STS de 21 de febrero de 2003,** Sala Tercera, Sección Quinta, FD 2º, Ar. 2130, reitera la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal y afirma la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de una disposición general que ha sido declarada nula. Literalmente dice lo siguiente: "(...) las sentencias que en estimación de una pretensión de anulación anularen una disposición general producen efectos *erga omnes*, quedando la misma sin efecto para todos, las que en estimación de una pretensión de plena jurisdicción anularen un acto por ser nula la disposición en que se fundaba, sólo los producen en cuanto a los que hubieren sido partes en el pleito respecto a esa pretensión, sin que supongan en modo alguno un reconocimiento de la situación jurídica de quienes no dedujeron la misma; y por otra parte, el que aunque en puridad de doctrina la declaración de nulidad en una disposición general, por ser de pleno derecho, produzca efectos *ex tunc* y no *ex nunc*, es decir que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula, esta eficacia por razones de seguridad jurídica y en garantía de las relaciones establecidas, se encuentra atemperada (...) tanto a los supuestos de recurso administrativo como a los casos de recurso jurisdiccional, se dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, equiparando la anulación a la derogación, en que los efectos son *ex nunc* y no *ex tunc*, si bien, sólo respecto de los actos firmes permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del Ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general (...)".

En el mismo sentido téngase en cuenta la **STS de 17 de febrero de 2003,** Sala Tercera, Sección Tercera, FD 2º. Ar. 1167.

B) El acto de iniciación de un procedimiento de deslinde es un acto de trámite

La **STS de 18 de febrero de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 1º, Ar. 2117, afirma que el acto de iniciación de un procedimiento de deslinde es un acto de trámite, "(...) no recurrible por tanto ya que en sí no determina la imposibilidad de continuar la vía administrativa como se deduce, claramente, del art. 65 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, que nos dice que el acuerdo resolutorio de deslinde será ejecutivo y sólo podrá ser impugnado en vía contencioso-administrativa (...)".

3. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) El requisito de motivación no se cumple con fórmulas convencionales, sino que ha de darse razón del proceso lógico y jurídico que determina la decisión. Denegación del permiso de trabajo a extranjeros

La **STS de 27 de enero 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, FFDD 3º y 4º, Ar.2003, afirma, de acuerdo con reiterada jurisprudencia que "(...) la Administración Pública,

mediante la motivación de sus actos, ha de permitir comprobar que su actuación merece la conceptuación objetiva, por adecuarse al cumplimiento de sus fines. El requisito de la motivación (...) no se cumple con fórmulas convencionales, sino que ha de darse razón del proceso lógico y jurídico que determina la decisión (...) La jurisprudencia no considera suficiente para motivar la denegación de un permiso de trabajo solicitado por un extranjero una referencia genérica a las causas determinantes de la denegación del permiso según las disposiciones generales aplicables. Es necesario, por el contrario, que directamente o por referencia a los informes obrantes en el expediente administrativo se argumente sobre las circunstancias concretas de índole socioeconómica en el sector afectado que determinan la improcedencia de la denegación, teniendo en cuenta las alegaciones del interesado. Los actos administrativos que no cumplan con este requisito incurren en causa de anulabilidad por insuficiente motivación (...)".

En el mismo sentido téngase en cuenta la **STS de 4 de febrero de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 1º, Ar. 1147.

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) La denegación de plano de la solicitud de enajenación de un bien patrimonial de una entidad local no determina su nulidad de pleno derecho

En la medida en que la normativa de referencia determina que el procedimiento de enajenación de una parcela sobrante sólo puede iniciarse de oficio, la solicitud de enajenación formulada por una ciudadana puede ser desestimada de plano, sin necesidad de tramitación alguna, a tenor de la **STS de 9 de diciembre de 2002,** Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 2º, Ar. 1.949.

B) No puede exigirse a los actos presuntos negativos el requisito de la motivación, propio de los actos expresos

Como razonablemente precisa la **STS de 23 de enero de 2003,** Sala Tercera, Sección Qinta, FD 4º, Ar. 801, al estar establecida la figura del silencio administrativo como un mecanismo que permite el acceso a la jurisdicción aún cuando falta el acto impugnable, "(...) al acto presunto no se le puede exigir algo (la motivación) que es contrario a su propia esencia (el silencio). Es cierto que, en estos casos, el demandante carga con la desventaja de esgrimir las razones de impugnación del acto sin conocer en cuáles lo apoya la Administración silente, pero el legislador ha preferido que el actor asuma esta carga a cambio de la indudable ventaja de posibilitarle el acceso a los Tribunales de Justicia (...)".

C) La certificación de acto presunto debe ser emitida por la Administración en todo caso, sin que ostente una facultad discrecional para decidir cuando la otorga o deniega

La **STS de 28 de enero de 2003,** Sala Tercera, Sección Segunda, FD 2º, Ar. 2015, ante la solicitud de una certificación de acto presunto, afirma rotundamente que "(...) no habiéndose dictado resolución expresa (...), la Administración carece de facultad para decidir en qué supuestos otorga o deniega la indicada certificación, en tanto que la debe

extender y facilitar siempre (so pena, incluso, en caso contrario, de incurrir en falta muy grave o de desvirtuar la categórica frase deberá extenderla inexcusablemente del mencionado precepto) (...)".

5. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) La notificación debe reputarse defectuosa si no consta la relación de dependencia entre el receptor y el destinatario del acto administrativo

La **STSJ de Andalucía (Granada) de 20 de enero de 2003,** FD 2º, Ar. 128, reitera la doctrina jurisprudencial que reputa ineficaz la notificación realizada a un empleado del sujeto destinatario del acto administrativo, al negar la empresa la existencia de dicha relación laboral, por no constar en el aviso de recibo la relación de dependencia, y no haber sido dicho dato fáctico objeto de prueba por parte de la Administración, a quien corresponde la carga de su prueba.

6. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) La imprescriptibilidad en la impugnación de actos o disposiciones administrativas viciados de nulidad radical, sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el artículo 102 de la LRJPAC

La **STS de 5 de octubre de 2002,** Sala Tercera, Sección Segunda, FD 2º, Ar. 909, reitera la doctrina mayoritaria del Alto Tribunal y establece que "(...) La imprescriptibilidad en la impugnación de actos y disposiciones administrativas viciados de nulidad radical, sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el (...) hoy art. 102 de la Ley 30/1992 (...) cuando se ejercita ante la propia Administración, ya que puede serlo 'en cualquier momento'; por lo tanto, la firmeza del acto consentido, en los demás casos, cierra el paso a su impugnación, si no se produjo en el plazo establecido (...)".

Blanca Rodríguez-Chaves Mimbrero
Juan Antonio Chinchilla Peinado

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Formas de adjudicación. A) Concurso. a) Los pliegos de condiciones particulares de los contratos tienen naturaleza contractual. b) No se puede impugnar el pliego de condiciones en el recurso frente a la adjudicación del contrato. c) Criterios de adjudicación: exigencia de un nivel de facturación con la Administración para ser adjudicataria. d) Tramitación urgente de los contratos. e) En el contrato de gestión de servicios públicos no resulta preceptiva la clasificación de quienes toman parte en el concurso. f) No se pueden inadmitir proposiciones por defectos formales, fácilmente subsanables. B) Procedimiento negociado. a) En el procedimiento negociado nunca se adjudica el contrato por concurso. **3. Ejecución de los contratos.** A) Riesgo y ventura del contratista. a) Obligación general del contratista de indemnizar los perjuicios que se causen a terceros, sin que exista responsabilidad solidaria de la Administración. B) Equilibrio económico. a) Revisión de precios: las dudas sobre si se ha pactado o no esta cláusula deben resolverse a favor del contratista. b) Enriquecimiento injusto: obligación de abonar las obras adicionales ejecutadas, aunque no se hayan formalizado. c) Enriquecimiento injusto: prescripción de la acción para reclamar. C) Pago. a) Anatocismo. **4. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obra. a) Naturaleza de las certificaciones de obra. b) Indemnización por paralización de las obras. c) Naturaleza de la liquidación provisional: acto unilateral. d) Irregularidades no invalidantes en la liquidación. B) Contrato de gestión de servicios públicos. a) Consideración como contrato de gestión de servicio público de una estación de suministro de combustible a los buques en un puerto.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de julio de 2002 a marzo de 2003, por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de septiembre de 2002 a enero de 2003, en relación con las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Las más interesantes son las que resuelven recursos de casación para la unificación de doctrina. En general, no hay novedades dignas de mención, sino reiteración de criterios jurisprudenciales muy consolidados.

2. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) Los pliegos de condiciones particulares de los contratos tienen naturaleza contractual

Las **SSTS de 4 de julio de 2002,** Ar. 10531 y 10532, confirman la reiterada doctrina jurisprudencial, según la cual "los pliegos de condiciones específicas de los contratos no tienen naturaleza normativa sino contractual, no siendo por ende disposiciones de carácter general, por lo que no pueden ser combatidas por la vía procesal de las impugnaciones indirectas de las disposiciones reglamentarias. Únicamente se ha afirmado esa naturaleza de los pliegos de cláusulas generales".

b) No se puede impugnar el pliego de condiciones en el recurso frente a la adjudicación del contrato

La **STSJ de Galicia de 26 de septiembre de 2002,** Ar. 1276, reitera la doctrina según la cual "el pliego de condiciones constituye la Ley del Concurso", de manera que quien participa en un concurso, sin haber impugnado previamente las bases establecidas en el pliego, carece de legitimación para impugnarlo después, ya que no puede contradecir sus actos propios.

En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Galicia de 12 de junio de 2002,** Ar. 1207. Sin embargo, se basa en que "Esta naturaleza contractual, y no reglamentaria, de los pliegos explica que su falta de impugnación convalide los posibles vicios de que adolezcan". Y reconoce que esta doctrina "puede ceder cuando los vicios denunciados son constitutivos de causa de nulidad de pleno derecho, no tanto así de mera anulabilidad del pliego, en absoluto alegable por quien ha tomado parte en la convocatoria sin discutirlo".

c) Criterios de adjudicación: exigencia de un nivel de facturación con la Administración para ser adjudicataria

La **STS de 19 de julio de 2002,** Ar. 10594, considera que no vulnera el principio de igualdad del art. 14 CE la cláusula de las condiciones del concurso por la que se exigía acreditar que durante los tres años anteriores los concursantes habían facturado en concepto de obras públicas o de urbanización una media superior a dos mil millones de pesetas. Para el Tribunal Supremo dicha cláusula se basa "en la persecución de un fin lícito, cual es el que atañe a que el contrato tenga lugar en las mejores condiciones, la exigencia de una solvencia económica, técnica y financiera, y la propia experiencia de la empresa que vaya a ser adjudicataria, que bien puede deducirse de un cierto volumen de contratación como el exigido que aleja a otras empresas, no por "pequeñas" o "medianas", sino por la posibilidad genérica de ser "advenedizas" en un contrato de importante cuantía económica, y, con ello, de no ofrecer suficientes garantías a la Administración, lo que ésta puede ponderar desde tal perspectiva sin quebrantar irrazonablemente el principio de igualdad".

d) Tramitación urgente de los contratos

La **SAN de 21 de mayo de 2002,** Ar. 1209, aplica la doctrina del Tribunal Supremo según la cual "objetivamente no se puede considerar urgente lo que antes no lo era, pues de otro modo podría quedar al arbitrio subjetivo la urgencia en cualquier contratación". En la Sentencia se enjuicia un contrato de servicio público de veinte años de duración, que fue denunciado por la Administración dos años antes. La Audiencia Nacional concluye que "Es obvio que la Administración tuvo tiempo más que suficiente para adecuar a la normativa comunitaria el régimen de comunicaciones entre la Península, las islas, Ceuta y Melilla; no lo hizo, y lo que pudo hacer sin necesidad de declarar urgente su tramitación no se convierte en urgente, por el retraso de actuar y la premura en resolver, lo que antes debió quedar resuelto".

e) En el contrato de gestión de servicios públicos no resulta preceptiva la clasificación de quienes toman parte en el concurso

Así lo señala la **STS de 9 de julio de 2002,** Ar. 10591, en virtud de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965 y el Reglamento General de Contratación del Estado.

f) No se pueden inadmitir proposiciones por defectos formales, fácilmente subsanables

La **STS de 9 de julio de 2002,** Ar. 10591, considera que "una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contraria al principio de concurrencia". En concreto se impugnaba que había sido el Patrón mayor de la Cofradía de Pescadores de Villajoyosa

quien suscribió la oferta para presentarse al concurso, faltando el acuerdo de la Junta General o, en su caso, de la Comisión Permanente de la Cofradía.

B) Procedimiento negociado

a) En el procedimiento negociado nunca se adjudica el contrato por concurso

Por tanto, no es necesario que exista un precio cierto, sino que el precio es fijado conjuntamente por la Administración y la empresa seleccionada, **STSJ de Galicia de 12 de junio de 2002,** Ar. 1207.

3. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Riesgo y ventura del contratista

a) Obligación general del contratista de indemnizar los perjuicios que se causen a terceros, sin que exista responsabilidad solidaria de la Administración

Así lo declara la **SAN de 22 de octubre de 2002,** Ar. 1230, al desestimar el recurso interpuesto por la compañía aseguradora de la contratista de las obras de construcción de una carretera que había sido condenada en vía civil a indemnizar a los familiares de la víctima de un accidente de circulación. La aseguradora pretendía que el entonces Ministerio de Obras Públicas, como órgano de contratación, asumiera la mitad de la indemnización, por tratarse de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual y porque la prestación, al ser divisible, tiene carácter solidario. La sentencia aquí reseñada rechaza este planteamiento, recordando que la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad solidaria es aplicable "cuando el hecho dañoso resulte de una acción conjunta, derivado de la cooperación de varios comportamientos que no puedan individualizarse", lo que no ocurre en el presente supuesto, ya que la recurrente no ha acreditado que la Administración haya concurrido en la realización del evento dañoso (FD 4). La sentencia descarta, además, que se trate de un supuesto de responsabilidad extracontractual, ya que, al existir un contrato entre la empresa que ejecutaba las obras y la Administración, "es el contratista el obligado contractualmente, con carácter general y salvo supuestos concretos, a indemnizar de todos los perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato" (FD 5).

B) Equilibrio económico

a) Revisión de precios: las dudas sobre si se ha pactado o no esta cláusula deben resolverse a favor del contratista

La **STS de 3 de febrero de 2003,** Ar. 2039, se inclina por esta tesis al resolver el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la contratista. El Pliego

Particular del concurso estableció que las revisiones de precios que "en su caso" procedan se llevarán a efecto conforme a lo establecido en la vigente legislación, siempre que el contratista hubiera cumplido estrictamente los plazos para la ejecución del contrato. Solicitada la revisión por la contratista fue desestimada por el Ayuntamiento, cuyo acuerdo confirmó la STSJ de Asturias de 8 de noviembre de 2000, calificando la citada cláusula de "oscura y ambigua", al no indicar los supuestos en que la revisión sería pertinente, lo que equivalía a "la falta de una cláusula expresa de revisión". Sin embargo, la sentencia de contraste (STS de 22 de abril de 1987), en la que aquí comentamos aprecia la concurrencia de los requisitos de identidad exigidos por el art. 96.1 LJCA, aceptó la reclamación del contratista, considerando que se había pactado la revisión de precios y que las dudas originadas por la Administración debían interpretarse en su perjuicio. La sentencia comentada confirma esta tesis con el argumento de que "los contratos administrativos, como los que analizamos, son contratos de adhesión, en que la Administración es quien redacta las cláusulas correspondientes, por lo que, conforme a lo prevenido en el artículo 1288 del Código Civil, la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad" (FD 4). La sentencia rechaza también el argumento esgrimido por el Ayuntamiento de que la revisión de precios sólo es aplicable en momentos de desequilibrios económicos, pero no cuando la inflación está controlada, porque ese argumento sólo puede prosperar si la Administración acredita la inexistencia de aumento de costes en la ejecución del contrato. La conclusión es que "la excepcionalidad de la cláusula de revisión de precios impide su aplicación analógica, pero no su procedencia cuando resulta que debe entenderse debidamente pactada, como ocurre en el caso de autos" (FD 5).

b) Enriquecimiento injusto: obligación de abonar las obras adicionales ejecutadas, aunque no se hayan formalizado

El Tribunal Supremo viene aplicando reiteradamente el principio que veda la prohibición de enriquecimiento injusto para justificar la obligación de abonar el coste de las obras realmente ejecutadas, como consecuencia de órdenes de la Administración, aunque no se hubiesen formalizado las oportunas modificaciones del proyecto y del contrato [*cfr.* las sentencias más recientes en el núm. 19 de esta Revista, crónica 5.IV.B), pág. 158]. En esta misma línea y con invocación de otras sentencias del más Alto Tribunal se sitúan la **STSJ de Galicia de 26 de septiembre de 2002,** Ar. 1277 y la **SAN de 19 de diciembre de 2002,** Ar. 1281. La primera afirma rotundamente que "el hecho de que esas mayores obras y el referido suministro y colocación de carteles se realizasen sin dar cumplimiento a la normativa contractual y presupuestaria aplicable no significa que las pretensiones de la demanda tengan que ser necesariamente rechazadas, pues lo contrario se desprende de una doctrina jurisprudencial clara y reiterada" (FD 4). La segunda apoya, además, el derecho del contratista en el art. 14 de la Ley 13/1995 (abono del precio "en función de la prestación realmente efectuada") y en el art. 100 de la misma Ley ("prestación realizada"), insistiendo en que a ello no se opone la falta de la adecuada y legal formalización, "pues la forma no constituye un fin en sí misma sino una manera de control de la actividad administrativa, cuya omisión, no imputable al contratista sino a la Administración, no puede perjudicar los intereses económicos del mismo rompiendo el equilibrio del contrato en su detrimento y con un enriquecimiento injusto de la Administración" (FD 4).

c) Enriquecimiento injusto: prescripción de la acción para reclamar

Este importante aspecto de la doctrina del enriquecimiento injusto es abordado frontalmente por la **STS de 27 de enero de 2003,** Ar. 2282, al resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina. La controversia se centraba en torno al plazo de prescripción aplicable a los supuestos de reclamación de cantidades por enriquecimiento injusto de la Administración: el de quince años establecido en el artículo 1964 del Código Civil o el de cinco años previsto en la Ley General Presupuestaria [art. 46.1.a)]. La sentencia se pronuncia a favor de la aplicación de este último, por tratarse del cumplimiento de una obligación de Derecho Público y porque, conforme al art. 4.1 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 (ahora, art. 7.1 LCAP), "la aplicación de las normas jurídico-privadas sólo procede subsidiariamente, esto es, en defecto de previsiones de Derecho Administrativo y aquí no se da ese defecto" (FD 4).

C) Pago

a) Anatocismo

Las **SSAN de 29 de mayo y 6 de noviembre de 2002,** Ar. 75 y 158/2003, ambas en demanda de reclamación de intereses presentadas contra el INSALUD, reiteran la doctrina jurisprudencial 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 completo pago (anatocismo) (FFD 5 y 6, respectivamente).

4. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obra

a) Naturaleza de las certificaciones de obra

La **STS de 27 de enero de 2003,** Ar. 2010, al resolver un recurso de casación para la unificación de doctrina, aborda esta cuestión desde la perspectiva del devengo del IVA y la consiguiente aplicabilidad del tipo de gravamen vigente en el momento del devengo. La sentencia se remite a la STS de 5 de marzo de 2001, Ar. 1529, en la que, remitiéndose también a otras anteriores ya se sentó la doctrina de que, en el caso de expedición de certificaciones de obra, el devengo del IVA se produce en el momento en que las mismas se expiden o emiten y no en el momento en que las mismas se abonan. Ello porque las citadas certificaciones tienen el carácter de pago a cuenta y no de anticipo de pago, aunque el pago no sea definitivo, sino sujeto a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición definitiva de las obras.

b) Indemnización por paralización de las obras

La **SAN de 14 de noviembre de 2002,** Ar. 10/2003, considera estimada por silencio positivo la solicitud de indemnización por los perjuicios sufridos a consecuencia de la paralización de las obras, que no se resolvió en plazo y respecto de la que la Administración emitió la certificación de acto presunto, pero abriendo un período de prueba para que la reclamante justificara la realidad y cuantía del daño reclamado. La sentencia declara que "admitidos por la Administración los efectos positivos del silencio respecto de la pretensión indemnizatoria formulada por la recurrente, no cabe ya sino su pleno reconocimiento, por cuanto el acto presunto debe identificarse con el contenido de lo pretendido, sin que pueda ser modificado una vez producido por la Administración" (FD 4), sin perjuicio de su posible revisión de oficio.

c) Naturaleza de la liquidación provisional: acto unilateral

La **SAN de 10 de junio de 2002,** Ar. 78/2003, aborda esta cuestión en el marco de un complejo proceso, en el que se ventilaba la validez de la liquidación provisional efectuada por los arquitectos colaboradores del Director facultativo de la obra, que ejercía esta función en virtud de contrato previamente suscrito con la Administración y que falleció tras el acto de recepción provisional. La sentencia puntualiza que la liquidación provisional es una "manifestación unilateral de la Administración tendente al establecimiento de dicho saldo, pues aunque la medición general de la obra es una acto contradictorio desde la perspectiva del procedimiento, no lo es desde la de su formación, en la que sólo interviene la Administración". Partiendo de esta premisa, la sentencia rechaza la pretensión de la contratista de la obra de que se le abonara la citada liquidación provisional, por entender que el contrato de dirección de obra se había extinguido por el fallecimiento del contratista, por lo que, cuando sus colaboradores formularon la liquidación provisional "carecían de capacidad para la realización de la misma, por carecer precisamente de título habilitante".

d) Irregularidades no invalidantes en la liquidación

La **SAN de 19 de diciembre de 2002,** Ar. 1281, considera que, aun constando que no se citó al contratista para la medición y liquidación y que ésta no se produjo en el plazo señalado, tales irregularidades no son invalidantes, por estar también acreditado que la recurrente tuvo ocasión de formular las alegaciones correspondientes, presentando incluso su liquidación paralela (FD 3).

B) Contrato de gestión de servicios públicos

a) Consideración como contrato de gestión de servicio público de una estación de suministro de combustible a los buques en un puerto

La **STS de 9 de julio de 2002,** Ar. 10591, considera que el contrato para la construcción y explotación, en régimen de concesión administrativa, de una estación de suministro de

combustible a los buques en el Puerto de Villajoyosa es un contrato de gestión de servicios públicos y no un contrato de obras, aunque sea necesaria la previa ejecución de unas obras para poder prestar los servicios contratados.

Eduardo Melero Alonso
Ángel Menéndez Rexach

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Comunidades Autónomas. A) Competencias de la Comunidad Autónoma andaluza sobre denominaciones de origen. B) Competencias autonómicas para regular procedimientos especiales. **2. Administración local.** A) Autonomía local. a) No se entiende vulnerada por la competencia autonómica para la adopción de topónimos. b) No vulnera la autonomía municipal la previsión legal de un Plan de Ordenación del Territorio que incluye determinaciones urbanísticas. B) Organización municipal. La potestad reglamentaria es competencia del Pleno de la Corporación. C) Funcionamiento de las entidades locales. La petición de convocatoria de un Pleno extraordinario ha de referirse a cuestiones relacionadas con la competencia de los Ayuntamientos. **3. Administración consultiva. Preceptiva consulta al Consejo de Estado para la modificación de una concesión de expendeduría de tabacos: requisitos. 4. Colegios profesionales. No es obligatoria la colegiación de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional.**

1. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A) Competencias de la Comunidad Autónoma andaluza sobre denominaciones de origen

La **STS de 2 de octubre de 2002,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9454, estimó el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía y el Consejo Regulador de la Denominación Específica Brandy de Jerez contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 2 de mayo de 1997, que había anulado por falta de competencia una Orden de la Consejería de Agricultura. La Orden modificaba algunos artículos del Reglamento de la denominación específica Brandy de Jerez. La Sala del Tribunal Supremo consideró que el RD de traspasos de funciones y servicios del Estado en materia de denominaciones de origen situó en la Comunidad Autónoma andaluza la competencia para la aprobación de los Reglamentos de dichas Denominaciones, "debiendo tenerse en cuenta que la Disposición Final Segunda de la Ley del Gobierno y Administración de la Junta de Andalucía de 1983 estipula claramente que en todos aquellos casos en los que la legislación estatal atinente a las materias traspasadas a la Junta atribuyese facultades a órganos concretos del Estado, se entendería que esas facultades que-

dan atribuidas a los órganos correspondientes de la Comunidad Autónoma. Si a ello añadimos que el Decreto 243 de 1983 asigna con carácter excluyente a la Consejería de Agricultura y Pesca las competencias atribuidas a la Junta en materia de Denominaciones de Origen y Pesca, es inevitable llegar a la conclusión de que dicha Consejería se encuentra habilitada legalmente (...) para aprobar o modificar en su caso los reglamentos de las Denominaciones de Origen" (FJ 3º).

En cuanto a la competencia de los Consejos Reguladores, señaló el Tribunal que la apreciación de la existencia de las necesarias cualidades por parte de un producto amparado por la Denominación es una "exigencia ineludible de la misión encomendada a los mismos por el art. 87 de la Ley 25/1970", en cuanto les corresponde velar por la calidad y el prestigio del producto correspondiente (FJ 5º).

B) Competencias autonómicas para regular procedimientos especiales

La **STS de 4 de febrero de 2002,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9881, estimó el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 3 de junio de 1996, que anuló un Decreto que regulaba un procedimiento especial. La Sentencia del Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina constitucional sobre el alcance del art. 149.1.18 CE, declaró que la Constitución no reserva en exclusiva al Estado la regulación de estos procedimientos administrativos especiales. "Antes bien, hay que entender que ésta es una competencia conexa a las que, respectivamente, el Estado o las Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad o servicio de la Administración. De lo contrario, (...), se llegaría al absurdo resultado de permitir que el Estado pudiera condicionar el ejercicio de la acción administrativa autonómica mediante la regulación en detalle de cada procedimiento especial, o paralizar incluso el desempeño de los cometidos propios de las Administraciones autonómicas si no dictan las normas de procedimiento aplicables en cada caso. En consecuencia, cuando la competencia legislativa sobre una materia ha sido atribuida a una Comunidad Autónoma, a ésta compete también la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, si bien deberán respetarse en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado dentro del ámbito de sus competencias" (FJ 3º).

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía local

a) No se entiende vulnerada por la competencia autonómica para la adopción de topónimos

La **STS de 12 de junio de 2002,** Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 9954, desestimó un recurso de casación interpuesto por la "Asociación para la defensa del nombre de Puebla",

contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que confirmó la legalidad de dos Decretos de la Junta de Galicia. Uno de los Decretos regulaba el procedimiento para el establecimiento de topónimos y el otro adoptaba el topónimo "A Pobra do Caramiñal" para la localidad donde tiene la sede la asociación recurrente.

El Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación declarando que los Decretos no vulneran la autonomía local en su aspecto de autoorganización, "pues como ha tenido ocasión de reiterar esta Sala (SSTS de 21 de septiembre y 13 de octubre de 1998), la normalización lingüística de una lengua o idioma cooficial entra en el ámbito o esfera de intereses de la comunidad local, pero excede de ella para afectar, de modo prioritario a los de la Comunidad Autónoma que tiene atribuida la específica competencia lingüística. Así pues, el cumplimiento y ejecución *in genere* de la normativa lingüística de la Comunidad Autónoma vincula también a los entes locales" (FJ 3º).

b) No vulnera la autonomía municipal la previsión legal de un Plan de Ordenación Territorial que incluye determinaciones urbanísticas

La **STS de 20 de febrero de 2003,** Ar. 2126, declara que un Plan de Ordenación –en este caso se trata de uno de los Planes Insulares de Ordenación del Territorio creados por Ley de la Comunidad Autónoma de Canarias– que clasifique y desclasifique suelo, regule usos e intensidades y establezca estándares urbanísticos, de manera que constituye no sólo un instrumento de ordenación territorial sino también urbanística, no vulnera la autonomía local. La competencia urbanística y de ordenación territorial corresponde hoy a las Comunidades Autónomas, que pueden establecer en su legislación figuras de planeamiento y ordenación distintas a las conocidas de la legislación estatal, superponiéndose incluso a los intereses meramente locales cuando concurran intereses supramunicipales. Es preciso no perder de vista, no obstante, que en el caso del PIOT de Lanzarote, contemplado por la Sentencia, la aprobación se basó en un acuerdo con los municipios, habiendo sido impugnado no por éstos sino por una entidad mercantil.

B) Organización municipal. La potestad reglamentaria es competencia del Pleno de la Corporación

La **STS de 23 de octubre de 2002,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9393, desestimó un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 10 de abril de 1997, que estimó el recurso planteado por la Agrupación de Transportistas de Contenedores de Obra de Madrid y su provincia. La Sentencia de instancia anuló el Bando del Alcalde por carecer éste de competencia para regular la carga y descarga, circulación y estacionamiento de vehículos pesados y de mercancías, ya que el ejercicio de la potestad reglamentaria está atribuida al Pleno del Ayuntamiento por el art. 22.2.d) de la LBRL. La Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos señala que "el acto impugnado no se limita a refundir o instrumentar la ejecución de normas reglamentarias, sino a regular auténticamente con vocación de permanencia la circulación, carga, descarga y estacionamiento de vehículos pesados en el término municipal, estableciendo prohibiciones, tipificando infracciones y previendo la imposición de sanciones por su incumplimien-

to, aparte de derogar cualquier otro tipo de disposiciones o normativa anterior sobre la materia. Reúne por tanto las condiciones de generalidad, estabilidad y fijación de derechos y obligaciones para los administrados que son características de las normas reglamentarias, y cuya aprobación en el ámbito del municipio es competencia exclusiva del Pleno del Ayuntamiento, no ya tan sólo en virtud de lo preceptuado en el art. 22.2.d) de la Ley 7/1985, sino del Texto Articulado de la Ley de Tráfico y Seguridad Vial de 2 de marzo de 1990 [art. 7.b)]".

C) Funcionamiento de los Entes locales. La petición de convocatoria de Pleno extraordinario ha de referirse a cuestiones relacionadas con las competencias de los Ayuntamientos

La **STS de 22 de octubre de 2002,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9387, declaró no haber lugar a un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Calahorra contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, de 5 de diciembre de 1997, estimatoria de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por varios concejales del propio Ayuntamiento. Los concejales recurrieron una resolución del Ayuntamiento que denegó la convocatoria de Pleno extraordinario, a pesar de que el art. 48.1 TRRL obliga a la convocatoria del mismo cuando lo solicite la cuarta parte de los miembros legales de la Corporación, tal como ocurrió en el caso de autos.

La Sentencia que comentamos señaló que, a pesar de la generalidad de la norma, debe entenderse, tal como el Ayuntamiento alegó, que la petición de la convocatoria debe estar referida a cuestiones relacionadas con las competencias municipales y que, "por tanto, el Alcalde podría incluso denegar la convocatoria, por razón de que la petición se refiera a cuestiones o materias ajenas a la competencia de la Corporación Local". No obstante, continúa la Sala señalando que "no hay que olvidar, que en el caso de autos, la petición de la convocatoria lo era, entre otros, para la aprobación de la propuesta sobre las necesidades educativas de Calahorra para su remisión a la Consejera de Educación, Cultura, Deportes y Juventud, y dado que el art. 25.n) de la Ley 7/1985, incluye entre las competencias del Municipio, las de participar en la programación de la enseñanza, y cooperar con la Administración educativa en la creación, construcción y sostenimiento de los centros públicos docentes, (...), es claro que la petición en el caso de autos estaba referida y relacionada con las competencias propias del Municipio" (FJ 2º).

3. ADMINISTRACIÓN CONSULTIVA. PRECEPTIVA CONSULTA AL CONSEJO DE ESTADO PARA LA MODIFICACIÓN DE UNA CONCESIÓN DE EXPENDEDURÍA DE TABACO: REQUISITOS

La **STS de 15 de julio de 2002,** Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 9960, desestimó un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de noviembre de 1995, que confirmó un acuerdo de la Delegación del Gobierno en Madrid que autorizó el cambio de emplazamiento de una expendeduría de tabaco. El acuerdo de la Delegación del Gobierno fue impugnado por otro concesionario de expendeduría de

tabaco cercano al nuevo emplazamiento concedido. Uno de los motivos del recurso de casación fue que faltaba la preceptiva consulta al Consejo de Estado. El Tribunal Supremo señaló que para que la consulta sea preceptiva deben concurrir dos requisitos: uno, la modificación de la concesión, y, otro, la oposición, no de cualquier concesionario, sino de quien es titular de la concesión que se modifica. Al faltar este último requisito se entiende infundado el motivo alegado en el recurso y desestimado el mismo, puesto que el que se oponía a la modificación era un tercer concesionario y no el concesionario afectado por la misma.

4. COLEGIOS PROFESIONALES. NO ES OBLIGATORIA LA COLEGIACIÓN DE LOS FUNCIONARIOS DE ADMINISTRACIÓN LOCAL CON HABILITACIÓN DE CARÁCTER NACIONAL

La **STC 76/2003, de 23 de abril,** dictada en recurso de amparo, declara el carácter no obligatorio de la colegiación de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional en el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local para poder ejercer las funciones públicas reservadas a dichos funcionarios por la Ley de Bases del Régimen Local. La colegiación venía impuesta hasta ahora por normas de rango reglamentario anteriores a la Constitución. Según el TC el rango de esta normativa no vulnera el art. 36 CE, pues no se puede exigir el cumplimiento de las exigencias constitucional sobre el rango de las normas a las que son anteriores a la Constitución. Sin embargo, teniendo en cuenta la doctrina establecida en la STC 194/1998, de 1 de octubre, la colegiación obligatoria vulnera en este caso el derecho de asociación, que comprende el derecho de no asociarse. Tratándose de los funcionarios de Administración local con habilitación de carácter nacional y a tenor de las funciones que realizan, que por otra parte el TC considera esenciales para la satisfacción de los principios de eficacia y legalidad en la actuación de las Administraciones locales, los fines de la organización colegial no presentan una relevancia tal para la ordenación del ejercicio de la profesión que pueda justificar la exigencia de colegiación obligatoria. La colegiación no es en este caso un instrumento necesario de ordenación de la actividad profesional de estos funcionarios, pues es la Administración la única destinataria de sus servicios y la que asume directamente, en consecuencia, la tutela de los intereses que concurren en el correcto ejercicio de la profesión y la garantía de que se ajusta a las normas que regulan la eficacia y responsabilidad por dicho ejercicio.

Miguel Sánchez Morón
Luis Cesteros Dapena
Pedro Antonio Martín Pérez
Eva Nieto Garrido

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Sumario:

1. Concepto de sanción. A) Carácter represivo o retributivo y exclusión de las indemnizaciones y medidas de restablecimiento de la legalidad sin tal carácter. B) En especial, no son sanciones los apercibimientos de la Ley de Televisión Privada. C) Tampoco es sanción la exigencia de pago a los responsables subsidiarios de una multa. D) No es sanción la denegación de nacionalidad española por falta de buena conducta. E) La naturaleza sancionadora o no de la expulsión de extranjeros. F) Sí es sanción administrativa el incremento de un cien por cien de las tarifas por actuar sin autorización. **2. Distribución de competencias normativas: el Estado puede aprobar normas básicas sobre sanciones en virtud del artículo 149.1.1ª CE. 3. Principio de legalidad: reserva de ley y tipicidad.** A) La reserva de Ley exige que la propia Ley tipifique: se reitera la nulidad de las infracciones del Reglamento de Rioja por contrario al artículo 25.1 CE. B) Vulneración de la exigencia de taxatividad de la sanción por las cláusulas que simplemente establecen criterios generales para graduar la gravedad de las infracciones. C) Reserva de Ley y colaboración reglamentaria en la definición de tipos. D) El artículo 25.1 CE y la interpretación de las normas sancionadoras conforme a los criterios aceptados por la comunidad jurídica. E) Reserva de Ley y tipicidad de las infracciones colegiales. **4. Concepto y elementos de la infracción administrativa. 5. Antijuridicidad. 6. Elementos subjetivos de la infracción.** A) La responsabilidad solidaria vulnera el principio de personalidad de las sanciones. B) Por las infracciones sobre régimen de protección de datos de carácter personal sólo cabe sancionar a los responsables de los ficheros. C) No hay culpabilidad de la empresa si el trabajador desobedeció sus instrucciones. D) Falta la culpabilidad si hay error de derecho, máxime si medió una autorización administrativa. **7. Concurrencia de infracciones y *non bis in idem*.** A) Hay dos infracciones cuando hay desconsideración con un ciudadano y con su abogado. B) *Non bis in idem* en su vertiente procedimental. **8. Procedimiento administrativo sancionador.** A) Legitimación para exigir sanción o recurrir la resolución. B) Garantías procedimentales de los responsables subsidiarios de las multas. C) Separación entre instrucción y resolución: no tiene la misma relevancia que en el

orden penal. D) El derecho a conocer la acusación no se vulnera por no conocer directamente la denuncia. E) Defectos en el pliego de cargos (o acto de iniciación) que se subsanan con la propuesta de resolución; en particular, la falta de calificación jurídica de los hechos. F) Derecho a la asistencia letrada en procedimientos disciplinarios penitenciarios. **9. En especial, la prueba y la presunción de inocencia.** A) Presunción de inocencia: doctrina general sobre su contenido y consecuencias. B) La presunción de inocencia no impone abrir período de prueba si el expedientado no lo pide y la documental es suficiente. C) Presunción de inocencia, carga de la prueba y valor relativo de las actas de inspección y atestados policiales. D) Prueba de circunstancias que exoneran de responsabilidad: quien las alega debe aportar, al menos, un principio de prueba. E) Derecho a usar los medios de prueba sólo cuando se pide prueba pertinente, en tiempo y forma oportunos y tiene potencial relevancia exculpatoria. F) Admisión de la prueba derivada de la información previa. G) Prueba indiciaria: casos en que se admite y en que se rechaza. **10. La resolución del procedimiento sancionador.** A) Admisión de las resoluciones sancionadoras verbales y "tolerancia con sus corruptelas". B) Alteración de los hechos de los que se acusó anteriormente. C) Motivación: justificación de las razones que llevan a no imponer la sanción en su mínimo. D) La ejecutividad inmediata de las sanciones es contraria a la presunción de inocencia. **11. La caducidad del procedimiento sancionador.** A) Día inicial para el cómputo de la caducidad del procedimiento sancionador. B) Día final: el de la notificación, aunque sea defectuosa. **12. Extensión de la sanción procedente en cada caso.** A) ¿Potestad discrecional o reglada? B) Aplicación del *in dubio pro reo* a la determinación de la sanción. **13. Extinción de la responsabilidad administrativa sancionadora.** A) Prescripción de las infracciones permanentes o que se realizan a lo largo de un tiempo. B) Prescripción de la sanción. C) Condonación. **14. Control contencioso-administrativo.** A) Competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. B) Posibilidad de que el Tribunal reduzca la sanción sustituyendo directamente a la Administración y aunque no se le pida expresamente. C) Sobre la posibilidad de que el Tribunal cambie la tipificación realizada por la Administración. D) Vicios procedimentales: retroacción de actuaciones. E) Consecuencias de la anulación de una multa: devolución con sus intereses desde que se presentó demanda o incluso desde que se pidió en vía administrativa. F) La anulación de una sanción no comporta la de la indemnización fijada en la misma resolución sancionadora.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Carácter represivo o retributivo y exclusión de las indemnizaciones y medidas de restablecimiento de la legalidad sin tal carácter

Según la **STC 100/2003, de 2 de junio,** Sala Segunda, recurso de amparo, la "nota que singulariza a las sanciones administrativas dentro del conjunto de los denominados actos de gravamen" es ser "una consecuencia represiva, retributiva o de castigo". Por eso, "la imposición de la obligación indemnizatoria (...) no participa de la naturaleza sancionadora" aunque derive de la comisión de una infracción contra el medio ambiente. Por faltar ese carácter tampoco son sanciones, como ya se ha visto en crónicas anteriores:

– La orden de demolición de una construcción realizada en terrenos de dominio público. Se trata del "interdicto propio" (**STSJ de Galicia de 20 de septiembre de 2002,** Ar. 1199 de 2003).

– La orden de clausura temporal de una actividad industrial realizada sin licencia de apertura (**STSJ de Galicia de 30 de septiembre de 2002,** Ar. 1200 de 2003).

– La orden de rectificación de asientos contables que los organismos gestores de la Seguridad Social pueden dirigir a las Mutuas (**SSTS de 25 de septiembre de 2002 y 29 de enero de 2003,** Sección Cuarta, Ar. 158 y 2023 de 2003).

B) En especial, no son sanciones los apercibimientos de la Ley de Televisión Privada

La Ley Orgánica 10/1988, de Televisión Privada, prevé que la Administración puede dirigir "apercibimientos" cuyo incumplimiento agrava la responsabilidad por infracciones. En aplicación de ello se dirigió apercibimiento a una Televisión privada por incumplimiento de los límites de publicidad. Las **SSTS de 28 de enero y 21 de febrero de 2003,** Sección Tercera, Ar. 897 y 2129, niegan que ese apercibimiento tenga naturaleza de sanción:

> "El apercibimiento impuesto no tiene otro sentido que el de hacer saber a la persona de que se trata las consecuencias que se seguirán de determinados actos u omisiones suyos, que es uno de los significados usuales del términos apercibir (...) Tal apercibimiento no tiene naturaleza sancionadora en la normativa específica de que se trata (...)"

Y llega, entre otras, a las siguientes conclusiones:

> "a) Los actos administrativos impugnados participan de la naturaleza de los 'actos de control' o 'de fiscalización' y no suponen imposición de sanción.
>
> b) La naturaleza no sancionadora no cambia por la circunstancia de que la Administración haya seguido el esquema formal del procedimiento sancionador para acordar el apercibimiento (...)"

Pero de estas sentencias no cabe colegir que los apercibimientos no sean en otros casos verdaderas sanciones. Sólo que los previstos en la Ley analizada no lo son.

C) Tampoco es sanción la exigencia de pago a los responsables subsidiarios de una multa

Así se desprende de la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 24 de junio de 2002,** Ar. 1713, de 2003, que analiza la naturaleza y régimen de los actos de derivación de la acción administrativa tributaria a los responsables subsidiarios (en concreto, administradores de personas jurídicas). Desde luego, respecto a la deuda tributaria, "no son elementos originadores de una responsabilidad sancionadora, ya que son nociones perfectamente integradas en el ámbito del ilícito civil, dando lugar a un simple gravamen de esta índole"; respecto a las sanciones, la sentencia es más matizada y menos clara:

> "no podría negársele al responsable subsidiario las mínimas garantías constitucionales establecidas en favor de los sujetos en un procedimiento administrativo sancionador, entre ellas la presunción de inocencia, que en estos casos requeriría la existencia de una mínima actividad probatoria, suficiente para que la Administración pueda establecer como razonablemente acreditado que el administrador debe asumir la sanción impuesta a la persona jurídica. Pero este inicial criterio tiene en su contra que también con respecto al contenido económico de las sanciones que el administrador haga efectivo como consecuencia de la derivación, tendrá el derecho de reembolsarse con cargo al patrimonio de la persona jurídica, por lo que en definitiva su situación no es la propia del sancionado. En resumen, sin perjuicio de que la Administración tenga que aportar las pruebas de los presupuestos de hecho en que la Ley funda la derivación de responsabilidad, sin embargo, la posición jurídica del administrador responsable subsidiario no es estrictamente la de un sancionado, por lo que la protección de sus derechos no puede enmarcarse dentro del sistema del artículo 24.2 CE, sino del régimen general de tutela efectiva regulado en el párrafo primero".

D) No es sanción la denegación de nacionalidad española por falta de buena conducta

La **STS de 12 de noviembre de 2002,** Sección Sexta, Ar. 955 de 2003, afirma: "Es patente que no estamos ante una sanción impuesta a la recurrente sino ante la denegación de su solicitud de que se le conceda la nacionalidad española, denegación que responde a que en la solicitante no concurre uno de los requisitos que la Ley exige: buena conducta cívica".

E) La naturaleza sancionadora o no de la expulsión de extranjeros

La expulsión de extranjeros es considerada unas veces sanción y otras no. No obedece ello sólo a la existencia de discrepancias judiciales ni a los cambios normativos sino a que realmente esa expulsión tiene algunas veces naturaleza sancionadora y otras no, dependiendo de las causas que la motiven y de otros aspectos. En el período analizado, dos sentencias ilustran lo que se afirma:

– **STS de 20 de diciembre de 2002,** Sección Sexta, Ar. 111 de 2003: expulsión de un extranjero por estancia ilegal debido a que la entrada fue también ilegal y trabajar sin haber obtenido nunca el preceptivo permiso de residencia ni de trabajo. El TS afirma:

> "Por lo que respecta a la naturaleza del acto administrativo que ha ordenado la expulsión y que la Sala de instancia considera que es una sanción, nuestra Sala no puede aceptar semejante calificación (...) No se trata en estos casos de sancionar, sino de evitar que quien se encuentra desde hace años ilegalmente en España y trabaja sin permiso de trabajo, y al que se le ha denegado en vía administrativa ese permiso (...) pueda continuar en tal situación indefinidamente."

– **STSJ de Madrid de 9 de abril de 2002,** Ar. 1154 de 2003: "la decisión administrativa impugnada –expulsión de un extranjero– supone una limitación de derechos y se ha basado en la apreciación de la conducta de la persona, por lo que (...) ha de considerarse como sanción a los efectos del art. 25.1 CE".

F) Sí es sanción administrativa el incremento de un cien por cien de las tarifas por actuar sin autorización

STSJ de Asturias de 28 de octubre de 2002, Ar. 1777: El incremento en un cien por cien en la liquidación de la tarifa girada por precio público de ocupación de vuelo de la vía pública con grúas-torre, cuando éstas se instalen sin la preceptiva autorización municipal. Como no había cobertura legal ni se había seguido procedimiento se anula el incremento.

2. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS NORMATIVAS: EL ESTADO PUEDE APROBAR NORMAS BÁSICAS SOBRE SANCIONES EN VIRTUD DEL ARTÍCULO 149.1.1ª CE

La Comunidad Foral de Navarra planteaba un recurso de inconstitucionalidad contra, entre otros, tres preceptos de la Ley estatal 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, que, dictados al amparo del art. 149.1.1ª y 18ª CE, regulan los criterios para la graduación de las sanciones, la reincidencia en las infracciones y los plazos de prescripción, todo ello en una materia que, en principio, es competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, cual es comercio interior. Pero la **STC 124/2003, de 19 de junio,** Pleno, salva su constitucionalidad. Sintetiza primero su doctrina general sobre la competencia legislativa sancionadora: "las Comunidades Autónomas pueden adoptar normas administrativas sancionadoras cuando tengan competencias sobre la materia sustantiva de que se trate" pero sin "introducir divergencias irrazonables y desproporcionadas al fin perseguido respecto del régimen jurídico aplicable en otras partes del territorio". Sobre la base de esa doctrina consolidada, pero no por ello muy sólida ni de claras consecuencias, afronta así las concretas cuestiones planteadas:

> "En relación al establecimiento de criterios para la graduación de las sanciones (...) hemos declarado en diversas ocasiones su carácter de condiciones básicas (SSTC 87/1985, de 16 de julio, FJ 8º; 102/1995, de 26 de junio, FJ 32º) por su vinculación a las exigencias deri-

vadas del art. 149.1.1ª CE, que apoderan al Estado para fijar unos principios que eviten divergencias irrazonables o desproporcionadas entre las distintas regulaciones autonómicas."

– Por lo que respecta a la justificación de una específica regulación básica de la reincidencia, la sentencia juega confusamente con las competencias estatales 1ª y 18ª del art. 149.1 CE así como con el dato de que el precepto impugnado se limita a reiterar lo que ya dispone el art. 131.3.c) LAP.

– En cuanto a la regulación de la prescripción de las infracciones y sanciones de comercio interior "se trata de una regla que el Estado puede dictar al amparo del art. 149.1.1ª CE para responder a las exigencias derivadas del tratamiento igual del que los administrados son acreedores en sus relaciones con las Administraciones públicas".

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) La reserva de Ley exige que la propia Ley tipifique: se reitera la nulidad de las infracciones del Reglamento de Rioja por contrario al artículo 25.1 CE

La **STC 132/2003, de 30 de junio,** Sala Primera, reitera, siguiendo a la STC 52/2003, de 17 de marzo –de la que ya hemos dado noticia en la anterior crónica–, la nulidad por vulneración del art. 25.1 CE, de las infracciones del Reglamento de la Denominación de Origen de Rioja que no encuentran cobertura suficiente en la Ley 25/1970, del Estatuto de la Viña, del Vino y de los Alcoholes.

B) Vulneración de la exigencia de taxatividad de la sanción por las cláusulas que simplemente establecen criterios generales para graduar la gravedad de las infracciones

STC 100/2003, de 2 de junio, Sala Segunda, recurso de amparo contra la multa impuesta por la Junta de Andalucía a quien poseía crías de azor calificando la infracción como grave. Tras hacer repaso a toda la jurisprudencia constitucional anterior sobre las garantías que entraña el art. 25 CE en el Derecho Administrativo sancionador, se enfrenta con la regulación concreta de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, sobre Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Faunas Silvestres (LCEN), con este resultado:

– No entiende que se vulnere la exigencia de "taxatividad" en la tipificación de la infracción en el art. 38.13 LCEN según la cual es infracción administrativa "el incumplimiento de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidos en esta Ley". Al menos, no entiende que en su aplicación en el caso concreto enjuiciado haya tal vulneración porque se aplicó en relación con el art. 26.4 de la misma Ley que prohíbe terminantemente ciertas conductas (dar muerte a los animales silvestres, molestarlos, traficar con ellos, o simplemente poseerlos):

> "En efecto, la lectura del art. 38.13 LCEN, en relación con el 26.4 del mismo texto legal, nos permite afirmar que no se aprecia merma alguna de la seguridad jurídica, pues dichos preceptos, en lo que estrictamente conciernen a la conducta realizada por el recurrente, satisfacen adecuadamente la exigencia de certeza de la norma."

– La solución es por completo distinta en cuanto a la determinación de la sanción. A este respecto, el art. 39.1 LCEN dispone: "Las citadas infracciones serán calificadas de leves, menos graves, graves y muy graves, atendiendo a su repercusión, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como a la irreversibilidad del daño o deterioro producido en la calidad del recurso o del bien protegido". Después establece el mínimo y máximo de multa correspondiente a las infracciones según su gravedad. Para el TC, este precepto, en sí mismo considerado e interpretado como si directamente pudiera aplicarse a las conductas infractoras concretas, es inconstitucional:

> "(...) no resulta acorde con el principio de taxatividad en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa. En consecuencia, la aplicación directa que los citados órganos administrativos han efectuado del precepto legal en cuestión ha infringido el art. 25.1 CE, lo que debe llevarnos a la estimación del presente recurso".

Pese a ello, el TC no cree que el precepto legal en cuestión haya de ser declarado inconstitucional pues, sobre todo atendiendo a que es legislación básica, puede interpretarse en el sentido de que reclama y remite a su desarrollo en otras normas que sí satisfagan la necesaria predeterminación de las sanciones:

> "(...) requiere la intermediación de una norma tipificante posterior, en la que se proceda a una precisa determinación de la correspondiente sanción.
>
> No es éste el momento oportuno para avanzar el rango de esa norma, ni, por consiguiente, la instancia que deba aprobarla, habida cuenta de que el art. 38 LCEN tiene la condición de legislación básica y de que la Comunidad Autónoma de Andalucía dispone de títulos competenciales que le habilitan para su desarrollo normativo (...). Lo que interesa destacar en estos instantes es que de la lectura del art. 39.1 LCEN se deduce que la función de calificación de las infracciones se difiere a un posterior desarrollo normativo, sin el cual no es posible proceder a una aplicación directa e inmediata de la Ley (...)".

C) Reserva de Ley y colaboración reglamentaria en la definición de tipos

Las **SSTS de 18 de diciembre de 2002,** Sección Tercera, Ar. 533 y 956 de 2003, al resolver sendas cuestiones de ilegalidad, ponen de relieve la amplitud con que la jurisprudencia admite la colaboración reglamentaria. En concreto, se juzgaba la legalidad del art. 198.i) del Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres según el cual es infracción grave "la falta de conservación a disposición de la Administración de los dis-

cos del tacógrafo en los términos previstos en la normativa vigente". En el recurso contra una sanción –e indirecto contra este precepto reglamentario– la Administración alegó que el transcrito apartado reglamentario encontraba base legal en el art. 141.q) de la Ley de Transportes Terrestres que califica como grave "cualquier otra infracción no incluida en los apartados precedentes que las normas reguladoras de los transportes terrestres califiquen como grave, de acuerdo con los principios del régimen sancionador establecido en el presente capítulo". El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que resolvió aquel recurso anuló la sanción por entender que el art. 198.i) creaba una nueva infracción sin ninguna base legal y planteó la cuestión de ilegalidad. Pero el TS busca y encuentra un fundamento legal distinto al alegado por la Administración, el art. 141.h) de la misma Ley que tipifica como infracción grave "la carencia o no adecuado funcionamiento, imputable al transportista, o manipulación del tacógrafo, sus elementos u otros instrumentos o medios de control que exista la obligación de llevar instalados en el vehículo". Sobre esa base, admite que el reglamento completase e integrase la regulación legal hasta tipificar lo que realmente no estaba tipificado en la Ley.

D) El artículo 25.1 CE y la interpretación de las normas sancionadoras conforme a los criterios aceptados por la comunidad jurídica

La **STC 129/2003, de 30 de junio,** Sala Segunda, analiza lo que el art. 25.1 CE comporta respecto a la interpretación de las normas punitivas, es decir, "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". Se sirve de la STC 196/2002, de 28 de octubre, en la que, para el ámbito de la represión judicial, se dijo: "Por lo que a la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras se refiere, ésta depende tanto del respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos, como de su previsibilidad (...) hallándose en todo caso vinculadas por los principios de legalidad y de seguridad jurídica (...) que conlleva la evitación de resoluciones que impidan a los ciudadanos 'programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente' (...) Concretamente, la previsibilidad de tales decisiones debe ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional y conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica". En el asunto concreto enjuiciado, la resolución sancionadora administrativa y, después, la sentencia que la confirmó, se atuvieron a la interpretación de una norma que había hecho el Tribunal Supremo y, por tanto, "conforme a modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica". Dice:

> "(...) no puede tildarse la interpretación del artículo (...) de 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 del Tribunal Supremo de (...) A mayor abundamiento, como quiera que esta resolución

> se dictó en un recurso de revisión para la homogeneización jurisprudencial (...), antecedente inmediato del recurso de casación para unificación de doctrina (...), ha de convenirse en que la interpretación impugnada (...) se inserta dentro de la lógica del sistema (...)"

No proscriben, pues, las interpretaciones extensivas por el mero hecho de serlo y admite, en suma, la interpretación de normas sancionadoras "aceptada por la comunidad jurídica".

La **STC 131/2003, de 30 de junio,** Sala Segunda, se sirve también de esta noción para decir que el TC respetará normalmente la interpretación y aplicación de las normas sancionadoras que hagan los jueces pues "sólo puede penetrar allí donde tal aplicación tenga lugar en virtud de interpretaciones sorpresivas, que excedan del tenor literal posible del precepto o que se aparten de las pautas axiológicas que informan nuestro ordenamiento constitucional o de los modelos de argumentación aceptados por la comunidad jurídica".

E) Reserva de Ley y tipicidad de las infracciones colegiales

Dos **SSTS de 29 de enero de 2003,** Sección Tercera, Ar. 828 y 1138, reiteran, con invocación expresa de la jurisprudencia constitucional (en particular, STC 219/1989, de 21 de diciembre) la doctrina según la cual la mínima base legal del art. 5.i) de la Ley de Colegios Profesionales es suficiente para dar cobertura a las infracciones y sanciones colegiales por incumplimiento de las normas deontológicas, incluso no publicadas en boletines oficiales, y se admiten tipos amplísimos e indeterminados atendiendo, se dice, a la existencia de relaciones de sujeción especial.

4. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

La **STS de 27 de enero de 2003,** Sección Cuarta, Ar. 2004, recordando la primera jurisprudencia en esta dirección, se sirve de la idea del "supraconcepto del ilícito", que incluye al ilícito penal y al administrativo, y reitera que "ambos ilícitos exigen un comportamiento humano, positivo o negativo, una antijuridicidad, la culpabilidad, el resultado potencial o actualmente dañoso y la relación causal entre éste y la acción".

5. ANTIJURIDICIDAD

No hay infracción, por faltar el elemento de la antijuridicidad, cuando, aunque se realice el tipo, se ejerce legítimamente un derecho. Eso es lo que, en el fondo, justifica la **STC 101/2003, de 2 de junio,** Sala Primera, recurso de amparo contra la sanción disciplinaria impuesta por la Universidad de las Palmas a un Catedrático por críticas al Rector en un artículo periodístico sobre la ubicación del Campus de Ciencias del Mar. La sentencia anula la sanción al entender que el Profesor ejerció legítimamente su libertad de expresión. Por el contrario, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 22 de noviembre de 2002,** Ar. 1091 de 2003, confirma la sanción impuesta a un policía por las declaraciones contra sus superiores y contra la organización del servicio por considerar que superaban los

límites de la acción sindical y libertad de expresión en el seno de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

6. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA INFRACCIÓN

A) La responsabilidad solidaria vulnera el principio de personalidad de las sanciones

Los técnicos participantes en el proceso de ejecución de una VPO que firman la certificación final de obra son sancionados por actuación negligente que ha originado defectos en la vivienda. Respecto a una posible solidaridad en el pago de las multas impuestas, asevera la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 2002,** Ar. 833 de 2003, que "de modo tajante hemos de pronunciarnos negativamente (...). El principio de individualización de las penas es plenamente aplicable y plenamente contrario a solidaridad alguna, que también estaría en contra del art. 25 CE". A pesar del art. 130.3 párrafo primero, LAP que admite, quizás en unos términos excesivamente amplios y genéricos, la responsabilidad solidaria en el Derecho Administrativo Sancionador, dice la sentencia que "la imputabilidad solidaria contraviene el principio de responsabilidad personal sobre el que se asienta todo el sistema punitivo, ya que nadie puede ser condenado o sancionado sino por actos que, por dolo o negligencia, le puedan ser directamente imputados". "La responsabilidad solidaria, como forma eficaz de garantizar el cumplimiento de obligaciones contractuales o extracontractuales, no puede penetrar en el ámbito del Derecho sancionador porque, de lo contrario, se derrumbaría el fundamento del sistema punitivo, según el cual cada uno responde de sus propios actos".

B) Por las infracciones sobre régimen de protección de datos de carácter personal sólo cabe sancionar a los responsables de los ficheros

La **STS de 3 de diciembre de 2002,** Sección Sexta, Ar. 87 de 2003, en recurso de casación para la unificación de doctrina, declara que sólo pueden ser sancionados los titulares de los ficheros, pues sólo a ellos hacía responsables la Ley Orgánica 5/1992, no los que le suministran datos a los que ni siquiera cabe hacer responsables como *cooperadores necesarios* pues ello supondría vulnerar los principios de legalidad y tipicidad que, a su vez, proscriben las aplicaciones analógicas. Aunque la sentencia se refiera a una Ley ya derogada, añade que esa limitación subjetiva se ha mantenido en la nueva legislación.

C) No hay culpabilidad de la empresa si el trabajador desobedeció sus instrucciones

La **STSJ de Cantabria de 3 de octubre de 2002,** Ar. 1147 de 2003, tras recordar que "la jurisprudencia había venido destacando tradicionalmente el carácter objetivo de la responsabilidad empresarial en materia de seguridad e higiene" y que "la Ley de Prevención de Riesgos Laborales resulta ser un claro exponente de la tendencia objetivadora de la responsabilidad", advierte que este criterio objetivo "debe ser objeto de matización a la luz de los principios inspiradores de la potestad sancionadora de la Administración, que

regulados en la Ley 30/1992, resultan de plena aplicación a la potestad sancionadora en el ámbito laboral". En el caso de autos, la empresa había sido sancionada por el accidente sufrido por un trabajador de la construcción, que recibió instrucciones concretas de cómo realizar el trabajo en altura utilizando unos tablones, pero que ignoró tales instrucciones, lo que propició que se rompiese parte de la cubierta de fibrocemento, ocasionando su caída. Ante estos hechos, la Sala estima que el siniestro devino exclusivamente de la actuación del trabajador en contra de las instrucciones recibidas, "no pudiéndose imputar actuación dolosa ni culposa, ni siquiera negligente a la empresa (...) ya que la misma cumplió con su obligación de prevenir los riesgos en el mencionado trabajo".

D) Falta la culpabilidad si hay error de derecho, máxime si medió una autorización administrativa

La **STS de 2 de noviembre de 2002,** Sección Segunda, Ar. 1025 de 2003, en el asunto de los "seguros de prima única", reitera la doctrina según la cual "la comisión de errores de derecho en las liquidaciones tributarias no debe ser materia sancionable". A ello añade que "la existencia de la autorización administrativa para utilizar en el mercado los contratos de autos, disipa cualquier duda sobre la ausencia de culpa".

7. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES Y *NON BIS IN IDEM*

A) Hay dos infracciones cuando hay desconsideración con un ciudadano y con su abogado

Se habían impuesto a un juez dos multas por dos infracciones graves: una, por desconsideración a un ciudadano y la otra por desconsideración a su letrado. El sancionado argumenta que, al imponerle dos multas y no sólo una, se ha vulnerado el *non bis in idem* y se ha inaplicado la doctrina de la infracción continuada porque la falta de consideración se dirigió a la misma parte, en el mismo contexto, siendo idéntico el bien jurídico protegido y la fundamentación jurídica de la sanción. La **STS de 10 de febrero de 2003,** Sección Séptima, Ar. 2074, desestima estas alegaciones:

> "Existen dos faltas graves de consideración perfectamente individualizadas consistentes en hechos (expresiones) muy distintos que incluso se encuentran mencionados separadamente, aunque dentro del número 5 del art. 418 de la LOPJ, la primera como falta grave de consideración respecto de los ciudadanos y la segunda como falta grave de consideración respecto a los Abogados. En efecto, una de las infracciones disciplinarias consiste en una falta grave de consideración respecto de un ciudadano, (...), respecto del cual se ridiculiza su situación de interno y su enfermedad (en concreto, dijo que cumplía condena en 'un entorno natural y apacible, sedante, relajado y distendido, por principio ajeno a los ajetreos, urgencias y responsabilidades del día a día en un despacho empresarial (...) un establecimiento ubicado en medio de la campiña, cargado de virtudes precisamente para enfermos que sufren la patología del interno'). La otra es una falta grave de consideración respecto a un Letrado y por una causa totalmente diferenciada. El Juez la comete calificando las alegaciones del Letrado como dislate, argumentos mendaces y ruines o 'estulticias de esta ralea' expresiones todas que ninguna relación causal o de otra clase guardan

con las utilizadas respecto a la situación del interno (...) No puede estimarse, pues, que exista una sola infracción ni que se ha producido una infracción con los requisitos de conexión necesarios para ser calificada como una falta continuada."

B) *Non bis in idem* en su vertiente procedimental

Según la línea jurisprudencial posiblemente mayoritaria de la que hemos dado cuenta en crónicas anteriores, aunque exista un proceso penal, se puede –y hasta se debe– iniciar el procedimiento administrativo sancionador (o disciplinario) y tramitarlo hasta el momento anterior a dictar resolución, pero hay que suspenderlo en esa fase y no dictar la resolución hasta que haya decisión penal firme. Esta doctrina general se matiza según la relación que haya entre el objeto del proceso penal y del procedimiento administrativo.

Así, la **STS de 31 de diciembre de 2002,** Sección Tercera, Ar. 1121 de 2003, no considera necesaria la suspensión del procedimiento administrativo en un caso en el que en éste se perseguía una infracción de uso abusivo de información privilegiada prevista en la Ley del Mercado de Valores mientras que en el proceso penal se trataba de un delito por realizar operaciones tendentes a alterar el precio de los valores. Según la sentencia no hay ni identidad de hechos ni de intereses jurídicamente protegidos.

Pero, como declara la **STSJ de Madrid de 9 de abril de 2002,** Ar. 1154 de 2003, sí se vulnera el *non bis in idem* cuando no se paraliza el procedimiento administrativo de expulsión de un extranjero por la participación en actividades ilícitas, cuando los mismos hechos han provocado la iniciación de un proceso penal, hasta tanto la autoridad penal resuelva.

8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) Legitimación para exigir sanción o recurrir la resolución

Entre las sentencias que reiteran la restrictiva doctrina sobre legitimación del "agraviado-denunciante" en cuanto a las sanciones a jueces es especialmente clara e ilustrativa la **STS de 20 de diciembre de 2002,** Sección Séptima, Ar. 124 de 2003. La idea básica es que "la imposición de una sanción (no) constituye por sí misma la satisfacción de un interés" y que el interés que tengan la parte de un proceso en el que se produjo la infracción disciplinaria del juez no da legitimación para pedir la sanción.

Por el contrario, para instar la actuación de un Colegio de Abogados en el orden deontológico y sancionador no sólo está legítimamente interesado el cliente, sino también los familiares (en el caso concreto, un hijo de la cliente) directamente afectados por la actuación del Letrado (**STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2002,** Ar. 1205 de 2003).

B) Garantías procedimentales de los responsables subsidiarios de las multas

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 24 de junio de 2002,** Ar. 1713 de 2003, que hemos recogido en el apartado 1.C), se ocupa de ello, confiriendo a los responsables subsidiarios de sanciones tributarias (en concreto, administradores de personas jurídicas) una posición que no es propiamente la del responsable directo de la infracción, pero sí alguno de sus derechos, como la presunción de inocencia.

C) Separación entre instrucción y resolución: no tiene la misma relevancia que en el orden penal

Dentro de las sanciones tributarias, la **STSJ de Asturias de 11 de octubre de 2002,** Ar. 1771, a propósito de los intentos de trasladar al ámbito del procedimiento sancionador tributario los principios constitucionales de carácter procesal penal, matiza que éstos "olvidan las diferencias existentes entre la organización administrativa y la jurisdiccional, la primera basada en el principio de jerarquía y la segunda en el de independencia, por lo que resulta totalmente accesorio e irrelevante la separación o no de las funciones de instrucción y decisión en el orden administrativo, en la medida en que son personas pertenecientes a una misma organización y sometidos todos ellos al principio de jerarquía". Finalmente concluye que la legislación vigente lo que establece es "una exigencia de una separación de procedimientos, de liquidación y sancionador, sin separación de órganos, lo cual tal vez no sea la solución más adecuada si se sigue pensando en trasladar íntegramente el esquema del proceso penal, pero, en todo caso, legal".

D) El derecho a conocer la acusación no se vulnera por no conocer directamente la denuncia

Según la **STC 104/2003, de 2 de junio,** Sala Segunda, no se vulnera este derecho por no conocer directamente el parte inicial de incidencias (que cumple sólo la función de denuncia) en que después se basó la acusación y la sanción, pues sí pudo conocerlo indirectamente por medio del pliego de cargos, la propuesta de resolución y la resolución misma.

E) Defectos en el pliego de cargos (o acto de iniciación) que se subsanan con la propuesta de resolución; en particular, la falta de calificación jurídica de los hechos

Dice la **STS de 12 de febrero de 2003,** Sección Tercera, Ar. 1084:

> "(...) aunque es cierto que el pliego de cargos no contiene la calificación jurídica de los hechos, la propuesta de resolución es suficientemente explícita al respecto (...) Por lo tanto, la infracción meramente formal cometida en el pliego de cargos no ha producido indefensión (...)"

Luego, realiza una afirmación general de interés de la que se deduce la posibilidad constitucional de que el pliego de cargos (o el acto de iniciación en el procedimiento sancionador ordinario) se limite a la descripción de los hechos:

"A idéntica conclusión se ha llegado por esta Sala en la sentencia de 17 de noviembre de 1993 (...) En ella se dijo que: 'Desde una perspectiva sustancial de posible defensa (...) nada impide que el trámite se desglose en dos momentos, uno de pura imputación de hechos, y otro de calificación de los mismos, cuando en cada momento el imputado tiene la posibilidad de alegaciones en contrario'. Ciertamente no puede negarse que se facilita la defensa cuando desde el pliego de cargos se hace ya una determinada calificación jurídica (...) Pero el que la defensa pueda ser mejor con tal calificación inicial, no implica que no sea posible sin ella, que es lo que cuenta desde la perspectiva del derecho fundamental del art. 24 CE."

F) Derecho a la asistencia letrada en procedimientos disciplinarios penitenciarios

La **STC 104/2003, de 2 de junio,** Sala Segunda, al resolver un recurso de amparo, resume así la doctrina del propio Tribunal sobre el derecho a la asistencia letrada:

"a) Pese a que el derecho 'a la asistencia de Letrado' debe referirse primordialmente a los procesos judiciales, y específicamente al proceso penal, la Administración penitenciaria ha de permitir a los internos contar con asistencia jurídica en los procedimientos disciplinarios en forma y grado tal que pueda ser estimada proporcionada a la naturaleza de la falta imputada, a la sanción imponible y al procedimiento que se siga para decidir sobre su imposición (STC 74/1985).

b) No se trata de un derecho pleno a la asistencia de Letrado que se extienda a su comparecencia personal junto al interno ante los órganos disciplinarios, ni incluye la asistencia jurídica gratuita en caso de necesidad si se carece de medios económicos suficientes para ello, pues tal derecho sólo existe claramente en los procesos judiciales y únicamente cuando los intereses de la justicia así lo requieran (SSTC 2/1987 y 190/1987). De esta manera, puesto que lo que la Constitución garantiza en este ámbito es la posibilidad de contar con un asesoramiento jurídico suficiente, es su obstaculización o impedimento injustificado por parte de la Administración lo que constituye la lesión del derecho de defensa.

c) Cumple suficientemente con la garantía constitucional del derecho de defensa la posibilidad de asesoramiento prevista en el art. 242.2, letra i), del Reglamento Penitenciario vigente (STS 236/2002), que puede ser realizada, no solamente a través de un Abogado, sino también a través de un funcionario del centro penitenciario o por cualquier otra persona que el interno designe, siempre que en este último caso la solicitud de asesoramiento, en cuanto suponga la comunicación con una tercera persona, sea compatible con las exigencias de seguridad, tratamiento y buen orden del establecimiento que legítimamente deben adoptar los responsables del centro penitenciario (STC 27/2001).

d) Al reconocer expresamente la legislación penitenciaria la posibilidad de que los internos soliciten asesoramiento durante la tramitación de los expedientes disciplinarios [art. 242.2.i) RP], la pasividad o el silencio de la Administración ante una solicitud de este tipo realizada en tiempo y forma ante el órgano competente puede significar la lesión del art. 24.2

> CE si supone la privación definitiva de la oportunidad de recibir una asistencia necesaria y eficaz para la preparación de su defensa (SSTC 143/1995, 128/1996, de 9 de julio; 83/1997, de 22 de abril; 181/1999 y 236/2002), es decir, sólo podrá apreciarse vulneración del derecho de defensa si la que efectiva y concretamente se ha ejercitado en el proceso se manifiesta incapaz de contribuir satisfactoriamente al examen de las cuestiones jurídicas suscitadas en el mismo, lo cual será determinable, en cada caso concreto (STC 233/1998, de 1 de diciembre), atendiendo a la mayor o menor complejidad del debate procesal y a la cultura y conocimientos jurídicos del comparecido personalmente, deducidos de la forma y nivel técnico con que se haya realizado su defensa."

En el caso concreto analizado, no se apreció vulneración del derecho porque "la petición de asesoramiento no se produjo en la forma ni el momento reglamentariamente previstos".

9. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) Presunción de inocencia: doctrina general sobre su contenido y consecuencias

Las **SSTC 129 y 131/2003, de 30 de junio,** Sala Segunda, sintetizan la jurisprudencia consolidada según la cual "la presunción de inocencia en el campo del Derecho Administrativo sancionador comporta (1º) que la sanción esté basada en actos o medios probatorios de cargo o incriminadores de la conducta reprochada; (2º) que la carga de la prueba corresponda a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia, y (3º) que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio".

B) La presunción de inocencia no impone abrir período de prueba si el expedientado no lo pide y la documental es suficiente

Así lo afirman dos **SSTS de 29 de enero de 2003,** Sección Tercera, Ar. 828 y 1138.

C) Presunción de inocencia, carga de la prueba y valor relativo de las actas de inspección y atestados policiales

La **STS de 27 de enero de 2003,** Sección Cuarta, Ar. 2004, relativiza así, frente a otras sentencias más radicales, el valor de ciertas actas: "el derecho a la presunción de inocencia implica (...) que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración (...) Este principio ha de prevalecer sobre la presunción de veracidad que pueda atribuirse (...) a las manifestaciones de los veedores (...) La prueba de los hechos imputados en los expedientes sancionadores (...) no depende, pues, exclusivamente de la presunción de veracidad de las actas (...) sino que dichas actas constituyen un medio de prueba que debe ser valorado racionalmente, en unión de los informes de los veedores y de los demás medios probatorios".

En la **STS de 16 de noviembre de 2002,** Sección Segunda, Ar. 265 de 2003, sobre una infracción de contrabando, se contiene una afirmación de interés pero discutible acierto al considerar al atestado policial una prueba documental suficiente para dar por probada la infracción salvo que el imputado la neutralice con otras pruebas:

> "a la vista de la prueba documental obrante en el expediente administrativo y entre ella del atestado policial, cuya eficacia pretende combatir inútilmente la parte recurrente invocando el principio de contradicción, con olvido de la naturaleza de dicha actuación de las fuerzas de seguridad que no es más que una simple denuncia, *ex* art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se incorpora a las actuaciones administrativas formando parte de los documentos que integran el expediente y carga procesal de la parte es precisamente la de neutralizarla proponiendo y practicando la prueba que estime oportuna".

Desde luego no hay aquí ni remotamente reconocimiento de presunción de veracidad ni valor superior alguno a otras pruebas. Pero quizá se puede objetar que si el atestado policial cabe aceptarlo como una simple denuncia porque no respeta el principio contradictorio, no se comprende muy bien por qué al mismo tiempo se le considera prueba documental y por qué el imputado tiene que conseguir neutralizarla con otras pruebas.

D) Prueba de circunstancias que exoneran de responsabilidad: quien las alega debe aportar, al menos, un principio de prueba

A lo largo de estas crónicas hemos ido recogiendo sentencias que se pronuncian sobre si las circunstancias que eximen de responsabilidad deben ser probadas por el expedientado que las alega o si, por el contrario, basta su invocación por éste para que, de acuerdo con la presunción de inocencia, sea la Administración quien haya de probar que no concurren. Hay sentencias en las dos direcciones. Responde a la primera tesis la mayoría de las sentencias: así, la STS de 23 de julio de 2002 (*JA* núm. 20) que afirma que se presume la imputabilidad mientras no conste un hecho con entidad bastante para eliminarla; la STS de 18 de octubre de 2002, la STS, Sala de lo Militar (*JA* núm. 20), declara que el error de prohibición "debe ser probado por quien lo alega"; de 27 de noviembre de 2001, Sala de lo Militar, (*JA* núm. 18) para la que la prueba de las eximentes corresponde al expedientado; la STS de 23 de enero de 1998 (*JA* núm. 1) que muy claramente afirma que la exclusión de la culpabilidad requiere que se acredite su inexistencia por quien la aduce; en la misma línea son muy interesantes las SSTSJ de Extremadura de 18 de julio de 2000 (*JA* núm. 13) y 15 de febrero de 2001 (*JA* núm. 15). Por el contrario, reflejan la segunda tesis las SSTS de 5 de marzo de 2001 (*JA* núm. 14) y 4 de marzo de 2002 (*JA* núm. 19) que entienden que la presunción de inocencia se extiende también al requisito de culpabilidad; o la STS de 5 de noviembre de 1998 (*JA* núm. 4) según la cual la Administración no sólo debe probar la realización de la conducta típica sino la ausencia de diligencia.

Es esta cuestión la que late en la **STC 129/2003, de 30 de junio,** Sala Segunda, al resolver un recurso de amparo interpuesto por una empresa sancionada por comercializar

unas semillas que no respondían a las características de las homologadas lo que, sin embargo, no había detectado la propia empresa en los análisis que ella misma realizó. Pese a ello, se le sancionó sin practicar ninguna prueba que demostrara su voluntad defraudatoria y su culpabilidad. Por esto alega vulneración de la presunción de inocencia en cuanto a los elementos subjetivos de la infracción. A este respecto, la doctrina general se matiza:

> "(...) habiendo existido actividad probatoria de cargo sobre los hechos que se le imputaban a la mercantil ahora recurrente, era a ella a quien competía proporcionar a los órganos administrativos (...) un principio de prueba, por mínimo que fuera, que permitiera hacerles pensar que la infracción de la norma no le era reprochable (...) Por consiguiente, no puede compartirse la tesis de la recurrente, quien pretende que con la sola expresión de esta ignorancia de la diferencia de calidad y de su falta de voluntad de defraudar, la acreditada desatención de las normas de calidad no se tradujera en la imposición de sanción alguna (...)".

Se establece así una especie de solución intermedia: quien alega falta de culpabilidad debe aportar siquiera sea un mínimo principio de prueba; si no lo hace y se limita a alegar la falta de culpabilidad, se puede entender que hay culpabilidad; si aporta ese principio de prueba, recae sobre la Administración la prueba de la culpa.

E) Derecho a usar los medios de prueba sólo cuando se pide prueba pertinente, en tiempo y forma oportunos y tiene potencial relevancia exculpatoria

Las **SSTC 104/2003, de 2 de junio,** Sala Segunda, **128/2003, de 30 de junio,** Sala Primera, y **131/2003, de 30 de junio,** Sala Segunda, resuelven recursos de amparo en los que, entre otras cosas, se invocaba la vulneración del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba en el procedimiento sancionador y, en su caso, en el posterior proceso judicial de impugnación de la sanción administrativa. En esencia, todas estas sentencias reiteran la misma doctrina general según la cual tal derecho: a) sólo se refiere a la prueba pertinente, b) solicitada en tiempo y forma oportunos, y c) tiene potencial relevancia de modo que su denegación resulta decisiva en términos de defensa. Expondremos esta doctrina sobre la base del tenor de la STC 104/2003, de 2 de junio, relativa a un supuesto en el que un interno, sancionado disciplinariamente, alegaba vulneración de su derecho a la prueba:

> "tal derecho es inseparable del derecho mismo de defensa y exige que las pruebas pertinentes propuestas en tiempo y forma sean admitidas y practicadas sin obstáculos (...) Para que resulte fundada una queja sustentada en una vulneración del derecho al uso de los medios de prueba es preciso:
>
> a) que el recurrente haya solicitado su práctica en la forma y momento legalmente establecidos, pues, al tratarse de un derecho de configuración legal, su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal (...)

> b) que la prueba propuesta sea objetivamente idónea para la acreditación de hechos relevantes, y
>
> c) que la misma sea decisiva en términos de defensa, es decir, que tenga relevancia o virtualidad exculpatoria, lo que ha de ser justificado por el recurrente o resultar de los hechos y peticiones de la demanda (STC 169/1996, de 29 de octubre, FJ 8, por todas).
>
> Si la proposición de prueba reúne los anteriores requisitos resulta vulnerado el derecho fundamental, tanto cuando no hay respuesta alguna a la solicitud (...), como cuando la misma se rechaza sin motivación o la que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable".

El segundo de los requisitos es expuesto en estos otros términos por la STC 131/2003:

> "Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye sólo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (...), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el *thema decidendi* (...)".

En el caso considerado en la STC 104/2003 no se daba el primer requisito pues no se propuso la prueba en tiempo y forma sino fuera del cauce previsto y extemporáneamente, ante el órgano llamado a resolver y no ante el instructor, que es el competente para resolver sobre la práctica de la prueba. Tampoco se entiende vulnerado el derecho por no practicarse después la prueba por el Juez de Vigilancia Penitenciaria porque, "al no haber propuesto el recurrente la prueba pretendida en tiempo y forma en el expediente administrativo, la petición de prueba formulada al tiempo de recurrir en alzada carecía de cualquier viabilidad, pues no puede pretenderse practicar en vía judicial pruebas que no se llevaron a efecto en el expediente administrativo por falta de la diligencia de quien las propone". Sin perjuicio de que esta afirmación se pueda mantener para el recurso ante los Jueces de Vigilancia Penitenciaria dados los términos en que al respecto se pronuncia el Reglamento Penitenciario, es muy discutible en cuanto a un recurso contencioso-administrativo frente a cualquier sanción. Por el contrario, parece que la jurisprudencia acepta con carácter general el derecho a practicar pruebas en el proceso contencioso-administrativo que no se practicaron en el previo procedimiento administrativo porque no las pidió el interesado, y más aun si se trata de la impugnación de sanciones.

La STC 128/2003 desestima el amparo porque en el caso "no ha alegado ni justificado el demandante (...) la potencial relevancia de dicho medio de prueba para modificar la decisión sancionadora". En realidad, es dudoso que esta potencial relevancia sea necesaria para que la Administración esté obligada a aceptar la proposición de prueba del expedientado o si se trata de que ello es necesario para que la denegación tenga tras-

cendencia suficiente para considerar vulnerado el art. 24 CE y, en consecuencia, estimar el amparo.

En la STC 131/2003 tampoco se considera vulnerado el derecho en cuestión porque se entiende que la prueba solicitada "no guarda relación con el proceso", es decir, no era pertinente. Pero el razonamiento de la sentencia es discutible. Dice que "el recurrente ha reconocido que ha cometido la infracción, invocando diversas causas de justificación", como, destacadamente, que tenía un derecho consuetudinario a pastorear en la zona donde lo hizo –que era precisamente lo que pretendía probar–. Como quiera que las infracciones administrativas han de ser antijurídicas, una causa de justificación (como es el ejercicio legítimo de un derecho) sí podía haber sido relevante para exculpar. Para que la prueba de ese derecho consuetudinario fuera impertinente era necesario partir de que, en realidad, ese derecho nunca podría haber aportado una causa de justificación, pero nada se razona en ese sentido y, al no hacerlo, la sentencia puede conducir al error de pensar que la prueba sólo es pertinente en cuanto se refiera a la comisión o no de la conducta tipificada y no a la eventual concurrencia de circunstancias eximentes.

F) Admisión de la prueba derivada de la información previa

La **STS de 12 de febrero de 2003,** Sección Tercera, Ar. 1084, aunque con una argumentación oscura, acepta la prueba derivada de la inspección y de la información previa, pese a haberse practicado sin intervención del sancionado, porque pudo "éste haber pedido la repetición de las pruebas practicadas en la fase de información". La misma doctrina, con unos u otros matices, hemos visto en otras crónicas: así en la STC 56/1998, de 16 de marzo (*JA* núm. 2) o en las SSTS, de 1 de octubre de 2001 y 11 de marzo de 2002, Sala de lo Militar (*JA* núm. 18). Sin embargo, esta información previa, como la actuación de la inspección, no tiene que realizarse con las garantías del procedimiento propiamente dicho: por ejemplo, STS de 17 de mayo de 1999, en *JA* núm. 7 (ver también lo que al respecto hemos recogido en las crónicas de *JA* núms. 3, 4 y 20).

G) Prueba indiciaria: casos en que se admite y en que se rechaza

En el caso de autos, la prueba indiciaria lleva a identificar al autor de la infracción de utilización de información privilegiada en operaciones bursátiles. Quien formalmente realizaba las operaciones era una señora de 75 años con problemas de salud, internada en una residencia de ancianos y sin conocimientos financieros. Por la "precisión sorprendente a la hora de elegir los momentos de compra y de venta que determinaron los beneficios" se llega a la conclusión de que tenía que ser "alguien que conociera previamente cuáles iban a ser las próximas vicisitudes de la cotización" de determinadas empresas. Uniendo estos dos cabos, la CNMV llegó a la conclusión de que la infracción la cometió el sobrino de aquella señora que tenía un conocimiento interno de las empresas en cuestión y la **STS de 31 de diciembre de 2002,** Sección Tercera, Ar. 1121 de 2003, acepta esa deducción como correcta aplicación de la doctrina sobre prueba indiciaria.

Por el contrario, la **STS de 27 de enero de 2003,** Sección Cuarta, Ar. 2004, rechaza la prueba por indicios aceptada por la Administración. De la carga máxima que legalmen-

te podía llevar un camión se dedujo que se había consignado y declarado una cantidad de uva entregada superior a la real. Pero el TS destaca que es posible que el camión llevara más carga de la permitida: "Las afirmaciones efectuadas por los veedores en este caso no reflejan la comprobación de hechos sancionables sino que son el resultado de un proceso de deducción presuntiva carente del necesario enlace lógico entre el hecho que le sirve de base y la conclusión extraída sin fundamento suficiente para acreditar la comisión de una infracción administrativa".

10. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Admisión de las resoluciones sancionadoras verbales y "tolerancia con sus corruptelas"

La **STS de 15 de noviembre de 2002,** Sección Sexta, Ar. 624 de 2003, resuelve una cuestión de ilegalidad contra el Reglamento del Procedimiento Sancionador en materia de Tráfico que prevé expresamente el ejercicio de la competencia sancionadora de forma verbal. El principal argumento de la Sala *a quo* es que la garantía de la motivación conduce a la exigencia de forma escrita de las resoluciones sancionadoras. Sin embargo, éste se rechaza sobre la siguiente base:

> "No se ha tenido en cuenta que el artículo 55.2 LRJ-PAC –del que el precepto reglamentario cuya legalidad se cuestiona es mera aplicación en el concreto sector de la circulación vial– está habilitando a la Administración pública para utilizar una técnica de racionalización y simplificación del trabajo administrativo y que, en modo alguno, el empleo de esa técnica en el procedimiento sancionador de tráfico implica disminución de garantía alguna de los administrados. Un examen pausado de un expediente cualquiera del tipo que nos ocupa permite comprobar, en efecto, que cada procedimiento sancionador de tráfico se tramita individualmente, y la competencia sancionadora ejercida verbalmente, se documenta no sólo en la relación y con los requisitos que exige el artículo 55.2, inciso segundo de la Ley 30/1992 (...) sino también en la resolución que pone fin al expediente individual de que se trate, de manera que en modo alguno puede decirse que el infractor sancionado quede indefenso por falta de motivación del acto o porque no pueda conocerlo".

> "(...) hay que distinguir dos cosas distintas: el ejercicio en forma verbal de las competencias –sean o no sancionadoras– y la sujeción a forma escrita de la resolución que contiene el resultado de ese ejercicio de la competencia en forma verbal. Sin distinguir esto, resulta imposible entender cómo es perfectamente conforme a la ley y al derecho que una competencia se ejerza en forma verbal y que la resolución consiguiente sea y tenga que ser reflejada por escrito. Sin que ello suponga incurrir en una violación de las garantías del ciudadano sujeto a la actividad punitiva del Estado, pues lo que hay es el empleo de una técnica que permite racionalizar y simplificar el trabajo del titular de la competencia, que acepta o rechaza en forma verbal la propuesta que, en un único documento en el que se resumen las propuestas individuales, le presenta el instructor, para que luego éste (...)

incluya en cada expediente individual una copia del original de esa relación firmada por aquél".

Además el Juzgado que planteó la cuestión de ilegalidad añade que esta forma de proceder hace sospechar que todo se resuelva quizá en la Jefatura de Tráfico respectiva (se afirma que de ordinario las propuestas de resolución de muchas Jefaturas Provinciales de Tráfico, el listado de actos verbales autorizados por el respectivo Delegado o Subdelegado del Gobierno y el traslado del acto sancionador por las Jefaturas Provinciales han aparecido todos fechados en un mismo día, a pesar de producirse en ciudades diferentes; que la firma del Delegado del Gobierno aparece de ordinario impresa, no de puño y letra, en el listado, etc.) Ante ello, el TS afirma que "hay irregularidades y hay invalideces. Y en la medida en que las garantías del ciudadano sean respetadas, ciertas corruptelas –si las hubiera (...)– no pueden por menos de ser toleradas, y ello con apoyo, por ejemplo en al artículo 63.2 y 3 LRJ-PAC".

Igual, las **SSTS de 26 de noviembre y 3 de diciembre de 2002,** Sección Sexta, Ar. 763 y 629 de 2003, también en cuestión de ilegalidad.

Estas SSTS coinciden en esencia con lo ya sostenido por el mismo TS en Sentencia de 22 de mayo de 2001 (*JA* núm. 15) pero corrigen lo que han venido manteniendo la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia (véanse, por ejemplo, la STSJ de Andalucía, Granada, de 14 de mayo de 2001, en *JA* núm. 16; la STSJ de Murcia de 14 de marzo de 2001, en *JA* núm. 15; STSJ de Murcia de 19 de octubre de 2000, en *JA* núm. 12; etc). La STS de 15 de noviembre de 2000 (*JA* núm. 12), aunque no excluía la posibilidad de resoluciones sancionadoras verbales, era más exigente en cuanto a sus requisitos, particularmente el de la motivación.

B) Alteración de los hechos de los que se acusó anteriormente

El derecho a ser informado de la acusación tiene la "ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados", según jurisprudencia constante que reitera en el período ahora analizado, por ejemplo, la **STS de 27 de enero de 2003,** Sección Cuarta, Ar. 2004. Lo difícil es determinar cuándo se produce una alteración suficiente para entender vulnerado el derecho a conocer la acusación y producir indefensión y cuándo, por el contrario, la alteración es poco sustancial y, por ende, no invalidante. No se produce una alteración de la acusación causante de indefensión cuando simplemente se usan términos o conceptos distintos pero que reflejan lo que, a los efectos sancionadores, es sustancialmente igual. En tales hipótesis no hay, por tanto, vulneración del derecho a conocer la acusación ni del derecho de defensa. Así se desprende de estas resoluciones:

– **STS de 27 de enero de 2003,** Sección Tercera, Ar. 811. En concreto, en el pliego de cargos se imputó "incorrecta comunicación" de la autocartera poseída; en la propuesta de resolución, "la falta de comunicación" de la autocartera poseída; y en la resolución "la falta de comunicación en los plazos reglamentarios". Para la sentencia, no hay vicio alguno porque la alteración de los hechos prohibida "no surge por el solo dato de que los hechos descritos siempre igual se cobijen bajo denominaciones distintas". En este caso,

siempre se acusó de haber adquirido en determinado día un porcentaje de acciones propias superior al 1 por ciento sin que se hiciera comunicación alguna a la CNMV que sólo se produjo más de un año después y tras el requerimiento hecho por la propia CNMV.

– **SSTS de 29 de enero de 2003,** Sección Tercera, Ar. 828 y 1138. En el pliego de cargos se imputaba la existencia de una "asociación" con un arquitecto municipal y en la resolución se habla de "colaboración". Pero, según estas sentencias, relativas al mismo caso, "tal alteración no implica una modificación sustancial de la acusación (...) pues, a los efectos del tipo, la colaboración (...) también está incursa en la incompatibilidad si de ella deriva la pérdida de objetividad (...) Se trata, en definitiva, de la realización conjunta de trabajos profesionales –proyectos de obras– que, al margen de que tal conjunción derive de una asociación entre ambos arquitectos, implica una colaboración prohibida (...)"

C) Motivación: justificación de las razones que llevan a no imponer la sanción en su mínimo

La no concreción de las circunstancias que se tienen en cuenta para elevar la sanción desde su grado mínimo se considera como conculcadora del principio de proporcionalidad (**STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 1 de octubre de 2002,** Ar. 1131 de 2003), lo que lleva a reducir la sanción a su grado mínimo.

D) La ejecutividad inmediata de las sanciones es contraria a la presunción de inocencia

La **STS de 3 de diciembre de 2002,** Sección Segunda, Ar. 866 de 2003, apunta que la ejecutividad inmediata de las sanciones sería contraria al derecho a la presunción de inocencia: "el principio de presunción de inocencia (...) se traduce en el axioma de que la resolución será ejecutiva –sólo– cuando ponga fin a la vía administrativa".

11. LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Día inicial para el cómputo de la caducidad del procedimiento sancionador

La **SAN de 10 de octubre de 2001,** Sección Cuarta, Ar. 1101 de 2003, siguiendo una línea jurisprudencial poco afortunada, no sólo porque parece ignorar lo establecido en el art. 42.3.a) LAP sino también porque cuadra mal con la propia naturaleza y finalidad de esta institución, afirma que la fecha inicial es la de "iniciación efectiva de aquél" y fija dicha fecha en el día de recepción por el presunto infractor de la notificación de la incoación del expediente sancionador. Se corrige así lo dicho en alguna sentencia previa, que podía interpretarse en el sentido de que se consideraba que el día inicial era aquel en la que el Consejo Regulador de una Denominación de Origen decidía incoar el expediente, pero no el de su incoación efectiva. Sin embargo, yerra al fijar dicha fecha en el día de la recepción de la notificación por el infractor del acuerdo de incoación.

Por el contrario, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 25 de noviembre de 2002,** Ar. 1243 de 2003, sin discusión alguna, toma como día inicial el del acuerdo de incoación del expediente. Además, esta sentencia también tiene el acierto de descartar como día inicial del cómputo el de la denuncia del agente forestal.

B) Día final: el de la notificación, aunque sea defectuosa

STS de 27 de enero de 2003, Sección Tercera, Ar. 811: aunque la notificación de la resolución sancionadora indicaba erróneamente el recurso procedente, es suficiente para evitar la producción de la caducidad del procedimiento sancionador.

12. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO

A) ¿Potestad discrecional o reglada?

Mientras que la **SAN de 10 de octubre de 2001,** Sección Cuarta, Ar. 1101 de 2003, considera que la determinación de la sanción procedente en cada caso, dentro de los márgenes legales, es una potestad discrecional, lo contrario afirma la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 2002,** Ar. 833, citando para ello algunas sentencias del TS y del TC: "constituye una actividad que cuenta con rasgos nítidamente reglados, en los que no existe discrecionalidad alguna, sino la necesidad de imponer la sanción más conforme con esos presupuestos, objetivos y subjetivos, que se encuentran en la base de la conducta seguida por el infractor". Ello le permite sustituir el importe de la multa, como reflejamos en el apartado dedicado al control contencioso-administrativo.

B) Aplicación del *in dubio pro reo* a la determinación de la sanción

En un supuesto en que la Ley permite imponer multas entre un mínimo y un máximo, la **STS de 4 de octubre de 2002,** Sección Segunda, Ar. 907 de 2003, afirma: "al carecer la Sala de los antecedentes del expediente administrativo (debe) aplicarse (...) la cuantía inferior por aplicación del principio *in dubio pro reo*".

13. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

A) Prescripción de las infracciones permanentes o que se realizan a lo largo de un tiempo

Un Ayuntamiento es sancionado por crear y utilizar un vertedero de escombros y estiércol careciendo de licencia para ello. Alegada la prescripción de la infracción, la **STSJ de la Rioja de 26 de julio de 2002,** Ar. 920, responde que no cabe apreciar dicha prescripción "porque se trata de una infracción permanente que cesa al momento de legalizarse la actividad ilegalmente ejercida".

Respecto a la conducta de un abogado que habiendo recibido el encargo profesional de interponer una querella no lo hace hasta transcurridos dos años, sin dar explicaciones en

ese tiempo sobre el escrito, la **STSJ de Cataluña de 18 de septiembre de 2002,** Ar. 1205 de 2003, señala que "no cabe considerar como *dies a quo* para su cómputo el propio día del encargo profesional, toda vez que se trata de una supuesta conducta incumplidora de sus deberes profesionales (...) que se extiende en el tiempo en cuanto conducta continuada de incumplimiento".

Ante una sanción urbanística consistente en el 10 por ciento de la valoración de la obra realizada, el recurrente pretende que en dicha valoración se excluyan aquellas partes de la obra con más de cuatro años de antigüedad y sobre las que operaría la prescripción. La **STS de 2 de enero de 2003,** Sección Quinta, Ar. 484**,** rechaza esta pretensión, reiterando que la prescripción ha de ser computada desde la total terminación de la obra.

B) Prescripción de la sanción

STC 91/2003, de 19 de mayo, Sala Segunda, recurso de amparo: si, interpuesto recurso administrativo contra una resolución sancionadora no se contesta, la única consecuencia es el silencio negativo y no la prescripción de la sanción ni, menos aun, la caducidad del procedimiento.

C) Condonación

La **STS de 26 de noviembre de 2002,** Sección Segunda, Ar. 276 de 2003, reitera que no existe un derecho subjetivo a la condonación, aunque se den todos los requisitos para ello, dado que se trata de una decisión graciable. La necesidad de motivación es especialmente intensa para concederla, pero no para denegarla aunque se aparte de los informes que hayan recaído. Además señala que los datos que ya se tuvieron en cuenta o debieron ser tenidos en cuenta para determinar la sanción no pueden después valorarse para conceder la condonación.

14. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Competencias de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

La **STS de 18 de febrero de 2003,** Sección Primera, Ar. 2116, reitera que "las sanciones administrativas en materia de transportes terrestres no pueden considerarse comprendidas, por lo general, en la expresión legal 'tráfico, circulación y seguridad vial'" utilizada por la Ley al referirse a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. No obstante, en el supuesto de manipulación del tacógrafo entiende que sí se puede encuadrar en dicha expresión "por constituir fundamentalmente materia de seguridad vial".

B) Posibilidad de que el Tribunal reduzca la sanción sustituyendo directamente a la Administración y aunque no se le pida expresamente

La posibilidad de que los Tribunales reduzcan directamente la sanción administrativa por simple aplicación del principio de proporcionalidad, que está aceptada generalmente, podría chocar, por lo pronto, con el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y sobre todo con el art. 71.2 de la LJCA. La **STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 2002,** Ar. 833 de 2003, citando para ello algunas sentencias del TS y del TC, salva así estas objeciones:

> "Relevantes razones de economía procesal reclaman que sea el propio órgano jurisdiccional que conozca del conflicto planteado (...), quien establezca ya, en la propia *litis*, la pena económica que ha de imponerse al actor una vez tomados en cuenta los criterios (...) de proporcionalidad (...).
>
> El art. 71.2 LJCA afirma que los órganos jurisdiccionales no podrán (...) determinar el contenido discrecional de los actos anulados. Este precepto normativo no es aquí aplicable dado que la actividad administrativa de adecuar los caracteres objetivos (...) de una cierta conducta ilícita junto con el desvalor que sea imputable al autor de la misma a una concreta sanción o pena (...) constituye una actividad que cuenta con rasgos nítidamente reglados, en los que no existe discrecionalidad alguna, sino la necesidad de imponer la sanción más conforme con esos presupuestos, objetivos y subjetivos, que se encuentran en la base de la conducta seguida por el infractor".

Otra objeción es que muy frecuentemente lo que ha pedido el recurrente es simplemente la nulidad de la sanción no su reducción. A ello se enfrenta la **STS de 31 de diciembre de 2002,** Sección Tercera, Ar. 1121 de 2003. Pese a que en el suplico de la demanda sólo se pedía la anulación de la multa impuesta, el Tribunal de instancia acordó reducir su importe. La Administración impugna la sentencia por incongruencia. Pero, según esta STS, "la pretensión de que se anule íntegramente la sanción (lo más) lleva consigo la correlativa pretensión de su anulación parcial (lo menos); la reducción de la sanción de multa está implícita en la petición de quien solicita su nulidad total".

C) Sobre la posibilidad de que el Tribunal cambie la tipificación realizada por la Administración

Esta posibilidad está negada implícitamente en la **STS de 20 de enero de 2003,** Sección Segunda, Ar. 731. La Sala, aunque aprecia que los hechos pudieran ser constitutivos de otra infracción distinta a la imputada, considera que no puede entrar en esta cuestión. Sin embargo, otras sentencias aceptan esta posibilidad, tal y como hemos visto en crónicas anteriores y como ahora refleja la **STS de 15 de julio de 2002,** Sala de lo Militar, Ar. 8254, que cambia la tipificación de los hechos imputados a un Guardia Civil: de la falta muy grave del art. 9.9 LORDGC por actuar como proxeneta (hecho que no se considera probado), a la falta grave del art. 8.28, que tipifica la acciones u omisiones contrarias a la dignidad militar susceptibles de producir descrédito o menosprecio a la Institución (las ayudas prestadas por el sancionado a una extranjera para permanecer en el territorio nacional mediante su actividad en los clubs de alterne).

Algo distinta, aunque ilustrativa sobre las posibilidades del control judicial, es la **STSJ de la Comunidad Valenciana de 6 de marzo de 2002,** Ar. 833 de 2003, porque lo que cambia no es el tipo sino la norma aplicable: la sentencia entiende que se aplicó retroactivamente una norma sancionadora que perjudicaba a los infractores y, en vez de anular simplemente la sanción, aplica la norma sancionadora anterior y determina la multa procedente. En concreto, en el supuesto enjuiciado, se sancionaba a unos arquitectos por negligencia durante la ejecución de unas obras que dan lugar a vicios en las VPO aplicándoles una Ley autonómica de 1997 que no se encontraba vigente en el momento de cometerse la conducta infractora. La sentencia aplica un Decreto estatal de1968 y así reduce la multa de 600.000 a 150.000 pesetas.

D) Vicios procedimentales: retroacción de actuaciones

Sin embargo, cuando los Tribunales observan vicios procedimentales, normalmente anulan la sanción y ordenan retrotraer el expediente al momento del vicio, sin sustituir a la Administración. Así, **STS de 30 de diciembre de 2002,** Sección Séptima, Ar. 600 de 2003.

E) Consecuencias de la anulación de una multa: devolución con sus intereses desde que se presentó demanda o incluso desde que se pidió en vía administrativa

A este respecto es de gran interés la **STS de 3 de diciembre de 2002,** Sección Sexta, Ar. 87 de 2003. El recurrente y la sentencia recurrida se basaban en los arts. 36 y 45 de la Ley General Presupuestaria para resolver lo relativo a la devolución no sólo de la multa anulada sino de sus intereses. Con esos preceptos, la sentencia recurrida decidió que la Administración sólo debía devolver el importe de la multa satisfecha y que la obligación de pagar los intereses legales de demora sólo surgía en cuanto se retrasase en cumplir lo ordenado en la propia sentencia, no antes. Por el contrario, el TS, tras invocar el *iura novit curia*, fundamenta su decisión en el art. 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y en los arts. 139.1 y 141.2 de la LAP:

> "la entidad demandante debe ser resarcida por la Administración demandada mediante el pago de los intereses legales de la cantidad a que ascendió la multa indebidamente impuesta y oportunamente pagada y que, por haberlo así solicitado la propia demandante, habrán de calcularse a partir de la presentación de la demanda en sede jurisdiccional, pero que, conforme a la actualización de la indemnización contemplada por el art. 141.2 de la Ley 30/1992, redactado por la Ley 4/1999 (...) podría haberse fijado su cómputo desde la fecha en que el interesado hubiese formulado tal solicitud en vía previa ante la propia Administración".

F) La anulación de una sanción no comporta la de la indemnización fijada en la misma resolución sancionadora

Así lo afirma la **STC 100/2003, de 2 de junio,** Sala Segunda, al resolver un recurso de amparo, pero no cabe duda de que la misma solución hay que adoptar si la anulación de la resolución sancionadora se produce en un contencioso-administrativo. Evidentemente,

la exigencia de una indemnización no tiene carácter sancionador de modo que si la sanción se anula por vulneración del principio de legalidad, como efectivamente era el caso, tal vulneración no es imputable a la exigencia de indemnización, que no tiene naturaleza sancionadora. Éste es el único razonamiento de la STC (FJ 2º). Pero debe tenerse en cuenta que de ordinario las Leyes atribuyen a la Administración la potestad de fijar la indemnización con carácter ejecutivo en las resoluciones que imponen sanciones, partiendo, por tanto, que hay una infracción punible, y que, en principio, pudiera pensarse si, al anularse la sanción, no habría también que anular la otra determinación para la que, según esta tesis, ya no tendría autotutela ejecutiva la Administración (lo mismo que, por ejemplo, una sentencia penal absolutoria no puede resolver la responsabilidad civil). Aunque esta STC no se pronuncia expresamente sobre ello, implícitamente rechaza esa posibilidad que ni siquiera se plantea: simplemente acepta la validez de la resolución administrativa en lo que concierne a la indemnización pese a la nulidad de la sanción impuesta.

Lucía Alarcón Sotomayor
Manuel Izquierdo Carrasco
Manuel Rebollo Puig

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Alcance de la garantía patrimonial. A) Supuestos en los que procede la indemnización expropiatoria por la sustracción del *ius aedificandi* derivado de la proximidad de la propiedad al dominio público viario. Naturaleza jurídica de la llamada "línea límite de edificación". **3. Fuentes normativas de la expropiación.** A) Reparto de funciones normativas en materia expropiatoria; competencia del Estado para establecer los criterios de valoración para la fijación del justiprecio. **4. Determinación y pago del justiprecio.** A) Consignación del justiprecio: procedimiento para efectuarla, efectos liberatorios y consecuencias de la falta de incremento de la cantidad consignada con los intereses devengados. B) Doctrina jurisprudencial sobre la valoración de las expectativas urbanísticas en suelo no urbanizable a la luz del artículo 49 del TRLS de 1992. **5. Garantías sustanciales.** A) Retasación: no puede ser inferior al justiprecio anteriormente establecido aunque el valor del mercado haya descendido; sin que tampoco sea procedente un incremento mimético en relación al coste de la vida, pudiendo coincidir la retasación con el justiprecio inicial.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se comenta, en esta ocasión, la doctrina jurisprudencial producida en los dos últimos meses de 2002 y los dos primeros de 2003. Del medio centenar largo de sentencias manejadas algunas de las que se glosan merecen ser destacadas preliminarmente por la doctrina general que sientan sobre algunos aspectos problemáticos del instituto expropiatorio. Así, tiene ese valor la sentencia referida a la consignación del justiprecio en casos de desacuerdo e impugnación de la valoración del Jurado, que se pronuncia sobre los requisitos procedimentales para efectuarla correctamente y para que la misma produzca efectos liberatorios del pago, admitiendo la eficacia de la consignación efectuada cuando la cantidad que se consigna no es incrementada con los intereses devengados. Asimismo, es de interés la sentencia que versa sobre las competencias autonómicas para fijar criterios de valoración expropiatoria en la legislación sectorial, que sienta la prevalencia de la norma estatal en la medida en que ésta es la constitucionalmente llamada a establecer la uniformidad de la garantía patrimonial. Igualmente merece destacarse el pronunciamiento que define la doctrina general sobre la posibilidad excepcional de contemplar expectativas urbanísticas en el justiprecio sobre terrenos rústicos cuando las cir-

cunstancias del caso así lo justifican, obligando a matizar la prohibición legal que establecía el TRLS de 1992 en tal sentido. Por último, también tiene cierta relevancia la sentencia que se comenta en relación a la retasación, en la medida en que corrige y matiza la doctrina jurisprudencial que tendía a incrementar el justiprecio con el IPC en los supuestos en que no queda constatado el aumento del valor inicialmente fijado para los bienes.

2. ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

A) Supuestos en los que procede la indemnización expropiatoria por la sustracción del *ius aedificandi* derivado de la proximidad de la propiedad al dominio público viario. Naturaleza jurídica de la llamada "línea límite de edificación"

En el número anterior de esta Revista comentábamos una STS de 20 de junio de 2002 en la que se exponía detalladamente la doctrina jurisprudencial sobre la procedencia o no de indemnizar las "limitaciones y servidumbres" que la legislación de carreteras impone a los terrenos colindantes a las mismas. El problema de la compensación patrimonial que puede conllevar la imposición de tales limitaciones es nuevamente abordado por la **STS de 13 de febrero de 2003,** Ar. 2091 de 2003, que centra su argumentación en la procedencia o no de indemnizar los perjuicios derivados del establecimiento de la llamada "línea límite de edificación". Línea que, como es sabido, implica la prohibición de todo tipo de construcciones dentro de una franja paralela a la vía que se sitúa en 50 metros en autopistas, autovías y vías rápidas y en 25 metros en el resto de las carreteras, medida siempre a partir de la arista exterior de la explanación.

La cuestión de la sustracción del *ius aedificandi* que pueden sufrir las propiedades aledañas al dominio público viario por la imposición legal de la mencionada "línea de edificación" ha sido tradicionalmente resuelta por nuestro ordenamiento afirmando la no indemnizabilidad de dicha limitación cuando el propietario del suelo pueda concentrar el aprovechamiento urbanístico correspondiente en el resto de la finca no afectada por dicho límite, y la procedencia de la indemnización expropiatoria por la privación del *ius aedificandi* en el caso contrario. Tal era la regla que establecía la Ley de Carreteras de 1974 y así lo dispone la aún vigente Ley de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión de 1972; previsiones que dieron lugar a una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que no se ha resentido a pesar del silencio que la vigente Ley de Carreteras de 1988 guarda en relación al deber de indemnizar en los supuestos en que no es posible la referida concentración edificatoria, como ratifica la STS de 13 de febrero de 2003 a la que antes nos referíamos.

Así, el Tribunal Supremo deduce la consecuencia indemnizatoria de conjugar la prohibición de edificar que actualmente establece el art. 25.1 de la Ley de Carreteras con el art. 1 de la LEF, tal y como razonan, entre otras muchas, las SSTS de 20 de enero de 1999,

Ar. 1080, de 12 de noviembre de 1998, Ar. 9462, o la de 12 de mayo 1996, Ar. 4359. Merece ser destacada, en este sentido, la especialmente clarificadora STS de 7 de Abril de 2001, Ar. 5757, donde se afirma que la privación del *ius aedificandi* en los terrenos comprendidos en la línea de edificación es una limitación del derecho de propiedad que supone una expropiación parcial cuando no es posible concentrar la edificabilidad más allá de la mencionada línea; hasta el punto de que la Administración tiene la obligación de incluir a los propietarios que se encuentren en esa situación en la relación de expropiados que acompaña al proyecto de construcción o modificación de la carretera, sin que contra ello quepa argumentar que los posibles daños o limitaciones que deriven de la efectiva construcción de la carretera podrían ser indemnizados en todo caso por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero no imponiendo a la Administración la expropiación del *ius aedificandi*. No estamos, en efecto, ante un supuesto de responsabilidad, pues no hay aquí, podría decirse, un daño antijurídico que el propietario no tenga el deber de soportar, sino la privación de una facultad de aprovechamiento que debe ser soportada siempre que se produzca su indemnización por vía expropiatoria.

Por otro lado, y con independencia de otras cuestiones, el deber de indemnizar que en los supuestos mencionados resulta de la imposibilidad de concentrar el aprovechamiento urbanístico más allá de la línea de edificación ha sido identificado en alguna ocasión como un signo revelador de la existencia de una servidumbre administrativa, dado que el esquema legal se ciñe a los conceptos de limitación y servidumbre. No obstante, es muy dudoso que ésta y otras de las llamadas servidumbres legales de *non aedificandi* que se dan en el ámbito del urbanismo sean verdaderas servidumbres administrativas. Cuando se produce la privación del tal aprovechamiento (en la medida en que éste venga reconocido en el correspondiente Plan) y se constata la imposibilidad de materializarlo por la vía de la concentración o reparcelación hay, en efecto, una limitación en la propiedad, una expropiación parcial consistente en la privación de una facultad de aprovechamiento, pero que a nuestro juicio no puede calificarse de verdadera servidumbre ya que, a pesar de verificarse en estos casos una desmembración del derecho de propiedad que se corresponde con un beneficio o utilidad pública (siempre será fácil deducir cuál es el beneficio obtenido por la privación, que en caso de las carreteras consiste en la seguridad del tráfico), no es posible reconocer en ellos el correlativo derecho de uso extraído a la propiedad, pues no hay aquí un sujeto o un conjunto de ellos que efectivamente pueda usar el beneficio detraído en su provecho ni tampoco hay título jurídico específico que materialice dicho aprovechamiento.

Más bien, la prohibición de edificar en los terrenos aledaños al dominio viario se configura técnicamente como una limitación general establecida *ministerio legis* que se comporta como una simple delimitación del contenido de la propiedad cuando puede operarse la concentración edificatoria o reparcelatoria aludida y como una limitación indemnizable por vía expropiatoria cuando esto último no es posible y se produce, por tanto, una *privación o limitación singular* por la eliminación del derecho del propietario a la justa distribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento (art. 1 de la LEF en relación con el art. 43 de la Ley de Suelo).

3. FUENTES NORMATIVAS DE LA EXPROPIACIÓN

A) Reparto de funciones normativas en materia expropiatoria; competencia del Estado para establecer los criterios de valoración para la fijación del justiprecio

El reparto de competencias sobre expropiación se enmarca en el contexto del art. 149.1.18 de la CE que, entre otras funciones, atribuye al Estado la "legislación sobre expropiación forzosa". En este sentido, el Tribunal Constitucional ha decantando el sistema de reparto sobre esta materia a lo largo de una línea jurisprudencial constante cuyo primer hito destacado fue la STC 37/1987, de 26 de marzo, en la que se le reconoce al Estado la competencia legislativa general dirigida a establecer una regulación uniforme para todo el territorio nacional que impida que "los bienes objeto de expropiación puedan ser evaluados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional y que se prive a cualquier ciudadano de alguna de las garantías que comporta el procedimiento expropiatorio" (FJ 6º).

Esta atribución al Estado de una competencia exclusiva sobre "las garantías expropiatorias de carácter patrimonial y procedimental" ha de compatibilizarse, no obstante, con el reconocimiento a las Comunidades Autónomas de una capacidad para legislar, en el ámbito de las expropiaciones necesarias para actuar sus competencias propias, sobre "aspectos organizativos" e, incluso, sobre ciertas cuestiones de procedimiento que "sean expresión o modulación de las normas procedimientales generales" fijadas por el Estado (STC 164/2001, de 11 de julio, FJ 36º). En relación a este extremo, la citada STC 37/1987 precisa que:

> "la reserva constitucional a favor del Estado sobre la legislación de expropiación forzosa no excluye que por Ley autonómica puedan establecerse, en el ámbito de sus propias competencias, los casos o supuestos en que procede aplicar la expropiación forzosa, *determinando las causas de expropiación o los fines de interés público a que aquélla deba servir*" (FJ 6º) (la cursiva es nuestra).

De modo que, como aclara la STC 61/1997, de 20 de marzo:

> "cuando el sector de que se trate sea de la exclusiva competencia autonómica, las peculiaridades que merezcan las expropiaciones especiales sólo podrán ser establecidas, en su caso, con un marcado carácter principial o mínimo y en cuanto sean expresión de las garantías procedimentales generales. En otros términos, a la regulación del procedimiento expropiatorio especial le es aplicable en buena medida la doctrina sobre el reparto competencial del procedimiento administrativo, esto es, que *se trata de una competencia adjetiva que sigue a la competencia material o sustantiva, con respeto, claro está, de las normas generales atinentes al procedimiento expropiatorio general que al Estado le corresponde establecer y sin perjuicio también de que no se le puede negar de raíz la posibilidad de fijar alguna norma especial en cuanto expresión o modulación de las normas procedimentales generales*" (FJ 31º) (la cursiva es nuestra).

Por consiguiente, "salvada la regulación uniforme de la institución como garantía de los particulares afectados" debe aceptarse, como expresamente declara la STC 37/1987, que para la consecución de sus respectivos fines la expropiación es "un medio indeclinable del que los poderes públicos pueden y deben servirse para el logro de sus fines cuando ello exija privar a los particulares de sus bienes y derechos por causa de utilidad pública o interés social"; de ahí que "no sólo la ejecución de las medidas expropiatorias sino también, en su caso, la definición de la concreta *causa expropiandi*" sean "competencias que no pueden disociarse de las que a cada poder público con potestad expropiatoria le corresponden para la determinación y cumplimiento de sus diferentes políticas sectoriales" (FJ 6º). Lo que en suma quiere decir, como recientemente ha sostenido la STC 164/2001, de 11 de junio, a propósito de la "legitimación de expropiaciones" a la que se refiere el art. 33 de la Ley 6/1998 del Suelo:

> "que la competencia del Estado para dictar la legislación sobre expropiación forzosa no puede impedir a las Comunidades Autónomas la fijación de las causas o fines expropiatorios en las concretas materias de competencia autonómica" (FJ 36º).

No obstante –y como se ha dicho–, la competencia autonómica para concretar sectorialmente la *causa expropriandi* ha de entenderse en todo caso sin perjuicio de la competencia estatal para establecer las garantías procedimentales y patrimoniales, incluyendo entre estas últimas los criterios relativos a la valoración expropiatoria, ya que, como afirma la STC 37/1987:

> "en tanto que institución de garantía de los intereses económicos privados, la expropiación forzosa implica la obligación de los poderes públicos de indemnizar a quien resulta privado de sus bienes o derechos por legítimas razones de interés general con un equivalente económico, que ha de establecerse conforme a los criterios objetivos de valoración prefijados por la Ley, a través de un procedimiento en el que, previa declaración de la causa legitimadora de la concreta operación expropiatoria, se identifica el objeto a expropiar, se cuantifica el justiprecio y se procede a la toma de posesión de aquél y al pago de éste. Sin duda la uniformidad normativa impuesta por la Constitución supone la igual configuración y aplicación de las mencionadas garantías expropiatorias en todo el territorio del Estado y, por ende, el estricto respeto y cumplimiento de los criterios y sistema de valoración del justiprecio y del procedimiento expropiatorio establecidos por Ley estatal para los distintos tipos o modalidades de expropiación" (FJ 6º).

Siguiendo esta doctrina constitucional, el Tribunal Supremo ha precisado en varias ocasiones el modo en que ha de interpretarse la competencia estatal para establecer las normas de valoración en aquellos casos en que existen normas autonómicas que fijen criterios de valoración a efectos expropiatorios. Es capital, en este sentido, la STS de 27 de enero de 2001, cuya doctrina ha sido reiterada por la **STS de 16 de diciembre de 2002,** Ar. 632 de 2003. En ambos pronunciamientos se afirma que la uniformidad constitucional supone la igual configuración y aplicación de las mismas garantías patrimoniales en el conjunto del Estado y, por ende,

> "el estricto respeto y cumplimiento de los criterios (...) de valoración del justiprecio y del procedimiento establecido por la ley estatal para los distintos tipos y modalidades de

> expropiación. De este modo, la competencia exclusiva que al Estado reserva el artículo 149.1.18º impide que los bienes objeto de expropiación puedan ser evaluados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional y que se prive a cualquier ciudadano de alguna de las garantías que comporta el procedimiento expropiatorio".

Lo cual no significa que les esté vedado a las Comunidades Autónomas cualquier regulación de las valoraciones exporpiatorias, sino que:

> "sólo se podrán tener en cuenta para calcular un justiprecio normas autonómicas cuando éstas se ajustan a las pautas o métodos de valoración contenidos en las leyes estatales, por ser éstas las únicas idóneas constitucionalmente a tal fin".

4. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

A) Consignación del justiprecio: procedimiento para efectuarla, efectos liberatorios y consecuencias de la falta de incremento de la cantidad consignada con los intereses devengados

Según establece la legislación expropiatoria, los acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación se agotan en su propia función tasadora, de lo que deriva su carácter ejecutivo. Por ello, una vez que dicho órgano determina el justiprecio de los bienes y derechos expropiados, éste debe ser pagado en los términos que prescriben los arts. 48.1 de la LEF para las expropiaciones ordinarias, y el 52.7ª para las de urgencia, incurriéndose, de lo contrario, en las consecuencias que para la morosidad prevén los arts. 57 LEF (intereses por demora en el pago del justiprecio) y 58 (retasación). Para evitar tales consecuencias y –salvo en el procedimiento de urgencia– poder ocupar el bien o ejercitar el derecho expropiado, es preciso pagar o consignar el justiprecio más la cantidad que proceda por el interés legal liquidado conforme a los arts. 56 y 57 de la LEF (art. 51.2 del REF). La consignación procederá especialmente cuando el expropiado rehúse recibir el pago, pero también en otros supuestos que enumera el art. 51.1 del REF en los que la discordia no se produce sobre la cuantía sino sobre otras cuestiones. De hecho, esta diversidad de causas que pueden originar la controversia sobre el acuerdo del Jurado es lo que explica la previsión del art. 50.2 de la LEF de subordinar la entrega provisional al resultado del litigio, pues de dirimirse sólo el justiprecio y haber acuerdo hasta una suma concreta carece de sentido calificar la entrega de provisional y subordinarla al resultado del litigio [lo que viene a demostrar que no se contemplan tan sólo los pleitos que versen sobre la valoración sino también aquellos en los que los interesados diriman otras cuestiones entre sí o con la Administración expropiante, como se deduce del art. 51.1.b) y 51.4 del REF].

En este contexto legal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene que la entrega de la cantidad consignada, cuando el propietario expropiado no ha rehusado recibir el justiprecio fijado por el Jurado, supone el cumplimiento de lo dispuesto en los arts. 48.1, 50.1, 51 y 52.7ª de la LEF, ya que, conforme a las reglas generales de la consignación de

deudas que contienen los arts. 1176 a 1181 del CC, para que la consignación libere al obligado al pago debe acreditarse el previo ofrecimiento de la cantidad, y sólo cuando el acreedor se niega a admitirla queda el deudor liberado de la responsabilidad. La consignación por sí sola, sin previo ofrecimiento, sólo produce el mismo efecto cuando varias personas pretenden tener derecho a cobrar, cuando se ha extraviado el título declarativo de la obligación o cuando se pretende realizar el pago estando el acreedor ausente o incapacitado (que son supuestos contemplados expresamente en el art. 51.1 del REF).

La **STS de 19 de diciembre de 2002,** Ar. 1062 de 2003, conoce de recurso de casación planteado por unos expropiados que denuncian la infracción del art. 51 del REF por parte de Sala *a quo*. El motivo casacional se fundamenta en que, una vez que los propietarios renunciaron a recibir el justiprecio fijado por el Jurado, el Ayuntamiento expropiante no realizó la consignación en la forma debida, ya que sin mediar litigio entre los expropiados ni disputa sobre la parte que le correspondía a cada uno, consignó el justiprecio poniéndolo a disposición la Gerencia Municipal de Urbanismo, órgano de la Administración expropiante, y no de los propios interesados o del Tribunal que debía conocer la impugnación del justiprecio. En consecuencia, el Tribunal Supremo entiende que la consignación estaba mal constituida y carecía de efectos, por lo que estima el motivo alegado.

Junto a ello, los recurrentes plantean la infracción del art. 51.2 del REF, así como de los arts. 1157 y 1177.2 del CC, dado que la consignación no incluyó los intereses por demora a los que se refieren los arts. 56 y 57 de la LEF, pero este otro motivo casacional es rechazado por el Tribunal Supremo por aplicación de su consolidada jurisprudencia en la materia. En este sentido, el Tribunal Supremo viene afirmando que a la consignación han de aplicársele efectos liberatorios del pago pese a que no lleve incorporada la suma de los intereses devengados a la que se refiere el art. 51.2 del REF. La razón es que el art. 1176 del CC señala que si el acreedor a quien se hiciese el ofrecimiento de pago se niega sin razón a admitirlo, el deudor queda libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa o la cantidad debida, precisándose en el art. 1177 que para que la misma libere al obligado deberá ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación, siendo ineficaz la consignación si no se ajusta a las disposiciones que regulan el pago. Por su parte, el art. 1157 del CC establece que una deuda no se entenderá pagada sino cuando se hubiese entregado la cosa o hecho por completo la prestación en que la obligación consistía. Por ello, en los supuestos de consignación de justiprecios resulta obligado precisar cuál es la cosa o prestación cuya falta de entrega o realización determina la responsabilidad del deudor. La cuestión en este punto es saber si la entrega completa de la cosa comprende o no los intereses por demora para que la consignación pueda cumplir los efectos liberatorios del pago o si, por el contrario, al no estar completamente entregada la cosa la consignación ha de reputarse ineficaz conforme a lo dispuesto en el anteriormente mencionado art. 1157 del CC.

En este contexto, el Tribunal Supremo sostiene que siendo el justiprecio el valor de sustitución conmutativo del derecho expropiado no pueden entenderse incluidos en el contenido material del justiprecio los intereses moratorios, pues son conceptos diferentes, de naturaleza distinta y que responden a factores diversos en su origen. Así, mientras que

el justiprecio (junto al 5 por ciento correspondiente al premio de afección) representa el valor del bien o del derecho expropiado y tiene naturaleza conmutativa o sustitutiva del bien o derecho expropiado, los intereses tienen la naturaleza compensatoria –una "indemnización" en la dicción literal del art. 56 de la LEF– que deriva de la demora en la determinación o pago de aquél, pero no integran el contenido material del justiprecio, siendo más bien un crédito accesorio al mismo que se devenga *ministerio legis*. Asimismo, justiprecio e intereses se diferencian porque el primero siempre es una cantidad líquida, mientras que los segundos necesitan cuantificarse según los baremos que se aplican en función del retraso para determinar su liquidez y exigibilidad subsiguiente. Y es la diversa naturaleza de uno y otro concepto lo que determina, a efectos de la consignación, que el depósito del justiprecio siguiendo el procedimiento legalmente establecido produzca los efectos liberatorios del pago tal y como se deriva del art. 1169 del CC, que, respecto del pago parcial, no permite la recepción fraccionada de las prestaciones en que consista la obligación, pero sí cuando la deuda tuviera una parte líquida y otra ilíquida, en cuyo caso podrá hacer el deudor el pago (y, en su caso, la consignación) de la primera sin esperar a que se liquide la segunda.

B) Doctrina jurisprudencial sobre la valoración de las expectativas urbanísticas en suelo no urbanizable a la luz del artículo 49 del TRLS de 1992

El problema de las expectativas urbanísticas en las expropiaciones de suelo no urbanizable durante la vigencia del Real Decreto Legislativo 1/1992 ha sido resuelto por el Tribunal Supremo en el sentido de que no puede afirmarse con carácter general la prohibición de incluir expectativas urbanísticas en el valor del suelo no urbanizable o urbanizable no programado, de modo que la valoración del terreno en función de usos distintos al puramente rústico es posible de modo excepcional.

Así, aunque el art. 49 del TRLS de 1992 obligaba a valorar ese tipo de suelo "sin consideración alguna a su posible utilización urbanística" (es decir, sin tener en cuenta las llamadas expectativas urbanísticas derivadas de circunstancias tales como la proximidad a núcleos urbanos u otras situaciones de interés especial), el Tribunal Supremo tiene declarado que el concepto de expectativas urbanísticas no es una noción unívoca y que, por lo tanto, admite matizaciones que impiden proclamar, con el carácter absoluto e imperativo que hace el mencionado precepto, la imposibilidad de excluirlas de la valoración.

En este sentido, la **STS de 12 de diciembre de 2002,** Ar. 35 de 2003, afirma que:

> "Existe cuando menos un supuesto en el que, en el momento de justipreciar los bienes, la clasificación del terreno como no urbanizable no impone necesariamente que haya de valorarse el terreno exclusivamente en función de su aprovechamiento agrario. Se trata de aquél en que de las determinaciones autorizadas por la norma sectorial y concretadas por el planeamiento que realiza la clasificación se desprende que le compete un uso específico de otro orden. El destino del suelo no depende sólo del título que formalmente se le atribuya como no urbanizable –pues esta categoría no tiene más significado que el enca-

> minado a preservarlo del proceso urbanizador, excluyéndolo de toda forma de propiedad urbana derivada de los usos constructivos o edificatorios característicos de este tipo de propiedad–, sino también de la determinación de los usos a los que con carácter sectorial puede ser orientado".

En este orden de consideraciones, STC 61/1997 declaró que el art. 15 del TRLS de 1992 (según el cual "los terrenos clasificados como suelo no urbanizable, o denominación equivalente atribuida por la legislación autonómica, no podrán ser destinados a fines distintos del agrícola, forestal, ganadero, cinegético y, en general, de los vinculados a la utilización racional de los recursos naturales, conforme a lo establecido en la legislación urbanística y sectorial que los regule") "no es un precepto (...) que condicione las diversas competencias sectoriales autonómicas susceptibles de incidir sobre ese territorio y al que, desde una óptica estrictamente urbanística, el TRLS califica de suelo no urbanizable". Así, tras la STC 61/1997 ha quedado establecido que la labor de determinar los usos del suelo con arreglo a un determinado modelo urbanístico no compete al Estado (que en este punto debe limitarse a fijar las normas sobre valoración del suelo y a las grandes categorías en que debe clasificarse), de forma que las limitaciones que afectan al suelo no urbanizable tienen una finalidad meramente preservadora, pero no impide un margen normativo autonómico para delimitar el suelo y atribuirle fines que, sin ser estrictamente agrarios, sean acordes con el aprovechamiento de los recursos naturales del terreno y lo mantengan igualmente preservado del proceso urbanizador.

En valor que al terreno puedan añadir estos posibles usos no puede considerarse en atención a su posible utilización urbanística, pero no cabe excluir que en algunos casos pudiera concebirse como la actualización de una expectativa ajena a su rendimiento agrario intrínseco. No puede asegurarse, dada la imprecisión y la versatilidad del término "expectativas urbanísticas", que excepcionalmente otros usos puedan considerarse expectativas consolidadas por hallarse, por ejemplo, en relación instrumental con áreas urbanizadas del suelo.

Junto a ello, la citada STS de 12 de diciembre detecta otro supuesto en el que podrían considerarse expectativas urbanísticas en terrenos rústicos: aquel en el que el legislador sectorial autonómico mantiene la clasificación del bien como no urbanizable durante la expropiación pero ésta se produce con la previsión del cambio de clasificación, expreso o tácito, en función de una utilización ligada al proceso urbanizador. En este supuesto, en efecto, y atendiendo a las circunstancias de cada caso:

> "debería estudiarse si la inclusión en el valor de las expectativas urbanísticas no comporta –en lugar de una consideración de la posible utilización urbanística del terreno vedada por la Ley– un cálculo de su valor adecuado a los usos previstos para el futuro, pero ciertos en cuanto a su realización".

Obsérvese que, en supuestos como los planteados y en otros análogos, la valoración del terreno con arreglo a una rentabilidad ajena a la estrictamente agraria no sería contraria a lo ordenado por el TRLS de 1992 sobre determinación del valor inicial con arreglo a los criterios para la determinación de los valores catastrales (recuérdese que el art. 68.2

de la Ley de Haciendas Locales permite tener en consideración, además de factores técnico-agrarios y económicos, "otras circunstancias que les afecten"), ni a la prohibición de tomar en consideración la posible utilización urbanística del terreno, puesto que se trataría de valorar aprovechamientos ya reconocidos de orden no estrictamente urbanísticos, o incluso de carácter urbanístico que se correspondan a una nueva clasificación del terreno ordenada por la Ley para ejecutar las actuaciones motivadas por la expropiación.

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Retasación: no puede ser inferior al justiprecio anteriormente establecido aunque el valor del mercado haya descendido; sin que tampoco sea procedente un incremento mimético en relación al coste de la vida, pudiendo coincidir la retasación con el justiprecio inicial

La **STS de 30 de enero de 2003,** Ar. 1035, resuelve en casación la desestimación del recurso interpuesto por un propietario que instaba la retasación de los bienes que le habían sido expropiados. La Sala de instancia resolvió que era improcedente la reclamación del propietario que pretendía que se incrementase el valor resultante de la retasación, inferior al justiprecio inicialmente fijado, ya que –según el Tribunal *a quo*– la retasación no tiene que ser necesariamente superior al justiprecio cuando el valor de los bienes expropiados sufre una depreciación en el mercado.

Frente a esta argumentación, el Tribunal Supremo esgrime su jurisprudencia según la cual en la retasación no cabe fijar un justiprecio inferior al inicialmente determinado porque ello:

> "alteraría la naturaleza de la retasación y la trasmutaría una modalidad de responsabilidad por demora en un premio para la Administración negligente, y además supondría una infracción del artículo 33, ya que supondría privar al expropiado de un derecho a percibir el justiprecio inicialmente fijado, quebrando así el equilibrio económico entre el bien expropiado y la correspondiente indemnización en el momento en que se produce la privación de aquél".

Efectivamente, la retasación tiene su razón de ser en la necesidad de compensar la negligencia de la Administración cuando la demora en el pago se dilata por más de dos años, supuesto en el que el legislador entiende que los intereses por demora en el pago del justiprecio no son suficientes para compensar los perjuicios derivados de la misma. Por ello,

> "la retasación es un instituto establecido en garantía del expropiado que no puede convertirse en una fórmula para reducir el justiprecio so pena de atentar contra la naturaleza de la institución".

Otra cuestión es si el justiprecio fijado en la retasación puede ser no ya menor sino igual al inicial en aquellos casos en los que el valor de lo expropiado permanece inalterado o

disminuye con el transcurso del tiempo. En este sentido, el Tribunal Supremo tiene declarado que si la retasación tiene por finalidad corregir el valor conmutativo que el justiprecio representa y que se presume alterado por el transcurso del tiempo, lo pertinente es acreditar si el justiprecio en la retasación obedece a la realidad en el momento en que aquélla se solicita, con el límite señalado de no poder ser inferior al valor inicialmente fijado.

En este orden de problemas, la jurisprudencia ha acudido en ocasiones, a falta de otros datos, a la variación de los índices de precios al consumo, pero, como declara la sentencia que se comenta, ello no significa que el justiprecio haya de incrementarse siempre, como si de un mínimo se tratase, con dicho índice. Así, la STS de 7 de diciembre de 1984 ya dijo que tal criterio no es aplicable automáticamente (porque, tratándose de una edificación, es cierto que el valor del suelo y de lo edificado aumenta con el tiempo, pero también la construcción se deprecia por su deterioro). En consecuencia, si bien ha de presumirse *iuris tantum* que el valor de lo expropiado se incrementa por el transcurso del tiempo de forma que, a falta de otros parámetros, podrá utilizarse el IPC como referencia, en casos como el que analiza la sentencia comentada en los que queda probado que el valor rústico de los bienes expropiados no ha sufrido incremento alguno, el justiprecio en la retasación puede coincidir con el inicial (aparte los intereses devengados). Y ello no lesionaría el derecho del expropiado –añade el Tribunal– a percibir como mínimo el justiprecio originario, pues lo contrario supondría un enriquecimiento injusto para aquél que rompería el equilibrio patrimonial en que se justifica el sentido conmutativo de la expropiación.

Juan Antonio Carrillo Donaire
Emilio Guichot Reina
Francisco López Menudo

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad. A) Daños causados por concesionarios: inexistencia de corresponsabilidad administrativa. B) Festejos taurinos: compatibilidad del cobro del "seguro de accidentes" y del "seguro de responsabilidad civil" en los casos de defectos en la organización. C) Responsabilidad solidaria de Ayuntamiento y Comunidad Autónoma por retraso en la aprobación de proyecto de reparcelación y aprobación de un nuevo Plan de Ordenación Municipal implica una reducción del aprovechamiento. **3. Objetividad del sistema y nexo de causalidad. Responsabilidad por omisión del deber de mantenimiento y limpieza de las vías públicas. Desplazamiento a la Administración de la carga de la prueba acerca del cumplimiento de los estándares exigibles. 4. Antijuridicidad del daño y obligación de soportarlo.** A) Contagio del virus del SIDA y de la hepatitis C: doctrina general. B) Intervenciones quirúrgicas realizadas conforme a la *lex artis ad hoc*. Falta de antijuridicidad del daño y cláusula del estado de los conocimientos. **5. Daño indemnizable.** A) Expedición de certificado dentro del plazo legal pero con posterioridad al plazo límite de expiración de la convocatoria de concurso a la que se pretende aportar. Existencia de funcionamiento anormal pero falta de efectividad del daño, al presumirse el padecimiento de retrasos similares por parte de otros candidatos. B) Conceptos indemnizables en los casos de secuelas físicas invalidantes. **6. Acción de responsabilidad y procedimiento. Prohibición de desviación de procedimiento, cuando se pretende obtener por vía de responsabilidad el mismo resultado que pudo alcanzarse impugnando en plazo el acto del que deriva el daño. 7. Responsabilidad del Poder Judicial.** A) Error judicial: imposibilidad de acumular un recurso extraordinario de revisión y una acción para la declaración de error judicial. B) Funcionamiento anormal: determinación del sujeto al que corresponde la carga de la prueba de la devolución íntegra de objetos objeto de depósito judicial. C) Prisión preventiva: supuesto de inexistencia subjetiva.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

De los diversos aspectos del instituto de la responsabilidad administrativa tratados en las no escasas sentencias aparecidas en el período considerado por esta Crónica, merecen ser destacados un gran número de pronunciamientos del Tribunal Supremo que ponen en su debido punto el decisivo tema del *onus probandi*, lo que es de celebrar en pro del justo equilibrio de esta carga, tradicionalmente descompensada en perjuicio de los reclamantes.

Nuevamente nos encontramos con resoluciones judiciales que afrontan el infausto tema de la contaminación transfusional del virus del SIDA y de la Hepatitis C, con su aneja cuestión sobre la aplicabilidad o no de la cláusula del "estado de los conocimientos" *ex* art. 141.1 de la Ley 30/1992. Y a propósito de tal precepto traemos a colación una importante Sentencia del TS de 14 de octubre de 2002 que nos ha dado pie para hacer alguna reflexión sobre la tendencia, cada vez más visible, a hacer un socorrido uso de dicha cláusula –por esencia excepcional– para solventar supuestos "corrientes" que de estar sometidos al juego natural de las reglas de la responsabilidad objetiva darían lugar a indemnización, pero que por razones que quizás están en la propia naturaleza de las cosas es preciso dejarlos extramuros del mecanismo de la objetividad ciega al objeto de no convertir la responsabilidad administrativa en un seguro cobertor de cualquier área de la vida. En este caso el recurso argumental no ha sido otro que la aplicación del art. 141.1 referido, lo que a nuestro juicio merece una llamada de atención sobre el deber de no extralimitar la función de dicha cláusula.

2. IMPUTABILIDAD

A) Daños causados por concesionarios: inexistencia de corresponsabilidad administrativa

La **STS de 16 de diciembre de 2002,** Sala de lo Civil, Ar. 199, corrige una interpretación amplia del tribunal de instancia acerca de la imputabilidad de responsabilidad a la Administración por daños causados por concesionarios. El supuesto es el de unas personas que resultan intoxicadas por ingestión de detergente incoloro para lavavajillas que les es servido por confusión (al encontrarse en una botella de agua mineral) en un quiosco-terraza cuya gestión había sido otorgada en concesión.

En todas las instancias se condena por negligencia al concesionario, pero resulta controvertido si ha de condenarse como corresponsable al Ayuntamiento, que figura como codemandado. La cuestión es clave, debida a la parcial insolvencia del concesionario, y a que éstos no habían suscrito póliza de seguro, en contra de lo dispuesto en las cláusulas de la concesión. Al respecto, la sentencia de primera instancia condenó a los particulares pero absolvió al Ayuntamiento, por falta de relación de dependencia entre el mismo y quienes explotaban el chiringuito. Por el contrario, el tribunal de segunda instancia condenó solidariamente al Ayuntamiento, razonando que "le correspondía colocarse en la posición de garantía que supondría la existencia de una póliza de seguros que hubiera

respondido de las indemnizaciones", pues, no era "ajeno a los beneficios empresariales del negocio ni a los riesgos que podía generar, habida cuenta de la facultad de vigilancia que funda el nexo entre la conducta de los codemandados y el ámbito de la concesión administrativa y del Ayuntamiento y la Comisión municipal correspondiente". Contra esta condena recurre el Ayuntamiento en casación, y sus argumentos son acogidos por el TS:

> "Pues bien, este motivo ha de ser estimado por las siguientes razones: a) Los hechos determinantes de la responsabilidad del Ayuntamiento según la demanda eran la falta de póliza de seguro de responsabilidad civil y la solvencia solamente parcial de los condenados penalmente por los mismos hechos, de suerte que nada se alegaba sobre el incumplimiento de su función de policía en materia de seguridad e higiene ni sobre la falta de inspección del quiosco, cuestiones introducidas por la parte actora-recurrida al impugnar el recurso de casación y que, por ser nuevas y no haber sido sometidas a debate en las instancias, no pueden ser tratadas. b) Es evidente e indiscutido que en el quiosco o chiringuito donde sucedieron los hechos no se prestaba ningún servicio público ni se ejercía actividad alguna que pudiera guardar relación con servicios a cargo del Ayuntamiento sino que, muy al contrario, se explotaba un negocio de hostelería estrictamente privado o particular. c) La adjudicación de la explotación de un quiosco-bar con terraza mediante subasta pública para la temporada de verano a un industrial del ramo de la hostelería no implica, como entiende la sentencia recurrida, que el Ayuntamiento participara de algún modo en los beneficios empresariales asumiendo así una posición próxima a la del adjudicatario, sino, según se desprende del pliego de condiciones que regían la adjudicación, la mera cesión temporal de un espacio público para el ejercicio de una actividad autónoma hostelera por el adjudicatario, quien una vez pagado el precio resultante de la subasta no tenía que hacer partícipe al Ayuntamiento de los beneficios de la explotación. d) Resulta, así, que lo que en verdad se está imputando al Ayuntamiento no es una responsabilidad por la causación del daño, sino una responsabilidad por la eventual insolvencia de los verdaderos responsables del daño al no haber cuidado debidamente el cumplimiento de la exigencia contenida en la base 11ª del pliego de condiciones consistente en que el adjudicatario acreditase póliza de responsabilidad civil 'que asegure los riesgos', línea argumental que quiebra en cuanto se considere que ninguna cobertura mínima se asignaba a la póliza de seguros y que, por tanto, su presentación por el adjudicatario no habría supuesto necesariamente para la parte actora una garantía de cobro de la suma indemnizatoria concretamente fijada por la sentencia recurrida, razón por la cual no puede hacerse civilmente responsable de su pago al Ayuntamiento en solidaridad con los verdaderos responsables del daño, al faltar el nexo causal entre el descuido de aquél en orden a una de las exigencias que debía cumplir el adjudicatario y el daño cuya indemnización se reclama."

Es importante extraer la conclusión del no reconocimiento por el TS de un tipo de responsabilidad subsidiaria de la Administración en el caso de insolvencia del concesionario (responsabilidad que tampoco está reconocida expresamente en el plano legal), postura doctrinal que sin embargo hay que minimizar en este caso dado que la propia Sentencia no reconoce la existencia de una auténtica concesión en el supuesto enjuiciado.

B) Festejos taurinos: compatibilidad del cobro del "seguro de accidentes" y del "seguro de responsabilidad civil" en los casos de defectos en la organización

La **STS de 10 de febrero de 2003,** Ar. 1079, también de la Sala de lo Civil, nos brinda un caso más de daños físicos sufridos con ocasión de festejos taurinos organizados por Ayuntamientos. En concreto, el de un espectador que se encuentra a la entrada de un bar donde no existe valla de protección alguna, y que es embestido por una res que se volvió al ser llamada por un grupo de personas, en una zona cuya seguridad no había sido certificada por el arquitecto, al desconocer que el encierro iba a transitar por la misma.

La regulación de estos festejos se encuentra en el Reglamento de Espectáculos Taurinos, en el que, entre otros requisitos, se exige certificado de arquitecto o aparejador en que conste que las instalaciones reúnen condiciones de seguridad y solidez; así como póliza de seguro colectivo por la cuantía suficiente para cubrir cualquier riesgo o accidente que pueda producirse con motivo del festejo. El Tribunal Supremo considera que este "seguro de accidentes" cubre contra los riesgos de heridas graves que puedan producirse durante el festejo, y es independiente de la posible responsabilidad extracontractual por culpa (nótese que el pronunciamiento proviene de la Sala Primera) en que pueda incurrir el Ayuntamiento, y que, a su vez, puede igualmente asegurarse mediante el correspondiente "seguro de responsabilidad civil", regulado como especie del seguro de daños por la Ley de Contrato de Seguro.

Tras un análisis acerca del ámbito de cobertura de ambos seguros, en general y en el caso de autos, en el que no entraremos en esta crónica, el TS estima que en este supuesto la víctima queda cubierta por ambos seguros, que cubren distintos riesgos, y generan así distintos y acumulativos títulos jurídicos de obligar. En el caso del seguro de accidentes, se obtiene indemnización simplemente por tratarse de una actividad bajo la cobertura del "seguro de accidentes" y en el segundo (cubierto por el "seguro de responsabilidad civil") porque la Administración municipal ha incurrido en responsabilidad extracontractual, habida cuenta de la grave omisión en que incurrió al no extenderse la certificación correspondiente a la supervisión por el arquitecto de las instalaciones a utilizar.

C) Responsabilidad solidaria de Ayuntamiento y Comunidad Autónoma por retraso en la aprobación de proyecto de reparcelación y aprobación de un nuevo Plan de Ordenación Municipal que implica una reducción del aprovechamiento

En la **STS de 11 de diciembre de 2002,** Ar. 183, la aprobación de un Plan General modifica la edificabilidad asignada a una Unidad de Actuación, con la consiguiente disminución del aprovechamiento atribuido por el anterior Plan. El Tribunal Supremo admite que dicho aprovechamiento no había llegado a patrimonializarse, pero lo imputa a la actitud pasiva del Ayuntamiento en la aprobación del Proyecto de Reparcelación, presentado en su día por los reclamantes, y que hubo de esperar nueve años y una sentencia conminatoria para su aprobación definitiva. Por ello, la obligación de indemnizar no deriva, por tanto, del art. 237.1 TRLS de 1992, sino de la normativa general sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, y alcanza de forma solidaria tanto al Ayuntamiento

como a la Comunidad Autónoma, ya que la disminución del aprovechamiento se produjo con la aprobación del nuevo Plan, que, como sabemos, se lleva a cabo con carácter provisional por el primero, y con carácter definitivo por la segunda. De este modo:

> "Sea o no aplicable al caso el artículo 140 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (que parece que sí lo es, aunque sea por analogía, ya que nos encontramos ante una actuación que, si no es propiamente 'colegiada' entre varias Administraciones públicas, es en todo caso 'compartida'), lo cierto es que la solución de la responsabilidad solidaria entre Administración Autonómica y Ayuntamiento en la aprobación de los Planes de Urbanismo es plenamente conforme a una jurisprudencia ya consolidada de este Tribunal Supremo, expresada, entre otras, en Sentencias de 15 de noviembre de 1993, 2 de febrero de 1999 y 18 de marzo de 1999. Todo ello, desde luego, sin perjuicio de las relaciones internas entre ambas Administraciones Públicas."

3. OBJETIVIDAD DEL SISTEMA Y NEXO DE CAUSALIDAD. RESPONSABILIDAD POR OMISIÓN DEL DEBER DE MANTENIMIENTO Y LIMPIEZA DE LAS VÍAS PÚBLICAS. DESPLAZAMIENTO A LA ADMINISTRACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA ACERCA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES EXIGIBLES

La aplicación judicial del Derecho se resuelve, a menudo, en una cuestión de prueba, lo que tiene particular asiento en los casos de responsabilidad patrimonial. Por ello, una cuestión crucial radica en determinar a quién corresponde la carga de la prueba de cada uno de los elementos de este instituto. Si bien el principio general consiste en que la carga de la prueba del daño y del nexo de causalidad corresponde al reclamante, la cuestión no puede resolverse en términos simplistas, ya que en muchas ocasiones ello equivaldría a condenar al perjudicado a una actividad probatoria imposible. Piénsese, por ejemplo, en la acreditación de la deficiencia en la ejecución de una intervención quirúrgica, cuando el paciente, que carece de conocimientos médicos, se encuentra además anestesiado. A ello debe añadirse que la causalidad, en tanto que elemento puramente fáctico, no aporta, ni con mucho, todas las claves para determinar cuándo procede conceder indemnización, ya que la antijuridicidad del daño y la consiguiente obligación de soportar el daño, se constituyen, como sabe bien el atento seguidor de estas crónicas, en elemento *de facto* decisivo. Todo ello explica que la jurisprudencia pondere otro principio a la hora de determinar a quién corresponde la carga probatoria, cual es el de la facilidad probatoria: la carga corresponde a aquel que cuenta con mayor posibilidad de aportar los datos que permiten resolver el asunto con conocimiento de causa.

Al respecto, resulta ilustrativa la **STS de 3 de diciembre de 2002,** Ar. 203, que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina en el que insta la responsabilidad solidaria del Ayuntamiento y de la Diputación el conductor de una motocicleta que patinó al circular por una gran mancha de líquido muy deslizante que cubría un carril completo y parte del otro cuando circulaba por una vía urbana de titularidad provincial.

La sentencia de instancia estima que corresponde al lesionado acreditar la existencia del hecho (derrame) y del nexo causal, lo que comprende la probanza de los hechos que

expliquen de qué manera el defectuoso funcionamiento del servicio público actuó como una causa mediata en la producción de la lesión, esto es, la existencia de déficit en los recursos dirigidos a vigilar la presencia de situaciones de riesgo que afecten al cumplimiento de los deberes administrativos de conservación y mantenimiento de los elementos de la carretera, o el eventual defecto de eficiencia administrativa en la restauración de las condiciones de seguridad alteradas. Y la Sentencia *a quo* llega a afirmar esto pese a reconocer que en este caso la carga de la prueba se modera por el criterio de la facilidad de la prueba. A la postre, el tribunal de instancia llega por sí mismo a una conclusión indiciaria, al estimar que el vertido de aceite sobre el pavimento tuvo lugar poco antes de la ocurrencia del siniestro, y permaneció en la calzada poco más de media hora, deduciéndolo fundamentalmente de la inexistencia de ningún otro accidente en ese tramo, ya que tratándose de una gran mancha en una vía muy transitada, de haber permanecido un tiempo considerable hubiese provocado, a juicio del tribunal, más de un siniestro. En consecuencia, estima que "no transcurrió un tiempo suficiente como para establecer que el siniestro hubiera podido evitarse mediante una actuación administrativa desarrollada dentro del nivel de eficiencia en el rendimiento del servicio de carreteras exigible de la Administración competente".

El Tribunal Supremo casa dicha sentencia. Afirma que corresponde a la Administración la acreditación de la circunstancia de hecho que defina el estándar de rendimiento ofrecido por el servicio público para evitar las situaciones de riesgo de lesión patrimonial de los usuarios del servicio derivadas de la acción de tercero y para reparar los efectos dañosos en el caso de que se actúe tales situaciones de riesgo. Considera que, en el caso de autos, la Administración demandada no ha intentado siquiera acreditar los datos sobre el hecho controvertido que le resultaba de fácil aportación al proceso, cuales son el estándar de funcionamiento del servicio municipal de vigilancia y mantenimiento de los viales de su titularidad y la forma de cómo se aplicó dicha capacidad para la prestación del servicio anterior a que se produjera el accidente, siendo así que el conocimiento sobre las referidas circunstancias organizativas y funcionamiento del servicio de vigilancia y de mantenimiento hubieran permitido llegar a una conclusión certera sobre si excedía o no de lo razonablemente exigible el que se hubiera producido una previa limpieza de la calzada en el tramo en el que ocurrió el siniestro. En definitiva, a la Administración le correspondía acreditar que, con los medios que disponía resultaba imposible evitar hechos como el ocurrido, procediendo a la limpieza de la vía pública o a la colocación de señales que indicaran la peligrosidad del pavimento. A lo que añade que, cuando se desconoce el momento en que se produjo el vertido de la sustancia deslizante y si éste ocurrió en un momento inmediatamente anterior al accidente, no cabe presumir, como hizo el tribunal de instancia, una actuación eficaz de la Administración por el hecho de la inexistencia de otros accidentes, pues la mayor o menor circulación de vehículos automóviles por la vía urbana no permite, sin más, suponer la inmediación entre el derrame y el accidente, ya que en el presente caso éste se produjo circulando con una motocicleta, evidentemente con más riesgo de deslizamiento que el de otros vehículos automóviles que, fácilmente, pudieron haber atravesado antes la calzada sin sufrir ningún accidente. Tampoco cabe asimilar este tipo de derramamientos en vías urbanas a los que

pueden ocurrir en otro tipo de vías, pues éstas requieren un mayor control por parte del servicio encargado del mantenimiento y limpieza de la vía pública. Con ello, el TS sale al paso de la invocación de su Sentencia de 8 de octubre de 1986, Ar. 5663, en que se denegó la indemnización en un supuesto de vertidos en una carretera en que, por lo demás, constaba en el expediente que la función de policía relativa al mantenimiento en debidas condiciones de la vía pública se realizaba en aquella zona en la forma habitual.

Finalmente, cabe reseñar que la Sentencia identifica como responsable a la Diputación, titular de la vía conforme a la normativa aplicable, y no así al Ayuntamiento, en ausencia de entrega a éste de dicho tramo de vía por haber adquirido la condición de vía urbana o de existencia de un convenio entre ambos.

Resulta interesante comparar la sentencia comentada con la **STS de 16 de diciembre de 2002,** Ar. 583, pues comparten supuestos parecidos de accidentes causados por la presencia de aceite en vías públicas. La Administración alegaba que el servicio municipal había actuado dentro de lo posible y razonable para limpiar el aceite derramado sobre la calzada, pues desde que se dio aviso al Servicio de Bomberos hasta que éste finalizó su trabajo sólo transcurrieron treinta y ocho minutos, por lo que la caída del demandante obedeció a su imprevisión de cruzar la calle en unas circunstancias peligrosas para su estabilidad. En cambio, la Sentencia de instancia reconoció el derecho de indemnización. Y asimismo el TS deriva la responsabilidad de la falta de adopción de todas las precauciones hasta que hubiese desaparecido el riesgo, lo que se habría conseguido mediante la regulación del tránsito de peatones y vehículos en el tiempo que medió entre el aviso de la policía local al Servicio de Bomberos hasta que los servicios de limpieza eliminaron la mancha de aceite. Esta medida hubiera evitado el accidente, puesto que la llamada a los bomberos se produjo cinco minutos antes de producirse la caída, lo que indica que la policía local incumplió su deber de regular oportuna y diligentemente el tráfico rodado y de viandantes mientras acudían los bomberos. Al no hacerlo, su inactividad fue determinante del resultado lesivo producido y acarreó la responsabilidad de la Administración.

En síntesis, como puede comprobarse, se trata en ambos casos de causalidades indirectas (los autores de sendos derrames no aparecen ni como codemandados), y el Tribunal Supremo exige un estándar adecuado de buen funcionamiento administrativo.

4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO Y OBLIGACIÓN DE SOPORTARLO

A) Contagio del virus del SIDA y de la hepatitis C: doctrina general

Aunque la jurisprudencia ya parece firmemente asentada, nos parece oportuno reseñar cómo prosigue el goteo de asuntos que tienen en el contagio de los virus del SIDA y de la hepatitis C su presupuesto fáctico. Así, en el período de referencia, podemos reseñar las **SSTS de 29 de noviembre de 2002,** Ar. 283 y **de 25 de enero de 2003,** Ar. 941 (SIDA) y **de 27 de enero de 2003,** Ar. 971; **de 21 de octubre de 2002,** Ar. 1113, y **de 9 de enero de 2003,** Ar. 1977 (hepatitis C).

Estos asuntos vienen a suscitar, básicamente, las mismas cuestiones, lo que nos permite una exposición global:

– En primer lugar, para la determinación del *dies a quo*, ha de entenderse como un supuesto de daños continuados, en la medida en que se trata de patologías degenerativas que impiden considerar que los daños se encuentran estabilizados. No se toma en cuenta, pues, la fecha del diagnóstico.

– En segundo lugar, la jurisdicción administrativa entiende, con el respaldo en la previsión específica de la llamada "cláusula del estado de los conocimientos" del art. 141.1 de la Ley 30/1992 (tras su modificación por Ley 4/1999), que no concurre la nota del daño antijurídico cuando el contagio tiene lugar en fecha anterior a la *comercialización a nivel mundial de marcadores o reactivos que permitan detectar la presencia del virus en el plasma sanguíneo objeto de transfusión*. Obsérvese que es ésa la fecha que se toma de referencia y no, pues, las anteriores referidas a las primeras noticias científicas acerca de la existencia del virus, a la de su aislamiento, o a la de desarrollo a nivel experimental pero no comercial de las primeras técnicas de detección, pero tampoco la posterior de la previsión normativa sobre obligatoriedad de dichas pruebas. La acreditación de esta fecha corresponde a la Administración, salvo en los casos en que es notoria. Acerca de este dato fáctico, no obstante, pueden encontrarse discrepancias en la jurisprudencia, como ya hemos notado en crónicas anteriores. La fecha a tomar en consideración en el caso de contagio del virus del SIDA se sitúa en 1985, y, al respecto, resulta interesante ver la corrección que hace la **STS de 25 de enero de 2003,** Ar. 941, a la de 29 de noviembre de 2002, Ar. 283 (que, a su vez, se había apoyado en la de 17 de octubre de 2001, Ar. 10136), que había tomado como referencia la fecha de 1987. El TS hace constar que ya el Real Decreto de 6 de septiembre de 1985 reconocía la aplicación a nivel mundial de test de control sistemático del plasma sanguíneo, y que al año siguiente las Comunidades Autónomas de Cataluña y el País Vasco ya habían impuesto dicha obligación en sus respectivos ámbitos territoriales, lo que no ocurrió en el territorio gestionado por el INSALUD hasta la promulgación de la Orden de 18 de febrero de 1987. Por tanto, el propio reconocimiento por parte de la Administración sanitaria española de la comercialización de métodos de detección del virus ya en septiembre de 1985 hace que se considere dicha fecha, al menos, como reconocimiento del estado de conocimientos. Al respecto, añadimos nosotros, se ha señalado como fecha relevante abril de 1985, mes en el que tuvo lugar un Congreso internacional celebrado en Atlanta (EEUU) en el que los científicos pusieron de manifiesto el contagio transfusional de dicho virus y, coetáneamente, el Instituto Pasteur comercializó un test de detección del mismo. En el caso de la hepatitis C, el TS sitúa la fecha entre finales de 1989 y enero de 1990.

B) Intervenciones quirúrgicas realizadas conforme a la *lex artis ad hoc.* Falta de antijuridicidad del daño y cláusula del estado de los conocimientos

Como acabamos de notar, y hemos venido reiterando en números anteriores, la cláusula del "estado de los conocimientos" introducida en el art. 141.1 de la Ley 30/1992 por

la Ley 4/1999 ha sido aplicada hasta hoy, fundamentalmente, como fundamento normativo para excluir la indemnización de daños provocados por la inoculación de virus desconocidos en la fecha de la transfusión. Sin embargo, la cláusula comienza a ser empleada por la jurisdicción administrativa de una forma más amplia, a saber, como fundamento para excluir la responsabilidad por daños derivados de intervenciones quirúrgicas, cuando no se ha probado la existencia de ninguna desviación respecto de la *lex artis ad hoc*.

Esta argumentación merece una atenta reflexión, pues, a nuestro juicio, no hace sino evidenciar, una vez más, la artificiosidad de un sistema que se proclama "objetivo", algo que, salvo en sectores determinados y con fundamento en la idea del riesgo, llega a chocar con la propia noción de "responsabilidad". No es de extrañar, pues, que, como venimos observando a lo largo de estos cinco años de seguimiento exhaustivo de la jurisprudencia, la "anormalidad", la "negligencia", la "desviación del estándar" sigan apareciendo, recurrentemente, como las verdaderas claves del sistema. Lo que explica, dicho sea de paso, la identidad en las soluciones que el juez civil y el administrativo alcanzan ante un mismo supuesto.

En todo caso, y por lo que respecta al uso del nuevo art. 141.1 de la Ley 30/1992 ya hemos expresado nuestro parecer en crónicas anteriores (véase el núm. 17 de esta misma Revista) en el sentido de que dicha cláusula sólo cabe en supuestos excepcionales ya que para ellos está pensado el precepto, es decir, para aquellos casos límite en que la Administración resulta implicada en sucesos dañosos que caen absolutamente fuera de toda posibilidad de previsión, sin que quepa extenderlo sin más a los "asuntos corrientes" que depara el actuar cotidiano de las Administraciones Públicas. Éstos, por difíciles que sean, deben ser resueltos con los recursos argumentales ordinarios que brinda el instituto de la responsabilidad objetiva, aunque fuere con las modulaciones añadidas que aunque extrañas al sistema, como más arriba hemos ya indicado, constituyen de hecho una parte importante del acervo doctrinal que el TS viene manejando y que quizás sea imposible de desarraigar dada la enorme rigidez que implica moverse en los estrictos límites de un sistema objetivo puro. Pero aun sin dejar de reconocer esto último, creemos que el recurso al artículo 141.1, precepto este tan contestado por algún sector doctrinal, sólo se legitima por su uso restringido pues de otro modo se acabaría cargando de razón a esa doctrina reticente que ha querido ver, tras tan razonable precepto, una fisura por la que pueden evadirse las esencias del propio sistema de la responsabilidad objetiva a la que por designio de la Ley está sujeta la Administración.

Veamos, antes de concluir esta reflexión, el ejemplo que nos aporta la **STS de 14 de octubre de 2002,** Ar. 359. En ella, el daño trae su origen en una intervención de cirugía cardiovascular a la que es sometido un menor para procurar la curación de una grave dolencia cardíaca.

El tribunal de instancia declaró que tanto la intervención como el tratamiento postoperatorio habían sido acordes con la técnica quirúrgica al uso y los conocimientos médicos existentes en ese momento, por lo que el funcionamiento del servicio sanitario debía reputarse correcto y normal. Pero, a la vez, consideró probado que las deficiencias neurológicas que sufría el menor traían su causa de la referida intervención quirúrgica no

obstante haberse practicado mediante el empleo de la técnica adecuada, por lo que concedió indemnización, llevado por la objetividad del sistema de responsabilidad administrativo.

Por el contrario, para el Tribunal Supremo, cuando se actúa conforme a la *lex artis ad hoc*, y, no obstante, se produce un daño, éste no es antijurídico, como hoy explicita la cláusula del estado de los conocimientos del art. 141.1 de la Ley 30/1992. Obsérvese el razonamiento, porque pone de relieve, una vez más, la tensión de un Tribunal resuelto a romper el corsé que le impone un sistema que se proclama objetivo ("funcionamiento normal o anormal") y a decidir, *de facto*, a partir de estándares de diligencia, que encuentra en la cláusula del "estado de los conocimientos" su asidero argumental:

> "Aunque en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria tiene una importancia secundaria si la actuación del servicio médico ha sido correcta o incorrecta, lo cierto es que tal apreciación permite, en primer lugar, determinar con alto grado de certeza la relación de causalidad y, en segundo lugar, concluir si el perjuicio sufrido por el paciente es o no antijurídico, es decir si éste tiene o no el deber jurídico de soportarlo, ya que, según la jurisprudencia tradicional, ahora recogida por el precepto contenido en el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común redactado por Ley 4/1999, no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquéllos.
>
> En nuestra Sentencia de 22 de diciembre de 2001 (recurso de casación 8406/1997) declaramos que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto.
>
> La jurisprudencia (Sentencias de 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo, 24 de mayo y 30 de octubre de 1999) ha precisado que lo relevante en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no es el proceder antijurídico de la Administración, dado que tanto responde en supuestos de funcionamiento normal como anormal, sino la antijuridicidad del resultado o lesión.

La antijuridicidad de la lesión no concurre cuando el daño no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquél, incluyendo así nuestro ordenamiento jurídico como causa de justificación los denominados riesgos del progreso.

Ésta ha sido la solución adoptada por la jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo al enjuiciar, entre otras, las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria derivada del contagio del virus del sida (VIH) o de la hepatitis C (VHC) mediante transfusiones de sangre contaminada con dichos virus antes de descubrirse éstos y los marcadores para detectarlos.

Una cuestión no resuelta es la de la carga de la prueba del estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica, que la Sentencia de esta Sala Tercera de 31 de mayo de 1999 (recurso 2132/1995) afirmó que corresponde a la Administración, lo que, sin embargo, resulta irrelevante en este caso, dado que la Sala de instancia, con base en los informes periciales emitidos, ha declarado probado en la sentencia recurrida que la técnica quirúrgica fue correcta por haberse empleado todos los medios adecuados según el alcance de los conocimientos, apreciación fáctica, no discutida, que hemos de aceptar en casación.

La cláusula de los riesgos del progreso fue incorporada a la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, y transpuesta a nuestro ordenamiento interno por los artículos 6.1 de la Ley 22/1994, de 6 de julio, 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en la modificación introducida por Ley 4/1999, de 13 de enero, pero anteriormente venía siendo utilizada por la jurisprudencia para definir el daño como no antijurídico cuando se había hecho un correcto empleo de la *lex artis*, entendiendo por tal el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, que comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información.

En consecuencia, en contra del parecer de la Sala sentenciadora, el daño neurológico sufrido por el menor como resultado de la correcta intervención quirúrgica a que fue sometido, no puede calificarse de antijurídico, dado que no se pudo evitar según el estado de los conocimientos de la técnica quirúrgica en el momento de producción de aquél, sin perjuicio, como ahora expresamente establece el tantas veces citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, redactado por Ley 4/1999, de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos.

La antijuridicidad del daño no deriva, como declara el Tribunal *a quo* en la sentencia recurrida, de que el perjudicado no se colocase voluntariamente en la situación de riesgo por cuanto fue necesario que se sometiese a la intervención quirúrgica 'para procurarse una normal condición de vida e incluso su propio desarrollo orgánico', sino que vendría determinada por que no tuviese el deber jurídico de soportarlo, deber que en este caso existe, según hemos razonado, porque su lesión neurológica, causada por la intervención quirúrgica cardiovascular a que fue sometido, no pudo evitarse según el estado de los conocimientos de la técnica médico-quirúrgica existente en el momento de producción de aquélla."

Dado que no es la primera sentencia que lleva a cabo un uso similar de la misma, puede apuntarse ya que la "cláusula del estado de los conocimientos" comienza a perfilarse en la jurisprudencia del Supremo como un recurso para excluir la indemnización en los casos de daños hospitalarios de cualquier género (y no sólo la transmisión de virus desconocidos), en que, pese a quedar acreditada la existencia de nexo causal, la actuación administrativa haya sido correcta.

Como ya hemos afirmado no fue un supuesto tan general el que el legislador de 1999 trató de regular de forma expresa en el art. 141.1 de la Ley 30/1992, dado que en casos como el examinado más que de daños absolutamente imprevisibles e inevitables debería más bien hablarse de daños que entran dentro de los riesgos normales de cada intervención.El problema consiste, sencillamente, en si una vez descartado cualquier defecto en la aplicación de la *lex artis ad hoc* surge para el damnificado el deber jurídico de soportar la lesión que así ya no sería antijurídica. Pero no existe una Ley que disponga expresamente el deber de soportar esta suerte de "daños corrientes" excluidos del art. 141.1 con lo cual el problema se reconduce al callejón sin salida de una responsabilidad objetiva de la Administración aunque por "funcionamiento normal" del servicio. De ahí que los Tribunales se evadan de ese camino con el auxilio de argumentos de corte culpabilístico, ajenos al sistema; o que hagan auténticas piruetas de lógica jurídica, como en el caso comentado, a saber: traer al caso el apoyo del art. 141.1; proclamar que el sistema es objetivo y que prescinde de la idea de culpa; apreciar la existencia de nexo causal; negar el derecho de indemnización.

5. DAÑO INDEMNIZABLE

A) Expedición de certificado dentro del plazo legal pero con posterioridad al plazo límite de expiración de la convocatoria de concurso a la que se pretende aportar. Existencia de funcionamiento anormal pero falta de efectividad del daño, al presumirse el padecimiento de retrasos similares por parte de otros candidatos

El supuesto de la **STS de 14 de octubre de 2002,** Ar. 861, es el de un interesado que solicita de un Instituto Universitario certificación de haber realizado un curso de aptitud pedagógica, a los efectos de presentarla a un concurso de méritos. La certificación se expide dentro del plazo legal, pero con posterioridad al último día de plazo para la presentación de las solicitudes al concurso de méritos, siendo así que el interesado había manifestado a la Administración universitaria la necesidad de obtenerla con premura debido a la inminencia de dicho plazo. El Tribunal Supremo entiende que el plazo de resolución –de seis meses, por aplicación de lo dispuesto en el art. 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, entonces en vigor– lo es a efectos de entender producido el silencio, pero no justifica una demora de mes y medio para un trámite tan simple como expedir un certificado sobre realización de un curso (y ello pese a que la Administración universitaria había explicado que la sede del Instituto Universitario en cuestión se había trasladado a un campus diferente, lo que no se estima una razón suficiente). El daño es, pues, antijurídico. No obstante, entiende el Tribunal Supremo que no

se acredita un daño efectivo, al interpretar, como lo había hecho el tribunal de instancia, que en la misma situación que la recurrente se encontraron otros concursantes, de modo que no era posible saber el puesto que habría ocupado el demandante de haber contado todos ellos con la certificación librada tardíamente por el Instituto que les impartió el curso de aptitud pedagógica. Frente a las alegaciones del recurrente acerca de lo hipotético de tal afirmación, el Tribunal Supremo entiende que dicha circunstancia se deriva de los informes y certificaciones de la Dirección del Instituto de Ciencias de la Educación.

B) Conceptos indemnizables en los casos de secuelas físicas invalidantes

El tema de la identificación y evaluación del daño indemnizable puede a veces parecer menor, en comparación con la carga dogmática de elementos como la causalidad o la antijuridicidad, pero tal vez por ello mismo se presta, a nuestro juicio, a una mayor disparidad de criterios, sin que pueda afirmarse que se encuentre perfectamente resuelto, ni en lo que hace a la delimitación entre daño patrimonial, moral y físico; ni, sobre todo, en lo que se refiere a su cuantificación y su compatibilidad con otras prestaciones económicas. Así nos lo parece, al menos, a los redactores de estas crónicas, con la experiencia que dan las muchas centenas de sentencias ya analizadas.

Traemos como ejemplo dos sentencias recaídas en el período considerado.

– En la **STS de 23 de octubre de 2002,** Ar. 259, un mecánico sufre daños cuando desarrolla un trabajo en un hospital militar, cuyas secuelas determinan su jubilación por incapacidad absoluta. La sentencia de instancia, pese a apreciar la existencia de nexo causal, desestima su reclamación, al entender que el perjuicio ya había sido reparado a través de la vía de indemnización específica que para la situación de invalidez contempla el sistema general de la Seguridad Social, excluyendo con ello la vía genérica de reparación por responsabilidad patrimonial de la Administración. El Tribunal Supremo entiende que la pensión reconocida por la Seguridad Social es manifiestamente insuficiente, en cuanto sólo alcanza el cincuenta y cinco por ciento del sueldo real del reclamante, y por ello necesita ser complementada para obtener la reparación integral con diecisiete millones de pesetas, ya actualizados al día de la sentencia. Obsérvese que esta cantidad se reconoce en concepto de secuelas y daño moral, y no de disminución de ingresos patrimoniales.

– Por su parte, en la **STS de 10 de diciembre de 2002,** Ar. 32, el Supremo se enfrenta a un recurso de casación para la unificación de doctrina. La sentencia recurrida reconoció el derecho a indemnización por las secuelas y por el daño moral, pero negó la indemnización reclamada a) por el perjuicio patrimonial resultante de la incapacidad temporal para trabajar durante el período que media entre la producción del daño y el alta, al entender que durante el período de baja laboral se ha percibido la retribución a la que se haya tenido derecho en atención a las circunstancias personales y profesionales, y b) por la diferencia entre la pensión que percibe y la cantidad que venía percibiendo así como que se extienda esta indemnización hasta el momento de cumplir la edad de jubilación, ya que supondría una retribución de daños hipotéticos, pues no se puede tener garantía de que el recurrente hubiera estado trabajando hasta el momento de su jubilación cobrando la misma cantidad, "y lo que no puede es admitirse que por vía de res-

ponsabilidad patrimonial se obtengan las cantidades que sólo pueden percibirse como fruto de la actividad laboral previamente ejecutada". Por el contrario, el Tribunal Supremo acuerda una indemnización por el tiempo de inactividad, a razón de tres mil pesetas por día de baja (cantidad reclamada por el demandante) y, en concepto de indemnización por la disminución de actividades durante la vida futura, entiende que, al igual que ocurre con los daños morales, tiene un alto componente ponderativo, estimando también como razonable la cantidad solicitada (unos seis millones de pesetas). En cuanto a la indemnización por secuelas y daños morales, cuya cuantía había sido discutida, la fija en tres millones de pesetas.

6. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO. PROHIBICIÓN DE DESVIACIÓN DE PROCEDIMIENTO, CUANDO SE PRETENDE OBTENER POR VÍA DE RESPONSABILIDAD EL MISMO RESULTADO QUE PUDO ALCANZARSE IMPUGNANDO EN PLAZO EL ACTO DEL QUE DERIVA EL DAÑO

La **STS de 3 de diciembre de 2002,** Ar. 369, afirma el principio, también vigente en el Derecho comunitario y en otros ordenamientos de nuestro entorno jurídico, según el cual el interesado que no impugna en plazo un acto administrativo, y por tanto, lo consiente, no puede *a posteriori* utilizar la acción de responsabilidad (cuyo plazo de interposición es más prolongado) para alcanzar el mismo resultado que podría haberse derivado de la anulación de dicho acto administrativo. Se trata de evitar, así, las desviaciones de procedimiento.

7. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL

Como sabemos, la responsabilidad del Poder Judicial, regulada en la LOPJ, distingue una serie de supuestos (error judicial, funcionamiento anormal, prisión preventiva) dotados cada uno de ellos de una regulación específica. Traemos en este número un pronunciamiento sobre cada uno de ellos, en que se suscitan algunas cuestiones de interés.

A) Error judicial: imposibilidad de acumular un recurso extraordinario de revisión y una acción para la declaración de error judicial

Detenemos nuestra atención en esta ocasión en un aspecto procesal de la acción de responsabilidad por error judicial, abordado en la **STS de 9 de noviembre de 2002,** Ar. 263, en cuyo presupuesto (se trata, en suma, de una confusión entre términos médicos que lleva a un peritaje médico erróneo) no entraremos. Sí queremos, en cambio, reseñar algo acerca de la mecánica procesal de este género de reclamaciones. La acción judicial para el reconocimiento de error judicial no puede acumularse, ni siquiera eventual o subsidiariamente, en el mismo escrito procesal, con un recurso extraordinario de revisión. Ello implica, en palabras del Tribunal Supremo, una "autocontradicción procedimental" ya que el art. 293.1.f) LOPJ establece que "no procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente

los recursos previstos en el ordenamiento" (sin especificar, nótese, si son sólo los ordinarios o si se comprenden también los extraordinarios). La consecuencia que extrae dicho Tribunal es que el recurso extraordinario de revisión, por su carácter extraordinario, no interrumpe el plazo de tres meses fijado en el art. 293.1.a) LOPJ para ejercitar la acción judicial para el reconocimiento del error. De lo que parece colegirse, añadimos nosotros, que los recursos que han de agotarse son los ordinarios. Para el TS:

> "Es, por ello, que el actor, para 'conservar', de una manera improcedente, ambas vías judiciales, las dedujo simultáneamente cuando hubiera debido optar por la una o por la otra. Si entendió que lo procedente era la vía del artículo 102 de la LJCA 29/1998 (la del recurso de revisión), debe ahora pechar con las consecuencias de su fracaso, teniendo en cuenta que, por tratarse de una vía extraordinaria, no interrumpía el cómputo del plazo a los efectos del ejercicio temporáneo de la acción por error judicial (abusivamente sustentado de un modo hipotético).
>
> Y no cabe olvidar que, en todo caso, los plazos para la interposición de una acción judicial son siempre de 'caducidad' y, por tanto, el plazo de los tres meses a que se hace referencia en el comentado artículo 293.1.f) de la LOPJ (que, además, es de naturaleza expresamente 'inexcusable') no puede reputarse que haya sido interrumpido, en ningún caso, por la formalización y desarrollo del recurso de revisión."

A la vista de esta fundamentación, creemos que este pronunciamiento ha de interpretarse cabalmente no tanto como una prohibición absoluta de acumulación de ambas acciones, sino como un intento de evitar usos abusivos del recurso extraordinario de revisión, como medio de "reabrir" el plazo de la acción para declarar el error judicial cuando éste haya caducado por haber transcurrido más de tres meses desde el día en que se agotó la posibilidad de interponer recursos ordinarios contra la resolución a la que se imputa el error. Lo que conecta, como puede comprobarse, con la misma voluntad de evitar desviaciones de procedimientos en materia de responsabilidad administrativa de la que hemos dado cuenta en un epígrafe anterior.

B) Funcionamiento anormal: determinación del sujeto al que corresponde la carga de la prueba de la devolución íntegra de objetos objeto de depósito judicial

En la **STS de 27 de enero de 2003,** Ar. 1034, se ventila una doble reclamación de responsabilidad por padecimiento de prisión preventiva y por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, por parte de una persona acusada de delito de receptación. En cuanto al primero de los títulos de imputación, el Tribunal Supremo entiende que la absolución se fundamenta en la falta de prueba de la participación y no en la acreditación de la inexistencia subjetiva, por lo que no ha lugar al reconocimiento de indemnización.

Pero nos interesa centrarnos en la desestimación, más polémica, de la demanda por funcionamiento anormal. El Tribunal Supremo estima que corresponde al demandante acreditar los bienes que fueron intervenidos en sucesivos registros domiciliarios mientras el demandante estaba en prisión preventiva y que, según alega, no le fueron devueltos. Sin embargo, para el voto particular que suscribe el Magistrado Pérez Morate, y al que se

adhiere el Magistrado González Navarro, es a la Guardia Civil, que reseñó en una serie de diligencias sucesivas los objetos incautados, y que hizo entrega de gran parte de ellos a personas que comparecieron afirmando ser sus propietarios, a la que corresponde acreditar la correcta devolución. En este caso, se desprendía de los autos que gran parte de los objetos no le fueron devueltos y otros lo fueron en mal estado, puesto que se habían producido inundaciones en los sótanos del Juzgado dónde se depositaron los objetos intervenidos. Por todo ello, consideran que la única prueba posible sobre los objetos que le fueron ocupados al recurrente en los sucesivos registros domiciliarios practicados en su ausencia son las diferentes diligencias o relaciones de tales objetos, que aparecen en los atestados policiales, por lo que es la Administración de Justicia la que debe dar cumplida razón de su falta, de los entregados a terceras personas y del deterioro sufrido por algunos de ellos. Ello engloba también a los objetos reclamados por terceros, dado que sólo se dieron por buenas sus reclamaciones sin otra justificación que la mera reclamación de que eran de su propiedad. Los terceros, en estos casos, son meros depositarios, y puesto que se ha de reputar duelo al que estuviere en posesión de la cosa al tiempo de incautarse de ella el Juez de Instrucción, a dicho dueño le debe ser restituida, salvo que un tercero discuta la propiedad, lo que requiere ejercitar la correspondiente acción civil al respecto dentro del plazo que fije el juez o tribunal penal. Como en este caso no se cumplió, de la desaparición de dichos objetos debe responder también la Administración del Estado por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia.

Como puede notarse, también este voto particular conecta con el principio sobre la facilidad probatoria como determinante del *onus probandi* del que nos hemos ocupado en este número.

C) Prisión preventiva: supuesto de inexistencia subjetiva

En la **STS de 20 de enero de 2003,** Ar. 929, se estudia una demanda de responsabilidad por prisión preventiva, sufrida a raíz de una querella criminal por delito de insulto a un superior, previsto y penado en el art. 99.3 del Código Penal Militar. El querellado es absuelto, y reclama indemnización. Contra el parecer del tribunal de instancia, el Tribunal Supremo entiende que se trata de un supuesto de inexistencia subjetiva, ya que el supuesto agresor había sido visto entrar vestido de uniforme en su acuartelamiento y salir posteriormente vestido de paisano, mientras que la única prueba en su contra era precisamente el testimonio del superior supuestamente agredido, según el cual el subordinado le había insultado y amenazado portando uniforme reglamentario. Concede, pues, indemnización.

Emilio Guichot
Juan Antonio Carrillo Donaire
Francisco López Menudo

X. FUNCIÓN PÚBLICA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Acceso. Consolidación del empleo temporal. Concurso-oposición. Distribución provincial de las plazas convocadas. Valoración de servicios previos. Fijación por Tribunal coordinador de las pruebas de una puntuación mínima para superar el ejercicio distinta de la establecida por las bases de la convocatoria. 3. Carrera administrativa. A) Provisión de puestos de trabajo. Libre designación. Cese. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo. B) Integración en el grupo correspondiente a la titulación exigida para el acceso, con independencia de que el funcionario posea titulación de grado superior. **4. Derechos.** A) Derechos individuales. a) Derecho a la intimidad personal y corporal. Consentimiento del afectado para el tratamiento informatizado de datos de carácter personal. Sistema de control de horarios. b) El derecho a la libertad sindical queda afectado cuando la actividad sindical tiene consecuencias negativas para el funcionario que la realiza. c) Derecho a vacaciones retribuida o a la retribución correspondiente si la vacación no se disfruta. B) Derechos colectivos. Sólo procede la consulta a las organizaciones sindicales cuando el ejercicio de las potestades de organización pueda tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios. C) Derechos económicos. a) Complemento de productividad. Tiene carácter de incentivo eminentemente personal, aunque su determinación y cuantificación se realice en función de circunstancias objetivas relacionadas directamente con el puesto de trabajo. b) Complemento de destino. No pueden percibirse diferencias retributivas hasta tanto el puesto desempeñado provisionalmente no esté dotado presupuestariamente. c) Los funcionarios en prácticas pueden optar por percibir una remuneración igual al importe correspondiente al puesto de trabajo de origen. **5. Incompatibilidades. No cabe eludir el principio general de prohibición de un segundo puesto de trabajo en el sector público mediante la aplicación analógica de las excepciones que el mismo contempla. 6. Régimen disciplinario.** A) Falta grave de desconsideración con superiores, compañeros o subordinados. Se entiende cometida por infracción de las reglas de organización y por vulneración

del principio de jerarquía. B) Falta leve de incorrección con el público, superiores, compañeros o subordinados. Opiniones no constitutivas de infracción. Libertad de expresión. 7. Extinción de la relación funcionarial. Condena penal de inhabilitación absoluta o especial. Rehabilitación por silencio administrativo. Profesor de enseñanza no universitaria.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Hemos seleccionado algunas de las sentencias más relevantes dictadas en los últimos meses. Entre las resoluciones judiciales incluidas en esta crónica puede ser resaltado el interés de algunas relativas al acceso al empleo público, a diversos aspectos de la carrera administrativa, a los derechos de los empleados públicos (derechos individuales, colectivos, económicos) y al régimen disciplinario.

2. ACCESO. CONSOLIDACIÓN DEL EMPLEO TEMPORAL. CONCURSO-OPOSICIÓN. DISTRIBUCIÓN PROVINCIAL DE LAS PLAZAS CONVOCADAS. VALORACIÓN DE SERVICIOS PREVIOS. FIJACIÓN POR TRIBUNAL COORDINADOR DE LAS PRUEBAS DE UNA PUNTUACIÓN MÍNIMA PARA SUPERAR EL EJERCICIO DISTINTA DE LA ESTABLECIDA POR LAS BASES DE LA CONVOCATORIA

Recurrida la SAN de 28 de junio de 2001, que confirmó la resolución administrativa por la que se nombraban funcionarios de carrera del cuerpo auxiliar de la Administración de la Seguridad Social, el TC desestima el amparo solicitado. El asunto resuelto por la **STC 107/2003, de 2 de junio**, Sala Primera (BOE de 1 de julio), trae causa de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 10 de diciembre de 1997, por la que se convocaron plazas del cuerpo auxiliar de la Administración de la Seguridad Social, en el marco de un proceso de consolidación del empleo temporal, mediante el sistema de concurso-oposición y distribuidas en trece ámbitos geográficos (comprensivos de varias provincias).

La recurrente en amparo estima lesionado su derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública, tanto en lo relativo a las bases de la convocatoria –por establecer una distribución provincial de las plazas convocadas y valorar la prestación de servicios como funcionario interino o laboral eventual en el grupo D de la citada Administración– como en lo que se refiere a la fijación por el Tribunal coordinador de las pruebas del número de respuestas correctas exigible para aprobar el primer ejercicio. Respecto de la primera cuestión, el TC no estima lesión alguna del derecho de igualdad

en el acceso invocado por la recurrente. Los planes de empleo (art. 18 LMRFP) pueden comprender medidas de movilidad geográfica para atender a las necesidades efectivas de personal en cada ámbito geográfico correspondiente. Además, la recurrente ha tenido oportunidad de elegir la provincia a la que deseaba ser destinada en caso de superar las pruebas. Por último, la recurrente pudo impugnar –y no lo hizo– la distribución geográfica de las plazas efectuada por la convocatoria.

En cuanto a la valoración del mérito de los servicios previos prestados por los aspirantes como funcionarios interinos o personal eventual del grupo D de la Administración de la Seguridad Social, señala el TC que en el proceso selectivo examinado no se han sumado dos veces tales méritos, pues la puntuación obtenida en la fase de concurso no se ha tenido en cuenta para superar la fase de oposición. Tampoco se trata de un supuesto de acceso restringido. Considerando la legitimidad de la consolidación del empleo temporal, afirma el TC que la valoración del mérito de experiencia no puede estimarse desproporcionada o irrazonable a tal fin, pues, al margen de que los servicios previos no eran los únicos méritos valorables en la fase de concurso, la puntuación otorgada a quienes poseían tales méritos (8 puntos por año de servicio completo hasta un máximo de 40 puntos) no excluían de la competición a quienes carecían de los mismos. También en este punto el TC concluye sobre la falta de vulneración del derecho del art. 23.2 CE, habida cuenta además del elevado número de aspirantes sin experiencia previa que, no obstante, resultaron aprobados.

Alega igualmente la recurrente la infracción del art. 23.2 CE derivada de la decisión del Tribunal coordinador de las pruebas de fijar en 22 el número de preguntas –de un total de 50– necesario para aprobar el primer ejercicio de la oposición. Esta decisión fue tomada por el Tribunal a la vista de los listados innominados de puntuaciones obtenidas en el primer ejercicio, con el fin de que pasasen a la segunda fase un número de opositores suficiente para poder cubrir las plazas ofertadas. Aun admitiendo que esta decisión del Tribunal calificador se apartaba de lo dispuesto en las bases de la convocatoria, que exigían un mínimo de 25 puntos para superar el ejercicio, entiende el TC que no es razón suficiente para estimar la lesión del derecho de igualdad en el acceso. Según afirma el TC, para apreciar tal vulneración, sería necesario que tal decisión se hubiese tomado sólo respecto de algunos de los opositores. Pero, como la puntuación mínima se estableció en 22 puntos para todos los aspirantes, desconociendo *a priori* quiénes resultaron favorecidos por este criterio de valoración, no se entiende lesionado el derecho del art. 23.2 CE.

3. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) Provisión de puestos de trabajo. Libre designación. Cese. Vulneración del derecho a no ser discriminada por razón de sexo

Según reiterada doctrina del TC, "(...) cuando se alegue que una determinada medida encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales, incumbe al autor de la medida probar que su actuación obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental". En este sentido, el actor que tache la

medida de discriminatoria, "(...) ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su alegato".

La **STC 98/2003, de 2 de junio,** Sala Primera (BOE de 1 de julio de 2003), otorga el amparo solicitado por la recurrente contra la Orden de la Consejería de Presidencia de la Comunidad de Madrid que dispuso su cese como jefa de la secretaría del Consejero. La actora alega que su cese vino motivado por el anuncio de su embarazo y no por razón de la pérdida de confianza mencionada en la resolución de cese. Entiende el TC que la actora aporta indicios que razonablemente apuntan a la existencia de un móvil discriminatorio en la resolución administrativa que dispuso su cese. Así deriva del hecho que, durante largo tiempo la recurrente desempeñó varios puestos de trabajo –siempre bajo la dependencia directa del Consejero–, sin que en ningún momento recibiese quejas de su superior jerárquico. Aprecia igualmente el TC la correlación entre el anuncio de embarazo por parte de la actora y la resolución administrativa de cese.

Por el contrario, la Administración demandada no ha probado en ningún momento los reproches profesionales que habrían fundado la pérdida de confianza en la actora, motivando la correspondiente resolución administrativa únicamente por remisión a lo dispuesto en la Disposición Adicional Octava de la Ley 1/1986, de 10 de abril, de la Función Pública de Madrid.

Una relación de confianza mantenida durante varios años sin reproche alguno no puede quedar desvirtuada de pronto por la mera alegación de irregularidades profesionales no probadas. Por ello, la STC 98/2003, estima que el cese fue consecuencia del embarazo de la recurrente y, en consecuencia, fue contrario al art. 14 CE.

B) Integración en el grupo correspondiente a la titulación exigida para el acceso, con independencia de que el funcionario posea titulación de grado superior

La **STS de 27 de enero de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2008, estima el recurso de casación en interés de ley interpuesto contra la STSJ de Madrid de 22 de septiembre de 2001, que estimó la petición de integración en el grupo D de un funcionario perteneciente a la Escala de Oficios Varios a extinguir de la Administración de la Seguridad Social (conductor de la Asociación Nacional de Inválidos Civiles, INSERSO), grupo E. La sentencia de instancia accedió a la petición del interesado con apoyo en los motivos por él invocados. En este sentido, el funcionario alegó estar en posesión del certificado de estudios primarios, que le fue exigido para acceder a su puesto de trabajo del grupo E, si bien, por Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 4 de febrero de 1986, el mencionado certificado quedó asimilado al título de graduado escolar "a los efectos de acceso a empleos públicos y privados y de promoción en ellos". En apoyo de su pretensión, el funcionario recurrente en instancia alegó que el título de graduado escolar es el exigido para el acceso al grupo D y que sus compañeros del Parque Móvil Ministerial habían visto satisfecha idéntica pretensión.

La STS de 27 de enero de 2003 casa la STSJ de Madrid por estimarla gravemente dañosa para el interés general, habida cuenta de las repercusiones económicas que tendría la aceptación de las solicitudes de todos los funcionarios que se encuentren en la misma situación. Asimismo, la sentencia impugnada es errónea por contraria a las normas que disponen la integración de los funcionarios en los grupos correspondientes al grado de titulación exigido en el momento del acceso. Además, el TS añade que no es extrapolable a este caso la legislación específica aplicable a los conductores del Parque Móvil Ministerial.

4. DERECHOS

A) Derechos individuales

a) Derecho a la intimidad personal y corporal. Consentimiento del afectado para el tratamiento informatizado de datos de carácter personal. Sistema de control horario que identifica al personal por la lectura de la mano mediante infrarrojos

La **STSJ de Cantabria de 10 de enero de 2003,** Ar. 5, desestima el recurso promovido contra las resoluciones de la Consejería de Presidencia de la Diputación Regional de Cantabria que dispusieron la implantación y puesta en marcha de un nuevo sistema de control de horarios. A juicio del recurrente, el citado sistema para el control del cumplimiento del horario por el personal, un método técnico que consiste en la lectura biométrica de la mano, vulnera los derechos fundamentales a la intimidad personal y corporal, y prescinde del consentimiento del afectado que exige como regla general la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Sin embargo, la STSJ de Cantabria de 10 de enero de 2003 no estima ninguna de las alegaciones del recurrente. Es cierto, como recuerda la Sala, que las facultades de vigilancia y control no permiten al empresario realizar intromisiones en la intimidad de sus empleados. De conformidad con la doctrina constitucional, la constitucionalidad de toda medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. Según la STSJ de Cantabria de 10 de enero de 2003, en este caso han sido respetadas las exigencias del principio de proporcionalidad, pues se trata de un sistema apto para el control del cumplimiento de los horarios que no restringe los derechos fundamentales de los empleados a la intimidad personal y corporal. En este último caso, ocurre además que las manos no son partes del cuerpo que participen del sentimiento de pudor que pueda afectar a otras partes del organismo.

Tampoco prospera la alegada vulneración de la exigencia del consentimiento del afectado que exige la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, pues como recuerda la Sala, dicha regla se excepciona cuando la recogida de datos se realiza en el marco de una relación jurídica laboral o administrativa y tiene como fin el control del cumplimiento de los horarios o de otra obligación derivada de dicha relación.

b) El derecho a la libertad sindical queda afectado cuando la actividad sindical tiene consecuencias negativas para el funcionario que la realiza

La **STC de 16 de junio de 2003,** ha otorgado el amparo solicitado por dos funcionarios, cabos del Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento del Ayuntamiento de Barcelona, que afirmaban haber sido discriminados en su pretensión de acceder al puesto de Sargentos de dicho cuerpo a causa de su pertenencia al sindicato Comisiones Obreras.

Los recurrentes habían solicitado que se anulasen las pruebas realizadas para el acceso a dicho puesto por haberse producido la vulneración de sus derechos de sindicación. Alegaban que el Jefe de dicho Servicio había actuado en su perjuicio como consecuencia de las declaraciones críticas difundidas por los medios de comunicación que había realizado uno de los funcionarios recurrentes que ostentaba el cargo de Secretario General de Comisiones Obreras en ese servicio. A juicio de los funcionarios recurrentes, el Jefe del Servicio, que era asimismo el responsable del tribunal calificador, había manifestado su intención de que ningún miembro del sindicato mencionado alcanzara un grado superior en el Servicio de Extinción de Incendios y Salvamento, lo que se había traducido en la existencia de determinadas irregularidades a lo largo del procedimiento selectivo.

El Tribunal Constitucional vuelve a reiterar su doctrina respecto del contenido y alcance del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28 de la Constitución como un derecho fundamental que comprende la libertad de afiliarse a cualquier sindicato y la libertad de no afiliarse, así como el desarrollo de la actividad inherente a la legítima actuación en el seno de la empresa para defender los intereses a cuyo fin se articulan las representaciones de los trabajadores. Pues bien, a juicio del Tribunal este derecho necesita de garantías frente a todo acto de injerencia, impeditivo u obstativo del ejercicio de esa libertad. Dentro del contenido del derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 de la Constitución se encuadra, pues, el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa. Se trata de una garantía de indemnidad (STC 87/1998, de 21 de abril), por lo que el derecho a la libertad sindical queda afectado y menoscabado si la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza o si éste queda perjudicado por el desempeño legítimo de la actividad sindical (STC 17/1996, de 7 de febrero).

c) Derecho a vacaciones retribuidas o a la retribución correspondiente si la vacación no se disfruta

El contencioso resuelto en la **STSJ de Extremadura de 31 de enero de 2003,** Ar. 6615, analiza el derecho de los funcionarios interinos a disfrutar de vacaciones retribuidas. El funcionario recurrente había prestado sus servicios a la Administración como profesor interino durante varios meses a lo largo de los años 1995 y 1996 y por ello había soli-

citado de la Administración el abono de los días de vacaciones que en proporción le hubieran correspondido por los servicios prestados durante los mencionados períodos.

El Tribunal estima las pretensiones del recurrente y condena a la Administración al abono de las vacaciones no disfrutadas más los intereses legales que a dicha cantidad le resulte aplicable. Para ello comienza analizando el art. 105 del RD 315/1964, de 7 de febrero, según el cual, a los funcionarios de empleo, entre ellos los interinos, les resulta aplicable por analogía y en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera, de lo que fácilmente se deduce que también los funcionarios interinos tienen derecho al disfrute durante cada año completo de servicio activo, de una vacación retribuida de un mes o a los días que en proporción le correspondan si el tiempo servido fuere menor. Ello implica, evidentemente, que al tiempo de servicios efectivamente prestados corresponde un tiempo proporcional de descanso anual remunerado, y si la vacación no se disfruta, por la razón que fuere, a la retribución correspondiente.

En un sentido similar, la **STS de 20 de enero de 2003,** Ar. 1472, ha estimado el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Diputación Provincial de Granada contra una Sentencia de 21 de mayo de 2001 en la que se anulaba el acuerdo adoptado por dicha Diputación en el que se disponía el pago de diversas cantidades en concepto de vacaciones por considerar ilegal dicho compromiso de gasto. El TS, no obstante, anula dicho pronunciamiento por considerar que tanto el art. 38.1 del Estatuto de los Trabajadores como el art. 68 de la Ley de Funcionarios de 1964 prohíben que se sustituyan sin más las vacaciones por una compensación económica, pero no que, en supuestos de contratos por tiempo determinado que se extinguen antes de que el trabajador haya podido disfrutar de las que le corresponden, reciba una compensación económica por este concepto.

B) Derechos colectivos. Sólo procede la consulta a las organizaciones sindicales cuando el ejercicio de las potestades de organización pueda tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios

La **STS de 4 de marzo de 2003,** Ar. 2540, vuelve de nuevo a reiterar algunos de los puntos esenciales que rigen las relaciones entre la ley y la negociación colectiva funcionarial, sin que venga a añadir ningún aspecto novedoso. En este caso, se pronuncia el Tribunal sobre diversas cuestiones del Real Decreto 1945/2000, por el que se aprueba el Estatuto del Organismo Autónomo del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. En concreto, la parte recurrente alegaba la supuesta falta de negociación colectiva del Estatuto al considerar que éste sólo fue sometido a fase de consultas y no a negociación propiamente dicha con las organizaciones sindicales. Esta alegación permite al TS recordar que el análisis de la negociación colectiva de los funcionarios públicos no puede desconocer el marco constitucional y el contexto en que ese marco se desarrolla.

Tras realizar un resumen de la evolución legal de la negociación colectiva en el ámbito funcionarial llega a la conclusión de que no se ha cometido tal infracción, toda vez que de la normativa vigente se extrae la conclusión de que solamente es necesario someter el

Real Decreto recurrido a consulta con las organizaciones sindicales, tal como efectivamente se realizó. Y ello porque, por un lado, el art. 34 de la Ley 9/1987, establece que quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación, en su caso, las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización, al ejercicio del derecho de los ciudadanos ante los funcionarios públicos y al procedimiento de formación de los actos y disposiciones administrativas y cuando las consecuencias de las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización puedan tener repercusión sobre las condiciones de trabajo de los funcionarios, procederá la consulta a las organizaciones sindicales y sindicatos a que hacen referencia los artículos 30 y 31.2 de la Ley. Y, por otro lado, porque la normativa reguladora, aunque extiende la posibilidad de negociación al incremento de retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas, incluyendo la Administración Autonómica y Local, contempla que ante la eventualidad de no llegar a un acuerdo, eventualidad que contempla el artículo 37.2 de la Ley 9/1987, en relación con el artículo 3.2.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, corresponde al Gobierno establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación.

C) Derechos económicos

a) El complemento de productividad tiene carácter de incentivo eminentemente personal, aunque su determinación y cuantificación se realice en función de circunstancias objetivas relacionadas directamente con el puesto de trabajo

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de enero de 2003,** Ar. 8317, vuelve a incidir sobre la naturaleza del complemento de productividad a propósito de su denegación a un funcionario de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, que solicitaba que la Administración le pagara desde el mes de enero de 1999 un complemento de productividad mensual de 20.000 pesetas. Dicha reclamación se basaba en una Instrucción de 13 de enero de ese mismo año que había dictado la propia Agencia y en la que aprobaba dicho complemento para todos sus funcionarios del grupo A, excepto para los que pertenecen al Servicio de Vigilancia Aduanera.

La Sala desestima la pretensión del funcionario recurrente en virtud de la propia naturaleza de dicho complemento pues, como es sabido, el complemento de productividad está destinado a retribuir el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés e iniciativa con que el funcionario desempeña su trabajo, por lo que tiene, pues, carácter de incentivo eminentemente personal, aunque su determinación y cuantificación se realice por el órgano de gobierno competente en función de circunstancias objetivas relacionadas directamente con el desempeño del puesto de trabajo y objetivos asignados al mismo.

Asimismo, la Sentencia hace un resumen de las notas básicas de dicho complemento, insistiendo en su naturaleza discrecional y en la necesidad de que exista una previa valo-

ración por parte de la Administración del trabajo desempeñado por el funcionario. Para ello trae a colación especialmente la jurisprudencia dictada al respecto por la STS de 11 de septiembre de 1993, en la que declaró que el complemento de productividad está destinado a retribuir un especial rendimiento, actividad o dedicación en el desempeño de un puesto de trabajo, lo que supone que dicho complemento habrá de estar ligado a las condiciones concretas con las que un determinado funcionario desempeña su puesto de trabajo, es decir, tiene carácter subjetivo, dado que el criterio para aplicarlo habrá de ser el especial interés o dedicación concretos de un funcionario. Ello, a juicio de la Sala, supone ya admitir que necesariamente la percepción de dicho complemento no será periódica, pues puede darse el supuesto de un funcionario que en el desempeño de un puesto de trabajo presente un especial rendimiento o dedicación extraordinarios en unos períodos y no en otros, siendo merecedor del complemento en el primer supuesto y no en el segundo.

b) Complemento de destino. No pueden percibirse diferencias retributivas hasta tanto el puesto desempeñado provisionalmente no esté dotado presupuestariamente

La **STS de 28 de enero de 2003,** Ar. 1506, estima el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha por considerar que la STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de febrero de 2000, contiene una doctrina errónea y gravemente dañosa para el interés general. En concreto, la Sentencia del TSJ del año 2000 había estimado la pretensión del funcionario recurrente, esto es, su derecho a ser nombrado para el puesto solicitado en comisión de servicio de Jefe de Sección y al percibo de las diferencias retributivas desde que ocupó dicho puesto hasta que éste fue reglamentariamente ocupado por resolución del concurso ordinario.

El TS realiza un análisis de la legislación funcionarial vigente, tanto de la nacional como de la legislación autonómica, insistiendo en que la Ley 30/1984 establece un sistema abierto de puestos de trabajo con la consiguiente dimensión retributiva, al ir aparejado al puesto desempeñado el complemento de destino con carácter general y en ocasiones en función de las singulares características y condiciones del mismo, como señala el art. 23.3 de la Ley.

Ahora bien, el art. 20 de la Ley Autonómica 3/1996, de 19 de diciembre, establece que la provisión de puestos de trabajo a desempeñar por el personal funcionario y la formalización de nuevos puestos de trabajo de personal laboral requiere que las correspondientes plazas estén dotadas presupuestariamente en cómputo anual, de tal forma que en el caso examinado, la adscripción al puesto solicitado por el recurrente tuvo un carácter provisional y la percepción de retribuciones complementarias no estaban asignadas a dicho puesto de trabajo, que sólo pueden percibirse cuando tal puesto se haya dotado presupuestariamente con dichos complementos y en tanto se produce una adscripción del funcionario al mismo.

Por ello, entiende el TS que tales circunstancias no concurren en el caso analizado. No ya sólo en lo que concierne al período temporal en el que la Sala de instancia le reconoce las diferencias retributivas, fijándose un criterio erróneo y gravemente dañoso para el

interés general, sino además teniendo en cuenta que la eventual reiteración del criterio jurisdiccional impugnado causaría grave quebranto para el interés público y al erario de la Administración Pública Autonómica, lo que justifica la estimación del recurso extraordinario y la fijación de la doctrina legal en el sentido de que no pueden percibirse diferencias retributivas aunque se haya desempeñado de hecho el puesto de trabajo y se haya solicitado por el funcionario su adscripción o nombramiento provisional hasta tanto el puesto no esté dotado presupuestariamente.

c) Los funcionarios en prácticas pueden optar por percibir una remuneración igual al importe correspondiente al puesto de trabajo de origen

La **STS de 27 de enero de 2003,** Ar. 2007, ha desestimado el recurso de casación en interés de ley interpuesto por el Ayuntamiento de San Fernando (Cádiz) por entender que la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Cádiz de 7 de noviembre de 2001, a pesar de ser dañosa para el interés general, no realiza una interpretación errónea de la norma que resulta aplicable al caso concreto, esto es, del art. 2.B.a) del Real Decreto 456/1986 de la Comunidad Andaluza. Dicha sentencia había estimado la pretensión del funcionario en prácticas recurrente a recibir determinados complementos retributivos.

El art. 41 de la Ley de Coordinación de las Policías Locales de Andalucía (Ley 1/1989) prevé la aplicación al policía local, funcionario en prácticas, del régimen retributivo previsto en el mencionado Real Decreto, a cuyo tenor el funcionario ha de recibir las retribuciones básicas, pero no los complementos. No obstante, el art. 2.B.a) de dicho reglamento permite que el funcionario en prácticas que ya estuviera prestando servicios remunerados en la Administración, en este caso como funcionario interino, opte por percibir una remuneración por igual importe de la que le correspondería en el puesto de trabajo de origen, por lo que resulta claro que su monto ha de ascender a lo que representen no sólo las retribuciones básicas, sino también los complementos correspondientes. Por ello, en tanto que la sentencia se ha limitado a aplicar dicho precepto, no ha incurrido en ninguna infracción.

5. INCOMPATIBILIDADES. NO CABE ELUDIR EL PRINCIPIO GENERAL DE PROHIBICIÓN DE UN SEGUNDO PUESTO DE TRABAJO EN EL SECTOR PÚBLICO MEDIANTE LA APLICACIÓN ANALÓGICA DE LAS EXCEPCIONES QUE EL MISMO CONTEMPLA

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 28 de enero de 2003,** Ar. 8396, desestima el recurso presentado por el funcionario recurrente en el que solicitaba una autorización de compatibilidad a fin de simultanear sus funciones como docente, perteneciente al Cuerpo de Profesores de Educación Secundaria, con las de un segundo puesto en el sector público

en régimen de contratación laboral a tiempo parcial (3 horas semanales en horario de tarde) en el Departamento de Canto del Conservatorio de su ciudad.

El funcionario había alegado la aplicación analógica de lo establecido en el art. 4.2, párrafo 4, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades, que permite la compatibilidad a los catedráticos y profesores de música que presten servicio en los Conservatorios Superiores de Música y en los Conservatorios Profesionales de Música para el desempeño de un segundo puesto de trabajo en el sector público cultural. El Tribunal, sin embargo, entiende que este supuesto no es el de autos, ya que el actor no es profesor de uno de estos centros sino Profesor de Educación Secundaria, y por otro lado, la compatibilidad se pretende para un segundo puesto de tipo docente no en el sector público cultural. Por lo demás, no cabe acudir a la analogía más que en los casos de necesidad de integración de las lagunas del Ordenamiento jurídico, es decir, ante situaciones no reguladas en las normas en que las mismas sí regulen supuestos semejantes entre los que se aprecia identidad de razón. Con base en dicha argumentación, concluye que no cabe eludir el principio general expresamente previsto en la norma aplicando por analogía excepciones que como su propia naturaleza indica han de referirse únicamente a los supuestos en ella contemplados.

6. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

A) Falta grave de desconsideración con superiores, compañeros o subordinados. Se entiende cometida por infracción de las reglas de organización y por vulneración del principio de jerarquía. Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales

Un funcionario incurre en falta grave de desconsideración con los superiores [art. 7.1.e) del Real Decreto 33/1982, que aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado] cuando, aun con el propósito loable de denunciar hechos presuntamente irregulares, actúa al margen de las reglas de organización y de las exigencias del principio de jerarquía. La **STS de 11 de febrero de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2480, declara ajustada a Derecho la subsunción en el art. 7.1.e) del Real Decreto 33/1986 de la conducta de un funcionario del Cuerpo de Letrados de las Cortes Generales que dirigió un escrito a la Presidenta del Senado denunciando posibles irregularidades en el cálculo de determinadas retribuciones de parlamentarios, sin previa consulta o comunicación a su superior jerárquico, el Letrado mayor del Senado, ni a la Asesoría jurídica, ni al Interventor, ni a nadie que hubiese podido aclarar tales datos, haber procedido a la subsanación de tales irregularidades o a la exigencia de responsabilidades derivadas de las mismas. En consecuencia, la denuncia de hechos que podrían ser constitutivos de grave delito sin haber respetado el oportuno sistema de informaciones, de intervenciones y de dación de cuentas constituye falta grave de desconsideración con los superiores.

B) Falta leve de incorrección con el público, superiores, compañeros o subordinados. Artículo de prensa en el que se critica al Rector sin insultarlo. Opiniones no constitutivas de infracción. Libertad de expresión. Cuerpos docentes universitarios

La **STC 101/2003, de 2 de junio,** Sala Primera (BOE de 1 de julio de 2003), estima el recurso de amparo interpuesto contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que confirmaba en apelación la resolución administrativa originariamente recurrida. Esta resolución sancionaba al recurrente en amparo por la publicación en la prensa de un artículo en el que expresaba opiniones críticas sobre un asunto universitario de interés general (la localización del campus del mar). Los hechos fueron sancionados al amparo del art. 8.c) del Real Decreto 33/1986, como una falta de incorrección con la Universidad y sus superiores.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional señala que el contenido del artículo escrito por el Catedrático sancionado constituye una manifestación de la libertad de expresión. Si bien es cierto que el citado artículo de prensa incluía informaciones y opiniones, estas últimas primaban sobre las primeras, pues el ahora recurrente expresaba sus opiniones sobre las circunstancias y los temas relacionados con la ubicación de la Facultad de Ciencias del Mar. Recordando la doctrina general sobre el ejercicio de la libertad de expresión por los funcionarios, el TC señala que los vínculos jerárquicos del profesorado universitario son más débiles que los propios de otros Cuerpos funcionariales. Puesto que la intensidad de la jerarquía y de la disciplina impuesta a los funcionarios varía en función de las exigencias de garantía de la eficacia administrativa, dada la peculiar estructura y organización de las Universidades (gobernadas democráticamente y próximas a las corporaciones), la libertad de expresión de su profesorado es prácticamente idéntica a la de cualquier ciudadano. Por tanto, las opiniones vertidas por el recurrente no suponen incorrección con sus superiores.

Si bien la infracción sancionada opera en el ámbito del principio de jerarquía, tampoco en este caso se produjo lesión del derecho al honor del Rector que justificase tal sanción. Según afirma el TC, el Rector no es un mero funcionario sino un cargo público electivo que debe responder de su gestión ante sus electores y ante la sociedad en general. En conclusión, en la medida en que el Rector tienen mayor obligación de soportar críticas, su derecho al honor se ve limitado.

Habida cuenta del amplio debate social originado en torno a la localización de la Facultad de Ciencias del Mar, el TC concluye admitiendo que, pese al tono innegablemente crítico, las opiniones del Catedrático no fueron insultantes ni descalificadoras y estaban amparadas por la libertad de expresión.

7. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL. CONDENA PENAL DE INHABILITACIÓN ABSOLUTA O ESPECIAL. REHABILITACIÓN POR SILENCIO ADMINISTRATIVO. PROFESOR DE ENSEÑANZA NO UNIVERSITARIA

El Tribunal Supremo ha venido afirmando que los funcionarios inhabilitados no tienen derecho a ser rehabilitados, sino la mera posibilidad de solicitar la rehabilitación, que será decidida por el órgano competente tras el examen de la entidad del delito y del conjunto de circunstancias concurrentes en el caso concreto (STS de 30 de diciembre de 2002, citada en el número anterior de esta crónica, y **STS de 3 de febrero de 2003**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2042).

No obstante, la **STS de 17 de febrero de 2003,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3060, ha puesto de manifiesto que la rehabilitación de los funcionarios inhabilitados por condena penal puede producirse por silencio. En el caso enjuiciado por la citada sentencia, la resolución que ponía fin al procedimiento –denegando la solicitud de rehabilitación– fue notificada al interesado después de transcurrido el plazo de seis meses que el art. 7.3 del Real Decreto 2669/1998 establece a tal efecto.

Miguel Sánchez Morón
Belén Marina Jalvo
Josefa Cantero Martínez

XI. URBANISMO

Sumario:

1. Planeamiento urbanístico. A) Los planes insulares de ordenación territorial, previstos en la ley autonómica, no violan la autonomía local y pueden clasificar suelo, regular usos y establecer estándares urbanísticos. B) La aprobación de un PERI de iniciativa privada debe cumplir el trámite de sugerencias previas regulado en el artículo 125 RPU. C) Suspensión judicial de la aprobación de un Plan de Ordenación Territorial basada en la apariencia de buen derecho. **2. Régimen urbanístico del suelo.** A) Es legal la clasificación del terreno destinado a Campus Universitario como suelo no urbanizable o rústico dotacional. **3. Ejecución del planeamiento.** A) Programas de Actuación Urbanística: obligaciones de los propietarios. B) Sistemas de Actuación: expropiación forzosa. **4. Momento y valoración de las expropiaciones urbanísticas.**

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) Los planes insulares de ordenación territorial, previstos en la ley autonómica, no violan la autonomía local y pueden clasificar suelo, regular usos y establecer estándares urbanísticos

Según la **STS de 20 de febrero de 2003,** Ar. 2126, el Decreto autonómico aprobatorio del Plan Insular de la Isla de Gran Canaria no viola el principio de autonomía local y puede clasificar y desclasificar suelo, regular usos e intensidades y fijar los estándares urbanísticos necesarios para cumplir las finalidades que la Ley canaria 1/1987 prevé para estos instrumentos de ordenación territorial y urbanística:

> "La competencia urbanística y de ordenación territorial es hoy una competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas (artículo 148.1.3ª de la CE, artículo 29.11 del Estatuto de la Comunidad Autónoma de Canarias de 10 de agosto de 1982 y STC 61/1997, de 20 de marzo). En consecuencia, las CC AA pueden configurar en su normativa figuras de planeamiento o de ordenación distintas a las conocidas en la legislación estatal, que en este aspecto es sólo supletoria, y, entre ellas, planes que se superpongan a los meramente locales, en aras de intereses supramunicipales."

Esta Sentencia reitera lo ya expresado en otra de 16 de julio de 2002 (Ar 2002/9961), referida al PIOT de Lanzarote.

B) La aprobación de un PERI de iniciativa privada debe cumplir el trámite de sugerencias previas regulado en el artículo 125 RPU

La **STS de 23 de enero de 2003,** Ar. 961, confirma la nulidad de la aprobación inicial de la modificación del PERI que omitió el trámite de sugerencias previas regulado en el art. 125 RPU, aplicando la reiterada doctrina del Tribunal Supremo que distingue entre la diferente finalidad que cumplen los sucesivos trámites de información pública:

> "Supuesta la necesidad de exponer al público los trabajos de elaboración de las Normas Subsidiarias y Complementarias de Planeamiento, se alega que la omisión de ese trámite, en cuanto se trataría de una causa de anulabilidad pero no de nulidad de pleno derecho, únicamente podría viciar el acuerdo de aprobación definitiva de aquéllas si hubiera causado indefensión a los recurrentes en la instancia, efecto que en el presente caso ha de descartarse puesto que, conforme al artículo 128.1 RP tuvo lugar una fase de información pública en la que aquéllos se personaron y formularon cuantas alegaciones estimaron oportunas. Tal como el presente motivo de casación ha sido formulado no puede prosperar, porque refleja un claro error respecto a la función que el artículo 125.1 RP representa en el procedimiento de elaboración de los instrumentos de planeamiento. El hecho de que los recurrentes en la instancia hayan formulado alegaciones en el período de información pública abierto conforme al artículo 128 RP no subsana, sin más, la omisión de la exposición al público de los trabajos preparatorios, porque en esta fase no se trata propiamente de la defensa de intereses particulares afectados sino de hacer efectivo el derecho de participación ciudadana reconocido en el artículo 4.2 TRLS que tiene en el citado artículo 128 RP una expresión distinta de la que se reconoce en el trámite de información pública abierto cuando la voluntad de la Administración se ha manifestado en la aprobación inicial del plan. La cuestión no es, pues, si los recurrentes en la instancia han sufrido o no indefensión, puesto que formularon alegaciones en la fase formal de información pública, sino si la infracción cometida ha impedido alcanzar el fin propuesto con el trámite omitido, que es el de la elaboración de las Normas con la más amplia participación ciudadana. Aunque en atención a las circunstancias del caso esta Sala haya declarado en alguna ocasión (sentencias de 10 de junio de 1997 y 6 de abril de 1987) que la omisión del trámite de participación previsto en el artículo 125.1 RP puede quedar subsanada por el resultado de la información pública abierta conforme al artículo 128 RP, la finalidad de uno y otro trámite no es coincidente por lo que no puede sostenerse esa tesis con carácter general. La exposición al público prevista en el artículo 125.1 RP actúa cuando el planificador no ha mostrado todavía preferencia sobre ninguna de las opciones posibles, enriqueciendo los trabajos preparatorios con las sugerencias que los ciudadanos puedan aportar, mientras que el trámite de información pública se proyecta sobre una decisión ya inicialmente adoptada y, en la práctica, opera más como crítica a la solución acogida que como propuesta de soluciones alternativas, por lo que, en sentencia de 22 de febrero de 1988, esta Sala ha declarado que la infracción del artículo 125.1 RP

> determina la nulidad del plan aprobado. Sólo el análisis de las circunstancias de cada caso podrá excluir ese vicio de nulidad, en función de su eventual subsanación por la posterior fase de información pública, y es claro que entre esas circunstancias habrá de atenderse a la mayor o menor entidad de la alteración del planeamiento que se pretenda llevar a cabo. Sin embargo, no cabe, como parece entender la Comunidad Foral de Navarra, reducir la exigencia de la fase de exposición al público de los trabajos preparatorios a los supuestos de revisión del planeamiento, excluyendo los de modificación del mismo, porque, en ambos casos ha de seguirse el procedimiento establecido en los artículos 124 y siguientes RP."

El párrafo citado y trascrito procede de la anterior Sentencia de 15 de enero de 2000, Ar. 471.

C) Suspensión judicial de la aprobación de un Plan de Ordenación Territorial basada en la apariencia de buen derecho

Como es sabido, el criterio general de la jurisprudencia es contrario a la suspensión de la ejecutividad de los instrumentos de planeamiento. No obstante, la **STS de 24 de enero de 2003,** Ar. 804, confirma la suspensión acordada, mediante Auto de 29 de noviembre de 1999, por la Sala de instancia ponderando no sólo los intereses en conflicto sino también la apariencia de buen derecho que acompañaba a la parte recurrente. El *fumus boni iuris* obedece a que el acuerdo suspendido (fechado en julio de 1999) era una simple modificación de un Plan Insular de Ordenación del Territorio de Gran Canaria anulado por una sentencia anterior de la misma Sala en enero de 1998. Se da la circunstancia de que la nulidad de dicho Plan fue ratificada en casación por Sentencia de 6 de mayo de 2002.

2. RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUELO

A) Es legal la clasificación del terreno destinado a Campus Universitario como suelo no urbanizable o rústico dotacional

En el caso resuelto por la **STS de 2 de enero de 2003,** Ar. 483, el recurrente pretendía que su finca debía considerarse como suelo urbanizable, frente a la calificación como suelo rústico dotacional (equivalente a no urbanizable en el TRLS de 1976) hecha por el Plan Especial de Ordenación del Campus Universitario de Las Palmas de Gran Canaria. El Supremo revoca la sentencia de instancia, favorable el propietario:

> "En efecto, el propio artículo 80 antecitado, y el 24.b) del Reglamento de Planeamiento establecen que constituirán suelo no urbanizable los espacios que el Plan determine para dotarles de una especial protección, en razón de sus valores culturales, autorizándose conforme al artículo 85.1.2 también de la Ley del Suelo de 1976, las edificaciones e instalaciones de utilidad pública e interés social emplazadas en el medio rural, resultando obvio que el establecimiento de un sistema general universitario integra por excelencia el concepto de utilidad pública e interés social. Por otra parte el artículo 25.1.d) del Reglamento de Planeamiento Urbanístico, determina que los elementos fundamentales de la estructura general y orgánica del territorio se establecerán en el Plan General, definiendo el siste-

ma general de equipamiento comunitario, que comprenderá todos aquellos centros al servicio de la población destinados a usos culturales y docentes, en situación y extensión adecuadas para el cumplimiento de las previsiones del planeamiento.

La Ley 5/1987, de 7 de abril, sobre la Ordenación Urbanística del Suelo Rústico de la Comunidad Autónoma de Canarias, en su artículo 3, determina que el suelo de los municipios de esa Comunidad se clasificará en suelo urbano o suelo urbanizable o suelo rústico, especificando su artículo 9 la posibilidad de construcciones o instalaciones en suelo rústico en las que el Planeamiento así lo permita.

La disposición final primera de esta Ley autonómica, entiende que el suelo no urbanizable de la Ley del Suelo de 1976 queda reclasificado como suelo rústico.

A la luz de todo lo expuesto, queda clara la legalidad del Plan General de Ordenación Urbana de las Palmas de Gran Canaria, calificando la zona del Campus de Tafira –donde está incluida la parcela del recurrente– como sistema general universitario, clasificando ese suelo de rústico dotacional, gestionado por el sistema de expropiación, y sin perjuicio de la adecuada valoración del justiprecio a señalar por la parcela del recurrente."

Debemos precisar que rústicas eran la situación y las características de los terrenos en cuestión. Obsérvese también que esta clasificación, para el Supremo, no prejuzga la posible valoración expropiatoria del terreno.

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Programas de Actuación Urbanística: obligaciones de los propietarios

El Tribunal, en dos **SSTS de 21 de diciembre de 2002,** Ar. 537 y 586, analiza ampliamente las obligaciones urbanísticas que corresponden a los propietarios de terrenos calificados como suelo urbanizable no programado que sean objeto de un Programa de Actuación Urbanística.

A este respecto, el TS comienza analizando el impacto del principio general de reparto equitativo de cargas y beneficios que ha de regir la actuación urbanística para evitar desigualdades no asumibles por el art. 14 de nuestra Constitución y contrarios a los arts. 3.2.b), 87.3, 117, 124.1 y concordante del TRLS de 1976, e indica que el tercero de los preceptos mencionados se refiere específicamente a la ejecución de los planes y programas de actuación urbanística, exigiendo en el caso de la delimitación de polígonos, que es el supuesto discutido en las sentencias antes aludidas, como requisito esencial, "que hagan posible la distribución equitativa de los beneficios y las cargas de la urbanización" y la "distribución justa entre los propietarios de los beneficios y cargas derivados del planeamiento", cuando la acción urbanizadora haya de realizarse mediante la delimitación de unidades de actuación.

Consecuentemente con lo arriba expuesto, el TS indica que el RGU de 1979, art. 58, impone a los propietarios de los terrenos afectados por una actuación urbanística la obligación "de sufragar los costes de urbanización (...) en proporción a la superficie de sus respectivos terrenos", o en caso de ejecución por el sistema de expropiación de la extensión de la superficie expropiable afectada. En el caso concreto de los propietarios de suelo urbanizable no programado que sea objeto de un Programa de Actuación Urbanística, continúa el TS, el RGU de 1979 impone una obligación adicional, indicando que además de abonar los costes de urbanización antes señalados y las cargas suplementarias que les imponga el programa, "deberán costear la ejecución total o el suplemento necesario de las obras exteriores de infraestructura sobre las que se apoye la actuación (...) para que el suelo sometido al programa de actuación urbanística quede debidamente enlazado, a través de los sistemas generales, con la estructura del municipio en que se desarrolla el programa (...)", enumerando dicho precepto una serie de infraestructuras pero dejando al final una cláusula abierta para cualquier otro servicio necesario para lograr el debido enlace entre el suelo sometido al Programa de Actuación Urbanística y la estructura del municipio en que se desarrolle el Programa.

No obstante, y para atemperar estas obligaciones impuestas a los propietarios, el TS indica que el propio TRLA de 1976, en su art. 121, prevé una reducción de las contribuciones impuestas a los mismos cuando aquéllas resulten excesivas en relación con el escaso aprovechamiento urbanístico otorgado, previendo que el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro correspondiente o, en su caso, de los Ayuntamientos interesados, y previo dictamen del Consejo de Estado, pueda autorizar una reducción de la contribución de los propietarios a dichos costes, o una compensación económica a cargo de la Administración, procurando equiparar los costes soportables por los propietarios a las obras análogas que hayan resultado viables.

De toda esta argumentación expuesta, el TS deduce que es necesario determinar, primero, los costes de urbanización que se han de considerar como una carga impuesta legalmente a los propietarios de los terrenos afectados, y segundo, si dichos costes de urbanización deben contener los relativos a los denominados sistemas generales externos.

A este respecto, el TS indica que en toda obra urbanizadora en suelo urbanizable no programado existen, por un lado, los costes directos o internos, en los que se incluyen las obras de vialidad, saneamiento, suministro de aguas y energía eléctrica, alumbrado público, arbolado y jardinería, que estén previstos en el Plan o Programa como del propio polígono o sector, y que son los recogidos en el art. 122 TRLS de 1976, y por otro lado, los llamados costes indirectos o externos, que son aquellos que se proyectan sobre el exterior de la zona de actuación, dado que el art. 123 TRLS de 1976 impone a los propietarios de los terrenos la obligación de "subvenir a la ejecución o suplemento de las obras exteriores de infraestructura sobre las que se apoye la actuación urbanística, sin perjuicio del cumplimiento de las cargas a que se refiere el número 2 del art. 85".

El problema, a juicio del TS, es determinar qué se entiende por "subvenir a la ejecución o suplemento de las obras exteriores de infraestructura sobre las que se apoye la actuación urbanística (...)" y por el deber de "costear la ejecución total o el suplemento nece-

sario de las obras exteriores de infraestructura sobre las que se apoye la actuación urbanística (...)".

Para resolver dicho problema, el TS indica que el art. 63 RGU de 1979 permite fijar el alcance cualitativo de tales obras y su coste, al incluir como tales "las redes viarias de enlace con los núcleos de población" y la instalación o ampliación de las canalizaciones de los servicios de aguas, alcantarillado, saneamiento, estaciones depuradoras, suministro de energía eléctrica y cualquier otro servicio necesario para enlazar el suelo sometido al Programa de Actuación Urbanística, a través de sus sistemas generales, con la estructura del municipio en que se desarrolla el Programa. Del mismo modo, sigue el TS, el art. 146.3.c) TRLS de 1976 indica que una obligación de los adjudicatarios en la formulación y ejecución de dichos Programas es la "construcción de las necesarias conexiones en el exterior de la zona de actuación con las redes señaladas en el apartado anterior" y el art. 219.2.c) RGU de 1979 impone como obligación de dichos adjudicatarios la construcción de las necesarias conexiones, en el exterior de la zona de actuación, entre las redes viarias y de abastecimiento de la zona y la generales del territorio.

De toda esta argumentación que realiza el TS, éste deduce que el alcance del coste de los sistemas generales a soportar por los propietarios de los terrenos afectados por el Programa de Actuación Urbanística han de ser los propios de la actuación que se ejecuta, incluyendo los interiores ya especificados antes y los exteriores necesarios para enlazar aquellos terrenos con los sistemas generales del municipio o municipios en los que se desarrolle el Programa.

Precisamente, en el supuesto concreto que se debate, la existencia de unos costes de urbanización que exceden del deber impuesto y arriba relatado, al ser exteriores a la zona de actuación y no tratarse de conexiones de ésta con el exterior sino de interés general para el municipio, es lo que, a juicio del TS, impide que dichos costes deban ser sufragados por los propietarios de los terrenos afectados por el Programa de Actuación Urbanística, rechazándose por ello los motivos de casación alegados.

B) Sistemas de Actuación: expropiación forzosa

El TS debe resolver en su **STS de 23 de noviembre de 2002,** Ar. 79, las posibilidades de utilización del sistema de expropiación forzosa para la edificación de un centro educativo, complicado todo por la utilización en su momento de las previsiones de la LS de 1992, declaradas posteriormente inconstitucionales.

El TS indica que el art. 134.2 TRLS de 1976 permite utilizar el sistema de expropiación forzosa para la ejecución de los sistemas generales de la ordenación urbanística del territorio o la de alguno de sus elementos, o para realizar actuaciones aisladas en suelo urbano, indicando que para ello el art. 135.2 del mismo texto legal exige que en tal caso se formule la relación de propietarios y se designen los bienes y derechos afectados, con la apertura previa de un período de información pública de 15 días.

Teniendo en cuenta estos preceptos legales, el TS señala que tanto el TRLS de 1976 como el TRLS de 1992 permiten adquirir suelo urbano para la ejecución de un centro educativo mediante el sistema de expropiación forzosa, lo que no supone quiebra del principio de equitativa distribución de cargas y beneficios pues los propietarios afectados serán compensados por el justiprecio correspondiente.

Estos preceptos llevan a decir al TS que, en el caso concreto, en el cual el suelo expropiado estaba destinado en las Normas Subsidiarias de Planeamiento a zona escolar, el uso de la expropiación para adquirir los terrenos no vulneraba en su momento los arts. 200 y 206.1.b) TRLSde 1992, posteriormente declarados inconstitucionales, ni tampoco los correspondientes arts. del TRLS de 1976, antes aludidos, y después aplicables por la inconstitucionalidad declarada de aquéllos.

4. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

La valoración de los terrenos destinados a sistemas generales, o a dotaciones locales en suelo urbano, que se obtengan por expropiación y de los terrenos incluidos en unidades de ejecución respecto de las que se hubiere fijado el sistema de expropiación, se determinará en función del valor urbanístico sin deducción alguna. Una regla general que permanece vigente tras la STC 61/1997.

Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en una serie de sentencias dictadas con ocasión de varios recursos de casación planteados frente a la desestimación por el TSJ de Madrid de diversos recursos contencioso-administrativos contra Resoluciones del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Madrid por las que fijaba el justiprecio de parcelas expropiadas para la ejecución de PERI en La Ventilla (Madrid).

Las sentencias del TS a que nos referimos son: **SSTS de 7 y 17 de junio y de 19 de julio de 2002,** Ar. 6294, Ar. 8615 y Ar. 8389, en cuyos FFJJ 2º.B) sostuvo:

> "(...) la valoración de los terrenos a obtener por expropiación en el capítulo III del mismo Título II, en el que su artículo 58 contiene una regla general, también vigente una vez pronunciada la referida sentencia 61/1997, de 20 de marzo, del Tribunal Constitucional, según la cual 'la valoración de los terrenos destinados a sistemas generales, o a dotaciones locales en suelo urbano, que se obtengan por expropiación y de los terrenos incluidos en unidades de ejecución respecto de las que se hubiere fijado el sistema de expropiación, se determinará de conformidad con las reglas establecidas en este capítulo'.
>
> En armonía con la necesidad de establecer reglas específicas o singulares para valorar los terrenos a obtener por el sistema de expropiación dentro de una unidad de ejecución, el artículo 173 del mismo Texto Refundido, tampoco anulado por la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, dispone que el justiprecio expropiatorio de los terrenos se determinará en función del valor urbanístico conforme a lo establecido por los artículos 59 y 60 sin deducción alguna. (...)

> El problema se plantea al haber sido los artículos 59, 60 y 61 del citado Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, anulados por la tantas veces citada Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, lo que ha generado un vacío en el sistema configurado por éste, que nos obliga a colmarlo, acudiendo necesariamente a las normas del Texto Refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril (...) y, por consiguiente, a las del Reglamento de Gestión Urbanística, aprobado por Real Decreto 3288/1978, de 25 de agosto (...) que las desarrollan en cuanto regulan el cálculo del valor urbanístico, ya que, al haberse anulado también por el Tribunal Constitucional en la expresada sentencia la disposición derogatoria única. 1 en lo relativo al Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, volvió éste a adquirir vigencia en aquellas materias no reguladas por las normas subsistentes del nuevo Texto Refundido de 1992.
>
> (...) la legislación 1990-1992 no podemos aplicarla, en la parte anulada por el citado Tribunal, ya que hay que tenerla por inexistente. Siquiera luego, en la práctica, las consecuencias sean menos dramáticas de lo que pudiera parecer, habida cuenta que en esta materia, y según queda dicho, no hay contradicción entre el método de valoración previsto en los preceptos anulados y el previsto en la Ley del Suelo de 1976".

En el mismo sentido, se pronunció la **STS de 21 de septiembre de 2002,** Ar. 8666, que en su FJ 1º subrayó que " el justiprecio expropiatorio de los terrenos incluidos en una unidad de ejecución a desarrollar por el sistema de expropiación se determinará en función del valor urbanístico conforme a los arts. 59 y 60 sin deducción o adición alguna (...)".

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) Bienes patrimoniales. Parcelas sobrantes. Calificación y enajenación de las mismas. B) Desafectación de los bienes de dominio público. Desafectación de las casas-habitación de maestros. Requisitos especiales. C) Adquisición de bienes por las Entidades locales. Vigencia de las cláusulas que obligan a destinar a determinado fin el bien. D) Ejercicio de acciones en defensa de los bienes locales. Requisitos previos para el ejercicio de la acción. E) Potestades administrativas. Imposibilidad de que un Ayuntamiento declare administrativamente la titularidad municipal de un bien. F) Potestades administrativas. Recuperación de oficio. Necesidad de probar la posesión municipal. **3. Aguas continentales.** A) Abastecimiento a poblaciones: titulación del técnico competente para suscribir el proyecto; concesión a Mancomunidad de Municipios; liquidación de tarifas. B) Expropiación de concesiones de uso industrial. Indemnización procedente. C) Inscripción de aprovechamiento de aguas privadas: queda probado que se trataba de aguas privadas. D) Las obras en cauce privado que afecten al régimen de las aguas precisan de autorización. E) Sequía y sobreexplotación de acuíferos: medidas extraordinarias que no llevan consigo indemnización. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde. a) Su objeto es declarar demanio marítimo lo que por naturaleza es tal, con independencia de actuaciones objetivas públicas y privadas. b) Es improcedente el ejercicio del deslinde para determinar la caducidad de concesiones a perpetuidad. c) Procedimiento administrativo de deslinde: la resolución de incoación no es un acto de trámite. La omisión de audiencia al interesado sólo determina nulidad si produce indefensión. B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: aplicación del régimen transitorio de la Ley de Costas. C) Usos del demanio marítimo. a) El interés general permite legalizar obras realizadas sin título habilitante. b) La modificación sustancial del contenido de la concesión exige seguir el procedimiento establecido para su otorgamiento. c) El incumplimiento de las condiciones determina la caducidad del título concesional. D) Puertos. a) Las instalaciones portua-

rias se benefician de la potestad de recuperación de oficio. b) La prestación del servicio de transporte marítimo internacional exige concesión administrativa. c) Las tarifas portuarias son tasas sujetas al principio de reserva legal en materia tributaria. d) Las instalaciones portuarias están exentas del pago del Impuesto municipal de Bienes Inmuebles, aunque las utilicen los particulares vía concesión. **5. Carreteras.** A) Distribución de competencias entre Administraciones públicas: diversas cuestiones. B) Autopistas de peaje: primas por seguro de cambio, posibilidad de distintas situaciones de los concesionarios. **6. Montes: ocupación de monte de utilidad pública con una finalidad compatible con la del monte. 7. Minas: validez de la autorización concedida. 8. Patrimonio cultural: ampliación del Museo del Prado. 9. Patrimonio del Estado.** A) Bienes incautados al PSOE tras la Guerra Civil 1936-39. B) Bienes patrimoniales del Estado: recuperación de la posesión.

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia número 9856 a la 10305 de 2002 (cuadernillos 32 a 44) y desde la número 1 a la 2300 de 2003 (cuadernillos 1 a 8) y la Constitucional desde la 87/2003, de 8 de mayo, hasta la 109/2003, de 5 de junio.

2. BIENES LOCALES

A) Bienes patrimoniales. Parcelas sobrantes. Calificación y enajenación de las mismas

En el artículo 7 del Reglamento de Bienes de las Entidades locales de 1986 se definen las parcelas sobrantes. Sin embargo, dicho artículo no es posible aplicarlo directamente de forma que cualquier bien que se entienda que reúne esas características se califique automáticamente como bien patrimonial y, en especial, parcela sobrante, sin ningún tipo de procedimiento. Exigencia esta última que se aprecia en la **STS de 9 de diciembre de 2002,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1949 de 2003. En concreto, en ella se afirma que el terreno objeto de discusión no podía ser considerado parcela sobrante, ya que, frente al criterio que parece sustentar la recurrente, no basta para tal consideración la concurrencia de los requisitos materiales previstos en el artículo 7.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, sino que es precisa la declaración formal como tal, que implica una calificación jurídica, o la recepción formal, en el caso de bien desafectado, establecida en los artículos 7.3 y 8 del Reglamento de Bienes. En la medida en que son necesa-

rios esos trámites tampoco es posible atender a la petición de enajenación del terreno que el particular entiende que es sobrante sin esos trámites.

B) Desafectación de los bienes de dominio público. Desafectación de las casas-habitación de maestros. Requisitos especiales

La legislación prevé un procedimiento especial de desafectación de las casas habitación destinadas a maestros. Dicho procedimiento exige la autorización de la Administración educativa competente, sin la cual los acuerdos de desafectación de los Municipios son inválidos.

En concreto, en la **STS de 10 de abril de 2002,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 10094, se afirma que la cuestión ya ha sido resuelta de manera explícita y reiterada por esta misma Sala al menos en dos **SSTS de 3 de abril de 2000 y de 8 de febrero de 2001,** desechando el argumento de que la LOGSE haya venido a alterar el régimen de autorizaciones previas por parte de los organismos, estatales o autonómicos, que tengan conferidas competencias en materia de educación en lo que se refiere a los servicios y finalidades propias a que vinieren destinados los edificios escolares que albergasen servicios docentes de enseñanza primaria, sin excluir de este concepto los destinados a vivienda de maestros. En ellas se reconoce que la Disposición Final Decimoséptima de la Ley estipula que la conservación, vigilancia y mantenimiento de los correspondientes edificios corresponde a los Ayuntamientos en tanto no sean desafectados del servicio educativo, sin que sea acertado sostener que el sistema implantado por la LOGSE haya variado el panorama legislativo que venía contemplado por la normativa anterior vigente, ni que la Disposición Final Cuarta tenga el alcance concreto que se pretende y pueda suponer la derogación del mismo. Por el contrario, ha de entenderse que la Ley de 3 de octubre de 1990 no entra a regular la afectación de viviendas de maestros al uso público, y que han de considerarse en vigor como disposiciones reglamentarias incluidas en el apartado 5 de la misma Disposición Final los artículos 51 y 52 de la antigua Ley de Enseñanza Primaria, y subsistente la necesidad de recabar la autorización de desafectación del uso público inherente a las mismas de las viviendas de maestros, siquiera se encuentren ubicadas en inmuebles de dominio público municipal.

C) Adquisición de bienes por las Entidades locales. Vigencia de las cláusulas que obligan a destinar a determinado fin el bien

Las Entidades locales pueden adquirir bienes con la condición de destinarlos a un determinado fin. Estas cláusulas tienen una vigencia determinada en el tiempo de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Bienes de 1986. En este sentido, en la **STS de 24 de febrero de 2003,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2249, se dice que el artículo 13 del Reglamento de Bienes dispone que, si los bienes de las Entidades locales adquieren bajo la modalidad de una afectación determinada, dicha afectación se extingue a los 30 años, pudiendo destinarse el bien a cualquier actividad o servicio. En el caso de autos habían transcurrido desde luego más de 30 años desde la celebración del contrato de permuta en 1959 hasta que se dictó el acto impugnado, por lo que la cláusula de afectación correspondiente había quedado sin efecto.

D) Ejercicio de acciones en defensa de los bienes locales. Requisitos previos para el ejercicio de la acción

La **STS de 3 de diciembre de 2002,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 627 de 2003, se pronuncia sobre los requisitos previos que deben concurrir para el ejercicio de acciones. En particular, se pronuncia sobre la exigencia de un informe jurídico emitido por persona con cualificación suficiente. Sobre este punto en la Sentencia mencionada se afirma en los artículos 9.3 del Reglamento de Bienes de 1986, 221 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 1986 y 51.3 de la Ley de Régimen Local de 1986 se establece que los acuerdos para el ejercicio de acciones necesarias para la defensa de los bienes y derechos de las Entidades locales deberán adoptarse previo dictamen del secretario, o, en su caso, de la asesoría jurídica y en defecto de ambos, de un letrado. Dicho requisito se comprueba que concurre en el caso concreto, puesto que se ejercitó la acción previo el informe jurídico de la sección de patrimonio por un licenciado en Derecho, al que mostró su conformidad el Secretario de la Corporación, y concurriendo el dictamen de la comisión informativa de urbanismo y de la Comisión de Gobierno, por lo que es claro que se cumplió no sólo con la forma, sino con el espíritu de los preceptos que regulan la materia y que se citan.

E) Potestades administrativas. Imposibilidad de que un Ayuntamiento declare administrativamente la titularidad municipal de un bien

La **STS de 17 de diciembre de 2002,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 531, se pronuncia sobre si un Ayuntamiento puede declarar que es de su propiedad la titularidad de un bien. En el caso enjuiciado había dictado un acuerdo en el que se declaraba una determinada finca de propiedad municipal. En relación con este acuerdo el Tribunal afirma que debemos partir de que efectivamente se ha producido una infracción del artículo 8 del Reglamento de Bienes de 1986, por cuanto las potestades que se otorgan a los Entes locales y en este caso al Ayuntamiento en el referido precepto no suponen que un Ente local pueda declarar por sí mismo la titularidad dominical de determinados bienes, en definitiva, la propiedad, tanto si dicha titularidad se ejerce en régimen jurídico privado como en régimen jurídico público; el otorgamiento de potestades al efecto no encuentra amparo suficiente en la normativa que integra nuestro ordenamiento jurídico, ni en el citado artículo 8 del Reglamento de Bienes, ni en los siguientes y concordantes y del mismo Reglamento, ni menos aún en la Ley Básica de Régimen Local de 1985. Por otra parte, en la Sentencia se aprecia que existen dudas sobre los límites de la parcela que se pretendía recuperar, por lo que también lo procedente habría sido la realización de un deslinde previo.

F) Potestades administrativas. Recuperación de oficio. Necesidad de probar la posesión municipal

Constituye un requisito previo exigido en el Reglamento de Bienes para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio que se acredite la posesión previa. Así, en la **STS de 16 de julio de 2002,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 10139, partiendo del carácter insuficiente de la prueba de esta posesión, se afirma que el Ayuntamiento ha supuesto y no

ha probado que tenía la posesión del terreno y el acreditar la posesión del terreno le incumbe directamente a que lo alega, y no podía depender por tanto de las pruebas instadas por la parte contraria.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Abastecimiento a poblaciones: titulación del técnico competente para suscribir el proyecto; concesión a Mancomunidad de Municipios; liquidación de tarifas

Dentro de los documentos que han de acompañar a la solicitud para el otorgamiento de una concesión de aguas para abastecimiento a poblaciones está el del proyecto suscrito por técnico competente a que alude el artículo 123.3.e) del RDPH. En la **STS de 16 de diciembre de 2002,** Ar. 523, se discute cuál ha de ser la titulación de dicho técnico, y en concreto si bastaba con que un Ingeniero Industrial suscribiera el Proyecto de Estación de Bombeo que acompañaba a la solicitud de un Ayuntamiento para la captación de agua de un río para abastecimiento. El TS indica que del Decreto de 23 de diciembre de 1956 que aprueba el Reglamento del Cuerpo de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y de jurisprudencia consolidada se deduce que los proyectos que versen sobre bienes integrados en el dominio público hidráulico han de ser suscritos siempre por un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, lo que no impide que exista colaboración de otros técnicos, pero no podrá admitirse la validez de un proyecto sin la firma del primero.

Por otro lado, la **STS de 31 de diciembre de 2002,** Ar. 780, entiende conforme a derecho la concesión de abastecimiento de aguas otorgada a una Mancomunidad de Municipios por la CH del Ebro, sin que pueda prosperar lo argumentado por el Concejo de Riezu en su recurso contra dicho otorgamiento. No se han vulnerado los arts. 122 y 123.2 del RDPH (este último precepto señala que cuando se trate de la concesión para el abastecimiento conjunto de varias poblaciones, pertenecientes a varios municipios, la instancia debe venir suscrita por la Mancomunidad, Consorcio o Entidad de que se trate), pues aun siendo cierto que después la Mancomunidad se amplió a más municipios posteriormente, se llegó a ratificar el documento aludido por los nuevos integrantes.

Finalmente, la **STS de 20 de noviembre de 2002,** Ar. 166, considera correcta la actuación administrativa en relación por un lado, con las liquidaciones giradas en concepto de tarifa de saneamiento y canon de infraestructura hidráulica, y por otro, con los avisos de suspensión del suministro de agua potable por impago. La Asociación hotelera de Salou y otras empresas recurrentes aducían la vulneración del artículo 47.2 de la LHL de 1988, que permite que cuando por causas no imputables al obligado al pago del precio público, el servicio no se preste, se proceda a la devolución del importe correspondiente, supuesto en el que sostenían encontrarse ya que la actividad turística y hotelera se desarrolla en el período de abril a septiembre en ese municipio. Sin embargo, el TS indica que se trata de un craso error este motivo de impugnación, pues no cabe equiparar el no consumo de agua durante cierto tiempo con la no prestación del servicio público de suministro que se presta ininterrumpidamente a lo largo del año a los hoteles de Salou, siendo correcto

el sistema de mínimos y de facturación trimestral seguida por el Ayuntamiento y la empresa encargada del servicio.

B) Expropiación de concesiones de uso industrial: indemnización procedente

Según el artículo 58.2 de la Lag. de 1985 (posterior artículo 60.2 del TR de Lag. de 2001) toda concesión está sujeta a expropiación forzosa, a favor de otro aprovechamiento que le preceda según el orden de preferencia establecido en el PHC o en la Ley de Aguas. La **STS de 14 de noviembre de 2002,** Ar. 506, debe decidir en el caso que se discute si se trataba de una expropiación en el sentido del precepto señalado. Concluye de un lado, con que la detracción de aguas que sufre la "Compañía Sevillana de Electricidad, SA", por el otorgamiento de una concesión de riegos que se llevaba la mayor parte del caudal del embalse de El Vicario, efectivamente debe identificarse con la figura de la expropiación de concesiones, pues la refrigeración de la central térmica quedaba sin posibilidad real de llevarse a cabo, habiendo incurrido la Administración hidráulica en error de hecho en cuanto al cálculo de la capacidad del embalse. En cuanto al otro asunto que trata de resolverse en la Sentencia, como es el relativo a la aminoración del potencial hidroeléctrico producible por tres saltos a pie de presa de la compañía "Saltos del Guadiana, SA", el TS concluye que por similar motivo debe indemnizarse, no bastando con la modificación de las concesiones para adaptarlas a la realidad.

C) Inscripción de aprovechamiento de aguas privadas: queda probado que se trataba de aguas privadas

Conforme a la Disposición Transitoria Segunda de la Lag. de 1985, los titulares de algún derecho sobre aguas privadas procedentes de manantiales conforme a la legislación anterior, contaban con tres años desde la entrada en vigor de la Lag. de 1985 para su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas, de manera que su régimen de derecho privado sería respetado por 50 años, y al término de este plazo, ostentarían un derecho preferente para obtener la correspondiente concesión administrativa. La **STS de 20 de diciembre de 2002,** Ar. 58, analiza precisamente un supuesto en el que se debate sobre este tipo de inscripción, para concluir con que no cabe la denegación por la Administración hidráulica de la solicitud discutida de 1988, pues el aprovechamiento del manantial "La Piedra" está lejos del único camino público allí existente y ha quedado probado con los informes periciales que pertenece a una finca privada, no tratándose por tanto de aguas públicas como aducía la CH del Guadalquivir.

D) Las obras en cauce privado que afecten al régimen de las aguas precisan de autorización

Se reconoce en la **STS de 1 de julio de 2002,** Ar. 9955, que las resoluciones de la CH del Ebro impugnadas son correctas, pues obligaban a reponer los cauces a su estado primitivo y a recabar autorización para cualquier obra que afectase a los mismos. En efecto, no es impedimento para la actuación del Organismo de cuenca que el Barranco desde el que se hizo la actuación controvertida fuese privado, pues el artículo 5 de la Lag. de 1985, en aquel momento aplicable, no permitía que en cauces privados se construyesen obras que

pudieran hacer variar el curso natural de las aguas en perjuicio del interés público o de tercero, de modo que no es conforme a derecho la conexión efectuada del Barranco a una alcantarilla por la empresa Ibérica de Sales, SA, porque de los informes administrativos resultó que con ello aumentaba la salinidad de las aguas en otra acequia cercana.

E) Sequía y sobreexplotación de acuíferos: medidas extraordinarias que no llevan consigo indemnización

Como en Sentencias anteriores [así, SSTS de 18 de marzo de 1999 –crónica XII.3.I) del núm. 6 de esta Revista–, y de 15 de noviembre de 2000 –crónica XII.3.G) del núm. 13 de *Justicia Administrativa*–] en la **STS de 20 de febrero de 2003,** Ar. 2123, se reitera que la pretensión de la entidad recurrente de obtener indemnización por responsabilidad administrativa como consecuencia de la imposibilidad de regar durante la campaña agrícola 1991-1992 por la aprobación del RD de 22 de abril de 1988 que declaró sobreexplotado el acuífero 24 del Campo de Montiel, no puede prosperar porque se trata de una medida de carácter general que se dictó al amparo del artículo 56 de la Lag. de 1985 para afrontar una situación de sequía extraordinaria, sin que quepa tampoco aducir que al tratarse de aguas privadas fuese una limitación indemnizable, pues el apartado 4 de la Disposición Transitoria Tercera de la Lag. de 1985 permitía este tipo de actuaciones.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde

a) Su objeto es declarar demanio marítimo lo que por naturaleza es tal, con independencia de actuaciones objetivas públicas y privadas

Mediante el ejercicio de la potestad administrativa de deslinde la Administración costera pretende acotar los límites del dominio público marítimo-terrestre, integrando expresamente dentro de él lo que por naturaleza –y, a consecuencia de ésta, por reconocimiento normativo– es tal. Y ello con independencia de previos aprovechamientos privados –con o sin título– de parte de esos bienes, de títulos diversos por los que se produjo su adquisición pública, de calificaciones y actuaciones urbanísticas previstas sobre ellos [**SSTS de 31 de diciembre de 2002 (dos) de 2003,** Ar. 113 y 781], de apariencias físicas más o menos dudosas (como asfaltados sobre la arena que, no obstante, no ocultan las formaciones de dunas y la presencia de vegetación típica de la arena de las playas, **STS de 20 de diciembre de 2002,** Ar. 59 **de 2003**) y de posibles omisiones derivadas de anteriores deslindes, que en ningún caso ampararían la consideración, como expropiación *ex lege* indemnizable, de la subsanación de esas lagunas (**SSTS de 10 de diciembre de 2001,** Ar. 9879 de 2002, FJ 5º a 8º **y 31 de diciembre de 2002,** Ar. 781 de 2003, FJ 8º).

b) Es improcedente el ejercicio del deslinde para determinar la caducidad de concesiones a perpetuidad

Cuestión distinta es la que se refiere a terrenos que, aunque precedentemente integrantes del dominio público costero, han pasado a tener naturaleza privada en virtud de una

concesión perpetua de desecación de marismas otorgada al amparo de normativa anterior. En estos casos, y mientras no se produzcan cambios naturales que determinen la nueva inundación de las zonas desecadas (única causa admisible de caducidad concesional y de consiguiente reversión de aquéllas a la Administración, **STS de 2 de enero de 2003,** Ar. 1194), es improcedente el intento de recuperación para el demanio a través de un procedimiento específico de deslinde. Así lo recuerda la **STS de 31 de diciembre de 2002,** Ar. 878 de 2003.

c) Procedimiento administrativo de deslinde: la resolución de incoación no es un acto de trámite. La omisión de audiencia al interesado sólo determina nulidad si produce indefensión

Ese ejercicio de la potestad citada debe realizarse a través de un procedimiento específico basado en el que, con carácter general, establece la legislación básica de procedimiento administrativo. Su iniciación puede corresponder a la propia Administración, cumplimentando así su obligación de definir los límites demaniales. En ningún caso cabe categorizar esta decisión incoatoria como acto de trámite insusceptible de impugnación, tratándose, por el contrario, de una resolución que, sin predeterminar el fin del procedimiento, tiene sin embargo unos determinados efectos sobre la propiedad de los bienes afectados. Por esta razón, y con el fin de corregir eventuales vicios que pudieran aquejarla, debe caber revisión en vía jurisdiccional en caso de necesidad (**STS de 18 de noviembre de 2002,** Ar. 10086).

Uno de los trámites necesarios de este procedimiento de deslinde es la audiencia a los interesados, cuya ausencia determina la nulidad procedimental sólo si acarrea indefensión, lo que no sucede en el supuesto enjuiciado por la **STS de 10 de diciembre de 2001,** Ar. 9879 de 2002, FJ 4º.

B) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: aplicación del régimen transitorio de la Ley de Costas

Es habitual que la normativa costera, con fines de preservación, restrinja las actividades a desarrollar en la propiedad privada contigua al demanio marítimo. Una de estas restricciones es la prohibición de realizar edificaciones para residencia o habitación en zona de servidumbre de protección, extensiva a una franja de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 23.1 de la Ley de Costas). Pero si esta zona de servidumbre lo es, precisamente, como consecuencia de la aprobación de la vigente Ley de Costas, resultará de aplicación lo dispuesto en su Disposición Transitoria Tercera.3. Conforme a ella, la realización de obras en esta superficie requerirá (siempre, por supuesto, que se trate de suelo urbano) la aprobación específica de un Estudio de Detalle, Plan Especial o instrumento urbanístico análogo que permita proporcionar un tratamiento homogéneo al conjunto de la fachada marítima. Ninguno de estos instrumentos existía en el supuesto enjuiciado por la **STS de 23 de octubre de 2002,** Ar. 10227, por lo que el Tribunal considera improcedente (y nula) una autorización otorgada por la

Administración urbanística para construir una vivienda en una parcela sita en zona de servidumbre de protección.

C) Usos del demanio marítimo

a) El interés general permite legalizar obras realizadas sin título habilitante

La realización de un uso privativo del demanio costero requiere la obtención previa de una concesión administrativa, cuya ausencia constituye una infracción administrativa. Es el caso de la ejecución sobre el mismo de obras sin título; supuesto este que, no obstante, podrá intentar ser reconducido a la legalidad si así lo aconsejan razones de interés general (**STS de 3 de julio de 2002,** Ar. 9956).

b) La modificación sustancial del contenido de la concesión exige seguir el procedimiento establecido para su otorgamiento

La Administración otorgante de una concesión administrativa podrá autorizar modificaciones en las características de la misma, si bien –tal y como determina el artículo 156.3 del Reglamento de Costas–, en caso de ser sustanciales, deberá seguir el procedimiento establecido para el otorgamiento primero de tales títulos. Este procedimiento fija, entre otras, fases de audiencia a posibles afectados y de solicitud de informes a las Administraciones implicadas. Ninguna de las dos fueron observadas en el supuesto enjuiciado por la **STS de 11 de diciembre de 2002,** Ar. 911 de 2003, por lo que procede declarar la nulidad de la autorización modificativa ilegal.

c) El incumplimiento de las condiciones determina la caducidad del título concesional

Sin que la siguiente afirmación suponga contradicción con lo manifestado en un apartado anterior de esta misma crónica, debe conocerse la existencia de concesiones de desecación de marismas, otorgadas asimismo 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, generalmente consistente en la realización de alguna obra o infraestructura susceptible de aprovechamiento público (embarcadero, camino de servicio, etc.) En estos casos, el incumplimiento de la cláusula concesional es determinante de la caducidad del título, tal y como determina la **STS de 8 de julio de 2002,** Ar. 9957.

D) Puertos

a) Las instalaciones portuarias se benefician de la potestad de recuperación de oficio

La categorización de los puertos como bienes demaniales determina que sean de aplicación a estas instalaciones los principios y reglas jurídicas inherentes a los mismos. Tal es el caso de la potestad de recuperación de oficio de los bienes ilegítimamente ocupados; potestad que, aunque se olvida frecuentemente, no es privativa del dominio público. Antes

al contrario: también pueden beneficiarse de ella –siempre que no haya pasado un año desde la usurpación– los bienes patrimoniales (artículo 8 de la Ley de Patrimonio del Estado). A uno de estos supuestos se refiere la **STS de 16 de diciembre de 2002,** Ar. 194 de 2003, en la que el Tribunal reconoce la procedencia de su empleo para recuperar una nave sita en el puerto de Santander, utilizada particularmente como almacén en virtud de título concesional, con acta de reversión aprobada una vez expirado el plazo concedido en éste y "patrimonializada" mediante posterior desafectación de su uso y servicio público.

b) La prestación del servicio de transporte marítimo internacional exige concesión administrativa

Como viene siendo puesto de manifiesto en reiterados comentarios publicados en esta Revista, la realización de cualquier actividad que tenga como basamento físico el demanio portuario requiere el otorgamiento previo del correspondiente título administrativo. Es el caso, también singularizado previamente, del servicio de líneas regulares de transporte marítimo internacional, demandante en todo caso de autorización administrativa. No cabe, pues, invocar el principio comunitario de libre prestación del servicio por los nacionales de los Estados miembros –derivado del Tratado CEE y del Reglamento 4055/1986, de 22 de diciembre– para enervar tal requisito, toda vez que existe una clara razón de interés general (control de la "frontera sur" de la Unión Europea en orden a impedir presiones migratorias ilegales en el supuesto enjuiciado por la **STS de 10 de febrero de 2003,** Ar. 1156) que justifica la exigencia de limitaciones, en ningún caso incompatibles con aquella libertad esgrimida.

c) Las tarifas portuarias son tasas sujetas al principio de reserva legal en materia tributaria

La concesión de uso del demanio portuario lleva anudado, a modo de contraprestación pecuniaria, el devengo de una figura tributaria. En relación con estos tributos existe una consolidada doctrina del Tribunal Supremo –destacada continuamente en las crónicas de esta Revista– que, en sintonía con lo expuesto por la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, sobre la Ley de Tasas y Precios públicos, considera a las tarifas por servicios portuarios como tasas sujetas al principio de reserva de ley característico de los tributos y, por ende, considera ilegal la utilización de una Orden Ministerial a los efectos de la determinación de sus elementos esenciales. Nuevamente vuelven a manifestarse en este sentido las **SSTS de 11 de diciembre de 2002,** Ar. 766 de 2003 (en relación a la tarifa G3) y **de 7 y 5 de octubre de 2002,** Ar. 10038 y 253 de 2003, respectivamente (en relación al canon por ocupación de superficie).

d) Las instalaciones portuarias están exentas del pago del Impuesto municipal de Bienes Inmuebles, aunque las utilicen los particulares vía concesión

En el otro lado de la moneda, también la Administración costera viene sujeta al pago de los tributos locales legalmente exigibles. Y ello como consecuencia de la ubicación física

de las instalaciones portuarias sobre el término municipal. Sólo en aquellos casos en que, también normativamente, se prevean excepciones a esta regla general, cabrá exoneración. Es el supuesto recogido en la redacción originaria del artículo 64.1 de la Ley de Haciendas Locales, conforme al cual estarán exentos del pago del Impuesto de Bienes Inmuebles, entre otros, los bienes de dominio público marítimo-terrestre que sean de aprovechamiento público y gratuito. Los puertos son bienes de este tipo siempre y en todo caso, sin que altere esta consideración el hecho objetivo de que no todas las instalaciones de las que constan estén directamente afectadas a las actividades propias de los mismos. En otras palabras, y tal y como razona la **STS de 28 de diciembre de 2002,** Ar. 1975 de 2003, también los inmuebles portuarios aprovechados por los particulares vía concesión se benefician de la exención del citado impuesto municipal, más aun cuando dicha utilización ya está gravada a través de la condición de contribuyente que recae sobre el concesionario.

5. CARRETERAS

A) Distribución de competencias entre Administraciones públicas: diversas cuestiones

En la **STS de 3 de diciembre de 2002,** Ar. 293 de 2003, se estima el recurso de casación interpuesto por un particular, contra una Sentencia del TSJ del País Vasco de 2001, en un supuesto donde la Administración (un Ayuntamiento vizcaíno y la Diputación Foral de esta provincia) denegó la solicitud de daños y perjuicios derivados de un accidente de circulación que tuvo lugar en un tramo de vía urbana de titularidad de la Diputación Foral de Vizcaya. Se trataba de un motorista que tuvo un accidente como consecuencia de que la calzada de la vía urbana estaba manchada con aceite que se había vertido en aquel lugar.

Pues bien, al margen del interés que pueda tener el asunto relativo a la responsabilidad patrimonial, y el hecho de que estemos en un caso de recurso de casación para la unificación de la doctrina (donde existen Sentencias del TSJ del País Vasco que dieron la razón al recurrente en casos similares), lo que aquí nos interesa es lo relativo a qué Administración (Ayuntamiento o Diputación Foral) era titular de la vía donde sucedieron los hechos.

En el presente caso, el TS considera que se trata de un tramo de carretera de titularidad foral, pues a pesar de ser un tramo urbano, éste no había sido entregado por la Diputación al Ayuntamiento, ni tampoco existía ningún convenio entre ambos.

Por ello, deben aplicarse las normas 59 y 24 de la Norma Foral vizcaína 2/1993, de 18 de febrero, sobre carreteras, que establecen que en estos casos la conservación, explotación y responsabilidad sobre el correcto estado de las carreteras forales que discurran por suelo urbano corrresponde a la Diputación Foral.

Por otra parte, en la **STS de 20 de febrero de 2003,** Ar. 2244, se revoca la Sentencia de instancia y se da la razón a la Generalitat de Cataluña, que en 1995 había aprobado la revisión del PGOU de Tarragona.

En este caso, se impugnó (por un particular y una asociación de vecinos) el establecimiento por el PGOU de una reserva de terreno con destino a una futura conexión de una carretera nacional con una variante.

El TS considera que el artículo 33 del Reglamento General de Carreteras (RD 1812/1994, de 2 de septiembre) permite a los Ayuntamientos incluir en sus instrumentos de planeamiento previsiones sobre la ubicación de futuras carreteras o variantes.

Todo ello, con independencia de qué procedimiento deba seguirse cuando un Plan urbanístico no tiene previsto la construcción de una carretera (o no existe plan, o en el plan existe una disconformidad con el trazado de la carretera), donde la Administración que construye esta última debe coordinar su actuación con el Ayuntamiento.

Aquí lo importante, según el TS, es que un Ayuntamiento sí puede incluir en un PGOU reservas de terreno destinadas a la construcción de una futura carretera.

B) Autopistas de peaje: primas por seguro de cambio, posibilidad de distintas situaciones de los concesionarios

En este apartado destaca la **STS de 17 de febrero de 2003,** Ar. 2111, que desestima un recurso interpuesto por una empresa concesionaria de autopistas frente a la decisión del Gobierno de no conceder una rebaja a aquélla en las cantidades abonadas anualmente en concepto de seguro de cambio (cantidad que sí había sido reducida a otras empresas concesionarias). Este último concepto está previsto en el artículo 13 de la Ley de Autopistas de 1972 y en los distintos Decretos de adjudicación de autopistas (en este caso, en el Decreto 2802/1973, de 2 de noviembre, de la Autopista Vasco-Aragonesa).

La solicitud se formuló en 1999 y el Gobierno, a pesar de tener redactado un proyecto de Real Decreto que aceptaba la rebaja del seguro de cambio, no llegó a aprobarlo.

En el presente caso, el TS considera que no existió silencio administrativo positivo, pues la concesionaria no ha acreditado la existencia de derecho subjetivo alguno. Por ello, en aplicación del artículo 43.2 de la LRJ-PAC, se trataría de un procedimiento de ejercicio del derecho de petición del artículo 29 de la Constitución, en donde la regla del silencio cambia y no se aplica en sentido positivo.

Por otra parte, tampoco puede aplicarse el principio de igualdad ante la Ley del artículo 14 CE (que además la concesionaria no invoca), pues aunque el Gobierno ha reducido el seguro de cambio a otras concesionarias, siguen existiendo concesionarias a las que no se les ha reducido el seguro. Y esta situación es posible en el ámbito de las autopistas, donde es el Decreto de adjudicación (que tiene naturaleza contractual) el que regula las relaciones entre la Administración y la concesionaria en cada caso, y donde pueden existir distintas situaciones y posibilidades, de acuerdo con el equilibrio económico-financiero de la concesión existente en cada supuesto.

Cabe, en definitiva, la existencia de distintas situaciones en el ámbito de las autopistas, en función de cada caso concreto.

6. MONTES: OCUPACIÓN DE MONTE DE UTILIDAD PÚBLICA CON UNA FINALIDAD COMPATIBLE CON LA DEL MONTE

En la **STS de 2 de enero de 2003,** Ar. 1065, se confirma la decisión del TSJ de Aragón de 1997, que declaró conforme a Derecho un Acuerdo del Gogierno de Aragón de 1993, sobre ocupación de la ribera de un río, que estaba calificada como monte público catalogado, para la instalación de una piscifactoría.

En este caso, se autoriza la ocupación del monte catalogado por parte de la empresa titular de la piscifactoría, y se autoriza también la instalación de ésta, sin perjuicio de la necesidad de obtener otras autorizaciones de otras Administraciones (en concreto, la concesión de aguas; o las autorizaciones en su caso municipales, entre otras –cuestiones por cierto no tratadas en la presente sentencia–).

El aspecto que aquí nos interesa es la argumentación del TS en relación con la ocupación del monte catalogado, donde se han aplicado los artículos 20 de la Ley de Montes de 1957 y 168 y siguientes de su Reglamento de 1962.

Al igual que la Sentencia de instancia, el TS considera que sí se cumplen los requisitos exigidos para autorizar la ocupación del monte, pues es una ocupación temporal, excepcional y que es compatible con la utilidad pública de aquél. Y ello porque la instalación de la piscifactoría no supone en modo alguno la destrucción o eliminación del monte (aspecto prohibido por las normas antes citadas), y además es compatible con la utilidad pública de aquél.

Los informes técnicos realizados avalan esta conclusión, pues la superficie del monte afectada es escasa (alrededor de un 6 por ciento), además se trata de un terreno de escasa densidad arbórea y el proyecto era viable económicamente y creaba riqueza, entre otros aspectos.

7. MINAS: VALIDEZ DE LA AUTORIZACIÓN CONCEDIDA

En la **STS de 31 de diciembre de 2002,** Ar. 539 de 2003, se confirma la Sentencia del TSJ de Cantabria de 1996, que había anulado unas Resoluciones del Ministerio de Industria y Energía, que habían prohibido la realización de labores mineras en una zona por no ser suficientemente conocidos los límites de las propiedades (que afectaban a la explotación realizada por otra empresa), en aplicación del artículo 119 de la Ley de Minas de 1973 y de los artículos 104.4 y 145 de su Reglamento de 1978. El TS confirma el criterio de la Sentencia de instancia y considera que la empresa entonces recurrente sí tiene derecho a continuar explotando los terrenos mineros.

8. PATRIMONIO CULTURAL: AMPLIACIÓN DEL MUSEO DEL PRADO

La **STS de 18 de diciembre de 2002,** Ar. 1193 de 2003, resuelve el recurso formulado contra el Proyecto de 1998 (aprobado por el Consejo de Ministros) de ampliación del Museo del Prado de Madrid, con rehabilitación del Casón del Buen Retiro y actuaciones en el claustro y atrio adyacentes a la Iglesia de San Jerónimo el Real. Los recurrentes fueron un particular y una asociación de vecinos de aquel barrio madrileño, ejerciendo la acción pública, y en la Sentencia, que desestima el recurso, existe un voto particular.

En este caso, aunque las autoridades urbanísticas municipales y autonómicas consideraron que el proyecto no era conforme con el planeamiento urbanístico, el Gobierno decidió, por razones de urgencia, continuar adelante con el proyecto, y ordenar la modificación del PGOU de Madrid, de acuerdo con lo establecido en el artículo 244.2 del TRLS de 1992 (en vigor tras la Ley estatal del Suelo de 1998).

En cuanto a la legislación sobre patrimonio histórico, según el TS no se ha infringido lo establecido en los artículos 36 y 37 de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985, pues el Claustro de los Jerónimos (que es un bien de interés cultural, Disposición Adicional Primera de la citada Ley, y artículo 15.1, en la categoría de "Monumento") no ha sido demolido definitivamente, sino simplemente desmontada su arquería.

Tampoco se vulnera la legislación autonómica madrileña sobre patrimonio histórico (Ley 10/1998, de 9 de julio), que afecta en parte a estos edificios (aunque se trata fundamentalmente de bienes de interés cultural de titularidad estatal).

No obstante la desestimación del recurso por el TS, existe un voto particular a la Sentencia, formulado por el Magistrado D. Manuel Vicente Garzón Herrero, que considera que debió estimarse el recurso y anularse el acto impugnado, pues el Acuerdo del Consejo de Ministros carecía del "Proyecto Técnico" necesario en toda actuación urbanística de estas características, aspecto que a su juicio también es exigido por el antes citado art. 244.2 TRLS. Para ello expone una serie de motivos, de tipo "lógico", "normativo" y "jurisprudencial", que le llevan a la conclusión de que el Gobierno debió acompañar a su decisión un proyecto técnico, inexistente en este caso.

9. PATRIMONIO DEL ESTADO

A) Bienes incautados al PSOE tras la Guerra Civil 1936-39

En la **STS de 10 de diciembre de 2002,** Ar. 1192, se da la razón al Partido Socialista Obrero Español (PSOE), frente al Acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de julio de 2000, en relación con la solicitud de restitución de un inmueble como compensación por los bienes y derechos incautados a aquel partido en aplicación de la normativa sobre

responsabilidades políticas del período 1936-1939, en concreto, de la Ley 43/1998, de 15 de diciembre (y el RD 610/1999, de 16 de abril, que la desarrolla).

El bien objeto de controversia se encuentra situado en una localidad palentina (y es ocupado en la actualidad por el Ayuntamiento), y en el Acuerdo impugnado, el Consejo de Ministros condicionaba la restitución del bien al abono al Estado por el PSOE del 50 por ciento del importe de las mejoras realizadas en el inmueble mientras éste perteneció al Estado.

Pues bien, el TS, estimando en parte el recurso, considera que no se ha elaborado el informe técnico al que hace referencia el artículo 11.2.a).1º del citado RD 610/1999, informe que debe elaborarse antes de la propuesta de resolución. Por ello, se anula el apartado segundo del acuerdo del Consejo de Ministros y se retrotraen las actuaciones administrativas al momento en el que el informe debió elaborarse.

Además, una vez se proceda de este modo, se podrá valorar si existen mejoras de las definidas en el artículo 2.2 de la Ley, que deberán o no ser restituidas al Estado en función del porcentaje del valor del inmueble que supongan, según lo dispuesto en la citada Ley y en el mencionado Reglamento.

B) Bienes patrimoniales del Estado: recuperación de la posesión

Sobre esta materia, debemos destacar la **STS de 16 de diciembre de 2002,** Ar. 194 de 2003, que confirma la decisión del TSJ cántabro, que en 1996 dio la razón a la Autoridad Portuaria de Santander, que utilizó la facultad de recuperación de la posesión prevista en el artículo 8 de la Ley de Patrimonio del Estado. El recurrente fue un concesionario a quien le finalizó el plazo concesional en 1993, tras lo cual la Autoridad Portuaria procedió a desafectar el bien, pasando éste de ser un bien de dominio público a ser un bien patrimonial.

En este caso, sí que puede utilizarse la facultad de recuperación posesoria, pero aplicando, según el TS, la antes citada Ley de Patrimonio del Estado (que concede para ello el plazo de un año tras la usurpación), en lugar de la Ley de Puertos.

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) Identificación de zonas sensibles: incumplimiento de España. B) Residuos: existencia de vertederos ilegales. Incumplimiento de España. C) Residuos: Concepto de reciclado. Interpretación conjunta de las Directivas 75/442 (residuos) y 94/62 (envases). D) Eliminación de los policlorobifenilos y los policloroterfenilos: incumplimiento de la República Helénica. E) Incumplimiento de obligaciones de información al consumidor sobre consumo de combustible y emisiones de Co_2 al comercializar turismos nuevos. Incumplimiento de la República francesa. F) Limitaciones al ejercicio del derecho a la información sobre el medio ambiente. El objeto del derecho a la información en medio ambiente. G) Derecho de acceso a la información en medio ambiente. Incumplimiento de la República Francesa. Conceptos de documento administrativo e información sobre medio ambiente. Las normas de transposición posteriores al dictamen motivado, no pueden valorarse por la Comisión. El interés en proseguir el procedimiento para sentar las bases de la responsabilidad en que pueda incurrir un Estado miembro. H) Directivas 92/43/CEE de hábitats y 70/409/CEE de aves: algunas obligaciones para los Estados no requieren de previsión de normativa interna. **3. Actividades clasificadas.** A) No es necesario el trámite previo de audiencia al interesado para la clausura de una actividad que se viene ejerciendo sin licencia cuando el funcionamiento de ésta comporte grave peligro para la seguridad pública. B) Las actividades que redundan a favor de intereses públicos también están sujetas a la licencia de actividad. **4. Evaluación de impacto ambiental.** A) La Declaración de Impacto Ambiental se configura como un acto administrativo de trámite no impugnable directamente en sede jurisdiccional. B) Los proyectos de líneas aéreas de transporte de energía eléctrica de 400 Kv requieren evaluación de impacto ambiental con posterioridad al 14 de marzo de 1999. **5. Espacios naturales protegidos.** A) Facultades de control de las Comunidades Autónomas sobre los actos de los entes locales en orden a la protección medioambiental de intereses supra-

municipales. B) Medida cautelar de suspensión de la ejecución del proyecto de construcción de las obras de la presa de Irueña respecto a las tareas constructivas que puedan alterar la configuración física de los parajes por vía de deforestación o llenado del vaso del embalse. **6. Especies de fauna protegida: el azor (*Accipiter Gentilis*). Constitucionalidad de los artículos 38.1 y 39.1 de la LCEN, si bien el artículo 39.1 requiere de un posterior desarrollo normativo para su aplicación. 7. Aguas continentales.** A) Aprovechamiento hidroeléctrico: necesidad de que en la tramitación se tenga en cuenta la aprobación de un Decreto autonómico sobre espacios naturales protegidos. B) Gran presa de Irueña: acuerdo de suspensión para preservar intereses medioambientales. C) Plan de saneamiento: procedimiento de aprobación. D) Canon de vertido: validez de la unidad de contaminación fijada por el Reglamento del Dominio Público Hidráulico. **8. Minas: movimiento de tierras junto a reserva natural.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida durante los meses de mayo y junio de 2003; la ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia número 9856 a la 10305 de 2002 (cuadernillos 32 a 44) y desde la número 1 a la 2300 de 2003 (cuadernillos 1 a 8) y la Constitucional desde la 87/2003, de 8 de mayo, hasta la 109/2003, de 5 de junio.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A) Identificación de zonas sensibles: incumplimiento de España

La **STJCE (Sala Sexta) de 15 de mayo de 2003, recaída en el asunto C-419/01,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, constata el incumplimiento de este país en la designación de zonas sensibles tal y como establece el artículo 5 de la Directiva 91/271/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre tratamiento de las aguas residuales urbanas. Dicho precepto establece que antes del 31 de diciembre de 1993 debía identificarse esas zonas sensibles y que antes del 31 de diciembre de 1998, los Estados debían implantar tratamientos rigurosos de las aguas residuales urbanas que viertan en esas zonas.

En la Sentencia que tratamos, se constata el incumplimiento de España en cuanto que en la fecha que fija el dictamen motivado de la Comisión, las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Valenciana, Baleares y Canarias y la ciudad autónoma de Ceuta –competentes en la materia– no habían designado las zonas sensibles. El resto del territorio está encomendado a la competencia de la Administración General del Estado que había procedido por Resolución de 25 de mayo de 1998 a realizar tal designación.

B) Residuos: existencia de vertederos ilegales. Incumplimiento de España

La **STJCE (Sala Tercera) de 12 de junio de 2003, recaída en el asunto C-446/01,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, constata el incumplimiento español de diversas obligaciones presentes en la Directiva 75/442 del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, en su versión modificada por la Directiva 91/556/CEE del Consejo, de 18 de marzo de 1991.

El procedimiento se inició tras recibir la Comisión varias denuncias relativas a vertederos incontrolados en distintas localidades españolas. Esto dio lugar a la formulación final de un dictamen motivado en el que se afirmaba que no existía autorización de esos vertederos, que no tenía lugar un tratamiento adecuado de los residuos y que dos de ellos, además, carecían de inspecciones periódicas. Eso suponía la violación de los arts. 4, 11 y 13 de la Directiva.

El Gobierno español adujo que respecto a algunos se había decretado el cierre por lo que no tenía sentido hablar de licencia, y que otros entraban en trance de legalización. El Tribunal constata, no obstante, que a la fecha del dictamen motivado todos ellos carecían de los requisitos ordenados por la Directiva de residuos (licencia, tratamiento adecuado, programa de inspecciones) por lo que se declara el incumplimiento de las obligaciones que atañen según esa Directiva al Reino de España.

C) Residuos: Concepto de reciclado. Interpretación conjunta de las Directivas 75/442 (residuos) y 94/62 (envases)

La **STJCE (Sala Quinta), de 19 de junio de 2003, recaída en el asunto C-444/00,** que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por la *High Court of Justice* (*England and Wales*), *Queen's Bench División* (*Administrative Court*) (Reino Unido), contiene una interesante disquisición acerca del concepto de reciclado de residuos y de las relaciones entre 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 y la Directiva 94/62/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases. En el proceso intervienen también otras empresas y los Gobiernos danés, neerlandés y austríaco, lo que da idea de la importancia de las cuestiones debatidas y de su trascendencia general, mucho más amplia que la de los intereses específicos de una empresa o para un único país comunitario.

El Tribunal de Justicia conoce de unas preguntas planteadas por la *High Court de Justice* en el marco de un proceso que opone a una empresa inglesa (Mayer Parry Recycling Ltd.) con la *Environment Agency*. El litigio se ha originado por la negativa de la Agencia ambiental inglesa a otorgar la autorización solicitada por la empresa como "entidad transformadora", que es la calificación que corresponde a la persona cuyas actividades consisten en la valorización o el reciclado de residuos. Para ello, obviamente, es cuestión capital decidir si la operación que lleva a cabo la empresa consiste, precisamente, en el reciclado de residuos.

Según la información proporcionada en el punto 29 de la Sentencia, "Mayer Parry adquiere residuos metálicos, entre los que figuran residuos de envases, en particular, de origen industrial. Los residuos metálicos tienen un valor comercial y Mayer Parry, generalmente, debe comprarlos. Mayer Parry recoge, inspecciona, controla la radioactividad, clasifica, limpia, recorta, distribuye y tritura (fragmenta) los residuos metálicos. Mediante este proceso, Mayer Parry transforma los residuos metálicos ferrosos en una materia que corresponde a las especificaciones del grado 3.B) [en lo sucesivo, materia de grado 3.B)]. A continuación, vende dicha materia a los fabricantes de acero que la utilizan para la producción de lingotes, láminas y bobinas de acero".

La empresa insiste en que dicho proceso constituye una operación de reciclado, mientras que la Agencia ambiental lo niega. La empresa desarrolla un tipo de argumentación tendente a observar diferencias entre las Directivas de residuos y de envases, más favorable esta última, según su opinión, a la consideración de su proceso productivo como reciclado. Lo que se va a plantear al Tribunal, sustancialmente, es si sería una operación de reciclado la producción de la materia del grado 3.B), o no habría reciclado hasta la producción de lingotes, láminas y bobinas de acero.

El Tribunal en relación a esta cuestión observa un fondo común entre las dos Directivas mencionadas. Para él la Directiva 75/442 sería una "normativa marco" (punto 51) y la Directiva 94/62 debería ser considerada como una ley especial en relación con la primera, de manera que sus disposiciones prevalecen sobre las de la Directiva 75/442 en las situaciones que específicamente regula.

En relación a la básica cuestión planteada, el Tribunal establece que en relación a las dos Directivas, el reciclado constituye una forma de valorización (punto 63). La cuestión clave es que los residuos puedan cumplir una función útil sustituyendo el uso de otros materiales que hubieran debido emplearse para desempeñar este cometido, lo que permite preservar los recursos naturales (*cfr.* Sentencia de 27 de febrero de 2002, ASA, C-6/00, ya comentada anteriormente en el número 16, 2002, de esta Revista). Sólo se excluyen del concepto los procesos que tengan como finalidad la recuperación de energía. En el contexto de la Directiva 94/62, se trata de los residuos de envases que es a lo que se dedica la empresa controvertida. Según la definición de reciclado vista, el residuo de envase debe someterse a "una transformación dentro de un proceso de producción". El residuo de envase debe ser manipulado a fin de producir un material nuevo o de fabricar un nuevo producto. Así, el reciclado se distingue claramente de otras operaciones de

valorización o de tratamiento de residuos como la recuperación de materias primas y de compuestos de materias primas, el tratamiento previo, la mezcla u otros tipos de operaciones que produzcan solamente un cambio en la naturaleza o la composición de esos residuos (punto 66).

La clave del asunto, entonces, es que un residuo sólo se puede considerar reciclado "si ha sido objeto de una transformación de manera que se haya obtenido un material nuevo o un nuevo producto para su fin inicial". Aplicando al tema de los envases metálicos, un residuo de tales "debe considerarse reciclado cuando haya sido sometido a una transformación dentro del proceso de producción de un material nuevo o para fabricar un nuevo producto con unas características comparables a las del material de que se compone el residuo, a fin de poder ser utilizado de nuevo para la producción de envases metálicos" (punto 67). No es preciso, por tanto, que el residuo de envase metálico sólo pueda ser tratado para producir nuevos envases metálicos (punto 68).

Aplicando lo anterior al proceso industrial que desarrolla la empresa Mayer Parry, se dice que la materia de grado 3.B) que consigue "constituye una mezcla que contiene, además de elementos ferrosos, impurezas tales como pintura y aceite (que oscilan entre el 3 por ciento y el 7 por ciento según las distintas partes), materias que no son metálicas así como elementos químicos indeseables, que han de ser eliminados al utilizarse el material para la producción de acero". La conclusión es clara: "por consiguiente, la materia de grado 3.B) no puede utilizarse directamente para la fabricación de nuevos envases metálicos" lo que quiere decir que la materia 3.B) "no puede ser considerada como un residuo de envase reciclado" y la doctrina se sienta entonces, de forma conclusiva, en el punto 88 de la Sentencia: de todo cuanto antecede se desprende "(...) que el concepto de 'reciclado' en el sentido del artículo 3, punto 7, de la Directiva 94/62 debe interpretarse en el sentido de que no comprende la transformación de residuos de envases metálicos cuando se transforman en una materia prima secundaria como la materia de grado 3.B), sino que se refiere a la transformación de dichos residuos cuando se utilizan para la fabricación de lingotes, láminas o bobinas de acero".

Y en línea de coherencia con todo lo anterior, el Tribunal responde que daría igual para sentar la anterior respuesta utilizar los conceptos de "reciclado" y de "residuo" de la Directiva 75/442 (residuos, lo que antes se ha llamado "directiva-marco") o de la Directiva 94/62 (envases).

D) Eliminación de los policlorobifenilos y los policloroterfenilos: incumplimiento de la República Helénica

La **STJCE (Sala Cuarta) de 5 de junio de 2003, recaída en el Asunto C-83/02,** constata el incumplimiento de la República Helénica de diversas obligaciones fijadas en la Directiva 96/59/CE del Consejo, de 16 de septiembre de 1996, relativa a la eliminación de los policlorobifenilos y de los policloroterfenilos. En concreto, la Sentencia constata que no se ha realizado por el país implicado un inventario de los aparatos que contengan un volumen de PCB superior a 5 dm^3 en el plazo de los tres años después de la adopción de la directiva (artículo 4) y que tampoco se ha puesto en marcha un Plan para la

descontaminación y eliminación de aparatos que figuren en el inventario y de los PCB que éstos contengan (artículo 11).

E) Incumplimiento de obligaciones de información al consumidor sobre consumo de combustible y emisiones de CO_2 al comercializar turismos nuevos. Incumplimiento de la República francesa

La **STJCE (Sala Quinta) de 19 de junio de 2003, recaída en el asunto C-161/02,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, constata la violación por este país de las obligaciones de información a que se refiere la rúbrica y que están establecidas por la Directiva 1999/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, relativa a la información sobre el consumo de combustible y sobre las emisiones de CO_2 facilitada al consumidor al comercializar turismos nuevos. Según el artículo 12 de la Directiva, los Estados tenían de plazo hasta el 18 de enero de 2001 para cumplir las obligaciones de la Directiva y comunicarlo a la Comisión. En la fecha del dictamen motivado, 26 de julio de 2001, no había tenido lugar la transposición normativa como reconoce el propio Gobierno francés, por lo que se estima el recurso de la Comisión.

F) Limitaciones al ejercicio del derecho a la información sobre el medio ambiente. El objeto del derecho a la información en medio ambiente

La **STJCE (Sala Quinta) de 12 de junio de 2003, recaída en el Asunto C-316/01,** resuelve una petición dirigida a dicho Tribunal con arreglo al artículo 234 CE por el *Unabhängiger Verwaltungssenat Wien,* destinada a obtener una decisión prejudicial en un litigio que ante ese Tribunal pende entre una persona y el Ministerio federal para la Seguridad Social y las Generaciones (*Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen*) acerca de la interpretación del artículo 2, letra a), de la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente. Como veremos, la Sentencia comentada es un interesante ejercicio de interpretación del objeto de una Directiva ahora derogada por la 2003/4/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2003, relativa al acceso del público a la información medioambiental y que sustituirá a la Directiva 90/313 a partir del 14 de febrero de 2005.

Como dato relevante, la persona demandante en el pleito interno es una diputada del Parlamento Federal que el 13 de enero de 2000 solicitó información al ministro federal –competente en la época sobre esta materia– sobre ciertas informaciones relativas a las medidas administrativas de control de productos fabricados con soja y maíz modificados genéticamente. La Sentencia no aclara si esta petición se hizo como diputada o persona particular; sólo se indican las leyes internas austríacas en las que se basó, una de ellas la de transposición de la Directiva comunitaria mencionada. Igualmente se menciona el Reglamento (CE) 1139/98 del Consejo, de 26 de mayo de 1998, relativo a la indicación obligatoria, en el etiquetado de determinados productos alimenticios fabricados a partir de organismos modificados genéticamente, de información distinta en la Directiva

79/112/CEE, en su versión modificada por el Reglamento (CE) 49/2000, de la Comisión, de 10 de enero de 2000.

El Canciller federal –que asumió posteriormente las competencias sobre la materia– contestó a dos preguntas de las formuladas por la diputada [relativas al número de productos fabricados con soja y maíz transgénico que habían sido sometidos a verificación de su correcto etiquetado con arreglo al Reglamento (CE) 1139/98 y en cuántos casos se habían detectado irregularidades] pero se negó a hacerlo a otras tres (relativas a los productos de que se trataba y los nombres de los fabricantes, casos en los que se hubieran impuesto sanciones administrativas y fabricantes sancionados y a cuánto ascendían las sanciones máxima y mínima por etiquetado defectuoso en determinados períodos temporales que se indicaban). Contra esa negativa, la diputada interpuso recurso ante el Tribunal interno mencionado considerando que se trataba de informaciones relevantes para la salud y el medio ambiente, y dicho Tribunal suspendió las actuaciones planteando al Tribunal de Justicia comunitario preguntas en relación a la coherencia de la acción de la Diputada con la Directiva 90/313/CE mencionada.

El Tribunal comienza estableciendo que en el artículo 2.a) de la Directiva 90/313 hay una división de la información sobre medio ambiente en tres categorías: la información relativa al estado de las aguas, del aire, del suelo, de la fauna, de la flora, de las tierras y de los espacios naturales (que sería la primera categoría); la información relativa a las actividades o medidas que afectan o pueden afectar a los mencionados elementos del medio ambiente (la segunda categoría); y la información relativa a las actividades o medidas destinadas a proteger tales elementos (tercera categoría).

A partir de esta constatación, el Tribunal establece que "la Directiva 90/313 no tiene por objeto reconocer un derecho de acceso general e ilimitado a la totalidad de la información que obre en poder de las autoridades públicas y que guarde relación, aun cuando sea mínima, con alguno de los elementos del medio ambiente contemplados en su artículo 2, letra a)" (punto 25). Para poder aplicarse esta Directiva, la información solicitada deberá pertenecer a una de las tres categorías indicada.

Indica el Tribunal, que no hay ninguna duda de que la información solicitada no pertenece a la primera categoría. En relación a la segunda, se interpreta que la información sobre medidas de control no forma parte de esta categoría aun cuando se refiera a medidas que "afecten o puedan afectar al menos a uno de los elementos del medio ambiente" (punto 27). Pero puede que "alguna información relativa a las medidas de control se incluya en la tercera categoría cuando tales medidas se destinen a proteger al menos a uno de los elementos del medio ambiente" (punto 29). En todo caso, la información a que hace referencia el Reglamento 1139/1998 tiene como objetivo la información al consumidor para que funcione eficazmente el mercado interior. Nada de ello ha sido concebido, por tanto, como una medida destinada a proteger el medio ambiente. En consecuencia, ninguna de las preguntas de la diputada no respondidas por el Canciller federal, guarda relación con el derecho a la información en materia de medio ambiente.

G) Derecho de acceso a la información en medio ambiente. Incumplimiento de la República Francesa. Conceptos de documento administrativo e información sobre medio ambiente. Las normas de transposición posteriores al dictamen motivado, no pueden valorarse por la Comisión. El interés en proseguir el procedimiento para sentar las bases de la responsabilidad en que pueda incurrir un Estado miembro

La **STJCE (Sala Sexta) de 26 de junio de 2003, recaída en el asunto C-233/00,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, trata de la incorrecta adaptación al derecho francés de algunos preceptos de la Directiva 90/313/CEE del Consejo, de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente. El ordenamiento francés aplicable y que la Comisión juzga incorrecto, es muy anterior a la Directiva 90/313, pues se trata de la Ley 78-753, de 17 de julio de 1978, por la que se adoptan diversas medidas de mejora de las relaciones entre la Administración y el público y diversas disposiciones de carácter administrativo, social y fiscal y donde se contiene un derecho de acceso a documentos. Además existe un Decreto.

En el dictamen motivado de la Comisión, ésta considera que dicha normativa francesa no cumple las obligaciones presentes en los artículos 2.a) y 3, apartados 2, 3 y 4, de la Directiva 90/313. El Gobierno francés insiste en su adecuación.

Posteriormente, el Gobierno francés informó al Tribunal de Justicia de la existencia de la Ley 2000-321, de 12 de abril de 2000, relativa a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones y del Reglamento 2001-321, de 11 de abril de 2001, relativo a la adaptación del derecho interno a las directivas comunitarias y a la ejecución de determinadas disposiciones de Derecho comunitario en el ámbito del medio ambiente. El Gobierno francés invitó a la Comisión a desistir de su recurso por la existencia de esta normativa. Sin embargo, la Comisión manifestó al Tribunal de Justicia que no tenía intención de desistir de su recurso.

Esta cuestión lleva al Tribunal a indicar diversas cuestiones de índole general en el punto 31 de la Sentencia, que por su interés transcribimos literalmente:

> "Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que en el sistema establecido por el artículo 226 CE, la Comisión dispone de una facultad discrecional para iniciar un recurso por incumplimiento y que no corresponde al Tribunal de Justicia determinar si el ejercicio de dicha facultad es o no oportuno (véase, en particular, la Sentencia de 6 de julio de 2000 Comisión/Bélgica, C-236/99, Rec. p. I-5567, apartado 28). Por tanto, incumbe a la sola Comisión determinar si mantiene tal recurso (véase, en este sentido, la Sentencia de 13 de junio de 2002, Comisión/España, C-474/99, Rec. p. I-5293, apartado 25), y, en el supuesto de que el incumplimiento haya cesado con posterioridad al plazo señalado en el dictamen motivado, subsiste, incluso con más razón, un interés en que continúe el procedimiento para sentar las bases de la responsabilidad en que pueda incurrir un Estado miembro, como consecuencia de su incumplimiento, frente a los demás Estados miembros, la Comunidad o los particulares (véase, en este sentido, en particular,

la Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Comisión/Grecia, C-166/00, Rec. p. I-9835, apartado 9)."

La Sentencia va a aceptar, fundamentalmente, las razones de la Comisión para juzgar inadecuada al derecho comunitario la normativa francesa citada. De la rica fundamentación jurídica de esta Sentencia, vamos a destacar una serie de puntos que pueden resultar interesantes para la construcción del derecho a la información en el ámbito del medio ambiente desde la perspectiva de los derechos internos.

Así, la Sentencia reconoce que el derecho interno francés trata sólo del acceso a los "documentos administrativos" y que este concepto es más restringido que el acceso a la información en materia de medio ambiente. En concreto, de la directiva se deduciría el derecho de acceso a documentos que no tengan relación con el ejercicio de un servicio público, mientras que el concepto de documento administrativo sólo puede hacer relación a un servicio público, aun cuando se preste en régimen de derecho privado. Para esta conclusión, el Tribunal se basa en la Sentencia de 17 de junio de 1998, Mecklenburg (C-321/96, Rec. p. I-3809), en el apartado 20 se ha dicho que "el legislador comunitario se abstuvo de dar al concepto de información sobre medio ambiente una definición que pudiera excluir alguna de las actividades que desarrolla la autoridad pública".

En otro orden de cosas, la Sentencia constata el carácter taxado y restrictivo de las causas que posibilitan la denegación del derecho de acceso. El ordenamiento jurídico francés controvertido, además de las causas que ya figuran en la directiva se refiere a la posibilidad de denegar el derecho de acceso a un documento administrativo cuya difusión pueda lesionar "de manera general, los secretos protegidos por la ley". El Tribunal constata que esto es un exceso sobre lo indicado por la directiva y además esa remisión es completamente indeterminada. Frente a la alegación del Gobierno francés de que nunca ha habido problemas en la aplicación de este precepto, el Tribunal indica que "la inobservacia de una obligación impuesta por una norma de Derecho comunitario es en sí misma constitutiva de incumplimiento y que la consideración de que esa inobservacia no ha producido consecuencias negativas carece de pertinencia" (punto 62).

Igualmente el Tribunal constata que en el derecho francés aplicable no hay ninguna norma que guarde concordancia con lo establecido en el artículo 3.2.2 de la Directiva 90/313, que posibilita la comunicación parcial de información medioambiental cuando otra parte de la información solicitada pueda caer en una de las causas que legítimamente funden la denegación del derecho de acceso.

Finalmente, también la Sentencia después de un largo razonamiento estima que el derecho francés no recoge la obligación de motivar las resoluciones denegatorias de una solicitud de información ambiental en el plazo de dos meses siguientes a la presentación de la solicitud inicial (artículo 3.4 de la Directiva).

H) Directivas 92/43/CEE de hábitats y 70/409/CEE de aves: algunas obligaciones para los Estados no requieren de previsión de normativa interna

La **STJCE de 24 de junio de 2003, recaída en el Asunto C-72/02,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Portuguesa, constata el incumplimiento por parte de este país de diversos preceptos de dichas Directivas. Sobre esa cuestión no hay discusión alguna, porque es aceptado por Portugal que se refiere en sus escritos de contestación, solamente, a la existencia de proyectos normativos para solucionar tales cuestiones. Lo que importa resaltar aquí es que la imputación inicial de la Comisión de que el artículo 12 de la Directiva 79/409/CEE que se refiere a la obligación de entregar cada tres años a la Comisión un informe sobre la aplicación de las disposiciones nacionales sobre esta directiva no había sido objeto de transposición al derecho interno, es rechazada por el Tribunal que indica que en este caso no se requiere la adopción de medidas concretas para la adaptación del ordenamiento jurídico nacional. Se constata, además, que en el pasado Portugal había remitido regularmente tales informes.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

De las 9 sentencias examinadas hemos extraído la siguiente doctrina.

A) No es necesario el trámite previo de audiencia al interesado para la clausura de una actividad que se viene ejerciendo sin licencia cuando el funcionamiento de ésta comporte grave peligro para la seguridad pública

La doctrina jurisprudencial ha reconocido con práctica unanimidad la no necesidad del trámite de audiencia para acordar la clausura de actividades sin licencia cuando existe un peligro real, cierto y susceptible de explicitarse de manera inminente o razonablemente próxima, en las circunstancias normales de ejercicio de una actividad, como reconoce el Tribunal Supremo en sus **SSTS de 2 de diciembre de 2002 y 17 de febrero de 2003,** Ar. 83 y 2108 de 2003.

B) Las actividades que redundan a favor de intereses públicos también están sujetas a la licencia de actividad

Las actividades que redundan a favor de los intereses públicos no se hallan excluidas del cumplimiento de los requisitos legales –en el presente un Centro de Investigación y Control de Calidad dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo– cuya actividad puede ser suspendida hasta la obtención de la correspondiente licencia. Pues, como razonará el TS en la **STS de 20 de enero de 2003,** Ar. 674, difícilmente pueden servirse los intereses generales cuando un sector de la actividad que se lleva a cabo, en ese caso sin las autorizaciones pertinentes, no se ajusta a los patrones que ese mismo interés general ha establecido como vinculantes con carácter general.

4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

A) La Declaración de Impacto Ambiental se configura como un acto administrativo de trámite no impugnable directamente en sede jurisdiccional

Siguiendo la doctrina sentada, entre otras, en la Sentencia de 17 de noviembre de 1998, Ar. 10522 de 1998, el TS, en sus **SSTS de 13 de noviembre y 11 de diciembre de 2002,** Ar. 10019 del 2002 y 185 de 2003, reitera, con base en el análisis de la regulación de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) en el Derecho Comunitario y en las normas de nuestro Derecho Interno, que la naturaleza jurídica de ésta es la de un acto administrativo de trámite no susceptible de impugnación jurisdiccional autónoma o separada de la resolución administrativa de autorización del proyecto. Atendiendo para llegar a tal conclusión al carácter instrumental o medial de la DIA con respecto a la decisión final de autorización sustantiva del proyecto.

B) Los proyectos de líneas aéreas de transporte de energía eléctrica de 400 Kv requieren evaluación de impacto ambiental con posterioridad al 14 de marzo de 1999

La **STS de 1 de abril de 2002,** Ar. 9950, reconoce que la autorización de los proyectos de líneas de transporte de energía eléctrica de 400 kv como la de autos requieren de previa evaluación de impacto ambiental con posterioridad al 14 de marzo de 1999, fecha en la que resulta de aplicación directa la Directiva 97/11/CE, de 3 de marzo, que modificó la Directiva 85/337/CEE, cuando no haya sido traspuesta al derecho interno por los Estados miembros. Trasposición que en el caso español se confirma con el RD-L 9/2000, de 6 de octubre, y ratificado por la Ley 6/2001, de 8 de mayo, que modificaron el RD Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental.

5. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

A) Facultades de control de las Comunidades Autónomas sobre los actos de los entes locales en orden a la protección medioambiental de intereses supramunicipales

Al resolver uno de los motivos del Recurso de Casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia –desestimatoria a su vez del recurso interpuesto contra el Decreto 193/1991, de 16 de mayo, de la Junta de Galicia, por el que se estableció un régimen de protección preventiva para la Isla de Cortejada (Villagarcía de Arosa)– fundado en la presunta incompatibilidad del mencionado Decreto con la ejecución del Plan Parcial aprobado por el Ayuntamiento, el TS, en la **STS de 10 de julio de 2002,** Ar. 9958, aprovechará para recordarnos su propia doctrina y la del Tribunal Constitucional respecto al carácter transversal de las competencias medioambientales del Estado y de las Comunidades Autónomas. Competencias que facultan a éstos para dictar la normativa medioambiental que les permita ejercer las funciones de supervisión y control de los actos de los entes locales cuando éstos puedan afectar a la preservación, conservación o mejora de intereses supramunicipales.

Recuerda también el TS cómo sobre una misma superficie o espacio natural pueden actuar distintas administraciones públicas con diferentes funciones o competencias y con las obligaciones de colaboración y coordinación. Debiendo determinarse en cada caso, además, el título competencial predominante por su vinculación directa e inmediata y en virtud del principio de especificidad, operando con dos criterios el objetivo y el teleológico, mediante la calificación del contenido material de cada precepto y la averiguación de su finalidad, sin que en ningún caso pueda llegarse al vaciamiento de las competencias de las Comunidades Autónomas según sus Estatutos.

B) Medida cautelar de suspensión de la ejecución del proyecto de construcción de las obras de la presa de Irueña respecto a las tareas constructivas que puedan alterar la configuración física de los parajes por vía de deforestación o llenado del vaso del embalse

Con la finalidad de proteger una importante masa forestal que podría ser destruida por actividades de deforestación o el llenado del vaso del embalse de la presa de Irueña en proceso de construcción se declaró, mediante Auto de la Audiencia Nacional, la medida cautelar de suspensión de la ejecución de las actividades mencionadas mientras se tramitaba el Recurso contencioso-administrativo interpuesto. El TS, por **STS de 18 de noviembre de 2002,** Ar. 428 de 2003, desestimó el Recurso de casación interpuesto contra el citado Auto entendiendo que en éste se habían ponderado adecuadamente los intereses medioambientales a proteger con el interés público de la Administración en la realización de la obra. Considerado indiscutible el valor ambiental de la zona a inundar, conforme había puesto de relieve la Declaración de Impacto Ambiental, y la irreversibilidad de los daños que de no adoptarse la medida cautelar podían producirse en un medio tan sensible.

6. ESPECIES DE FAUNA PROTEGIDA: EL AZOR *(ACCIPITER GENTILIS)*. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 38.1 Y 39.1 DE LA LCEN, SI BIEN EL ARTÍCULO 39.1 REQUIERE DE UN POSTERIOR DESARROLLO NORMATIVO PARA SU APLICACIÓN

El TC otorgará parcialmente el amparo promovido por el recurrente al resolver el recurso de amparo constitucional interpuesto, entre otras, contra la resolución de la Delegación Provincial de Huelva de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, por la que se le impuso una sanción como autor de una infracción tipificada en el artículo 38.13 en relación con el 26.4 y calificada conforme al artículo 39.1 de la ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres (LCEN, por posesión de cuatro pollos de azor, sin poder justificar su procedencia legal, y realizar tráfico ilegal con dos de ellos.

El último precepto citado responde, en lo que aquí interesa, al siguiente tenor literal:

> "Las citadas infracciones serán calificadas de leves, menos graves, graves y muy graves, atendiendo a su repercusión, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las

personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como a la irreversibilidad del daño o deterioro producido en la calidad del recurso o del bien protegido."

Pues bien el Alto Tribunal, siguiendo la doctrina constitucional que cita, fundamenta la decisión, de la **STS 100/2003, de 2 de junio,** en la interpretación de que, para dar cumplimiento al principio *nullum crimen, nulla poena sine lege,* del artículo 25.1 CE, no es posible la aplicación directa del artículo 39.1 de LCEN en lo que a la gravedad del ilícito se refiere en cuanto que de la lectura del mismo se deduce que la función de calificación de las infracciones se difiere a un posterior desarrollo normativo, sin el cual no es posible proceder a una aplicación directa e inmediata de la Ley. El Tribunal no cree procedente descender a la fundamental cuestión, de quién sería el ente competente para ese desarrollo normativo, el Estado o la Comunidad Autónoma de Andalucía (FJ 7º).

7. AGUAS CONTINENTALES

A) Aprovechamiento hidroeléctrico: necesidad de que en la tramitación se tenga en cuenta la aprobación de un Decreto autonómico sobre espacios naturales protegidos

En la **STS de 18 de noviembre de 2002,** Ar. 10130, se discute sobre si en la tramitación de una concesión para la instalación de una minicentral debió concurrir un informe autonómico medioambiental en relación a lo contenido en el Decreto de Castilla y León de 26 de octubre de 1989, que declaraba el entorno de la Sierra de Gredos en régimen preventivo de protección. El argumento principal aducido por la empresa peticionaria era que como el expediente de concesión comenzó en 1984 (es decir, una fecha anterior al mencionado Decreto) no podía aplicársele dicha norma autonómica porque se vulneraría el artículo 9.3 de la CE que prohíbe la retroactividad de las disposiciones no favorables. Sin embargo, el TS considera que debe retrotraerse el expediente al momento en que debió concurrir el informe discutido, porque mientras está en tramitación, a un expediente se le puede aplicar la normativa que se vaya aprobando, siendo un supuesto diferente si la concesión hubiese sido otorgada antes de la aparición del citado Decreto.

B) Gran presa de Irueña: acuerdo de suspensión para preservar intereses medioambientales

La **STS de 18 de noviembre de 2002,** Ar. 428, confirma la decisión de la AN de declarar la suspensión de la construcción de la gran presa de Irueña (Salamanca) según el proyecto inicial, porque antes de continuar con las obras, debía garantizarse que quedarían a salvo una serie de parajes, en los que se albergan bosques de ribera, robledales, pinares, etc. Es decir, siguiendo con lo contenido en la Declaración de impacto ambiental recaída por Resolución de la DGOH de 19 de abril de 1995, cabe la realización del proyecto, pero debe estudiarse con detenimiento el ecosistema, y salvaguardar los valores medioambientales allí mencionados. En definitiva lo que se suspende no es la continuación de la construcción del dique, sino la tala de la masa forestal (FJ 2º).

C) Plan de saneamiento: procedimiento de aprobación

A la validez del Decreto catalán 302/1992 que aprueba el Plan de saneamiento correspondiente al ámbito territorial de la zona B se refiere la **STS de 13 de diciembre de 2001,** Ar. 1901, cuando desestima el recurso de casación interpuesto por la Federación de Municipios de Cataluña que se oponía a dicha norma. El principal argumento aducido por la entidad recurrente era la falta de información pública durante el procedimiento de elaboración del mencionado Plan que permitiese la participación individual de los municipios afectados de ese ámbito territorial, pero el TS contrapone a ello lo contenido en el artículo 64 de la Ley de 14 de diciembre de 1989 de Administración de la Generalitat, que indicaba e indica que la propuesta de una disposición general sería sometida a información pública si así lo decidiese el Gobierno o el Conseller según los casos, y en ese caso el Gobierno autonómico no ordenó nada en ese sentido. Además, hay que partir del dato de que el citado Plan fue redactado por la Junta de Saneamiento e informado favorablemente por su Consejo de Dirección, y este Consejo está integrado, entre otros miembros, por 8 vocales representantes de las Administraciones locales competentes designados por las dos organizaciones de entes locales más representativas de Cataluña, una de las cuales es la Federación de Municipios recurrente.

D) Canon de vertido: validez de la unidad de contaminación fijada por el Reglamento del Dominio Público Hidráulico

Como en Sentencias anteriores [*v.gr.* STS de 1 de marzo de 2002; crónica XII.3.D) del número 18 de esta Revista] la **STS de 22 de enero de 2003,** Ar. 1133, afirma la validez de la liquidación del canon de vertido, en esta ocasión girada a una empresa papelera correspondiente a 1988. Así, no puede admitirse que el valor de la unidad de contaminación de 500.000 pesetas fijado por la Administración de conformidad con el artículo 295.3 del RDPH (en su redacción de 1986, téngase en cuenta que en la actualidad este Reglamento se modifica por RD de 23 de mayo de 2003) fuese contrario al artículo 105 de la Lag. de 1985 vigente en ese momento. Este último precepto disponía que el valor de la unidad de contaminación se determinaría de acuerdo con el Plan Hidrológico correspondiente, pero al expresarse ello con el término "en su caso", significaba que a falta de dicha concreción, podrían seguirse cobrando cánones de vertido –resultasen de autorizaciones provisionales o definitivas–, basándose la Administración hidráulica en otro tipo de actuaciones, como planes de depuración, conciertos con CCAA o CCLL o en los propios estudios del Organismo de cuenca.

8. MINAS: MOVIMIENTO DE TIERRAS JUNTO A RESERVA NATURAL

La **STS de 23 de diciembre de 2002,** Ar. 432 de 2003, revoca la Sentencia de instancia y da la razón al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, que suspendió los trabajos de movimiento de tierra realizados por una empresa, por comportar una modificación de la geomorfología de la zona y afectar a vertidos.

La explotación estaba situada al lado de la Reserva Natural de las Marismas de Santoña, Victoria y Joyel (declarada mediante Ley 6/1992, de 27 de marzo), en Cantabria, y la Administración aplicó, para adoptar su decisión de suspender los trabajos de movimiento de tierras, el artículo 116.2 de la Ley de Minas y el artículo 142.2 de su Reglamento. Todo ello, hasta que se aprobara el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales pertinente. La Sentencia de instancia no cuestionó la suspensión de los trabajos, pero sí obligó a la Administración a pronunciarse sobre las medidas indemnizatorias (derechos económicos y laborales) a adoptar tras la suspensión. Sin embargo, el TS considera que ambas cuestiones son distintas y que es posible realizar una suspensión como ésta, que es además una medida cautelar y de urgencia. Para apoyar esta tesis, cita la **STS de 26 de diciembre de 2001,** Ar. 6874 de 2002, comentada en el número 19 de esta Revista (crónica XIII.5), y que se refiere a un supuesto similar sobre la misma zona cántabra.

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. 3. Autopistas. 4. Carreteras. 5. Comercio interior. A) Comercio minorista. Doctrina del Tribunal Constitucional. B) Tribunal de Defensa de la Competencia. Acuerdos prohibidos. Fijación de precios y reparto del mercado. **6. Energía. 7. Farmacias. 8. Ganadería.** A) Ayudas. Denegación de prima a favor de productor de ganado ovino y caprino por falta de comunicación de traslado del ganado. B) Cuotas lecheras. Distribución territorial. **9. Libertad de empresa. 10. Privatización. 11. Seguros. 12. Televisión.** A) Publicidad. B) Televisión digital terrenal. Adjudicación de dos concesiones. **13. Transportes.** A) Marítimos. a) Ayudas. b) Concesión de licencia. c) Autorización para realizar el servicio de transporte marítimo de pasajeros. Doctrina del TJCE sobre la posibilidad de exigir una autorización. Denegación de autorización y reclamación de daños y perjuicios. d) Navegación de temporada en la ría de Vigo y desviación de poder. B) De viajeros por carretera. Criterios para autorizar la prolongación de una concesión. C) Sanciones. Legalidad del artículo 198.i) del Real Decreto 1211/1991, de 28 de septiembre.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se incluyen las sentencias del Tribunal Constitucional desde la STC 65/2003, de 7 de abril, hasta la STC 152/2003, de 17 de julio, y las del Tribunal Supremo contenidas en los cuadernos Aranzadi 1 a 10 de 2003.

2. AGRICULTURA

El Tribunal Supremo, en su **STS de 20 de diciembre de 2002,** Ar. 1120 de 2003, desestimó el recurso interpuesto frente a una Orden del MAPA por la que se había denegado la toma en consideración, a efectos del abono del suplemento de pago compensatorio a los productores de trigo, de la totalidad de la superficie sembrada en la campaña de comercialización 1992/1993.

El Tribunal analiza de forma pormenorizada el marco normativo que ampara la resolución impugnada, la Orden del MAPA de 4 de octubre de 1993, y los Reglamentos comunitarios 1765/1992, 363/1992 y 3116/1994, para concluir que la resolución se ajustó a derecho, confirmando en consecuencia la sentencia de primera instancia recurrida en casación. En definitiva, se acepta la legalidad del criterio establecido en la Orden de 4 de octubre de 1993, Orden que la resolución impugnada se limitó a aplicar al caso concreto. Criterio según el cual:

> "Para las nuevas superficies de la campaña de comercialización 1992/1993 (cosecha 1992), correspondientes a productores que no hubieran solicitado la ayuda a la producción en el período de referencia contemplado en el párrafo anterior (campañas de comercialización 1988/1989, cosecha 1988, a 1991/1992, cosecha 1991) o a los productores que habiendo solicitado la ayuda en dicho período, hubieran incrementado su superficie en la campaña antes referida (1992/1993, cosecha 1992), se aplicará el oportuno coeficiente de reducción para que la suma total de derechos al suplemento del pago compensatorio no supere la cifra de 550.000 hectáreas".

Confirmada la validez de la norma, se rechaza que la sentencia impugnada recurriera en su fundamentación a la teoría de los actos políticos, que no aplicara los Reglamentos comunitarios y que supusiera una vulneración del derecho de libertad de empresa al admitir un sistema de subvenciones contrario al principio de igualdad (sobre esto último *vid.* la voz "Libertad de empresa" en esta misma sección y número).

3. AUTOPISTAS

Seguro de cambio, relación concesional y ejercicio del derecho de petición.

La entidad concesionaria de autopistas AVASA solicitó que se redujera la comisión que debía satisfacer en concepto de prima del seguro de cambio, reducción ya operada en relación a otras entidades concesionarias. Transcurridos tres meses sin obtener respuesta, la entidad solicitante interpuso recurso contencioso-administrativo solicitando que se reconociera su derecho a la reducción, así como que se aprobara el Real Decreto necesario a tal efecto. En la demanda se afirmaba que la reducción solicitada se había obtenido por silencio positivo.

Esta pretensión da ocasión al Tribunal Supremo, en su **STS de 17 de febrero de 2003,** Ar. 2111, a examinar la relación contractual del concesionario y la existencia o no de un derecho a la reducción del cambio, pues de ello hace depender la calificación de la acción ejercitada por el concesionario al solicitar la reducción del seguro de cambio. Esto es, si solicitó el reconocimiento de un derecho, o ejercitó el derecho de petición del artículo 29 CE.

El Tribunal concluye que AVASA no tenía derecho a la reducción de la prima ni por su relación concesional ni en virtud del artículo 14 CE (AVASA alegaba trato discriminatorio en relación a otras concesionarias que habían obtenido la reducción). Para el TS

AVASA se encuentra dentro de una relación concesional que no prevé en su caso la reducción de la prima del seguro. La reducción a otras concesionarias se debía a que sí lo preveía su contrato.

A partir de aquí el Tribunal concluye que AVASA ejercitó el derecho de petición del artículo 29.1 CE, y no la acción prevista en el artículo 43.2 de la Ley 30/1992. Por tanto, no pudo obtener por silencio positivo lo que se solicitó en ejercicio del derecho de petición.

4. CARRETERAS

La **STC 151/2003, de 17 de julio,** resuelve el conflicto positivo de competencias promovido por la Generalitat de Cataluña frente al artículo 33.3 del Reglamento General de Carreteras, aprobado por RD 1812/1994, de 2 de septiembre.

De nuevo, el TC se pronuncia sobre la coexistencia de dos títulos competenciales que tienen un objeto distinto, pero que inciden en el mismo espacio físico. En el presente caso, coincide la competencia exclusiva de la Generalitat de Cataluña en materia de urbanismo, con la competencia exclusiva del Estado en materia de obras públicas de interés general, o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma, y una de cuyas manifestaciones más típicas es la de las carreteras. El TC recuerda que sólo cuando no sea posible encontrar cauces de coordinación entre las Administraciones públicas con competencias sobre el espacio físico, deberá imponerse el interés prevalente del Estado.

Lo que ahora discute el representante de la Generalitat de Cataluña es que la vinculación del planeamiento urbanístico se produzca mediante los estudios informativos de carreteras, por cuanto éstos se caracterizan por las notas de provisionalidad o indefinición. Sin embargo, para el TC no es así, puesto que los citados estudios informativos, una vez objeto de aprobación definitiva por el Ministerio de Fomento, suponen la aprobación del trazado definitivo de la carretera y éste, en principio, no puede ser alterado de forma sustancial por el ulterior proyecto de construcción y el de trazado.

5. COMERCIO INTERIOR

A) Comercio minorista. Doctrina del Tribunal Constitucional

Por medio de la **STC 124/2003, de 19 de junio,** se resuelven los recursos de inconstitucionalidad acumulados de la Comunidad Foral de Navarra contra diversos preceptos de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, y de la Ley Orgánica 2/1996, de 17 de enero, complementaria de la anterior. En cuanto a la primera de las dos leyes, se impugnan tres bloques de preceptos.

Por una parte, los que regulan determinados aspectos de los grandes establecimientos. Para el TC, los preceptos estatales tienen la finalidad de adoptar un contenido mínimo de

la noción de gran establecimiento, sujetarlos a una licencia comercial específica otorgada por las Comunidades Autónomas y determinar los criterios mínimos de otorgamiento. Todo ello supone una ordenación del sector legitimada por el artículo 149.1.13 CE, que actúa como límite a la competencia autonómica sobre "comercio interior".

En relación todavía con este tipo de establecimientos, se plantea si es posible imponer un informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, como trámite preceptivo, para otorgar o denegar aquella licencia. El TC acepta este informe sólo si la instalación del gran establecimiento incide en un mercado de ámbito supracomunitario. En el resto de casos, la emisión del informe es una competencia ejecutiva que corresponde a las Comunidades Autónomas, al amparo del título "comercio interior". Esta conclusión es rechazada en el voto particular de Delgado Barrio, que observa en ese informe una manifestación del principio de coordinación entre administraciones.

Un segundo bloque normativo impugnado se refiere a la regulación de los distintos tipos de ventas. El TC destaca que el Estado sólo podría regular estas modalidades de ventas para fijar las relaciones contractuales que derivan de aquéllas, o bien cuando su finalidad fuera establecer el régimen de competencia entre los ofertantes o, en fin, cuando se tratara de una medida singular de ordenación económica dirigida al control de los actos comerciales. Si, por el contrario, se persigue disciplinar las distintas modalidades, o adoptar una política administrativa correspondiente a la disciplina de mercado y dirigida a la protección del consumidor, en tales casos se tratará de una competencia sobre comercio interior que corresponderá a las Comunidades Autónomas.

El régimen de infracciones y sanciones constituye el tercer bloque normativo discutido. Ciertamente, el TC recuerda que la potestad sancionadora ostenta un carácter instrumental respecto del ejercicio de las competencias sustantivas. Pero en el presente caso, señala el Tribunal, se trata de disciplinar el régimen de graduación de sanciones y de prescripción, aspectos que, en virtud del artículo 149.1.1 CE, pertocan al Estado para que se fijen unos principios que eviten divergencias irrazonables o desproporcionadas entre las distintas regulaciones autonómicas.

En cuanto a la Ley Orgánica 2/1996, de 27 de enero, también impugnada, la Comunidad Foral de Navarra defiende que la regulación sustantiva de los horarios comerciales no es una materia reservada a este tipo de ley, sino propia de una ley ordinaria. El TC estima esta pretensión porque, si bien es cierto que una Ley Orgánica puede contener preceptos no orgánicos, ello sólo será posible cuando tales preceptos desarrollen el núcleo orgánico y siempre que constituyan un complemento necesario para su mejor inteligencia. En todo caso, será preciso que la Ley Orgánica precise expresamente cuáles son los preceptos no orgánicos. Estos requisitos no son cumplidos en el presente caso, sin que, por otra parte, pueda invocarse el artículo 150.2 CE, puesto que los preceptos cuestionados no transfieren ninguna facultad a las Comunidades Autónomas en materia de comercio interior. Estas conclusiones son discutidas por el voto particular de Rodríguez-Zapata Pérez.

B) Tribunal de Defensa de la Competencia. Acuerdos prohibidos. Fijación de precios y reparto del mercado

El Tribunal de Defensa de la Competencia impuso a diversas empresas una multa por haber concertado acuerdos prohibidos con la finalidad de impedir la libre competencia, Acuerdos consistentes en fijar precios y repartirse el mercado de aceite de oliva correspondiente a una subasta pública de aceite de oliva.

Diversas empresas recurrieron, desestimándose sus recursos en primera instancia y casación (SSTS de 8 de marzo de 2002, Ar. 2264 y 2615). También recurrió la entidad Aceites Toledo SA, resolviéndose en el mismo sentido desestimatorio su recurso mediante la **STS de 15 de julio de 2002,** Ar. 2320 de 2003.

De esta última sentencia merecen destacarse las siguientes consideraciones:

a) En nuestro derecho –concretamente en la Ley 16/1989– la mera denuncia de unos hechos ajenos no atribuye al denunciante impunidad por los propios, aunque estén relacionados con aquéllos, ni supone para quien denuncia un seguro que le ponga a cubierto de la exigencia de sus propias responsabilidades.

b) El concierto en los precios ofertados, y el reparto del mercado constituyen dos infracciones diversas que pueden ser cometidas por un mismo hecho, sin que la imposición de la doble sanción suponga vulnerar el principio *ne bis in idem*.

c) La Sala recuerda su criterio sobre las posibilidades y límites de la utilización de la prueba de indicios por el TDC.

d) Se analizan los criterios para cuantificar las sanciones pecuniarias dentro de los márgenes muy amplios que permite la ley de defensa de la competencia.

e) Se valora el alcance de la facultad del TDC para modificar las calificaciones de las conductas por el Servicio de Defensa de la Competencia, y su incidencia en los derechos de defensa del imputado.

6. ENERGÍA

Tarifa. Derecho a compensación por extrapeninsular.

La impugnación del RD 3490/2000, de 29 de diciembre, por el que se fijó la tarifa eléctrica para el año 2001, tenía como pretensión el que se reconociera a la demandante el derecho a percibir la compensación por extrapeninsular prevista por el artículo 3 y la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 3490/2000. Es decir, la entidad reclamante no solicitaba la nulidad de la norma, sino que se reconociera su derecho a una compensación que la norma impugnada sólo reconocía a otras entidades. En el fondo, se argumentaba por la recurrente que al no reconocérsele el derecho a la compensación se le discriminaba.

El Tribunal Supremo, en su **STS de 13 de febrero de 2003,** Ar. 1162, plantea en primer lugar una cuestión procesal de interés que luego no desarrolla. Así, se cuestiona el Tribunal si debe admitir un recurso frente a una norma en el que no existe una pretensión anulatoria, sino una pretensión de inclusión de un nuevo supuesto de hecho no contemplado. Se trata de impugnar una norma por omisión, lo que obligaría al Tribunal, en caso de estimar el recurso, a acordar una nueva redacción de la norma impugnada.

Planteada la cuestión, lo cierto es que el Tribunal no entra en su examen, ya que entiende que previamente puede analizar si la norma, con su silencio, vulnera o no el principio de igualdad. Centrado así el tema objeto de análisis, el Tribunal parte de una sentencia anterior en la que abordó una cuestión similar (STS de 27 de octubre de 1999, Ar. 7469) para concluir que no hay discriminación ni vulneración del principio de igualdad, ya que la no inclusión de la recurrente entre el listado de empresas beneficiadas con la compensación está justificado. No existe identidad de situación entre la entidad recurrente y las beneficiadas con la compensación. Por ello, la omisión del reglamento no vulnera el principio de igualdad.

Ejecución de sentencia del orden civil por conflicto entre empresas suministradoras y potestad administrativa en garantía de continuidad del servicio.

La **STS de 17 de enero de 2003,** Ar. 902, resolvió en sentido desestimatorio el recurso interpuesto por Eléctrica Adúriz, SA, frente a la resolución de la Administración autonómica que autorizaba a Iberdrola, SA, a continuar suministrando energía eléctrica a determinados usuarios. Lo singular y relevante del acto impugnado es que la autorización se otorgaba de forma provisional hasta que se produjera la ejecución de una sentencia de la jurisdicción civil.

Los hechos, expuestos de forma resumida, eran los siguientes. Electra Adúriz, SA, obtuvo ante el Tribunal Supremo una sentencia favorable a sus intereses, ya que condenó a Iberdrola, SA, a respetar una determinada zona territorial de exclusiva a favor suyo. Pendiente de ejecución dicha sentencia, la Administración autonómica, tras reconocer que la citada sentencia debía ejecutarse en sus propios términos, resolvió que hasta tanto no se resolviera sobre la ejecución, Iberdrola, SA, debía hacer frente a los suministros, su contratación y facturación.

Es esta resolución administrativa la que impugna Electra Adúriz, SA, y la que da lugar a la STS de 17 de enero de 2003 que desestima el recurso.

Para el TS el acto impugnado no se opone al proceso de ejecución de la sentencia del orden civil, y se limita a ejercer las potestades de la Administración para tutelar los derechos de terceros (usuarios), asignando la obligación de suministro a la entidad que podía llevarlo a cabo. Imposición provisional hasta tanto se ejecutara la sentencia del orden civil. En definitiva, se admite que de forma provisional, y hasta tanto no se ejecute la sentencia del orden civil, la Administración garantice la continuidad del servicio imponien-

do a la entidad que venía prestando el servicio que continúa con su actividad. Esta resolución no supone vulnerar el contenido de la sentencia civil ni la potestad jurisdiccional de ejecución de las sentencias, en la medida en que se limita a imponer una obligación temporal, condicionada al momento en que se dé ejecución a la sentencia.

7. FARMACIAS

Regulación de los servicios de farmacia.

La **STC 109/2003, de 5 de junio,** resuelve diversos recursos de inconstitucionalidad acumulados, en relación a la Ley de Extremadura 3/1996, de 25 de junio, de atención farmacéutica, la Ley de Castilla-La Mancha 4/1996, de 26 de diciembre, de ordenación del servicio farmacéutico, y la Ley del Estado 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de las oficinas de farmacia.

El Tribunal recuerda que las oficinas de farmacia, como establecimientos sanitarios, se encuadran en el artículo 149.1.16 CE, por el que corresponde al Estado el establecimiento de la normativa básica en materia de sanidad, mientras que las Comunidades Autónomas tienen atribuido el desarrollo legislativo y la ejecución de dichas bases.

En concreto, para el TC, los elementos estructurales de un determinado diseño de la empresa farmacéutica constituyen materia propia de las bases, y uno de tales elementos es la transmisibilidad o no de las oficinas de farmacia, por cuanto determina el modo de satisfacción del interés público sanitario presente en la dispensa de medicamentos. Por ello, los preceptos autonómicos que proclaman la intransmisibilidad de este tipo de autorizaciones son declarados inconstitucionales por vulneración de las bases.

Los que son declarados conformes, son examinados posteriormente a la luz de los artículos 33, 35, 36 y 38 CE. Se trata de los preceptos relativos a las causas de caducidad de las autorizaciones, y la previsión de que "cada farmacéutico sólo podrá ser titular de una única oficina de farmacia". Dicho examen es superado por las normas autonómicas, dada la consideración del TC de las farmacias como establecimientos sanitarios privados de interés público, sometidos por ello a un régimen concreto de autorización administrativa. El Tribunal añade que la presencia de intereses constitucionales relevantes, como son los de protección de la salud, permite el establecimiento de controles por parte de los poderes públicos.

En el supuesto concreto de caducidad de la autorización por cumplimiento de la edad de setenta años, el TC precisa que el farmacéutico podrá seguir ejerciendo su profesión libremente, incluso colaborando en la dispensación de medicamentos, aunque no como titular de un establecimiento de farmacia que presta un servicio público en las condiciones que a la Comunidad Autónoma compete establecer y con las obligaciones que de dicha condición se derivan.

Esta posición del TC se reafirma en relación con el derecho a la libertad de empresa, puesto que la dimensión pública de las oficinas de farmacia justifica la adopción de criterios que ordenen la prestación del servicio farmacéutico de acuerdo con las peculiariedades territoriales, siempre que resulten proporcionadas. Este principio general, concluye la sentencia, se encuentra reforzado por la publificación del servicio sanitario.

En el voto particular, Pablo García Manzano defiende que lo básico tiene sentido cuando impone deberes esenciales para la prestación de la función asistencial-sanitaria, o cuando regula en conjunto el subsector de las oficinas farmacéuticas. En cambio, la posibilidad de transmitir o no las autorizaciones de apertura de farmacia es un ámbito interno y secundario desde la perspectiva de las bases de la sanidad.

El Tribunal ha tenido oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre el tema en la **STC 152/2003, de 17 de julio,** que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Galicia 5/1999, de 21 de mayo, de ordenación farmacéutica. Como aspecto novedoso destaca que, para el TC, corresponde al legislador estatal establecer las garantías de dispensación de medicamentos, o bien, de producción de esos medicamentos, por la relación existente entre la competencia estatal de "legislación sobre productos farmacéuticos" y la protección de la salud, que incluye proteger al paciente frente a este tipo de productos. Por lo tanto, la regulación autonómica dictada al amparo de su competencia en materia de establecimientos farmacéuticos será constitucional sólo si respeta tales garantías fijadas por el legislador estatal. La sentencia tiene el voto particular de Vicente Conde.

8. GANADERÍA

A) Ayudas. Denegación de prima a favor de productor de ganado ovino y caprino por falta de comunicación de traslado del ganado

Denegada la prima solicitada, el Tribunal Superior de Justicia confirmó la resolución impugnada al confirmarse que una vez efectuada la visita de inspección se comprobó que el ganado ovino y caprino no se encontraba en el lugar declarado. El recurrente alega que la comunicación del cambio de ubicación del ganado trashumante no es un requisito esencial, por lo que debió serle reconocida la prima solicitada.

El **Tribunal Supremo,** en la **Sentencia de 19 de febrero de 2003,** Ar. 2240, confirma la sentencia recurrida en casación, y afirma que

> "(…) debe estarse a la alegación de la Generalidad recurrida de que la comunicación de que el ganado se traslada no es un mero trámite cuando se trata de un ganado trashumante o que se está obligado a desplazar de un lugar a otro, pues a consecuencia de la omisión de notificación podría eventualmente percibirse más de una prima solicitándola en distintas regiones. Debe entenderse por ello que la ausencia de comunicación, que se sirvió de fundamento al acto denegatorio de la prima, no es una simple irregularidad no invalidante cometida en el curso del procedimiento administrativo".

B) Cuotas lecheras. Distribución territorial

Con objeto de distribuir la cantidad global de producción de leche y productos lácteos asignada a España en el Reglamento CEE 1256/1999, de 17 de mayo, el Gobierno, tras la propuesta elaborada por la Conferencia Sectorial de Agricultura, aprobó el RD 1192/2000, de 23 de junio.

El citado Real Decreto fue impugnado directamente al entender la entidad recurrente (Federación de Empresarios Productores de Leche), que la norma vulneraba el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE y el Reglamento CEE 3950/1992.

El primer argumento, rechazado por la **STS de 10 de febrero de 2003,** Ar. 2373, planteó una cuestión de interés. Según la entidad recurrente, al efectuarse el reparto del aumento de cuota láctea entre CCAA y no entre productores individuales se vulneraba el artículo 14 de la CE, ya que este criterio rompe los criterios de homogeneidad y proporcionalidad, ya que se producirá el resultado de asignar mayor o menor cantidad a una u otra explotación ganadera según radique en una u otra Comunidad Autónoma.

El Tribunal Supremo rechaza el argumento, al entender que la distribución de cuotas entre CCAA no vulnera el principio de igualdad, al realizarse las asignaciones según las solicitudes individuales y en razón de criterios previamente establecidos. Pero además, aunque ello no se menciona en la sentencia, no podrían desconocerse las competencias exclusivas de las CCAA en la materia, lo que imponía realizar una distribución territorial de las cuotas lecheras para que las CCAA pudieran ejercer la competencia ejecutiva de resolver los expedientes de solicitud.

También se rechaza la alegación de que el RD impugnado vulnera el Reglamento CEE 1256/1999, ya que, como dice el Tribunal, la norma comunitaria no impide una asignación territorial de cuotas. En este punto sí se hace referencia a las competencias de las CCAA, afirmando el Tribunal que el "RD concilia la existencia de una distribución entre CCAA y un respeto de los derechos individuales de los productores".

9. LIBERTAD DE EMPRESA

La **STS de 20 de diciembre de 2002,** Ar. 1120 de 2003, comentada dentro de la voz Agricultura de esta misma sección y número, contiene un último fundamento en el que se incluyen una serie de reflexiones de interés sobre el alcance del principio de libertad de empresa.

El Tribunal Supremo afirma que el derecho a la libertad de empresa es una de las expresiones del derecho de libertad del que derivan tres consecuencias: carácter restrictivo de todas las medidas limitativas de la libertad; la exigencia de que sean proporcionadas a los fines que se pretenden alcanzar, y sometimiento de las mismas al principio de igualdad.

Tras reconocer que el derecho de libertad de empresa se ha contemplado fundamentalmente desde la perspectiva de las licencias y condicionamiento para el ejercicio de la actividad empresarial, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina relativa al contenido esencial de este derecho, el carácter restrictivo de las medidas limitativas de la libertad de empresa y su necesaria adecuación al principio de proporcionalidad.

A continuación añade que son más escasas las referencias a las exigencias del principio de igualdad. Ello le da pie a afirmar que dicho principio debe regir también en la actuación de la Administración en el ámbito económico y, en concreto, en el proceso de otorgamiento de las subvenciones, ya que "en un sistema de subvenciones públicas el que no se respete el principio de igualdad puede vulnerar al derecho a la libertad de empresa, pues puede situar a determinados empresarios en ventajosas condiciones de competencia frente a otros".

Expuesta la doctrina general se afirma también que la aplicación del principio no puede hacer abstracción de los elementos del caso concreto, para concluir que, atendiendo al caso enjuiciado, se debe reconocer que el trato diferencial que prevé la norma comunitaria y que aplicó al MAPA al otorgar las subvenciones fue objetivo y razonable.

10. PRIVATIZACIÓN

Enajenación de acciones de la SEPI. Alcance del control revisor por la jurisdicción contencioso-administrativa.

La impugnación de la preceptiva autorización que el Gobierno debe otorgar en los casos de enajenación de acciones o participaciones de la SEPI, cuando la operación excede de 1.000.000.000 de pesetas, ha dado lugar a que el Tribunal Supremo vuelva de nuevo a pronunciarse sobre el contenido de este acto autorizatorio y el alcance del poder revisor que posee la jurisdicción contencioso-administrativa sobre este tipo de actos.

Retomando las ideas ya expuestas en la Sentencia de 4 de junio de 2001, Ar. 5724, el Tribunal Supremo se pronuncia de nuevo sobre este tema en la **STS de 4 de febrero de 2003,** Ar. 993. En esta sentencia recuerda el Tribunal Supremo que el alcance de su revisión está limitado por tratarse de una autorización con amplio contenido discrecional al constituir un acto de política económica del Gobierno del que sólo puede controlar los aspectos reglados, control que por otra parte no puede interferir la estrategia comercial de la SEPI.

A partir de este planteamiento general se analizan los motivos de oposición que alega la entidad recurrente (el sindicato CCOO, cuya legitimación se admite en un extenso fundamento jurídico) para rechazarlos en su integridad. No se aprecian vicios de procedimiento, ni falta de motivación, ni irregularidades en el precio de selección del asesor-valedor.

11. SEGUROS

Ampliación de actividad y exigencia de ampliación de capital.

La **STS de 29 de enero de 2003,** Ar. 695, se pronuncia sobre la interpretación que debe darse a la normativa en materia de seguros en relación a la exigencia de capital social desembolsado de las entidades de seguros. Para el Tribunal Supremo la legislación de seguros exige tener un capital desembolsado que en cada momento se adecue a las exigencias de las fluctuaciones normativas y de las ramas de actividad que vaya asumiendo la entidad aseguradora.

Por ello, el Tribunal Supremo rechaza el recurso de una determinada entidad frente a la resolución por la que se le exigió ampliar el capital social desembolsado para poder autorizar su solicitud de operar en el ramo de Asistencia de Viaje. Esta exigencia, afirma el Tribunal Supremo, no supone aplicación retroactiva de normas posteriores, ni incurre en desviación de poder, al tratarse de la imposición de una obligación prevista en la normativa general de seguros.

12. TELEVISIÓN

A) Publicidad

El Tribunal Supremo, en las **SSTS de 28 de enero y 21 de febrero de 2003,** Ar. 897 y 2129, al resolver sendos recursos de casación frente a la sentencia que confirmó la validez del apercibimiento realizado a Gestevisión Telecinco, SA, para que respetara la normativa en materia de límites y exigencias en la emisión de publicidad, ha tenido ocasión de reiterar los criterios ya expuestos en la STS de 11 de febrero de 2002, Ar. 9949, en relación a la naturaleza jurídica del apercibimiento, al concepto de publicidad aplicable a las televisiones privadas y los porcentajes horarios a considerar.

En relación a lo primero, el Tribunal Supremo insiste en que el apercibimiento es un acto de control o fiscalización que no supone imposición de sanción. Por lo que hace referencia al concepto de publicidad de la Ley 10/1988 en su artículo 15.2 (y 18.2 de la Directiva 89/552/CE), deben excluirse del mismo los programas patrocinados, pero no los juegos promocionales o telepromoción ni la teletienda. Por último establece el Tribunal Supremo que el porcentaje horario a considerar es el de 12 minutos, establecido en el artículo 18.2 de la Directiva (y no el de diez minutos del artículo 15 de la Ley 10/1988).

B) Televisión digital terrenal. Adjudicación de dos concesiones

La aprobación del pliego de bases administrativas particulares y de prescripciones técnicas del concurso por el que se debían adjudicar dos concesiones para la explotación, en régimen de emisión en abierto, del servicio público de televisión digital terrenal, fue impugnado por la Asociación de Unión de Televisiones Comerciales en abierto. El recur-

so fue desestimado por la **STS de 17 de febrero de 2003,** Ar. 2237, tras analizar diversas cuestiones de interés.

En primer lugar, la entidad recurrente alegaba que se había producido una deslegalización indebida del régimen jurídico de la televisión digital terrenal, lo que viciaría el proceso de contratación del que formaban parte los Pliegos impugnados. El TS rechaza este primer motivo de recurso apelando a su propia doctrina, contenida en las Sentencias de 7 de febrero de 2000, Ar. 378, 30 de abril de 2001, Ar. 4295, 24 de mayo de 2001, Ar. 4546 y 17 de junio y 11 de noviembre de 2002, según las cuales el RD 2169/1998 posee cobertura legal suficiente para ordenar el proceso de concesión de la televisión digital.

En segundo lugar se cuestionó la opción de la Administración de sacar a concurso dos concesiones, decisión que se afirma carece de motivación por lo que debía calificarse de arbitraria. El Tribunal Supremo rechaza igualmente esta alegación al apreciar que, por un lado, la Base 1 del Acuerdo del Consejo de Ministros de aprobación de los Pliegos expone de forma suficiente los objetivos que se pretenden lograr con la aprobación de dichos Pliegos. Por otro, estima que la Administración fijó los criterios de oportunidad técnica con la aprobación del Plan Técnico que incorpora el RD 2169/1998.

En tercer lugar se rechaza la alegación según la cual el impedir que se presentaran al concurso los operadores que ya disponían de una concesión constituía una discriminación contraria a derecho. Para el TS esta prohibición está contemplada en la Ley 10/1988 y, por otro lado, pretende un objetivo razonable, como es facilitar la competencia.

13. TRANSPORTES

A) Marítimos

a) Ayudas

Las **SSTS de 20 de enero, 3, 4 y 17 de febrero de 2003,** Ar. 351,743,840, 1093, resuelven en los mismos términos de otras sentencias anteriores los recursos interpuestos frente a la denegación de las ayudas solicitadas por empresas navieras cuyos buques realizaban transporte de mercancías, denegación basada sustancialmente en el hecho de no disponer de fondos la Administración otorgante en el momento de tener que conceder lo solicitado. Nos remitimos a lo expuesto en el núm. 20 de esta Revista y sección, número 13.B).

b) Concesión de licencia

Impugnada la denegación de una orden de prelación solicitada para un determinado buque, el Tribunal Supremo, en la **STS de 5 de marzo de 2003,** Ar. 2626 confirmó la validez del acuerdo impugnado.

Para el Tribunal Supremo la resolución impugnada respetó el marco legal establecido, y no vulneró el principio de igualdad. El Tribunal Supremo llegó a esta conclusión tras examinar con detalle los antecedentes relativos a la regulación del orden de preferencia, lo que le permite concluir que la Administración no trató de forma desigual a la recurrente.

El Tribunal Supremo tampoco estimó que el incumplimiento de uno de los requisitos establecidos para obtener la prelación (haber faenado en caladeros marroquíes entre 1979 y 1981) se debiera a causa de fuerza mayor. La recurrente alegó la existencia de una huelga, lo que le impidió faenar en dicho período. Para el Tribunal, la causa de fuerza mayor hubiera sido apreciable si hubiera impedido continuar faenando una vez ya iniciada la tarea, pero la causa alegada no puede considerarse al no haber indicado la tarea dentro del período exigido. También se rechaza de forma frontal que se hubiera vulnerado el principio de confianza legítima.

Por todo ello, se confirma la validez del acto impugnado.

c) Autorización para realizar el servicio de transporte marítimo de pasajeros. Doctrina del TJCE sobre la posibilidad de exigir una autorización. Denegación de autorización y reclamación de daños y perjuicios

El régimen jurídico del transporte marítimo mediante líneas regulares de cabotaje fue regulado por el RD 1466/1997, de 19 de septiembre. Esta regulación fue impugnada mediante recurso directo ante el Tribunal Supremo. En la medida en que se cuestionaba la validez de la regulación de la autorización administrativa, el Tribunal Supremo planteó ante el TJCE una cuestión prejudicial previa determinante para poder entrar a analizar la legalidad de la autorización. Esta cuestión era si el derecho comunitario permitía o no someter la prestación de los servicios de cabotaje insular a la obtención de una autorización administrativa previa.

El TJCE respondió a la cuestión planteada manifestando que:

> "1) Las disposiciones del artículo 4, en relación con el artículo 1, del Reglamento (CEE) núm. 3577/1992 del Consejo, de 7 de diciembre de 1992, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros (cabotaje marítimo), únicamente permiten someter la prestación de servicios regulares de cabotaje marítimo con destino u origen en islas o entre islas a la obtención de una autorización administrativa previa si:
>
> – puede demostrarse la existencia de una necesidad real de servicio público, debida a la insuficiencia de los servicios regulares de transporte en una situación de libre competencia;
>
> – se demuestra asimismo que dicho régimen de autorización administrativa previa es necesario y proporcionado al objetivo perseguido;

– el referido régimen se basa en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano por las empresas interesadas."

Asimismo el TJCE dio respuesta a otras cuestiones derivadas de la anterior. Así, estimó que pueden exigirse condiciones que acrediten la solvencia de los concesionarios cuando se trata de prestar las obligaciones de servicio público del transporte marítimo, así como que es posible que en relación con un mismo trayecto un Estado miembro imponga obligaciones de servicio público a unas empresas navieras y celebre simultáneamente con otras empresas contratos de servicio público [al contenido de esta resolución del TJCE nos referimos en el comentario a la STS de 20 de junio de 2002, Ar. 9555, comentario aparecido en el número 20 de esta Revista, sección XIV, núm. 13.A)]. Curiosamente, la sentencia del Tribunal Supremo que dio lugar al pronunciamiento del TJCE es la que ahora comentamos, sentencia del año 2001 pero no publicada en Aranzadi hasta 2003).

A partir de estas respuestas, el Tribunal Supremo resolvió el recurso directo antes citado mediante la **STS de 16 de octubre de 2001,** Ar. 2317 de 2003. La sentencia rechaza las alegaciones relativas a la existencia de vicios formales en la tramitación del reglamento impugnado, y entrando en el fondo, y en virtud de lo establecido por el TJCE al dar respuesta a la cuestión prejudicial, estima en parte el recurso. Para el Tribunal Supremo la ilegalidad de la norma interna reside en el hecho de que la misma somete a autorización administrativa todo el tráfico de cabotaje insular, sin consideraciones específicas sobre cada una de las líneas o trayectos, para determinar si se dan o no las circunstancias que permiten calificar una línea en concreto como servicio público. Aceptando las alegaciones de los recurrentes, el Tribunal admite que algunas líneas están suficientemente garantizadas por los servicios privados, por lo que no procede imponer un régimen de autorización. Concluye, pues, el Tribunal, que el artículo 4.1 del Real Decreto impugnado es nulo.

En concordancia con lo anterior también señala el Tribunal que los requisitos exigibles a las entidades autorizadas sólo son posibles si se trata de líneas de servicio público.

Por lo que respecta a la alegación de que los requisitos exigidos son discriminatorios para las empresas españolas, el Tribunal la rechaza, afirmando que la exigencia de este requisito no tiene por qué hacerse de forma discriminatoria entre armadores españoles y extranjeros, ya que en principio la norma vincula a todos los armadores.

El régimen del transporte marítimo de pasajeros ha dado lugar a una serie de conflictos semejantes, centrados no en la impugnación de la norma reguladora del servicio, sino en la impugnación de las resoluciones por las que se denegaba el establecimiento de determinadas líneas. Como vimos en la sentencia comentada en el número anterior y antes ya citada (STS de 20 de junio de 2002, Ar. 9555), el TS admite que para determinadas líneas entre Marruecos y España pueden imponerse limitaciones por razones de orden público. En este mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo en las sentencias de 1 de julio de 2002 y de 10 de febrero de 2003, Ar. 10974 y 1156.

La denegación de autorización dio lugar a otro conflicto, ya que la entidad que vió rechazada su petición planteó una reclamación de daños y perjuicios por vulneración del derecho comunitario. El TS, en su **STS de 25 de enero**, Ar. 964 , deniega en primer lugar la solicitud de planteamiento de cuestión prejudicial al estimar que la cuestión es clara, ya que el artículo 56.1 del Tratado CEE (ahora artículo 46.1) permite limitar la libertad de prestación de servicios por motivos de orden público, seguridad y salud pública. Consecuentemente entiende que la denegación de autorización fue conforme a derecho y, por tanto, que no procedía reconocer derecho alguno a obtener indemnización.

d) Navegación de temporada en la ría de Vigo y desviación de poder

La impugnación de la resolución de la Dirección general de la Marina Mercante por la que se ordenó el tráfico marítimo en la ría de Vigo fue estimada por el TSJ de Galicia, el cual anula dicha Resolución por incurrir en desviación de poder.

Recurrida la sentencia de primera instancia en casación, el Tribunal Supremo desestimó el recurso en la **STS de 5 de febrero de 2003,** Ar. 996. Para el Tribunal la resolución impugnada incurre en desviación de poder al tratarse de una norma que ordena el procedimiento para autorizar el transporte marítimo en la ría de Vigo y, de hecho, dado su contenido, sólo permite que la entidad que viene prestando el servicio obtenga la autorización. Es esta contradicción entre el fin de la norma general, regular un procedimiento de selección para otorgar la autorización a la mejor empresa, y el contenido de la Resolución impugnada, que impide que exista concurrencia, lo que justifica que se anule la Resolución por incurrir en desviación de poder.

B) De viajeros por carretera. Criterios para autorizar la prolongación de una concesión

La **STS de 17 de febrero de 2003,** Ar. 2106, analiza una vez más el contenido de una resolución por la que la autoridad competente en materia de transportes resuelve una solicitud de prolongación de itinerario de concesión de servicio de transporte público regular de viajeros por carretera.

El Tribunal Supremo sostiene, como criterio general, que al resolver sobre la solicitud debe primar el interés público y no el interés económico del concesionario o el beneficio único de algunos usuarios. En el caso concreto enjuiciado el otorgamiento de la prolongación solicitada ciertamente beneficiaría a unos determinados usuarios, pero por otro lado comportaría que una concesión en vigor fuera deficitaria, como consecuencia de lo cual seguramente la empresa concesionaria tendría que dejar de prestar el servicio. Por ello, el interés público aconseja denegar la ampliación para que pueda seguir prestándose el servicio público existente entre otras poblaciones.

También es de interés la Sentencia de 31 de diciembre de 2002, Ar. 957. Según la misma el principio de exclusividad se contempla en relación con concesiones existentes y no en concurrencia de peticiones, y, por otro lado, nos dice que la fecha a considerar para

determinar la prioridad de peticiones es la del escrito último en el que se contenga una modificación de lo solicitado.

C) Sanciones. Legalidad del artículo 198.i) del Real Decreto 1211/1991, de 28 de septiembre

Diversas resoluciones sancionadoras en materia de transportes por carretera fueron anuladas en primera instancia a través de un recurso indirecto al estimar el Juzgado que el Reglamento que servía de base para la imposición de la sanción era contrario a derecho. Concretamente se declaraba la nulidad del artículo 198.i) del RD 1211/1991 por el que se aprobó el reglamento de desarrollo de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación del transporte terrestre. El precepto se anuló al entender el Juzgado que el artículo 198.i) tipificaba *ex novo* una conducta, vulnerando así el principio de reserva legal. Al no ser competente el Juzgado para acordar la nulidad de la norma que estima contrario a derecho, planteó la cuestión de inconstitucionalidad.

El Tribunal Supremo, en las **SSTS de18 de diciembre de 2002,** Ar. 533 y 956 de 2003, resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por los Juzgados y acuerda declarar la validez del artículo 198.i), al estimar que la norma reglamentaria completa o integra la descripción legal de infracciones administrativas previamente fijadas en la ley que desarrolla.

Las sentencias citadas merecen ser destacadas, más allá de la solución que adopta en relación al principio de legalidad en materia sancionadora, por el hecho de que al resolver una cuestión de ilegalidad declaran la validez de una norma que en primera instancia se declaró nula, declaración que conllevó la nulidad de los actos sancionadores impugnados.

Tomás Font i Llovet
Josep Mollevi
Joaquín Tornos Mas

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD

Sumario:

1. Consumo. A) Etiquetado de productos alimenticios fabricados a partir de organismos modificados genéticamente. B) La prohibición de comercialización de bebidas con un contenido de cafeína superior a un determinado límite, sin demostrar que con ello se protege la salud pública, es contrario al Derecho Comunitario. **2. Deporte.** A) La jurisdicción contencioso-administrativa declara inadmisible un recurso al confirmar la relación privada entre el Club de Fútbol Barcelona y sus socios. B) Prácticas restrictivas de la competencia en la retransmisión televisiva de fútbol. **3. Educación.** A) Universitaria. a) Libertad de expresión de profesor universitario. **4. Extranjeros.** A) El derecho a la asistencia jurídica gratuita también corresponde a los extranjeros que no residan legalmente en España. B) Permiso de trabajo y de residencia. C) Extradición. **5. Orden público.** A) Equipos de protección individual concebidos y fabricados específicamente para las fuerzas armadas, las fuerzas de orden público o los bomberos. **6. Sanidad.** A) Reembolso de gastos sanitarios efectuados en un Estado miembro distinto. B) Configuración legal de las farmacias abiertas al público como establecimientos sanitarios privados de interés público.

1. CONSUMO

A) Etiquetado de productos alimenticios fabricados a partir de organismos modificados genéticamente

La **STJCE de 12 de junio de 2003, C-316/01,** responde a una cuestión prejudicial –suscitada en origen por la negativa del Gobierno Federal de Austria a facilitar la información requerida por una parlamentaria– sobre el nombre de los fabricantes y la denominación de los productos alimenticios, que hayan sido objeto de controles administrativos y sancionados por irregularidades en el etiquetado de productos alimenticios fabricados a partir de organismos modificados genéticamente.

El Tribunal de Justicia recuerda que conforme al Reglamento 1139/98, en el etiquetado se debe incluir la mención de los productos de soja o maíz que hayan sido modificados genéticamente. Sin embargo, el art. 2, letra a) de la Directiva 90/313 debe interpretarse en el sentido de que no constituyen información sobre medio ambiente conforme a la mencionada disposición el nombre de un fabricante y la denominación de un producto alimenticio que

hayan sido objeto de medidas administrativas de control para comprobar la observancia del Reglamento 1139/98, así como las sanciones administrativas impuestas a raíz de dichos controles y la identificación de los fabricantes y productos a que se refieren tales sanciones.

B) La prohibición de comercialización de bebidas con un contenido de cafeína superior a un determinado límite, sin demostrar que con ello se protege la salud pública, es contrario al Derecho Comunitario

La **STJCE de 19 de junio de 2003, C-420/01,** declara que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 28 y 30 CE al aplicar a las bebidas fabricadas y comercializadas en otros Estados miembros un régimen que prohíbe la comercialización en Italia de bebidas energéticas cuyo contenido de cafeína sea superior a un determinado límite, sin demostrar por qué dicho límite es necesario y proporcionado para la protección de la salud pública.

La Comisión tuvo conocimiento, mediante las denuncias presentadas por distintos operadores económicos, de los obstáculos que existían en Italia para la importación y la comercialización de determinadas bebidas energéticas legalmente fabricadas y comercializadas en otros Estados miembros.

En un primer momento, las autoridades italianas prohibieron la comercialización de tales bebidas, en particular de aquellas que contenían taurina, conforme a un dictamen emitido por el Consejo Superior de Sanidad. Con posterioridad, a requerimiento de la Comisión, cambiaron de criterio y autorizaron la comercialización de dichas bebidas en Italia, siempre que su contenido de cafeína no excediera de 125 mg/l.

A juicio de la Comisión y del Tribunal de Justicia, a falta de pruebas científicas que demuestren que la superación de dicho límite puede ser perjudicial para la salud pública, tal prohibición constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa a la importación, contraria al artículo 28 CE y no justificada por el artículo 30 CE.

El Gobierno italiano considera, por su parte, que está justificado limitar el contenido máximo de cafeína, teniendo en cuenta las evaluaciones llevadas a cabo por las autoridades sanitarias italianas. Una solución distinta conduciría, a su juicio, a vaciar de su contenido al artículo 30 CE al sustituir la facultad de apreciación no arbitraria de un Estado miembro por la opinión subjetiva de las autoridades sanitarias de otro Estado miembro.

El Tribunal de Justicia concluye, por el contrario, que, según reiterada jurisprudencia, corresponde a las autoridades nacionales competentes demostrar, en cada caso, que su normativa o su práctica administrativa son necesarias para proteger efectivamente los intereses a que se refiere el artículo 30 CE o para observar exigencias imperativas y, en su caso, que la comercialización de los productos en cuestión suponen un riesgo para la salud pública. Sin embargo, en el presente caso, el Gobierno italiano no acredita que la prohibición de comercializar bebidas energéticas cuyo contenido de cafeína sea superior a un determinado límite sea necesaria y proporcionada para la protección de la salud pública.

2. DEPORTE

A) La jurisdicción contencioso-administrativa declara inadmisible un recurso al confirmar la relación privada entre el Club de Fútbol Barcelona y sus socios

La **STS de 20 de junio de 2003** (recurso 8129/1997) confirma la doctrina jurisprudencial de que:

a) Las relaciones entre un club y el socio se regulan por el derecho privado, pues no corresponde a la Administración entrar en tales relaciones, por cuanto no están reguladas por el Derecho Administrativo.

b) Si la Administración incide en el marco de tal relación, variando la situación jurídica de la misma, está ejerciendo una potestad para la que no tiene atribuida la competencia, sustituyendo a los Tribunales civiles.

c) Si la Administración, al entrar a analizar las relaciones entre una sociedad deportiva y un socio, no ha alterado el contenido de la relación jurídica, no existe base alguna para entrar en la anulación de los acuerdos administrativos.

Por todo ello, a pesar de que en el caso enjuiciado hubieran intermediado órganos disciplinarios administrativos en la resolución del recurso interpuesto contra la proclamación de un candidato a Presidente del Club de Fútbol Barcelona y, al mismo tiempo, exista una atribución reglamentaria de tales cuestiones a la jurisdicción contencioso-administrativa, el Tribunal Supremo concluye que "esta atribución reglamentaria no puede alterar la distribución competencial entre los diversos órdenes jurisdiccionales establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la reguladora de esta jurisdicción, procediendo la desestimación del segundo motivo de casación al no infringirse los principios de legalidad y seguridad jurídica."

Sin embargo, tal como se recordaba en esta misma Crónica (*Justicia Administrativa*, núm. 15, abril 2002), el problema no resuelto todavía es el de las Leyes autonómicas del deporte (como las de Murcia o Galicia) que publifican las elecciones de clubes deportivos privados y que, por consiguiente, atribuyen su control a la jurisdicción contencioso-administrativa.

B) Prácticas restrictivas de la competencia en la retransmisión televisiva de fútbol

La **STS de 9 de junio de 2003** (recurso 8463/1998) confirma la doctrina de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de junio de 1998 y la legalidad de la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 10 de junio de 1993 impugnada inicialmente. Por lo tanto, rechaza los recursos de casación interpuestos por la Liga Nacional de Fútbol Profesional y distintas Televisiones autonómicas.

El origen del conflicto se remonta al momento en que la Liga convocó en junio de 1989 un concurso privado para la cesión de los derechos de retransmisión en directo y en

exclusiva en todo el territorio español de un máximo de 34 partidos de liga de primera división y seis de la Copa del S.M. el Rey (excepto la final). La duración del contrato era de cuatro años. El concurso privado fue resuelto y adjudicado, mediante un contrato celebrado el día 20 de julio de 1989, a Promoción del Deporte, SA, por un importe de 19.100 millones de pesetas. El día 1 de agosto de 1989, la adjudicataria del concurso cedió, por 19.673 millones, la totalidad de sus derechos por dicho contrato a las Televisiones Autonómicas de Cataluña, Valencia, Galicia, Madrid y País Vasco. Con posterioridad se unió la Televisión Autonómica de Andalucía.

Asimismo, el 6 de julio de 1990 se produce una modificación de la anterior situación contractual y, ante el interés manifestado por Canal Plus de poder disponer de las imágenes de fútbol, se da entrada a este Canal en la cesión de los derechos del fútbol y, además, para permitir que los telespectadores residentes en zonas que carecen de canal autonómico pudieran disfrutar de fútbol televisado, las Televisiones Autonómicas ceden a Televisión Española el derecho de transmitir los partidos emitidos por dichas Televisiones Autonómicas en las CCAA sin cobertura televisiva propia, de igual modo le cedían el derecho de retransmisión de programas resúmenes de cada jornada de liga.

Las dos cadenas de Televisión que habían quedado fuera de los acuerdos reclamaron ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, que declaró la existencia de una conducta prohibida por los apartados 2.b) y 2.c) del artículo 6 de la Ley 16/1989 consistente en utilizar el poder en el mercado de la contratación de derechos de emisión de fútbol por televisión alterando la competencia en el mercado de la televisión ante la entrada de tres nuevos operadores, al provocar el bloqueo de acceso a las imágenes para dos de ellos. Se declara responsable a la Liga Nacional de Fútbol Profesional. Igualmente se declara "la existencia de una conducta prohibida por el artículo 1.1 de la Ley 16/1989 y por el artículo 85.1 del Tratado CE, consistente en el acuerdo suscrito entre la LNFP y las Televisiones Autonómicas", e impone "la obligación a las Televisiones Autonómicas de que permitan el acceso a las imágenes de los resúmenes de las jornadas futbolísticas, mediante remuneración, a todos los operadores que lo deseen". Finalmente se multó con 147.500.000 pesetas a la Liga Nacional de Fútbol Profesional. Todo ello es confirmado, ahora de modo definitivo, por el Tribunal Supremo.

3. EDUCACIÓN

A) Universitaria

a) Libertad de expresión de profesor universitario

La **STC 101/2003, de 2 de junio,** tiene para nosotros un cierto interés por las reflexiones que, al hilo de un recurso de amparo contra una sanción impuesta a un Profesor por un artículo de prensa, realiza sobre algunos aspectos del *status* del profesorado universitario. Así, al analizar los límites al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de expresión

de los funcionarios públicos, el Tribunal Constitucional afirmará que "los vínculos jerárquicos del profesorado funcionario universitario son sensiblemente más débiles que los propios de otros cuerpos funcionariales" y reconocerá "la peculiar naturaleza de la Universidad en el ámbito de las formas del Derecho de la organización administrativa, en el que aquéllas (las universidades) eran consideradas formalmente, por parte de la doctrina, como integrantes de la Administración institucional, conforme al modelo de establecimiento público, denominado frecuentemente en nuestro Derecho positivo como "organismo autónomo". En su estructura y organización, sin embargo, la Universidad se acerca más al modelo de las corporaciones pues se gobierna por la voluntad interna de sus miembros y se estructura conforme a modelos de representación democrática, en cuyo seno los vínculos de dependencia jerárquica de los profesores universitarios, sin dejar de existir, son notoriamente más tenues que en el ámbito de otras formas organizativas de la Administración"; concluyendo con que "la libertad de expresión del Catedrático "ha de considerarse prácticamente idéntica a la de cualquier ciudadano" [FJ 5º.a)].

Y refiriéndose a la figura del Rector (objeto de la crítica del artículo periodístico del Catedrático sancionado), el Tribunal Constitucional dirá que sobre "la cuestión relativa al derecho al honor del Rector de la Universidad, ha de indicarse que éste ostenta una posición institucional que incide en el ámbito de ese derecho, limitándolo, dado que se trata de un personaje público que ocupa su puesto por elección (...) y debe responder ante sus electores, y ante la sociedad en general, por los detalles de su gestión en los asuntos que tiene encomendados. No se trata con toda evidencia de un simple funcionario sino de un auténtico cargo público electivo sometido, por tanto, al escrutinio crítico de sus votantes y de la sociedad (...). Las críticas del demandante de amparo, en la medida en que vayan dirigidas al Rector, afectan a una persona que tiene la obligación de soportarlas mayor que la de un ciudadano cualquiera" [FJ 5º.b)].

4. EXTRANJEROS

A) El derecho a la asistencia jurídica gratuita también corresponde a los extranjeros que no residan legalmente en España

Como consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad promovido, en su momento, por el Defensor del Pueblo, la **STC 95/2003, de 22 de mayo,** declarará inconstitucional el requisito de la residencia legal en España para poder beneficiarse del derecho a la asistencia jurídica gratuita (exigencia que venía establecida en el artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita), basándose para ello, fundamentalmente, en que toda persona física que sea titular del derecho a la tutela judicial efectiva—y, desde sus SSTC 99/1985 y 115/1987, el propio Tribunal Constitucional así se lo había reconocido a los extranjeros, con independencia de su situación jurídica—habrá de gozar también del derecho a la gratuidad de la justicia si carece de los recursos suficientes para litigar (y siempre que se encuentre fácticamente en territorio español, claro está).

B) Permiso de trabajo y de residencia

También dentro de este período han sido bastantes las resoluciones del Tribunal Supremo sobre esta materia. Lo más relevante de su doctrina se puede resumir como sigue.

Una de las cuestiones recurrentes suele ser la denegación de este tipo de permisos por encontrarse el solicitante incurso en una causa legalmente susceptible de depararle la *expulsión*. Pues bien, la **STS de 27 de noviembre de 2002,** Ar. 1059 de 2003, se mostrará favorable al otorgamiento de este permiso argumentando, contra lo argüido por la Administración (y con claras reminiscencias de lo establecido por el Derecho comunitario al respecto, aunque en este caso se tratase de un súbdito marroquí y no de un ciudadano de la Unión Europea) que la conducta contraria al orden público, susceptible *ex* artículo 26.1.c) LO7/1985 de expulsión, ha de fundarse en la evidencia de un comportamiento personal que constituya una amenaza actual para ese mismo orden público, a cuyo quebrantamiento ha de orientarse la actividad del sujeto y que siempre ha de ser objeto de una interpretación restrictiva, excluyendo en consecuencia aquellas conductas que no supongan un peligro, real y actual, para la tranquilidad y el orden público (como era el caso enjuiciado, pues se trataba de un delito de resistencia cometido dos años antes de la solicitud del permiso de trabajo y de residencia y que no dio lugar, entonces, a la incoación de expediente de expulsión alguno). En esta misma línea interpretativa se mueve la posterior **STS de 17 de febrero de 2003,** Ar. 2236. Y algo parecido también viene a argumentarse en la **STS de 20 de diciembre de 2002,** Ar. 635 de 2003, para el caso de un solicitante al que inicialmente se le deniega el permiso por una supuesta conducta atentatoria contra el orden público cometida siete años atrás y tampoco seguida, en su momento, de actuación administrativa alguna.

De la **STS de 20 de diciembre de 2002,** Ar. 712 de 2003, merece la pena destacar su rotunda oposición a aplicar la presunción de veracidad a un informe de la Dirección General de la Policía, al no encuadrarse dicho documento en la categoría de los previstos por el artículo 137.3 LRJPAC; más concretamente, por no tratarse de hechos constatados por los propios agentes o funcionarios, sino más bien de meros informes o deducciones. Esta doctrina se verá confirmada en la posterior **STS de 21 de enero de 2003,** Ar. 734.

La **STS de 20 de diciembre de 2002,** Ar. 710 de 2003, deniega el permiso porque la actividad para la que se solicitaba se estaba realizando sin las licencias pertinentes.

Por su parte, la **STS de 27 de enero de 2003,** Ar. 2003, insiste en la necesidad de que la Administración, cuando deniega los permisos solicitados, motive adecuadamente su resolución, so pena de anulabilidad de la misma. Si bien la **STS de 4 de febrero de 2003,** Ar. 1147, admite como motivación suficiente la remisión a documentos obrantes en el expediente.

Finalmente, la **STS de 20 de diciembre de 2002,** Ar. 1972 de 2003, ratifica que la actividad de "venta ambulante", en determinadas circunstancias, puede entenderse como

actividad comercial susceptible de integrarse en el requisito de contar con un proyecto permanente y viable de actividad por cuenta propia (que, como es sabido, constituye una de las condiciones legalmente establecidas para el otorgamiento del permiso de trabajo).

C) Extradición

La **STS de 20 de enero de 2003,** Ar. 729, continuando con la doctrina establecida en su anterior STS de 26 de noviembre de 1999, deslinda las facultades propias del Consejo de Ministros de las previas jurisdiccionales (atribuidas por nuestro ordenamiento a la Audiencia Nacional) en el caso de la extradición pasiva.

5. ORDEN PÚBLICO

A) Equipos de protección individual concebidos y fabricados específicamente para las fuerzas armadas, las fuerzas de orden público o los bomberos

La **STJCE de 22 de mayo de 2003, C-103/01,** confirma la denuncia de la Comisión en relación con la normativa de determinados *Länder* alemanes por el hecho de que en ella se establecen exigencias suplementarias para los equipos de protección individual de los bomberos, de tal suerte que con ello se incumplen los artículos 1 y 4 de la Directiva 89/686/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989.

Desde el punto de vista formal, el Gobierno alemán alegó en su descargo que la materia era competencia legislativa de los *Länder*. Tras el correspondiente dictamen motivado de la Comisión, el Gobierno alemán informa de que había enviado una carta a los ministerios de interior de los *Länder* en la que les pedía que modificaran sus normativas sobre el aprovisionamiento de los equipos de protección individuales con el fin de adaptarlas al Derecho Comunitario, aunque no tuvo éxito en su demanda.

Desde el punto de vista material, el Gobierno alemán defiende que las atribuciones y cometidos de los cuerpos de bomberos en los *Länder* se enmarcan en el ámbito de las "fuerzas del orden público", en la medida en que ostentan poderes ejecutivos para recurrir a la fuerza contra los bienes y las personas, lo que flexibilizaría la aplicación de la Directiva al presente caso. No obstante, el Tribunal de Justicia determina que "las misiones de los cuerpos de bomberos consisten normalmente en operaciones de salvamento de personas y de bienes en caso de incendios, de accidentes de circulación, de explosiones, de inundaciones o de otras catástrofes. Estos cometidos se distinguen de aquellos otros que incumben a las fuerzas cuya misión principal es el mantenimiento del orden público. Por consiguiente, no puede considerarse que los equipos de protección individual destinados a proteger a los bomberos contra los peligros a los que se hallan expuestos en el ejercicio de sus funciones habituales así descritas hayan sido concebidos y fabricados específicamente para ser utilizados en el mantenimiento del orden público".

6. SANIDAD

A) Reembolso de gastos sanitarios efectuados en un Estado miembro distinto

Con la **STJCE de 13 de mayo de 2003, As. Müller, C-385/99,** vuelve a plantearse la cuestión que ha venido a denominarse de la "libre circulación de pacientes" en el ámbito comunitario. Dicho muy resumidamente lo interpretado por el Tribunal de Luxemburgo en esta cuestión prejudicial: los artículos 49 y 50 TCE (prohibición de restricciones a la libre prestación de servicios) deben ser interpretados en el sentido de que no se oponen a que la legislación de un Estado miembro, por un lado, supedite la cobertura de la asistencia hospitalaria dispensada en un Estado miembro distinto de aquél en el que está establecida la caja de enfermedad a la que está afiliado el asegurado por un prestador con el que esta última no haya celebrado ningún concierto a la obtención de una autorización previa concedida por dicha caja; y, por otro lado, supedite la concesión de esta autorización al requisito de que el tratamiento médico del asegurado lo exija. Pero la autorización sólo podrá denegarse por este motivo cuando un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo oportuno en un establecimiento con el que la caja haya celebrado un concierto.

Por el contrario, los mencionados artículos del Tratado sí se oponen a la misma legislación en la medida en que ésta supedite la cobertura de la asistencia no hospitalaria dispensada en otro Estado miembro por una persona o un establecimiento con los que la caja de enfermedad a la que está afiliado el asegurado no haya celebrado ningún concierto a la obtención de una autorización previa concedida por esta última, cuando la legislación de que se trate establece un régimen de prestaciones en especie en virtud del cual los asegurados no reciban el reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia médica, sino la asistencia, en sí misma, que es gratuita.

B) Configuración legal de las farmacias abiertas al público como establecimientos sanitarios privados de interés público

La **STC 109/2003, de 5 de junio,** se dicta en sendos recursos de inconstitucionalidad (acumulados) seguidos contra dos leyes de dos Comunidades Autónomas y una Ley estatal, respectivamente, en materia de regulación farmacéutica, donde la disputa principal es, ciertamente, una *vindicatio potestatis*, pero donde también se efectúa alguna afirmación sobre el régimen material regulador de las oficinas de farmacia que puede tener algún interés, siquiera sea indirecto, como para ser mencionada aquí. Así, la clave sobre la que se reconoce que giran las posibilidades de una regulación limitadora de dicha actividad va a ser la calificación legal de las oficinas de farmacia abiertas al público como, por un lado, establecimientos "sanitarios" y, por otro, de carácter o titularidad privada pero de "interés público".

Iñaki Agirreazkuenaga
Edorta Cobreros

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Sumario:

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción. a) Jurisdicción Contencioso-administrativa. a') Concesión de licencia deportiva. b') Gastos de electrificación como consecuencia de reparcelación. c') Unidad Jurisdiccional en el conocimiento de asuntos de responsabilidad patrimonial. d') Responsabilidad por alcance. Competencia reservada *ex lege* al Tribunal de Cuentas. e') Aprobación de deslinde de zona de dominio público marítimo-terrestre. b) Jurisdicción Social. a') Expedientes de regulación de empleo. b') Calificación de puestos de trabajo. Declaración de peligrosidad y penosidad. B) Sujetos. a) Legitimación pasiva. Condición de denunciante. C) Objeto. a) Impugnación de una actuación general de la administración y no solo de resoluciones aisladas. D) Sentencia. a) Requisitos para la aplicación de la doctrina de cosa juzgada. **2. Recurso de casación ordinario.** A) Objeto. a) Competencia de actos dictados en materia de expropiación forzosa y propiedades especiales y posibilidad de casación. b) Motivos de casación cuando se recurren autos dictados en ejecución de sentencia. B) Procedimiento. a) Presentación del escrito de preparación en el Juzgado de Guardia. b) Requisitos del escrito de preparación cuando se recurren sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia. c) Falta de legitimación sobrevenida. d) Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Doctrina constitucional. C) Motivos. a) Invocación de la doctrina del Tribunal Constitucional como motivo de casación. b) Planteamiento de cuestión prejudicial. c) Falta de motivación del *quantum* indemnizatorio. d) Denegación de la práctica de prueba como motivo de casación. Principios que rigen y delimitan su contenido. **3. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Requisitos. a) Legitimación para interponer un recurso en interés de la Ley. Intervención del Abogado del Estado.

INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de diciembre de 2002 a junio del mismo año en el *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, recoge diversos pronunciamientos jurisdiccionales interesantes por lo que suponen de consolidación de la Ley Jurisdiccional de 1998, entre los que cabe destacar la reafirmación del principio de unidad jurisdiccional en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, la determinación del órgano judicial competente para conocer de los recursos interpuestos contra los actos dictados en materia de expropiación forzosa y, por último, los requisitos que se han de observar en el planteamiento de una cuestión prejudicial en el ámbito del Derecho Comunitario.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción

a) Jurisdicción Contencioso-Administrativa

a') Concesión de licencia deportiva

La difícil delimitación competencial entre el orden contencioso-administrativo y el social tiene una fiel muestra en el **ATS de 20 de diciembre de 2001,** Ar. 1185, que resuelve un conflicto de competencia planteado con ocasión de la controversia competencial surgida a raíz de la denegación de una licencia deportiva cuestionándose si en la actuación de las Federaciones deportivas como colaboradoras de la Administración debe o no incluirse la resolución sobre otorgamiento de dichas licencias. Después de hacer un análisis de los efectos de ese acto de concesión concluye la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo que "la materia de concesión de licencias deportivas –aun ligada al contrato de trabajo– ha podido ser atribuida válidamente a un organismo en el que la Administración ha delegado su potestad y función pública, y, por lo tanto, el control jurisdiccional sobre las controversias que origina o puede originar la decisión de la entidad privada que actúa por delegación en el ámbito administrativo corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo".

b') Gastos de electrificación como consecuencia de reparcelación

La Sala de Conflictos del Tribunal Supremo en su **ATS de 29 de diciembre de 2001,** Ar. 1187, también atribuye al orden contencioso-administrativo el conocimiento de un recurso derivado de la petición de reintegro a unos particulares de los gastos de electrificación de parcelas que fueron objeto de reparcelación forzosa y ello porque, aparte de otras consideraciones que se recogen en el Fundamento de Derecho Tercero, "no es aplicable al caso la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo declarando la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer de determinadas cuestiones entre las empresas eléctricas y los usuarios que con ellas contratan el suministro de energía, pues

la reclamación que ha dado origen al presente conflicto se formuló por los particulares no en la condición de usuarios del servicio de suministro de energía eléctrica, ni por tanto como partes de un contrato de suministro, sino en la de propietarios de parcelas que en virtud de la normativa urbanística, y al margen de cualquier relación con la empresa eléctrica, habían tenido que contribuir a sufragar los gastos de las instalaciones pagando las cuotas correspondientes al Ayuntamiento y no a dicha empresa".

c') Unidad Jurisdiccional en el conocimiento de asuntos de responsabilidad patrimonial

De especial interés resulta al respecto la **STS de 13 de febrero de 2003,** Ar. 2379, por cuanto realiza un análisis de las vicisitudes normativas que han ido afectando al régimen de la responsabilidad patrimonial y en especial al principio de unidad jurisdiccional para el conocimiento de pretensiones de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Así y en relación con la actuación de la Administración sanitaria examinada en la Sentencia se concluye que "Por todo ello y al no existir, en el ámbito institucional sanitario de la Seguridad Social, una previsión normativa específica sobre responsabilidad patrimonial por la mera prestación del servicio sanitario y para evitar la anomalía que supondría sostener la existencia de un espacio institucional inmune en esta materia, que sólo podría satisfacerse dentro del marco de la acción protectora que aquélla –la Seguridad Social, se entiende– desarrolla cuando se trate de sujetos a los que resulte aplicable el sistema, será lógico concluir que la regulación unificadora, en los aspectos procedimental y jurisdiccional, arbitrada por la Ley 30/1992 en punto a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, es aplicable a la que pueda exigirse a las entidades, servicios y organismos de la mencionada Seguridad Social por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la asistencia sanitaria. Por ende, la disposición adicional primera del antecitado Reglamento de procedimiento, de 26 de marzo de 1993 al prever específicamente la aludida sujeción, no añade ni hace ninguna atribución competencial que no estuviera ya claramente, aunque de modo implícito, establecida en la mencionada Ley".

d') Responsabilidad por alcance. Competencia reservada *ex lege* al Tribunal de Cuentas

La **STS de marzo de 2003,** Ar. 2528, analiza la aplicación del principio de cosa juzgada como consecuencia de la sentencia penal absolutoria dictada en un juicio por la posible comisión de un delito de malversación de caudales y la posible compatibilidad con una declaración de responsabilidad por alcance. Entiende la mencionada resolución, con cita de la STS de 23 de octubre de 1996, que "a la vista de esta normativa, es claro que alcance y delito de malversación de caudales o efectos públicos son categorías jurídicas diferentes, determinantes de responsabilidades distintas. Aquél, el alcance, es un dato contable: el saldo deudor injustificado de la cuenta última de recaudación que, en nuestro caso, venía obligado a rendir el recurrente. Éste, el delito de malversación de caudales o efectos públicos, es un delito previsto y penado en el Código Penal, en el que la matriz radica en la sustracción o el consentimiento para que ésta se verifique o su aplicación para usos propios o ajenos. Por ser distintas, ya hemos visto como el artículo 72 las regula en apartados diferentes. Las responsabilidades son compatibles. También es posible que

no exista delito de malversación y sin embargo sí sea exigible la responsabilidad por alcance. Sobre esta última responsabilidad, el Juez penal no puede pronunciarse. Es una competencia reservada *ex lege* al Tribunal de Cuentas. El procedimiento por el que se hace efectiva no es el penal sino el que se ha seguido en el supuesto controvertido. Por ello, la Ley impone al Juez penal la obligación de abstención y traslado de los antecedentes al Tribunal de Cuentas en los términos que acabamos de transcribir".

e') Aprobación de deslinde de zona de dominio público marítimo-terrestre

La **STS de 15 de marzo de 2003,** Ar. 2591, reconoce la posibilidad de impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa del acto aprobatorio del deslinde de dominio público. Así se entiende que "Aunque el artículo 14 LC se refiere expresamente 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 revisar ésta todas las decisiones que las Administraciones hayan adoptado tanto a lo largo del procedimiento así como en el acuerdo que pone fin al mismo. Como entre estas decisiones figura la de decidir sobre la titularidad del terreno deslindado, adoptando una resolución que puede imponerse a la titularidad registral preexistente (artículo 13.2 LC), también esta materia puede ser debatida en sede Contencioso-Administrativa sin perjuicio de que los interesados puedan acudir, en los plazos más largos que para ello se establecen, al ejercicio de las acciones civiles que pudieran corresponderles".

b) Jurisdicción Social

a') Expedientes de regulación de empleo

De especial interés para el deslinde de la materia contencioso-administrativa frente a la social se ha planteado en la **STS de 27 de noviembre de 2002,** Ar. 865 (en el mismo sentido STS de 12 de febrero de 2003, Ar. 2084), en la que con ocasión de un asunto relativo a un expediente de regulación de empleo, se concretan las distintas actuaciones existentes en el mismo así como cuál es el orden jurisdiccional competente. En este sentido atribuye a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de las impugnaciones que se dirijan contra la resolución autorizadora del expediente de regulación de empleo o del despido colectivo. Sin embargo, considera que es ante la Jurisdicción Social ante la que deben ventilarse "las cuestiones residuales derivadas de la aprobación de los expedientes de regulación de empleo y relativas a los conflictos entre la empresa y trabajadores en lo que se refiere a la cuantía de la indemnización a percibir por estos últimos, o a la aplicación o inaplicación de los convenios ya concertados con respecto a ese mismo tema, en estricta consecuencia de lo dispuesto en los artículos 2.a) y 123.1 del RD Legislativo de 2 de abril de 1995 (Sentencias de 3 de enero de 2001, 4 de febrero y 26 de abril de 2002, y también las de la Sala IV de 12 y 15 de julio y 5 de octubre de 1999)".

b') Calificación de puestos de trabajo. Declaración de peligrosidad y penosidad

Con referencia a la jurisprudencia de la Sala al respecto, la **STS de 20 de diciembre de 2002,** Ar. 1970, atribuye a la Jurisdicción Social la competencia para la calificación de puestos de trabajo. Entiende la Sala Tercera que la Administración laboral carece de potestades para realizar esta calificación toda vez que "no puede pronunciarse válidamente ni sobre la percepción por los trabajadores del plus de penosidad o peligrosidad, ni sobre la declaración de que un puesto laboral tiene carácter de penoso o peligroso, no debiendo olvidarse que, aunque se trate o pueda tratarse de actos formalmente distintos, la declaración de penosidad del puesto conlleva el derecho a percibir el plus de remuneración. Para hacer estas declaraciones es competente la jurisdicción social haciendo el pronunciamiento correspondiente tras el oportuno litigio, y ello a tenor del Auto de la Sala de Conflictos de 16 de julio de 1993, así como también de la jurisprudencia de esta Sala y Sección, pudiendo citarse en este sentido por más recientes nuestras Sentencias de 28 de abril, 3 y 9 de junio, 13 de julio, 15 y 29 de septiembre de 1999, 12 de julio y 18 de septiembre de 2000, que recogen la doctrina de diversas Sentencias anteriores".

B) Sujetos

a) Legitimación pasiva. Condición de denunciante

La falta de legitimación del denunciante para impugnar la decisión administrativa a la que da lugar su denuncia es recordada, con cita de la STS de 31 de enero de 2002, por la **STS de 6 de marzo de 2003,** Ar. 2628, al exponer que "en los supuestos de denuncia administrativa por supuesta infracción disciplinaria no existe interés legítimo del denunciante para recurrir en vía contenciosa contra la decisión administrativa, ya que en dicho caso ese hipotético interés no se da porque la situación jurídica del denunciante recurrente no experimenta ventaja alguna por el hecho de que se sancione al denunciado", y sin que resulte desvirtuado por "un interés derivado de una potencial situación de ventaja para acciones futuras".

C) Objeto

a) Impugnación de una actuación general de la administración y no sólo de resoluciones aisladas

En cuanto a la delimitación del objeto del procedimiento contencioso-administrativo conviene destacar la **STS de 30 de diciembre de 2002,** Ar. 1064, en la que con referencia a otra también reciente de 18 de noviembre de 2003, se señala como "como posible objeto de un recurso de protección de los derechos fundamentales tramitado por el cauce de la Ley 62/1978, el que éste no se refiriese tanto a cada una de las resoluciones aisladas tomadas por la Administración, sino la actividad general de ésta ante el problema que decían los interesados que les afectaba y desde este punto de vista señalábamos que no hay inconveniente en tomar como elemento de convicción expedientes administrativos

ya fenecidos, pero cuyo examen de conjunto pueda indicar la concurrencia de una conducta acusada de infractora de algún derecho fundamental".

D) Sentencia

a) Requisitos para la aplicación de la doctrina de cosa juzgada

La **STS de 4 de febrero de 2003,** Ar. 1144, realiza un interesante análisis de los requisitos que deben darse para la aplicación de la doctrina de cosa juzgada y que son según la Sala Tercera, los siguientes "a) la sentencia cuya resultancia fáctica se invoque como motivo de contraste ha de ser firme y cronológicamente anterior a la que se impugne por ese motivo; b) ha de existir verdadera contradicción entre los hechos declarados probados en una y otra resolución, sin que pueda considerarse como tal las distintas consecuencias jurídicas que de unos mismos hechos se hubiesen podido extraer; c) aun existiendo auténtica contradicción entre los hechos declarados probados en una sentencia anterior firme y la que es objeto de recurso, no procedería la anulación de la segunda por esta única razón, siempre que se hubiese razonado suficientemente la falta de identidad de las situaciones contempladas en una y otra, o los motivos que justifiquen la distinta apreciación de los mismos hechos".

2. RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO

A) Objeto

a) Competencia de actos dictados en materia de expropiación forzosa y propiedades especiales y posibilidad de casación

La entrada en vigor de la Ley 13/1998 ocasionó una redistribución de la competencia material entre los distintos órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo, lo que ha dado lugar a la aparición de dudas acerca de la competencia para el conocimiento de determinadas actuaciones administrativas por los distintos órganos de la Jurisdicción. Por ello resulta destacable el **ATS de 11 de noviembre de 2002,** Ar. 1115, en el que con ocasión de un recurso de queja se resuelve –y con ello su posible acceso a la casación– la atribución de competencia para conocer de los actos dictados en materia de expropiación forzosa tanto procedan de la Administración periférica del Estado y organismos públicos estatales, como de la Administración periférica de las CCAA o de los órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado. Así entiende la Sala Tercera que la competencia para conocer de los referidos actos corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en una interpretación concordante de los artículos 8.3 y 10.1, apartados a), i) y j), de la vigente Ley Jurisdiccional, por cuanto entiende la Sala que tales normas "excluyen la genérica atribución de competencia que el apartado 1.º del mencionado artículo

8.3 efectúa a favor de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para conocer de los recursos que se deduzcan frente a los actos de la Administración periférica de las Comunidades Autónomas. En esta misma línea, y en materia distinta, concretamente en relación con la Oficina Española de Patentes y Marcas que, en cuanto organismo autónomo con personalidad jurídica diferenciada, se encuentra contemplado en el artículo 9.c) de la LJCA, regulador de la competencia de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, esta Sala ya ha declarado, entre otros, en Auto de fecha 30 de junio de 2000, la competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, por considerar que el recurso se deduce frente a un acto en materia de propiedades especiales, entre las que se encuentra comprendida la propiedad industrial, materia que está atribuida al conocimiento de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en un interpretación concordante del artículo 9.c) *in fine* y del artículo 10.1.i) de la Ley Jurisdiccional –que contempla las materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa–, reforzada por la prevalencia que el artículo 13.c) otorga a la atribución de competencia por razón de la materia sobre la efectuada en razón del órgano administrativo autor del acto".

b) Motivos de casación cuando se recurren autos dictados en ejecución de sentencia

La **STS de 17 de diciembre de 2002,** Ar. 708, con referencia a la jurisprudencia de la Sala determina las especialidades de la interposición de un recurso de casación contra los Autos dictados en ejecución de sentencia, con especial referencia a los dos submotivos de casación que de manera específica se recogen en el artículo 87.1.c) LRJCA. Así se afirma que "la casación contra autos recaídos en ejecución de sentencia se aparta del recurso de casación tipo en que no trata de enjuiciar la actuación del Tribunal de instancia al juzgar *error in iudicando* ni al proceder *error in procedendo* –que es el objetivo al que responden los motivos autorizados en el artículo 88.1 de la LJCA– sino de garantizar la exacta correlación entre lo resuelto en el fallo y lo ejecutado en el cumplimiento del mismo. La única finalidad que persiguen este tipo de recursos de casación radica, estrictamente, en el aseguramiento de la inmutabilidad del contenido de la parte dispositiva del título objeto de la ejecución, evitando que una actividad jurisdiccional ejecutiva inadecuada pueda adicionar, contradecir o desconocer aquello que, con carácter firme, haya sido decidido con fuerza de cosa juzgada en el proceso previo de declaración".

B) Procedimiento

a) Presentación del escrito de preparación en el Juzgado de Guardia

La Sala Tercera del Tribunal Supremo se ha manifestado en contra de la posibilidad de presentación de escritos de término en el Juzgado de Guardia cuando tal presentación no tiene lugar el último día de un plazo perentorio. Ejemplo de esa línea jurisprudencial es la **STS de 29 de enero de 2003,** Ar. 826, en la que tras repasar el criterio de la Sala al respecto concluye que "la presentación del escrito efectuada por la representación procesal de la mercantil demandante ante el Juzgado de Guardia de Málaga debe estimarse incorrecta y no válida habida cuenta que tal órgano judicial sólo puede admitir escritos que

deben presentarse el último día de un plazo perentorio y en horas en que no se halle abierto el Registro de entrada del órgano al que vaya dirigido".

b) Requisitos del escrito de preparación cuando se recurren sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia

Un gran número de Autos por los que se inadmiten los recursos de casación tienen como fundamento la defectuosa preparación del recurso de casación por incumplimiento de lo establecido en el artículo 89.2 LRJCA, por cuanto se omite en ellos la falta de justificación de la relevancia de la infracción de la norma estatal o comunitaria que se pretende infringida en el fallo de la sentencia que se recurre. En la **STS de 11 de febrero de 2003,** Ar. 1159, se concreta por la Sala Tercera el contenido de ese juicio de relevancia que debe contener el escrito de preparación y considera que "no puede considerarse justificación la mera transcripción del marco legal que la sentencia de instancia aplica si después los concretos preceptos que se consideran infringidos no se razona cómo y por qué han sido vulnerados por la sentencia, que es lo que este Tribunal viene exigiendo de modo reiterado como requisito del escrito de preparación del recurso de casación".

c) Falta de legitimación sobrevenida

En la **STS de 27 de enero de 2003,** Ar. 2000, se plantea el supuesto de si el interés en la exigencia de que se dé cumplimiento a la reglamentación aplicable es o no suficiente para mantener la legitimación de los recurrentes cuando ésta desaparece por razones de la normativa aplicable al asunto (denegación de apertura de farmacia). Entiende la Sala que el mencionado interés "no es suficiente para mantener la legitimación de los recurrentes, pues se trata de un mero interés en el cumplimiento de la legalidad, que sólo puede sustentar el ejercicio de una acción popular que en esta materia no se reconoce por el ordenamiento jurídico. En consecuencia, habiendo perdido los recurrentes su legitimación para mantener la acción por causas sobrevenidas al inicio del proceso, cabe concluir que el recurso de casación ha quedado sin objeto".

d) Planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad. Doctrina constitucional

Recoge la **STS de 4 de marzo de 2002,** Ar. 2336, la doctrina constitucional sobre el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad en el seno de un procedimiento y la atribución de tal prerrogativa a los órganos jurisdiccionales. "El Tribunal Constitucional ha declarado con reiteración –sentencias 32/2001 de 12 de febrero, 130/1994 de 9 de marzo, y las que en ellas se citan– que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva de los órganos judiciales, puesto que el artículo 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no obliga al órgano judicial a plantear la cuestión cuando lo pida una parte, sino que el planteamiento sólo ha de producirse cuando el Juez o Tribunal considere que la norma de cuya validez depende el fallo a adoptar pueda ser contraria a la Constitución, sin que el citado precepto conceda un derecho a las partes al planteamiento de esa cuestión, que establece el artículo 163 de la

Constitución, sino únicamente la facultad de instarlo, habiendo confiado la Constitución al efectivo planteamiento de aquélla, cuando, de oficio o a instancia de parte, aprecien dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso que deban resolver".

C) Motivos

a) Invocación de la doctrina del Tribunal Constitucional como motivo de casación

El artículo 88.1.d) de la LRJCA establece como motivo en el que se puede fundar un recurso de casación el de la infracción de jurisprudencia. Por ello resulta interesante la **STS de 21 de enero de 2003,** Ar. 894, por cuanto deja fuera de la posibilidad de fundar en el motivo d) del artículo 88 de la LRJCA la infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional negando la asimilación de las Sentencias dictadas por el mismo a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Así dice la Sentencia que "la infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional no puede ser formulada directamente como motivo de casación por vulneración de la jurisprudencia [sentencia de esta Sala de 17 de diciembre de 1996 (RJ 1996\8907)]. Las leyes procesales, cuando se refieren a la infracción de la jurisprudencia como motivo de casación, lo hacen a la del Tribunal Supremo, en los términos en que aparece reseñada en el artículo 161.1.a) de la Constitución (RCL 1978\2836) como instrumento de interpretación de la Ley, definido en el artículo 1.6 del Código Civil (LEG 1889\27) como medio de complementar el ordenamiento jurídico, cuya existencia se subordina, entre otros elementos, al requisito de la reiteración de criterios.

Las resoluciones del Tribunal Constitucional no pueden ser asimiladas, desde el punto de vista del recurso de casación, a la jurisprudencia de este Tribunal. Sus resoluciones, sin necesidad de que concurra el requisito de la reiteración, pueden ser traídas a la casación, pues la facultad de invocarlas en este recurso resulta del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\1578, 2635). Sin embargo, es menester que se especifique el precepto vulnerado al no respetar la interpretación del Tribunal Constitucional, pues el citado artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial afirma que los tribunales ordinarios "interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos" (apartado 1) y subraya que "En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional". La Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa admite como motivo de casación únicamente la cita de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que se estime infringida, refiriéndose a la de este Tribunal, con los requisitos establecidos en el Código Civil.

El criterio de esta Sala no es unánime en este punto (no lo acoge, entre otras, la sentencia de 16 de mayo de 1995, pero consideramos que ésta es la doctrina más correcta). La vinculación para los tribunales ordinarios, y, por ende, la posibilidad de que las resoluciones del Tribunal Constitucional sean invocadas en casación, deriva, pues, de la obligación de aquéllos de atenerse a la interpretación del Tribunal Constitucional de los preceptos y principios constitucionales. La doctrina del Tribunal Constitucional, en efecto, carece de valor

jurisprudencial en cuanto se limita a recoger o expresar criterios sin trascendencia constitucional sobre la adecuada interpretación y aplicación de la ley ordinaria, lo que hace imprescindible la cita en casación del precepto constitucional infringido (Cfr. SSTS de 17 de diciembre de 1996, 19 de enero y 9 de diciembre de 2002, entre otras)".

b) Planteamiento de cuestión prejudicial

Con motivo de la invocación de la infracción de derecho comunitario planteada por el recurrente al haber considerado el Tribunal de instancia innecesario el planteamiento de una cuestión prejudicial, la Sala Tercera analiza el contenido del artículo 177.a) [hoy 234.a)] del Tratado de Roma y rechaza su infracción en ese caso en su **STS de 25 de enero de 2003,** Ar. 964, toda vez que el planteamiento de la cuestión corresponde al órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, por ello se dice que "Para rechazar la infracción del citado artículo 177.a) del Tratado de Roma, bastaría recordar el contenido de su último párrafo, según el cual el deber de plantear la cuestión prejudicial corresponde al órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, posición institucional que ocupa en el caso enjuiciado este Tribunal de Casación, de modo que sería él quien debería, si procede, plantear las cuestiones prejudiciales propuestas.

También es desestimable el quinto motivo de casación porque, a juicio de la Sala de instancia, la interpretación realizada de los preceptos del ordenamiento jurídico comunitario se impone con toda evidencia, lo que, de acuerdo con la aludida jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, le exime de plantear las cuestiones prejudiciales suscitadas por las recurrentes".

c) Falta de motivación del *quantum* indemnizatorio

La **STS de 16 de enero de 2003,** Ar. 1031, aborda en su razonamiento primero el tema del *quantum* indemnizatorio de los llamados daños morales. Así tras criticar la técnica impugnatoria del recurrente al articular el motivo de casación al amparo del antiguo 95.1.4 –hoy 88.1.d)– y no del 95.1.3 –hoy artículo 88.1.c)– analiza el citado tema. Dice la Sentencia que "En lo que a la falta de motivación atañe en relación con el *quantum* indemnizatorio establecido para los daños morales, es doctrina constante, que el propio recurrente admite al plantear en el submotivo cuarto la aplicación indebida de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de daños morales, que el *pretium doloris* carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra que, si bien debe ser razonable, siempre tendrá un componente subjetivo.

La sentencia de instancia motiva la concurrencia de los daños morales en el citado fundamento jurídico cuarto y los anuda a la necesidad que tuvo el recurrente de acudir al psicólogo en el mes de julio de 1994, por tanto no puede hablarse de falta de motivación. Otra cosa será la razonabilidad del *quantum* y, por tanto, si la cantidad fijada sirve para compensar en su integridad el daño producido, pero tal cuestión es ajena a la falta

de motivación que se denuncia en el desarrollo del submotivo que nos ocupa. Por tanto en los extremos analizados el motivo debe desestimarse".

d) Denegación de la práctica de prueba como motivo de casación. Principios que rigen y delimitan su contenido

Respecto al derecho a la práctica de la prueba como manifestación de la garantía recogida con el carácter de derecho fundamental en el artículo 24.2 de la Constitución, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la misma, la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su **STS de 27 de enero de 2003,** Ar. 2002, se ha pronunciado sobre principios que rigen y delimitan su contenido y alcance. En este sentido se dice que "a) No es un derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino a practicar aquellas pruebas que sean pertinentes, esto es, las que, teniendo relación con el objeto del litigio, están, además, dotadas en abstracto de virtualidad para influir en el fallo; b) Corresponde, en principio, al juzgador de instancia efectuar el juicio sobre la pertinencia, el cual ha de ser explícito, con la motivación necesaria para su eventual control en vía de recurso; c) Corresponde, no obstante, a quien invoca en casación la vulneración del derecho a la práctica de la prueba pertinente alegar y acreditar la relación del medio propuesto y omitido con el objeto del proceso y la posible trascendencia de su resultado en la decisión judicial de la instancia; d) El efecto de la inejecución de una prueba previamente admitida es o puede ser el mismo que el de su inadmisión previa, con la especial relevancia que supone la existencia de una manifestación previa y positiva del órgano judicial sobre su pertinencia (v. gr., sentencia de 26 de febrero de 2001, recurso de casación 5453/1995)".

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Requisitos

a) Legitimación para interponer un recurso en interés de la Ley. Intervención del Abogado del Estado

La **STS de 23 de diciembre de 2002,** Ar. 776, realiza una interesante interpretación del apartado 5 del artículo 100 de la Ley Jurisdiccional, en lo relativo a la necesaria intervención del Abogado del Estado en los recursos de casación en interés de la Ley cuando la Administración General del Estado no es la recurrente, entendiendo que "la frase final del mencionado precepto debe interpretarse en el sentido de que, no siendo la recurrente casacional la Administración General del Estado, ha de intervenir siempre en el recurso, a través del Abogado del Estado, en defensa de la doctrina legal que se atempere o deba atemperarse al contenido del ejercicio de su potestad normativa (con lo que su intervención no puede reputarse, en este caso, inútil, superflua o no autorizada)".

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma
Ángel Ardura Pérez

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

J.A. CARRILLO DONAIRE

Las servidumbres administrativas (Delimitación conceptual, naturaleza, clases y régimen jurídico)

[Lex Nova, Valladolid, 2003, 258 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

Esta monografía recoge un elaborado trabajo de J.A. CARRILLO sobre el concepto, clases y régimen jurídico de las servidumbres administrativas.

La delimitación del concepto de servidumbre administrativa constituye un elemento central de la monografía de J.A. CARRILLO. El autor resuelve con soltura y con claridad la confusión conceptual que ha caracterizado a esta institución administrativa. Para esta tarea de precisión conceptual, el autor parte de la perspectiva constitucional de la intervención sobre la propiedad privada. La distinción entre servidumbre y la delimitación del derecho de propiedad ocupa una posición central en la monografía comentada. Junto a esta cuestión, también el régimen de prerrogativa administrativa por el que se rigen las servidumbres administrativas resulta esencial para la concreción del concepto de esta figura.

Fijado el concepto, el autor se ocupa de estudiar y clasificar los distintos tipos de servidumbres administrativas y las peculiaridades del régimen jurídico propio de cada una de ellas. A su vez, estas aportaciones son útiles para resaltar los aspectos jurídicos comunes a las diversas categorías de servidumbres administrativas, así como para la distinción de figuras afines.

M.P. CHITI

Derecho Administrativo Europeo

[Civitas, Madrid, 2002, 335 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

Más allá del estudio de las características peculiares de la Comunidad Europea como organización supranacional, del ordenamiento jurídico comunitario y de las instituciones comunitarias, M.P. CHITI refleja en esta monografía la evolución experimentada por el Derecho administrativo en los últimos años.

Tradicionalmente, el Derecho administrativo ha sido considerado como un ordenamiento típicamente nacional y, por ello, esencialmente reacio a cualquier influencia comunitaria. Tal ha sido la transformación experimentada en este sentido por el Derecho administrativo, que ha llegado a convertirse en la principal columna jurídica del sistema comunitario europeo. De ahí que M.P. CHITI se haga eco de la necesidad de procurar que el Derecho administrativo europeo no acabe con las características propias de cada uno de los ordenamientos administrativos de los Estados miembros.

Desde esta perspectiva del nuevo Derecho administrativo, el autor aborda el estudio de las cuestiones esenciales del ordenamiento comunitario. Especialmente destacables resultan las aportaciones al estudio de temas que no siempre han recibido la atención merecida, como la noción de Administración Pública, el procedimiento y los actos administrativos en el ordenamiento comunitario.

E. LINDE PANIAGUA y J. PÉREZ VAQUERO (Directores)

El Estatuto de la Función Pública a debate

[Colex, Madrid, 2003, 311 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

Como es sabido, la aprobación del Estatuto de la Función Pública sigue haciéndose esperar. Es igualmente indudable que la mejor garantía de una Administración moderna y eficaz es una función pública profesional y motivada. De ahí que no decaiga el interés en reflexionar sobre el proyecto de ley de Estatuto de la Función Pública y sobre las cuestiones que deberían ser reguladas por el mismo. Ésta es precisamente la idea que ha movido a un numeroso grupo de expertos a celebrar unas Jornadas sobre el Estatuto de la Función Pública, cuyas reflexiones han sido recogidas en esta monografía.

La obra comentada contiene un interesante estudio sobre los pasos dados hacia un futuro Estatuto de la Función Pública y sobre la necesidad actual del mismo. Entre otras cuestiones que se plantearán cuando llegue a probarse el citado Estatuto, se abordan también los límites del desarrollo del mismo por las Comunidades Autónomas. Para el análisis de los aspectos que habrán de ser contemplados por el Estatuto, se toman como referencia algunos modelos europeos de función pública.

Junto a estas cuestiones generales, la monografía resultante recoge las aportaciones realizadas en las mencionadas Jornadas sobre los elementos esenciales del estatuto de la función pública, tales como el acceso al empleo público, Cuerpos y puestos de trabajo, régimen de incompatibilidades, negociación colectiva, régimen disciplinario, etc.

J. ORTEGA BERNARDO

Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales ante la gestión de los residuos urbanos

[Marcial Pons, Madrid, 2003, 367 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

La enorme cantidad de residuos urbanos generados diariamente requiere una gestión de los mismos compatible con el medio ambiente y con la salud humana. De ahí el interés del legislador por lograr la reducción progresiva de residuos y por garantizar sistemas de gestión de los mismos que resulten respetuosos de los bienes mencionados.

La Directiva comunitaria de residuos, la legislación estatal y las normas de las Comunidades Autónomas dictadas en aplicación de la primera introducen novedades significativas en el régimen administrativo relativo a la gestión de residuos urbanos.

La nueva política de gestión de residuos supone el replanteamiento de las competencias administrativas y de la organización en materia de gestión de residuos urbanos. Sin duda, el protagonismo esencial en la gestión de residuos sigue correspondiendo a las Corporaciones Locales, pero, como acertadamente destaca J. ORTEGA, la actual regulación de los residuos incide de manera novedosa en determinados aspectos de las competencias locales y de la organización de los servicios públicos dispuestos por éstas para la recogida y para otras tareas de gestión. Igualmente destacable resulta la construcción que la autora hace en torno a la posibilidad de la concurrencia de la iniciativa privada en la gestión de los residuos urbanos.

Para el estudio de las competencias municipales, de las modalidades de gestión de los servicios públicos y de los límites de la prestación de los mismos, la autora recurre también a la experiencia alemana en la gestión de los residuos domésticos.

F. **PUERTA SEGUIDO**

La consolidación del empleo público precario

[Lex Nova, Valladolid, 2003, 381 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

El sistema de acceso al empleo público constituye un elemento crucial del régimen de la función pública. Para que la Administración pueda atender las demandas sociales de manera eficaz es preciso que seleccione a sus empleados de acuerdo con los principios de mérito y capacidad.

Partiendo de esta consideración, más allá de la cuestión que da título a esta monografía, el autor analiza en profundidad los antecedentes normativos preconstitucionales y las bases constitucionales y legales del acceso al empleo público. El estudio del acceso a los empleos públicos de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas permite a F. PUERTA poner de manifiesto las particularidades y las deficiencias que presentan los sistemas selectivos, con especial referencia a la selección del personal interino, laboral y a los procesos de consolidación del empleo precario que, como es sabido, frecuentemente resultan incompatibles con los principios de mérito y capacidad.

El análisis de todas estas cuestiones permite al autor exponer con claridad la evolución y la situación actual del acceso a los empleos públicos. Puesto que el autor llega a la conclusión de que los sistemas selectivos no siempre han valorado todas las capacidades de los aspirantes ni su adecuación a las tareas que habrán de desempeñar con posterioridad, propone una serie de mejoras para la regeneración de los procedimientos de acceso a los empleos públicos.

M.A. **RUEDA PÉREZ** (Director)

Perspectivas del régimen del suelo, urbanismo y vivienda

[Civitas, Madrid, 2003, 396 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

Las más recientes intervenciones legislativas estatales y autonómicas, así como las últimas aportaciones judiciales sobre suelo, urbanismo y vivienda fueron objeto de estudio en el Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Las ponencias presentadas y los debates que tuvieron lugar en las Mesas Redondas celebradas en dicho Congreso se recogen en esta monografía. En las cuestiones tratadas en esta obra se incide especialmente en las facultades de control de la legalidad que pueden ser desempeñadas por el notariado.

Esta publicación analiza las intervenciones públicas y privadas en la creación del suelo, en los sistemas de actuación y en los mercados del suelo y de la vivienda desde la perspectiva de las distintas ramas jurídicas que disciplinan tales aspectos.

Las garantías de financiación del suelo y de la vivienda, y las garantías jurídicas de los adquirentes de viviendas son otros de los temas estudiados en la monografía referida.

L.Á. **BALLESTEROS MOFFA**

La aplicación administrativa directa del Derecho Comunitario

[Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2002, 133 páginas]

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

La presente obra es una muestra de que el principio de mérito y capacidad, en ocasiones, triunfa frente a localismos trasnochados. Con ella, su autor, leonés de nacimiento y profesor de Derecho Administrativo en tierras castellanas, fue galardonado con el Premio Blas Infante de Estudio e Investigación en Administración Pública, convocado anual-

mente por el Instituto Andaluz de Administración Pública.

El estudio se enfrenta a un tema de Derecho Comunitario algo olvidado por la doctrina: la aplicación administrativa directa del Derecho Comunitario. Ése es el título del trabajo y formalmente su objeto. Sin embargo, casi podría decirse que ese objeto es sólo una excusa al servicio de otro fin: la búsqueda y delimitación de una noción de acto administrativo comunitario. Es a esta última cuestión a la que el autor dedica sus mayores esfuerzos. Que esto es así, se puede observar con claridad en la propia Introducción, donde, a mi juicio, se explicitan las dos ideas clave sobre las que se volverá reiteradamente: la imprecisión existente respecto al reconocimiento de funciones administrativas en el seno de las Comunidades y su delimitación de las funciones normativas; y el nada evidente concepto de acto administrativo comunitario.

L.Á. BALLESTEROS es consciente de que se mueve en un terreno pantanoso, donde el derecho positivo es parco, ambiguo y muy casuístico; la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –de la que demuestra ser un gran conocedor–, aunque en muchas ocasiones enriquecedora y conformadora del Derecho Comunitario, en cualquier caso insuficiente (por su propia finalidad, por sus lagunas, por sus contradicciones, etc.) para servir de base a construcciones dogmáticas de este calado; y la doctrina, comprensiblemente dividida. A pesar de todo, son esos los pertrechos con los que parte en la tarea de la delimitación en las instituciones comunitarias de una función administrativa y de un acto materialmente administrativo.

Se podrá estar o no de acuerdo con las conclusiones a las que se llega: que el ordenamiento comunitario no puede mantenerse ajeno a una construcción dogmática que separe las funciones normativas y administrativas; que existe un verdadero acto administrativo comunitario; en definitiva, que el ordenamiento comunitario se manifiesta como un sistema de régimen administrativo. Sin embargo, lo que no se puede negar es la valentía de LÁ. BALLESTEROS que con rotundidad expresa su opinión personal sobre todas aquellas cuestiones polémicas a las que se va enfrentando (la existencia de una función administrativa en el seno de las instituciones comunitarias, la búsqueda de una distinción en el régimen jurídico de los actos administrativos y los actos normativos comunitarios, la naturaleza jurídica de la Decisión comunitaria como un acto administrativo, etc.) En cualquier caso, sus opiniones no son fruto del capricho sino el resultado de una meticulosa argumentación, el fruto de un rastreo por el derecho positivo y jurisprudencia comunitaria. Tanto es así que en sus fundamentaciones se pueden encontrar numerosos argumentos contrarios a sus propias conclusiones, aunque el autor razona los motivos de su rechazo. No obstante, en ocasiones, a quien escribe estas líneas le da la sensación de que inclinarse por una u otra solución es una mera cuestión del prisma con el que se observen los hechos, de ver el vaso medio lleno o medio vacío (así, por ejemplo, la consideración de la Decisión como un acto administrativo, cuando el propio autor reconoce que los Tratados no son nada claros al respecto y que numerosas Decisiones son indiscutibles normas jurídicas).

Además, como todo buen trabajo de investigación, tiene la cualidad de despertar en el lector ciertas inquietudes e interrogantes. En mi caso, destacaría dos: la conveniencia, en la construcción de un hipotético Derecho Administrativo comunitario, de transitar caminos (separación entre la función administrativa y la normativa, la búsqueda de una noción de un acto materialmente administrativo,...) que en la concepción de nuestra disciplina, después de muchos años, han ofrecido unos resultados más bien modestos, y la omisión de un estudio detallado de una cuestión que, desde mi concepción del Derecho Administrativo, resulta esencial, cual es la existencia de una "Administración comunitaria" de una organización que pueda considerarse como la autora de esos hipotéticos actos administrativos. Dudas que no hacen sino destacar la oportunidad e importancia de estudios de la calidad y profundidad de éste, que deberían servir para que por parte del legislador comunitario se realizaran grandes esfuerzos de clarificación y sistematización de todas estas instituciones jurídicas.

R. CHAPELA PÉREZ

Régimen jurídico de la acuicultura marina

[Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, 606 páginas]

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

En esta monografía, se analiza el régimen jurídico de una actividad –la acuicultura o cultivo de especies marinas– que tiene como soporte el demanio marítimo. Es por esta misma razón por la que se hace preciso –y así lo entiende la autora– determinar el alcance de las diversas competencias que concurren sobre el mismo, para, una vez conocidas, poder afirmar hasta dónde es legítima la intervención de los distintos niveles de Administración pública.

Tampoco puede negarse que el ejercicio de la acuicultura supone un modo particular de aprovechamiento privativo del dominio público marítimo-terrestre. Este hecho determina que sea de aplicación al mismo todo el régimen general previsto en el ordenamiento jurídico en relación con este tipo de usos. De modo singular, la exigencia de concesión demanial (concurrente, en este caso, con el permiso de actividad). El objeto de la misma, las respectivas posiciones de concesionario y concedente, el procedimiento de otorgamiento del título, su contenido y efectos y los plazos y causas de extinción son objeto de tratamiento en esta monografía.

Por último, debe reconocerse que el aspecto ecológico de la actividad acuícola no es desdeñable, en la medida en que puede conllevar alteraciones a la biodiversidad litoral, así como un impacto ambiental negativo. También estas cuestiones tienen su debido reflejo en la obra que se reseña.

P. RODRÍGUEZ LÓPEZ

Comentarios a la Ley de Costas

[Dijusa, Madrid, 2003, 311 páginas]

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

Como indica su propio título, en esta obra se procede a realizar –respetando el mismo orden que presenta el texto legislativo– un comentario sistemático de la Ley de Costas de 1988. Comentario cuya novedad hay que identificar en la consideración que hace a las últimas reformas normativas (singularmente las modificaciones derivadas de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de acompañamiento) y pronunciamientos jurisprudenciales.

De esta manera, los objetivos y finalidades de la Ley de Costas, los bienes integrantes del dominio público marítimo-terrestre, las limitaciones a la propiedad sobre terrenos colindantes con aquél, los modos de utilización del demanio costero, su régimen económico-financiero, el tratamiento que lleva a cabo la norma de las infracciones y sanciones, y el alcance de las distintas competencias concurrentes sobre estos bienes son objeto de tratamiento en la monografía que se cita.

L. PÉREZ CONEJO

La defensa judicial de los intereses ambientales (Estudio específico de la legitimación "difusa" en el proceso contencioso-administrativo)

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 355 páginas]

MANUEL ÁNGEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

1. El libro del profesor PÉREZ CONEJO se enmarca en el debate que desde hace ya varias décadas vienen suscitando los llamados "intereses colectivos y difusos" en la doctrina. Esta discusión ha sido avivada últimamente por las profundas reformas operadas en nuestro Ordenamiento jurídico. Nos referimos, fundamentalmente, a la Ley de Enjuiciamiento Civil y a diversas leyes sectoriales de protección del consumidor.

Por lo que se refiere a la ley procesal, el Ordenamiento ha profundizado en la dirección que ya señalaban los artículos 7.3 LOPJ y 20.1 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios. Y, en segundo lugar, las recientes Leyes 34, 39 y 47 de 2002 –a impulsos del Derecho comunitario– han introducido unas "acciones de cesación para la defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores" en sectores tan sensibles a éstos como el comercio electrónico, el aprovechamiento por turno de bienes inmuebles, el crédito al consumo, las condiciones generales de la contratación, los medicamentos, la publicidad, etc. En este sentido, el trabajo que comentamos tiene la valentía de adentrarse en un tema concreto –la tutela judicial de los intereses ambientales– utilizando unas categorías doctrinales sobre las que no hay nada dicho aún de manera más o menos definitiva; y que, además, el legislador apenas ha comenzado a utilizar de manera generalizada, sin distinguir muy bien él mismo en ocasiones la naturaleza de los fenómenos que tiene ante sí.

Por ello, el autor repasa los distintos conceptos manejados por las más destacadas corrientes doctrinales que se han ocupado del tema. Todas ellas son agrupadas y clasificadas en un sencillo y claro esquema (págs. 75 a 78), tan útil y necesario cuando se enfrenta al lector con una materia sobre la que existen ya numerosas aportaciones, muchas de ellas, si no contradictorias, sí al menos profundamente distanciadas en sus planteamientos de fondo. Con muy buen criterio, se maneja con profusión la doctrina que, quizás por razones estructurales en su propio sistema de justicia administrativa, probablemente haya dedicado mayores energías al esclarecimiento de la naturaleza y función de los intereses colectivos, es decir, la doctrina italiana. Pero también acude a las contribuciones realizadas por autores alemanes, franceses y españoles. Por lo que se refiere a estos últimos, de obligada referencia son las aportaciones que en su día hicieran ALMAGRO NOSETE, LOZANO-HIGUERO PINTO, GÓMEZ DE LIAÑO o SÁNCHEZ MORÓN, entre otros; y más recientemente, los libros de procesalistas como SILGUERO ESTAGNAN, BUJOSA VADELL o GUTIÉRREZ DE CABIEDES, este último con una excelente obra monográfica publicada en 1999 en torno a la tutela jurisdiccional de los intereses colectivos y difusos.

2. PÉREZ CONEJO se decanta por la concepción más clara y depurada, en nuestra opinión, que se maneja actualmente en la doctrina española y que coincide en lo sustancial con la empleada por BUJOSA VADELL y, sobre todo, GUTIÉRREZ DE CABIEDES. Diferencia, sobre todo éste, los intereses colectivos de lo que no son más que una "pluralidad de derechos individuales conexos". De esta suerte, el interés colectivo sería el "interés legítimo" no atribuible a un individuo en exclusiva, ni tampoco la mera suma de intereses individuales, sino el interés "compartido" por una categoría o conjunto de sujetos que se encuentran en igual o similar posición jurídica con relación a un bien del que todos ellos disfrutan simultánea y conjuntamente, de forma concurrente y no exclusiva, y respecto del cual experimentan una común necesidad. Sin embargo, en la categoría que hemos llamado "pluralidad de derechos individuales conexos", cada uno de los intereses afectados son realmente derechos subjetivos perfectos, pertenecientes a cada uno de sus titulares. Lo que ocurre es que las circunstancias fácticas y jurídicas de las que se derivan estos derechos individuales están marcadas por una cierta "conexidad", es decir, que el conflicto fáctico de que traen causa tiene un alcance plural, al encontrarse involucradas en él diversas o incluso multitud de personas Y aquí PÉREZ CONEJO hace gala de una sensibilidad pedagógica desgraciadamente inusual en algunos de los trabajos que se han ocupado hasta el momento de la categoría que estamos analizando. Ejemplifica muy ilustrativa y acertadamente las definiciones que hemos dado, de modo que sería un interés colectivo, por ejemplo, el interés en la cesación de la difusión de una publicidad engañosa sobre un determinado producto que le atribuye cualidades que no responden a las que realmente posee; mientras que la situación jurídica a que da lugar la producción de unos

daños por un producto defectuoso adquirido a un mismo comerciante por una pluralidad de consumidores, constituiría más bien una pluralidad de derechos individuales conexos. Además, ambos fenómenos –y esto, como diremos más delante, no lo pone suficientemente de manifiesto PÉREZ CONEJO– pueden ir estrechamente unidos: en efecto, de una lesión a los intereses supraindividuales suele seguirse la producción de daños en gran cantidad de sujetos individuales, generándose así dos tipos de situaciones jurídicas activas diferentes, aunque de hecho dependientes las unas de la otra. Piénsese, por ejemplo, en los daños ocasionados al patrimonio de una multitud de consumidores –de los que surge una pluralidad de derechos individuales conexos a la devolución de las cantidades percibidas indebidamente– como consecuencia de la práctica de una publicidad engañosa o ilícita –que da lugar a un interés colectivo en el cese, prohibición o rectificación de dicha publicidad–.

Por otra parte, dentro de aquella primera categoría –es decir, de los intereses colectivos– se pueden distinguir, a su vez, dos subcategorías: los intereses colectivos *stricto sensu* y los intereses "difusos". Ambas figuras difieren en la determinación de los elementos subjetivos a que hacen referencia, de tal manera que, siguiendo una vez más las aportaciones de GUTIÉRREZ DE CABIEDES, los intereses colectivos hacen referencia a un grupo determinado de personas, más concreto y circunscrito que los intereses difusos, relativos a un grupo más bien indeterminado o difícilmente determinable de personas. Como ejemplo de los primeros, se refiere el trabajo que comentamos al interés en la seguridad e higiene de un centro escolar o de una determinada fábrica, con vistas al establecimiento de las debidas condiciones por parte del responsable de las instalaciones correspondientes. De nuevo, las cualidades pedagógicas del autor le llevan a formular la imagen –"Teoría", prefiere denominarla él– de los "Círculos Grupales Concéntricos" para remachar la distinción entre intereses colectivos y difusos. Así, sería posible representar gráficamente la categoría de los intereses colectivos ocupando un primer nivel externo, dentro del cual se encontrarían en primer lugar la especie grupal de mayor extensión en cuanto menor concreción (intereses difusos), y dentro de esta órbita, aún sería posible distinguir un nuevo estadio específico de mayor y mejor determinación subjetiva grupal (intereses colectivos *stricto sensu*).

Con muy buen criterio, PÉREZ CONEJO reclama de la doctrina una unificación en las denominaciones para referirse a estos fenómenos. Y aunque pudiera parecer una cuestión marginal o sin importancia, la disparidad nominativa no ayuda en nada a disipar esa otra confusión más profunda, es decir, en los conceptos, como también dijera en su momento GUTIÉRREZ DE CABIEDES. Por todo ello, hubiera sido de agradecer que el propio PÉREZ CONEJO se manifestase más explícitamente a favor de una denominación concreta, utilizándola con exclusividad a lo largo de su obra. Aun así, entre las denominaciones que emplea para referirse al género de los intereses colectivos ("intereses pluriparticulares", "multiparticulares", etc.), se trasluce su preferencia por la de "intereses plurisubjetivos". Nosotros preferimos usar la de "intereses supraindividuales", ya que esta denominación permite distinguirlos de los fenómenos de pluralidades de derechos o intereses subjetivos "conexos", a que aludíamos antes. El prefijo "pluri" o "multi" evoca la idea de "suma" de intereses individuales, algo que cabalmente no son los intereses colectivos. Por ello, la partícula "supra" expresa mejor –a nuestro parecer– la naturaleza colectiva de estos intereses, que no son ni individuales ni generales.

3. La aplicación de estas categorizaciones a los intereses ambientales es lo que constituye la médula de la obra de PÉREZ CONEJO. Frente a quienes consideran el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado como un interés público o un principio de carácter meramente programático, se participa en esta obra de la concepción según la cual el artículo 45 CE consagra un interés difuso, es decir, un derecho "reaccional" (en los términos de GARCÍA DE ENTERRÍA) frente a todo ataque infringido al bien jurídico "ambiente". Más en concreto, el autor consi-

dera que el ambiente es un bien jurídico respecto del que todos y cada uno de los ciudadanos ostenta un interés jurídicamente relevante, pero cuya ofensa hace surgir un "interés difuso" en su restablecimiento. Es importante notar la diferencia: mientras que en abstracto el artículo 45 CE tan sólo consagraría un interés jurídicamente relevante de todos los ciudadanos al disfrute de un medio ambiente adecuado, únicamente la lesión concreta a éste –al bien jurídico ambiente– haría surgir en los afectados, con la mediación del artículo 24.1 CE, un derecho a accionar su tutela ante los tribunales –interés legítimo difuso–. Como ejemplo, se refiere PÉREZ CONEJO al interés que tendrían los habitantes de una zona o quienes en ella desarrollan alguna actividad profesional o turística en que cese una actividad que provoca un exceso de contaminación ambiental o que comporta ciertos riesgos para la salud.

Lógicamente, estas acciones no necesitan una previsión expresa en la legislación sectorial. Basta con la cobertura genérica que ofrecen los artículos 24.1 CE y 7.3 LOPJ para reconocer legitimación a quien demuestre ser titular del interés legítimo difuso de carácter ambiental lesionado. En este sentido, se trata de acciones abiertas a cualquiera que ostente dicho interés (aunque, se entiende, que compartido con los demás miembros de la comunidad de referencia), siendo indiferente que se trate de personas jurídicas o personas físicas, si bien tengan una mayor relevancia práctica –por su especialización y disposición de medios técnicos y materiales– las asociaciones ecologistas, entre cuyos fines asociativos figura en primer término la protección del medio ambiente. Las pretensiones que pueden formularse en la correspondiente demanda no se reducirán a las de alcance meramente declarativo, sino que podrán ser de condena, tanto de hacer como de no hacer, siempre y cuando se dirijan al restablecimiento de la situación jurídica lesionada, es decir, del bien jurídico ambiente. Lo que no cabe, desde luego, son pretensiones pecuniarias de resarcimiento de daños y perjuicios a favor de ningún sujeto, pues ello entrañaría encontrarse ya, no ante un interés supraindividual de carácter difuso, sino ante situaciones jurídicas subjetivas de carácter individual, aunque sean plurales. El autor entra, por lo demás, a analizar las posibilidades que en estos supuestos brindan las novedosas figuras de los recursos contra la inactividad material y la vía de hecho de la Administración, introducidas por la Ley de la Jurisdicción de 1998. Por fin, el reconocimiento de las pretensiones del actor conllevaría correlativamente la satisfacción del interés de los demás miembros de la comunidad de referencia, pues el interés difuso finalmente tutelado no es poseído por el actor en manera exclusiva, como ya se ha explicado, sino de forma compartida con los demás miembros del colectivo afectado. No estaríamos, en mi opinión, pues, ante una hipotética y extraordinaria extensión *ultra partes* de los efectos de la sentencia, sino ante el efecto necesariamente "fáctico" que una sentencia declarativa de este tipo despliega en el mundo de las relaciones jurídicas –de la misma forma que de una sentencia que anule un reglamento ilegal no se dice que despliegue efectos extraordinarios *ultra partes*, sino más bien que esos efectos *erga omnes* de la sentencia derivan de la propia desaparición de la norma jurídica, que ha sido expulsada del Ordenamiento–.

4. Ahora bien, la peculiar contextura del bien jurídico "ambiente", caracterizada, a juicio del autor, por el hecho de que toda lesión al mismo tiene carácter difuso, va a suponer siempre la aparición de un interés legítimo difuso como situación jurídica legitimante para el ejercicio de la correspondiente acción judicial. Esto es tanto como decir que el carácter difuso es inherente al interés ambiental, lo cual lleva a concluir que en la mayoría de los casos de agresión al ambiente, ante la dificultad práctica de determinar un interés difuso legitimante, quedaría sin satisfacción el derecho de todos y cada uno de los ciudadanos a disfrutar de un ambiente adecuado, tal y como lo consagra el artículo 45 CE. La práctica coincidencia de los contornos subjetivos (la totalidad de los ciudadanos) de este interés jurídicamente relevante con el interés general, conduce a PÉREZ CONEJO reclamar la previsión genérica de la acción popular como mecanismo más apropiado para la tutela de los intereses ambien-

tales, ya que esto es algo que sólo se ha llevado a cabo con carácter parcial en la legislación del Estado (reducida al artículo 16 del Decreto de 1975 sobre protección del ambiente atmosférico, y algunas de las leyes de parques nacionales). Ciertas Comunidades Autónomas sí han aprobado algunas normas generales en materia ambiental reconociendo en su ámbito la acción popular. A propósito de esto último, se refiere, sin mayor detenimiento, el autor a una cuestión de no pequeño interés: la naturaleza procesal o material de estas acciones populares, lo que entraña decisivas consecuencias desde el punto de vista del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, habida cuenta de las competencias exclusivas que sobre la "legislación procesal" reserva la Constitución a aquél. PÉREZ CONEJO, alineándose con cierto sector de la escasa doctrina procesal que ha prestado atención al contencioso-administrativo (CORDÓN MORENO), estima que la acción popular, por el tipo de situación jurídica que en ella subyace, es una institución de Derecho material, no de Derecho procesal. Indudablemente, se abre aquí una pequeña línea para sucesivas investigaciones.

5. Por último, sólo incidentalmente se refiere el autor al fenómeno a que antes aludíamos con la denominación de "pluralidad de derechos individuales conexos". Ciertamente, se trata de una cuestión ajena a lo que constituye en sentido estricto el objeto de estudio de la obra —la legitimación "difusa" en el proceso contencioso-administrativo, tal y como reza el subtítulo del libro–. Sin embargo, no hemos de pasar por alto la producción de determinados daños al ambiente que causan, a su vez, lesiones a otros intereses o derechos de los que son titulares multitud de sujetos individualmente. Pensemos en catástrofes ecológicas que suponen el deterioro duradero o quizá irreversible de todo un ecosistema y de cuyos recursos naturales viven multitud de personas dedicadas a actividades como el turismo, el marisqueo, la ganadería o la pesca. Evidentemente, la destrucción de ese ecosistema, junto a la lesión del ambiente que de por sí supone, conllevaría con toda probabilidad la producción de gravísimos daños individuales de carácter moral y económico a multitud de personas. Estaríamos, así, ante una agresión que ha originado de forma simultánea dos situaciones jurídicas activas legitimantes, a saber: un interés legítimo difuso en la cesación o, en su caso, prohibición, de la actividad agresora, por un lado, y por otro, una pluralidad de derechos individuales conexos entre sí por la identidad en el origen y la similitud del daño causado a los distintos titulares de dichos derechos. En este segundo caso, las pretensiones sí podrán tener –es más, será lo normal– un componente indemnizatorio en términos pecuniarios. Y aunque en este supuesto la tutela que se pretende no recae directamente en el bien jurídico "ambiente", como bien señala PÉREZ CONEJO, sino en otro tipo de bienes y derechos de carácter individual (como la salud, la propiedad, la vida o la integridad física), sí que podemos hacer dos precisiones: una, que ambos tipos de bienes o intereses se hallan en el caso concreto íntimamente imbricados, y otra, derivado de esto mismo, que la tutela directa de este segundo grupo de intereses también coadyuva, aunque indirectamente, a la protección del primero, es decir, del ambiente.

Así pues, la existencia de pluralidades de derechos individuales conexos en materia ambiental, como las que acabamos de describir, abre nuevos caminos a la reflexión. ¿Existen en nuestro Ordenamiento mecanismos jurídico-procesales dotados de la suficiente eficacia como para posibilitar un fácil acceso a la justicia de situaciones de tal envergadura social? Cabe preguntarse, como ya han hecho varios autores, si serían aplicables a estos casos por extensión los supuestos de representación procesal –en la línea de las *class actions* norteamericanas– contemplados en los apartados 2 y 3 del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 respecto a las pluralidades de derechos individuales conexos de los consumidores y usuarios –pues a ello se refieren en realidad dichos preceptos pese a su dicción literal, que erróneamente alude a "intereses colectivos y difusos de los consumidores"–. En cualquier caso, si así fuera, además de resolver los problemas que la norma procesal pudiera plantear acerca de la acumulación de

acciones de tan distinta naturaleza (las que versan sobre intereses colectivos y difusos, y las que se refieren a pluralidades de derechos conexos), no hemos de obviar la posibilidad de que la Administración haya podido incurrir en algún tipo de responsabilidad patrimonial, siquiera sea de la que la doctrina y la jurisprudencia han convenido en llamar *in vigilando*. Ello llevaría a plantearnos si las novedosas técnicas instauradas en los apartados 2 y 3 del artículo 11 de la Ley de Enjuiciamiento Civil serían aplicables en el seno de un proceso contencioso-administrativo, habida cuenta de la suplencia del proceso civil con respecto a éste. Pero la peculiaridad de estos mecanismos procesales nos conduciría a reflexionar una vez más sobre el modo de sortear el formidable escollo que significa el secular "carácter revisor" de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que no existen en las normas de procedimiento administrativo unos mecanismos de naturaleza representativa equivalentes a los de la Ley de Enjuiciamiento Civil aludidos.

6. El mayor mérito que posee la obra de PÉREZ CONEJO radica en poner de relieve los problemas con que se topan los intereses ambientales en su camino hacia la obtención de una tutela judicial efectiva. Desde luego, dibujar con la suficiente nitidez y precisión la magnitud de las dificultades, y ubicar en el mapa de las instituciones cuál es nuestra situación actual, es la mejor forma de desvelar el camino que queda aún por recorrer para responder satisfactoriamente a las demandas de tutela y protección planteadas por los intereses ambientales. Si bien podemos decir que en general nuestro Ordenamiento se halla pertrechado de los elementos necesarios para ofrecer una aceptable tutela "difusa" de los intereses ambientales, no podemos decir lo mismo en relación con las situaciones de pluralidad de derechos individuales conexos vinculados al ambiente. En definitiva, el profesor PÉREZ CONEJO ha contribuido brillantemente a arrojar luz sobre unas categorías que se hallan aún en pleno proceso de consolidación, tanto desde el punto de vista de la ciencia como de la práctica jurídicas. Y todo ello, además, en el seno de una realidad, el Derecho ambiental, tan necesitado de mecanismos lo suficientemente adaptados y precisos como para que la defensa del ambiente no sea un *desideratum* sino una gozosa y palpable realidad. El que ello llegue a realizarse plenamente algún día, será debido sin duda, entre otras, a la obra del profesor PÉREZ CONEJO.