



*Justicia*  
**Justicia**

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

*Administrativa*  
**Administrativa**

DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

editorial

**LEX NOVA**

# REVISTA

## Justicia Administrativa

### CONSEJO ASESOR

**Iñaki Agirreazkuenaga Zigorraga** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DEL PAÍS VASCO. **Javier Barnés Vázquez** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE HUELVA. **Antonio Embid Irujo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA. **Germán Fernández Farreres** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. **Javier García Roca** CATEDRÁTICO DE DERECHO CONSTITUCIONAL. UNIVERSIDAD DE VALLADOLID. **Francisco López Menudo** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA. **Ángel Menéndez Rexach** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID. **Luis Ortega Álvarez** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA. **Manuel Rebollo Puig** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA. **Joaquín Tornos Mas** CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE BARCELONA.

### DIRECTOR

**Miguel Sánchez Morón**

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO  
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

### SECRETARÍA TÉCNICA

**Margarita Beladiez Rojo**

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 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.

## Sumario:

### DEDICATORIA:

- [5] **Necrológica: Fernando Garrido Falla**

### DOCTRINA:

- [7] **Regadío y Derecho. Reflexiones sobre algunos problemas jurídicos actuales**  
ANTONIO EMBID IRUJO
- [27] **¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?**  
HUMBERTO GOSÁLBEZ PEQUEÑO

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [69] **I. DERECHO COMUNITARIO**  
L. ORTEGA ÁLVAREZ
- [85] **II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS**  
J. GARCÍA ROCA
- [95] **III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS**  
J. GARCÍA ROCA
- [111] **IV. FUENTES DEL DERECHO**  
A. MENÉNDEZ REXACH
- [129] **V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**  
A. MENÉNDEZ REXACH
- [151] **VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**  
M. SÁNCHEZ MORÓN
- [161] **VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**  
M. REBOLLO PUIG
- [183] **VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**  
F. LÓPEZ MENUDO
- [199] **IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**  
F. LÓPEZ MENUDO
- [211] **X. FUNCIÓN PÚBLICA**  
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [229] **XI. URBANISMO**  
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [239] **XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**  
A. EMBID IRUJO
- [257] **XIII. MEDIO AMBIENTE**  
A. EMBID IRUJO
- [271] **XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**  
J. TORNOS MAS
- [299] **XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD**  
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
- [309] **XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**  
G. FERNÁNDEZ FARRERES

### [319] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS



# DEDICATORIA

## NECROLÓGICA: FERNANDO GARRIDO FALLA

En el pasado mes de abril fallecía en Madrid el Profesor FERNANDO GARRIDO FALLA a la edad de 82 años. El Profesor GARRIDO FALLA había nacido en Granada en 1921. Sus estudios universitarios se realizaron en la Universidad de Granada y el doctorado en la Universidad Central de Madrid, publicando la tesis doctoral en 1950 bajo el título “Administración indirecta del Estado y descentralización funcional”. En 1946 ingresa en el Cuerpo de Letrados de las Cortes (durante la transición fue nombrado Letrado Mayor); participa en la fundación de la Revista de Administración Pública; en 1951 obtiene por oposición la Cátedra de Derecho Administrativo de la Universidad de Zaragoza y en 1961 la Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales de la Universidad Complutense. Su intensa actividad investigadora y profesional –imposible de resumir en esta nota– tuvo un amplio reconocimiento cultural y social como lo acredita su ingreso en las Academias de Legislación y Jurisprudencia y de Ciencias Morales y Políticas. Con motivo de su jubilación en la Cátedra, sus discípulos y colegas le dedicaron en 1992, como expresión de su afecto y reconocimiento, un libro homenaje en tres volúmenes bajo el significativo título de “ACTUALIDAD Y PERSPECTIVAS DEL DERECHO PÚBLICO A FINALES DEL SIGLO XX”. Su brillantísima trayectoria de jurista se vio culminada por la elección en 1999 como Magistrado del Tribunal Constitucional.

La aportación, sin duda, más relevante de GARRIDO FALLA a la ciencia española del Derecho público ha sido su TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (Parte General), cuyo volumen primero se publica en el mes de septiembre de 1958 (habiendo alcanzado la decimotercera edición en octubre de 2002). Esta obra marca un antes y un después en la construcción, tratamiento y presentación del Derecho administrativo español, no sólo por la amplísima difusión que obtuvo en nuestro país y en Iberoamérica, sino por las innovaciones metodológicas, temáticas e institucionales que introduce en relación con la doctrina precedente. La clave de su concepción del Derecho administrativo reside en la búsqueda de un equilibrio entre dos ideas antagónicas y complementarias: la prerrogativa administrativa y la garantía del particular, al punto que, como destacaba en su Primera edición, gracias a las garantías para el particular: “el privilegio administrativo deja de ser arbitrario para convertirse en pieza lógica de un ordenamiento jurídico”.

Este pensamiento estructurante de la disciplina, además de su valor simbólico e ideológico en el momento político en que se enunciaba, informaría toda su posterior producción doctrinal: el segundo volumen del Tratado, cuya primera edición aparecería en 1960 llegando a conocer once ediciones e incluso el volumen tercero sobre “Justicia Administrativa” publicado en 2001, pero que había conocido una edición reducida en los años sesenta. Más tarde en la etapa constitucional reformularía sus conceptos y categorías a la luz de los principios de la Constitución de 1978, destacando las aportaciones del texto constitucional, pero dejando siempre muy claro el trasfondo perenne de las bases de las instituciones administrativas, portadoras en su esencia de una matriz garantista propia y de probada eficacia. Incluso en su brillante labor como Magistrado del Tribunal Constitucional cabe apreciar esta misma directriz en sus Ponencias, pero de modo especial en sus votos particulares en los que la mayor flexibilidad que permite este medio de expresión de las opiniones, lo aprovechaba siempre para reconducir el disenso a formulaciones de orden doctrinal, en absoluto abstractas o escapistas, sino precisamente —y en eso radicaba su atractivo— muy ceñidas a los hechos del proceso.

Para quien, como es mi caso, tuve la suerte de poder formarme bajo su magisterio y, posteriormente, poder compartir cometidos profesionales quisiera destacar, finalmente, dos rasgos de su personalidad. GARRIDO FALLA era un polemista brillante y persistente, pero siempre tolerante con las opiniones de los demás, rasgo no común, que reflejaba un talante de bondad y equilibrio emocional que facilitaba el entendimiento y la amistad. Sus cualidades investigadoras se veían potenciadas por una capacidad extraordinaria de asimilación de los hechos —políticos, económicos, parlamentarios, técnicos— y de su instantánea transformación y asimilación jurídica, lo que permite detectar en sus comentarios, artículos periodísticos, informes, dictámenes y artículos forenses brillantes hallazgos y puntos de vista de auténtica relevancia doctrinal.

Descanse en paz nuestro querido maestro y amigo, quien se hizo acreedor del reconocimiento y admiración de sus contemporáneos y la historia de nuestro Derecho administrativo le reservará la condición de autor clásico en cuyas obras las nuevas generaciones encontrarán siempre ideas orientadoras y fecundas.

#### MARTÍN BASSOLS COMA

Letrado de las Cortes y Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá.

# Regadío y Derecho. Reflexiones sobre algunos problemas jurídicos actuales<sup>(\*)</sup>

ANTONIO EMBID IRUJO

Catedrático de  
Derecho Administrativo  
Universidad de Zaragoza

## Sumario:

**I. Planteamientos generales. Una situación de crisis en el marco de un ordenamiento que otorga consideración preferente a los usos del agua para el regadío. II. La competencia del Estado sobre el agua y de las Comunidades Autónomas sobre la agricultura. Una fórmula insatisfactoria, en ocasiones, en sus resultados. Reflexiones organizativas sobre las cuencas del Guadalquivir y del Duero y alguna mención a las sociedades estatales para la construcción y explotación de obras hidráulicas.** 1. La separación entre competencias del agua y sobre agricultura tiene base constitucional, pero arroja un sentimiento de insatisfacción por algunos resultados prácticos. 2. La unidad de cuenca y algunas cuencas hidrográficas prácticamente incluidas por completo en el territorio de determinadas Comunidades Autónomas. El significado, desde el punto de vista competencial, de la creación de las sociedades estatales para la construcción y explotación de obras hidráulicas. **III. Algunas regulaciones de la legislación de aguas que pueden tener una incidencia o interés especial en el ámbito del regadío: revisión concesional, mercado del agua, precios del agua, y reutilización de aguas residuales urbanas.** 1. La revisión concesional, una propuesta permanente que no se lleva a la práctica. 2. El “mercado del agua” como alternativa a la revisión concesional y a la realización de obras hidráulicas. 3. La formación de los precios del agua y su trascendencia sobre el regadío. Un régimen tributario afectado por la creación de las sociedades estatales para la construcción

(\*) Este texto se ha presentado como ponencia en el Seminario Internacional “El agua de riego a debate” celebrado en Córdoba en noviembre de 2002.

y explotación de obras hidráulicas. La problemática de la transposición de la directiva marco del agua. 4. Un régimen jurídico que favorece la reutilización de aguas residuales urbanas. La agricultura de regadío como lógica receptora, con las correspondientes garantías sanitarias, de las aguas residuales urbanas depuradas.

#### ABREVIATURAS UTILIZADAS

CCAA .....	Comunidades Autónomas.
CCHH.....	Confederaciones Hidrográficas.
CE .....	Constitución Española.
EEAA .....	Estatutos de Autonomía.
JA .....	Justicia Administrativa.
Lag. ....	Ley de Aguas. (Texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio.)
PHN .....	Plan Hidrológico Nacional.
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional.
TC .....	Tribunal Constitucional.

### I. PLANTEAMIENTOS GENERALES. UNA SITUACIÓN DE CRISIS EN EL MARCO DE UN ORDENAMIENTO QUE OTORGA CONSIDERACIÓN PREFERENTE A LOS USOS DEL AGUA PARA EL REGADÍO

Una aproximación jurídica a la utilización del agua para regadío realizada en los momentos actuales tiene que partir de la constatación de que, en general, nos encontramos ante una situación crítica y que, por ello, el derecho muestra sus limitaciones para comprender y encauzar el proceso de aprovechamiento del agua para el uso agrario.

Y hay múltiples ejemplos de que dicha situación crítica es algo más que una apelación retórica. La presión sobre los recursos hídricos ha sido y, sobre todo, es en la actualidad de tal nivel que la regulación tradicional del agua y la misma Administración hídrica tienen muchas dificultades para dar una respuesta ordenada a las múltiples demandas existentes. Obviamente esa presión sucede de forma predominante allí donde la rentabilidad económica de la utilización del agua y de las inversiones privadas que deban acompañarla tiene visos de cierta seguridad. Y en el ámbito del regadío se dan sectores y territorios donde ello sigue siendo una realidad, de la misma forma que hay otros en donde el umbral de la rentabilidad ha desaparecido o se encuentra a punto de ser cruzado.

Consiguientemente, en muchos lugares la vía de hecho —entendiendo por tal a estos efectos el tomar agua allí donde se puede y de la forma que se puede tomar— ha sustituido muchas veces a la tradicional ordenación de las demandas en torno al procedimiento de obtención de concesiones. Por ello, el otorgamiento de la concesión como algo previo al aprovechamiento efectivo del agua se ha convertido en una rareza viniendo la concesión, cuando llega a obtenerse, a sancionar algo ya existente y, a veces, desde muchísimos años anteriores.

Obviamente esta forma de proceder causa dificultades insospechadas, la mayor parte de las ocasiones de signo ambiental en cuanto se producen captaciones o vertidos fuera de toda planificación o, más simplemente, de toda previsión. En todo caso ese hecho es profundamente injusto en relación a aquellos sectores sociales más desprotegidos por su menor capacidad de ejercer presión sobre las Administraciones Públicas o que pretenden, simplemente, atender al cumplimiento de la legalidad vigente.

En otro orden de cosas, estas nuevas demandas surgidas en muchas ocasiones sin planificación ni ordenación alguna, dan lugar a que el poder público responda a ellas —porque no cree tener otra alternativa—, con la propuesta de una política de masivas realizaciones de obras hidráulicas. De la situación a la que me refiero es buena muestra la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional, y no sólo con su regulación del trasvase del Ebro a las cuencas del arco mediterráneo (cfr. arts. 13 y siguientes)<sup>1</sup>, sino con un casi ilimitado Anexo II tras cuya lectura difícilmente puede pensarse que quede en el territorio nacional alguna obra hidráulica imaginable sin tener presencia en ese catálogo.

Lo que indico podría predicarse de cualquier utilización del agua, pero es evidente que tiene una importancia singular en el ámbito del regadío por el mismo amplio volumen de recursos utilizado en este sector frente al total de aprovechamientos hídricos. La cifra del 80 por ciento es la que, usualmente, suele manejarse y aun sabiendo que no es homogénea en cuanto a territorios y cultivos, podemos partir de ella y, sobre todo, tomarla como un dato más que indicativo en torno a que cualquier solución que se proponga para los evidentes problemas

**LA UTILIZACIÓN DEL AGUA PARA EL REGADÍO SE ENCUENTRA MUY BIEN CONSIDERADA EN NUESTRA LEGISLACIÓN DE AGUAS YA QUE APARECE COLOCADA EN SEGUNDO LUGAR DE PRELACIÓN INMEDIATA- MENTE DETRÁS DEL ABASTECIMIENTO DE POBLACIONES**

(1) La consideración jurídica del trasvase del Ebro en su relación con el regadío sería interesantísima desde múltiples puntos de vista. No quiero entrar, sin embargo, en esa problemática que supera, obviamente, los estrictos límites del tema que se me ha asignado y las posibilidades físicas y temporales de exposición.

del agua en España, pasa por una consideración necesaria de la utilización del agua en el regadío.

En este sector del regadío nos encontramos, también, con unas características jurídicas que deben tenerse bien presentes. En concreto, parece evidente que la utilización del agua para el regadío se encuentra muy bien considerada en nuestra legislación de aguas, tanto en la legislación histórica como en el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Aguas (Lag., en adelante en este trabajo), que es la norma vigente. Por poner ejemplos sintomáticos de lo que quiero transmitir aquí, el regadío y los usos agrarios aparecen colocados en segundo lugar dentro del orden de prelación de utilidades que contiene el art. 60.3 Lag., inmediatamente detrás del abastecimiento de poblaciones. Por supuesto que en la sistemática de la Lag., la planificación hidrológica de cuenca puede variar esa ordenación siempre y cuando se respete la primacía del abastecimiento de poblaciones (art. 60.3 Lag. *in fine*) pero, en lo que conozco, excepto en los Planes Hidrológicos del Norte<sup>2</sup>, no ha tenido lugar tal alteración de la posición relativa de los usos en los planes hidrológicos de cuenca aprobados por el Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio, por el que se aprueban los Planes Hidrológicos de cuenca<sup>3</sup>.

Igualmente hay una favorable contemplación en la Lag. de las concesiones para regadíos. Perdida su perpetuidad —como en todos los restantes casos de utilización del agua—, por la acción de la Lag. de 1985 (*vid.* sobre ello el art. 59.4 en relación con la Disposición Transitoria Primera y la interpretación que realizó sobre la misma la STC 227/1988, de 29 de noviembre), lo cierto es que la renovabilidad de las concesiones para regadío cuando fine su plazo está asegurada, como en el caso de las concesiones para el abastecimiento a poblaciones, si a ello no se opone el Plan Hidrológico Nacional (art. 53.3).

Desde la perspectiva del régimen económico-financiero del agua, y aun cuando ello no aparece estrictamente expresado en la Lag., en la práctica y dentro del “reparto” entre usos de la cantidad a pagar para la financiación de las obras hidráulicas (*cf.* art. 114.4 Lag. y las normas de desarrollo y aplicación del canon de regulación y tarifas de aguas en cada Confederación Hidrográfica), los usos agrarios son primados casi con generalidad frente a otros usos del agua.

(2) En los Planes Hidrológicos de Norte I, II y III, se sitúa en primer lugar en el orden de prelación, al abastecimiento de población (incluyendo en él, como en la Ley de Aguas, a las industrias de poco consumo situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal), a continuación a los usos agropecuarios, excluido el riego; posteriormente los usos industriales de industrias de poco consumo específico, entendiéndose por tales aquellos cuyo consumo de agua por empleado y día de trabajo es inferior a 1 metro cúbico; en cuarto lugar aparecen los regadíos. (*Cf.* el art. 4 de las determinaciones de contenido normativo de los tres Planes aprobados, respectivamente, por Orden de 13 de agosto de 1999 y publicadas en el BOE de 27 de agosto.)

(3) Este Real Decreto, como toda la normativa en materia de aguas aparecida hasta la fecha de su publicación, puede leerse en A. EMBID IRUJO, A. FANLO LORAS y J. DOMPER FERRANDO, *Código de las Aguas Continentales*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

Sobre otras características de la regulación jurídica del regadío, como la tradicional vinculación del agua a la tierra, volveré en el apartado III.2 cuando trate de la regulación del llamado mercado del agua.

Este tratamiento singular y privilegiado del regadío y de los usos agrarios debería ser complementado con la observación histórica de que muchas instituciones del derecho de aguas tienen un origen vinculado a los usos agrícolas. Esto es más que evidente con las denominadas en la actualidad Comunidades de usuarios, surgidas sobre la base de las Comunidades de regantes, o con el régimen económico-financiero del agua, con claros anclajes en su origen en la cooperación de los beneficiados a la financiación de determinadas obras de regulación y canalización (Ley de 7 de julio de 1911).

Hecho este planteamiento general voy a pasar al estudio de problemas ya más concretos que tengan como referencia directa o indirecta al regadío atendiendo, en primer lugar, a ciertas cuestiones competenciales y organizativas (II) y fijándome, después, en determinadas instituciones del derecho de aguas vigente que pueden tener una virtualidad específica en el ámbito del regadío (III). Concluiré con algunas reflexiones generales (IV).

### **II. LA COMPETENCIA DEL ESTADO SOBRE EL AGUA Y DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS SOBRE LA AGRICULTURA. UNA FÓRMULA INSATISFACTORIA, EN OCASIONES, EN SUS RESULTADOS. REFLEXIONES ORGANIZATIVAS SOBRE LAS CUENCAS DEL GUADALQUIVIR Y DEL DUERO Y ALGUNA MENCIÓN A LAS SOCIEDADES ESTATALES PARA LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE OBRAS HIDRÁULICAS**

Dejemos los planteamientos generales e introduzcámonos ya en materia sustantiva dentro de lo que, en mi opinión, resulta hoy en día de mayor actualidad e interés en su tratamiento para el tema encomendado. En ese orden de cosas comienzo este apartado por reflexiones sobre referencias competenciales (1) y también incluiré en él algunos principios de orden organizativo (2).

#### **1. La separación entre competencias del agua y sobre agricultura tiene base constitucional, pero arroja un sentimiento de insatisfacción por algunos resultados prácticos**

En este plano competencial puede observarse que la estructura de reparto de poderes en España según lo previsto constitucionalmente lleva consigo que al Estado se le otorgue, normalmente, la competencia sobre el agua (en las cuencas intercomunitarias<sup>4</sup>) y a las Comunidades Autónomas la competencia sobre agricultura. Sólo en las CCAA donde exis-

(4) Tiene un papel decisivo a esos efectos la STC 227/1988, de 29 de noviembre, que ratifica el acuerdo de la Lag. de 1985, cuando centra en la cuenca hidrográfica el concepto básico para el reparto competencial, superando, así, la indeterminada expresión constitucional de "aguas (que) discurren por más de una Comunidad Autónoma" (cfr. art. 149.1.22 CE) como criterio para la atribución de competencias al Estado.

tan cuencas intracomunitarias, recaerá en la misma Comunidad Autónoma a la vez la competencia sobre el agua y sobre la agricultura<sup>5</sup>.

Este reparto competencial, si lógico en sus presupuestos fundadores, no está resultando en la práctica siempre del todo útil. El mismo presupone una necesaria actividad de cooperación entre el Estado y las CCAA que no en todas las ocasiones se alcanza con facilidad. Desde luego suele ser relativamente simple la suscripción de acuerdos si de nuevas inversiones se trata, pues en torno a las declaraciones de obras por el Estado como de interés general y de las nuevas inversiones estatales correspondientes a esa declaración, no suele haber inconvenientes<sup>6</sup>. De ello es muestra, por ejemplo, además del Anexo II de la Ley del PHN que antes refería, el reciente Plan Nacional de Regadíos (aprobado por Real Decreto 329/2002, de 5 de abril)<sup>7</sup> elaborado con consenso entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Pero una vez realizado lo “fácil”, las dificultades aparecen en el terreno de la gestión diaria del agua. Es prácticamente imposible que las CCAA puedan realizar una política en agricultura de regadío (incluyendo en ella la orientación de determinados territorios hacia unos cultivos, el impedimento de otros, la reordenación de sectores por razones de ordenación del territorio o ambientales<sup>8</sup>, determinadas políticas de apoyo económico, etc.), si no tienen nada que decir sobre el otorgamiento o el desarrollo de las concesiones de agua<sup>9</sup> que son las que hacen posible, o no, la pervivencia de determinados cultivos. El problema, como se advertirá, es muy complejo pero alguna solución debería alcanzarse a partir de unas constataciones cada día más evidentes como son las dos siguientes:

a) Que la política del agua es meramente instrumental. No se justifica por sí misma—excepto en el plano puramente ambiental, considerada el agua como recurso natural—

(5) Cfr. la fórmula autorizatoria de la competencia de las CCAA sobre agricultura en el art. 148.1.7 CE que luego es recogida por todos los EEAA de las CCAA que atribuyen a éstas la competencia exclusiva sobre agricultura incluyendo dentro de ella la reforma y desarrollo agrario.

(6) Ello lo he explicado en las págs. 115 y siguientes de mi trabajo “Las obras hidráulicas de interés general”, en A. EMBID IRUJO (dir.) *Las obras hidráulicas*, Civitas, Madrid, 1995.

(7) Pese a la competencia de las CCAA sobre agricultura, el Estado acude a la cita del art. 149.1.13 CE (competencia estatal sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica) para encontrar el título que le permite la redacción y aprobación del Plan.

(8) No se olvide también que las CCAA poseen competencia exclusiva sobre ordenación del territorio (a partir del art. 148.1.3 CE y la presencia de los correspondientes títulos en todos los EEAA) y de desarrollo legislativo y ejecución en materia medio ambiental (a partir de lo indicado en el art. 149.1.23 CE).

(9) El informe que las CCAA deben hacer en el procedimiento de otorgamiento de concesiones (ex art. 79.4 de la Lag.) no es vinculante y, en todo caso, tiene lugar sólo en el momento del otorgamiento. Intervenir en la vida concesional es más amplio que todo eso.

sino solamente al servicio de determinadas políticas sectoriales siendo una de ellas la agricultura<sup>10</sup>.

b) Que antes que otra cosa, la política del agua tiene que entenderse dentro de las políticas con incidencia territorial y en la que se expresan, ante todo, opciones territoriales también.

Las dos constataciones<sup>11</sup> desembocan en la lógica necesidad de un mayor protagonismo de las CCAA en este ámbito siendo deseable que se alcancen acuerdos con el Estado que permitan hacer efectivamente reales las dos premisas teóricas que creo incontestables en la actualidad sin que, por ello, deba romperse el principio de gestión de las aguas basado en la unidad de cuenca (cfr. art. 14.2 Lag.) que es un avance incontestable e internamente reconocido del derecho español de aguas<sup>12</sup>. Sin ninguna duda una presencia de las CCAA en las Comisiones de Desembalse y en las Juntas de Explotación, sería un paso adelante muy necesario a adoptar para lo que, es obvio, deben producirse cambios en la legislación vigente.

**ES NECESARIO UN MAYOR  
PROTAGONISMO DE LAS  
CCAA EN LAS COMISIONES  
DE DESEMBALSE Y EN LAS  
JUNTAS DE EXPLOTACIÓN  
SIN QUE POR ELLO SE  
ROMPA EL PRINCIPIO DE  
GESTIÓN DE LAS AGUAS  
BASADO EN LA UNIDAD DE  
CUENCA**

### **2. La unidad de cuenca y algunas cuencas hidrográficas prácticamente incluidas por completo en el territorio de determinadas Comunidades Autónomas. El significado, desde el punto de vista competencial, de la creación de las sociedades estatales para la construcción y explotación de obras hidráulicas**

En este plano de lo organizativo y competencial creo que existen en este momento planteados algunos otros problemas de índole general pero con una evidente trascendencia agraria que, aunque indirecta, no pueden ser obviados en este lugar.

(10) Al lado de la industrial, medioambiental, recreativa, etc. La mayor parte de ellas son de titularidad exclusiva o compartida de las CCAA.

(11) La consideración de la política del agua como al servicio de otras sectoriales se encuentra expresamente en el art. 10 de la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. Allí se indica en la misma línea de lo defendido en el texto que “la política del agua está al servicio de las estrategias y planes sectoriales que sobre los distintos usos establezcan las Administraciones públicas sin perjuicio de la gestión racional y sostenible del recurso que debe ser aplicada por el Ministerio de Medio Ambiente, o por las Administraciones hidráulicas competentes, que condicionará toda autorización, concesión o infraestructura futura que se solicite”.

(12) Y que da lugar, entre otras cosas, al nacimiento de las Confederaciones Hidrográficas. Sobre el particular vid. A. FANLO LORAS, *Las Confederaciones Hidrográficas y otras Administraciones hidráulicas*, Civitas, Madrid, 1996. También sobre esta característica en una consideración histórica global, vid. A. EMBID IRUJO, “Evolución del derecho y de la política del agua en España”, *RAP* 156, 2001, págs. 59 y ss., trabajo también publicado (con algunas adiciones) con el título “The evolution of Water Law and Policy in Spain” en las págs. 261 y ss. de *Water Resources Development*, 2, 2002. Es resaltable que la Directiva marco sobre aguas (Directiva 2000/60/CE) parta del principio de gestión de las aguas basado en la cuenca hidrográfica, lo que tiene su traducción a efectos de planificación hidrológica y de organizaciones administrativas de gestión.

Uno de ellos es la atípica situación de dos cuencas hidrográficas de gestión del Estado, como son la del Guadalquivir y la del Duero, integradas prácticamente todas ellas por el territorio de una Comunidad Autónoma. En el primer caso se trata de la Comunidad Autónoma de Andalucía; en el segundo de la de Castilla y León. Es claro que conforme a los parámetros constitucionales esas cuencas son de gestión del Estado y ello parece difícilmente cuestionable (cfr. art. 149.1.22 CE y su interpretación por el TC que antes he mencionado). Tema distinto es que en el plano de las relaciones bilaterales entre el Estado y las dos CCAA mencionadas, no deban de sacarse consecuencias acerca de esa práctica inserción de la totalidad de la cuenca en el territorio de una Comunidad Autónoma. Creo que una exacta comprensión de lo que significa el Estado de las Autonomías, con el reparto de papeles y de intereses que lleva consigo, tendría que abocar a una relación y posición privilegiada de ambas CCAA en relación a la organización hídrica de esas cuencas<sup>13</sup>. Si se me apura, incluso, mucho más acusada en el caso de Andalucía en cuanto que en el supuesto del Duero siempre podría aducirse la existencia de una cuenca compartida con Portugal como razón de una presencia preponderante del Estado<sup>14</sup>. No se trata aquí de especificar las fórmulas que harían posible lo que he llamado “relación y posición privilegiada” de las CCAA mencionadas en esas cuencas, pero baste con decir que existen y que puede llevarse a cabo una mejor gestión organizativa que en el caso del regadío permitiría, además, una mayor inserción y reunión de las competencias sobre el agua y la agricultura, hoy dispersas de la forma que he indicado.

Muy relacionada con esta cuestión organizativa está la de la creación por el art. 158 de la Ley 13/1996, de las Sociedades Estatales para la construcción y explotación de obras hidráulicas, hoy con presencia en el art. 132 de la Lag. y aumentado el objeto (y la denominación, claro está) de estas Sociedades hasta la “compra” de obras hidráulicas tras el art. 91 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que añade un nuevo párrafo al art. 132.1 de la Lag. en el sentido indicado. Pues bien, llama poderosamente la atención que unas Sociedades sobre las que, en la práctica, está recayendo la mayor parte del esfuerzo inversor en obras hidráulicas que, parece, va a dejar de ser responsabilidad de las Confederaciones Hidrográficas<sup>15</sup>, se constriñan organizativamente dejando de lado a las CCAA.

(13) Porque más allá de los nominalismos y de la aplicación inflexible de los principios dogmáticos, ¿tiene trascendencia real sobre el conjunto de la cuenca y del territorio andaluz, más concretamente, lo que se esté haciendo en los escasos ámbitos de la cuenca del Guadalquivir situados fuera de la Comunidad Autónoma de Andalucía?

(14) Cfr. el Convenio sobre cooperación para la protección y el aprovechamiento sostenible de las aguas de las cuencas hidrográficas hispano-portuguesas, hecho *ad referendum* en Albufeira el 30 de noviembre de 1998 (BOE de 12 de febrero de 2000).

(15) Y ello es especialmente paradójico si se tiene en cuenta que las CCHH nacieron, precisamente, para la construcción de obras hidráulicas, viniéndoles atribuidas sus facultades de gestión del dominio público (las únicas que pervivirán, parece) con posterioridad. Sobre ello vid. el libro de FANLO LORAS, cit., *in totum*.

La cuestión creo que es bastante profunda, al menos jurídicamente, como para que se pueda despachar con la simple apelación a que se trata, precisamente, de Sociedades Estatales y que, por tanto, es su titular, el Estado, quien decide libremente la forma de organizar su gestión. Hay que tener en cuenta, por el contrario, que estas Sociedades se crean asumiendo la realización de unas obras hidráulicas hasta el momento de responsabilidad de las Confederaciones Hidrográficas donde sí que están representadas las CCAA tanto en su Junta de Gobierno como en los Consejos del Agua de las Cuencas (cfr. arts. 27 y 36 Lag.). Existe en la Lag., entonces, una posibilidad de participación de las CCAA en la gestión (siquiera sea indirecta o controladora) de las obras hidráulicas de competencia del Estado. Sin embargo, la creación de unas Sociedades Estatales en donde no están representadas como tales<sup>16</sup>, suprime de raíz esa posibilidad de intervención que, creo, guarda muy buena relación con las políticas sectoriales de responsabilidad de las CCAA (como el regadío) y con su competencia general de ordenación del territorio. En el caso de algunas Sociedades Estatales, como Aguas del Sur, eso parece que cobra un matiz distinto y mucho más acusado en la dirección que indico, al tratarse la cuenca del Sur de una cuenca hidrográfica cuyo territorio pertenece íntegramente a la Comunidad Autónoma de Andalucía y que, por tanto, debería ser gestionada por la Comunidad Autónoma de Andalucía conforme a los parámetros constitucionales (art. 149.1.22 CE y su traslación en el art. 13.12 del Estatuto de Autonomía de Andalucía) recogidos en la Lag. (cfr. arts. 16 a 18).

### **III. ALGUNAS REGULACIONES DE LA LEGISLACIÓN DE AGUAS QUE PUEDEN TENER UNA INCIDENCIA O INTERÉS ESPECIAL EN EL ÁMBITO DEL REGADÍO: REVISIÓN CONCESIONAL, MERCADO DEL AGUA, PRECIOS DEL AGUA, Y REUTILIZACIÓN DE AGUAS RESIDUALES URBANAS**

En este apartado de rúbrica tan amplia voy a llevar a cabo la consideración de una serie de preceptos de la Lag. que, aun configurados de forma general, tienen una voluntad de aplicación expresa o implícita al regadío y deben, por tanto, ser examinados en su contenido y problemática general.

#### **1. La revisión concesional, una propuesta permanente que no se lleva a la práctica**

Desde la promulgación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, se ha venido insistiendo por muchos sectores, y no sólo doctrinales, en la oportunidad de realizar la revisión de algunas concesiones para adecuarlas a las modificaciones del ordenamiento jurídico, singularmente al contenido de la planificación hidrológica, teniendo en cuenta

(16) Con independencia de que en algunas Sociedades Estatales y por motivos que jurídicamente se me escapan, puedan encontrarse en los Consejos de Administración quienes, a su vez, son Consejeros de determinados Gobiernos de CCAA. Se da también el caso de participación conjunta del Estado y ciertas CCAA en el capital de determinadas Sociedades Estatales. Por ejemplo, en el caso de la encargada de construir el Canal de Navarra (Canal de Navarra, S.A.) o la Depuradora del Llobregat, que son Sociedades en las que hay participación también de la Comunidad Foral de Navarra y de la de Cataluña, respectivamente.

cómo muchas concesiones fueron otorgadas en tiempos muy alejados de los actuales no sólo en la existencia de caudales disponibles sino, sobre todo, en los medios técnicos de realizar el regadío<sup>17</sup>. La propuesta era razonable y plenamente congruente con la dicción del entonces art. 63 Lag que contenía esta referencia a la revisión concesional después de que se regulara en los artículos precedentes lo relativo a las transmisiones concesionales (art. 61) y a la modificación de las concesiones (art. 62). Con posterioridad, la prolongada sequía que tuvo lugar entre los años 1991-1995 determinó distintas modificaciones del ordenamiento jurídico y, entre ellas, la de este art. 63 para incrementar el juego teórico de la revisión concesional, tarea que fue realizada por el art. 3 de la Ley 9/1996, de 15 de enero. Hoy a la revisión concesional se dedica –sin cambios respecto a lo resultante de la modificación de 1996– el art. 65 de la Lag. en su texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001.

De esta forma, y además de los tres supuestos “clásicos” (clásicos en el sentido de presentes desde la Lag. de 1985) que determinan la revisión (modificación de los supuestos determinantes de la concesión, fuerza mayor a petición del concesionario y adecuación a los Planes Hidrológicos de cuenca) aparece un apartado segundo en el art. 65 con el siguiente contenido:

“Asimismo las concesiones para el abastecimiento de poblaciones y regadíos podrán revisarse en los supuestos en los que se acredite que el objeto de la concesión puede cumplirse con una menor dotación o una mejora de la técnica de utilización del recurso, que contribuya a un ahorro del mismo.

A estos efectos, las Confederaciones Hidrográficas realizarán auditorías y controles de las concesiones, a fin de comprobar la eficiencia de la gestión y utilización de los recursos hídricos objeto de la concesión.”

Revisión de concesiones para abastecimiento y regadío<sup>18</sup> si se demuestra que se puede cumplir el objeto de la concesión con una mejor dotación o mejora técnica a través de las “auditorías y controles” llevados a cabo por la Administración hídrica. Y revisión que no lleva consigo ninguna indemnización para el concesionario (cfr. la doble mención a ello en el apartado 3 del art. 65 y en el comienzo del apartado 4) sin perjuicio de que

(17) Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, “Reflexiones sobre la utilización de las aguas para usos agrícolas”, REDA, 45, 1985, que insiste en la necesidad de adecuar la cantidad de agua a utilizar a las necesidades del fundo lo que conduce “al reconocimiento en la Administración de muy amplias facultades de modulación de los caudales a emplear” (pág. 16).

(18) Llamo la atención sobre la única mención del precepto a esos dos usos que son, además, los más sustantivos entre los usos consuntivos. En relación a los usos hidroeléctricos, por no consuntivos no tendría sentido esta disposición abocando, además, cualquier reducción en el volumen de agua atribuido en una paralela reducción de la energía hidroeléctrica a producir lo que plantearía como problema teórico el de la indemnizabilidad de la actuación. En relación a los usos industriales, hay que indicar que suelen ser los mejor conocidos y controlados y, en cualquier caso, con volúmenes no decisivos a los efectos de propiciar mejoras sustantivas de la gestión por una política de revisiones concesionales masivas.

“reglamentariamente podrán establecerse ayudas a favor de los concesionarios para ajustar sus instalaciones a las nuevas condiciones concesionales”.

Pues bien, nos encontramos ante una previsión que aunque bienintencionada no se ha llevado a la práctica, al menos que yo conozca. Probablemente por resistencia de los teóricamente afectados y, además y sobre todo, por las escasas ganas de la Administración hídrica de introducirse en una problemática que inevitablemente iba a generar conflictividad de todo tipo, máxime cuando en ningún momento ha tenido lugar la regulación reglamentaria anunciada por el art. 65.4 para prever ayudas económicas a los afectados.

Entre las causas de las pocas ganas de la Administración de aplicar esta previsión legal puede estar el mismo desconocimiento tanto de los caudales concedidos como de los caudales realmente utilizados por los usuarios. Lo primero por las conocidas imprecisiones de los Registros de Aguas sobre las que poco más puede decirse aquí, máxime cuando nos encontramos en muchos casos ante concesiones “históricas”, siempre dudosas en su condicionado y régimen jurídico a aplicar. En relación a los caudales realmente utilizados hay continuas llamadas e innovaciones normativas para propiciar su conocimiento efectivo y deducir algunas consecuencias de ello. Así, el art. 55.4 de la Lag. se refiere a esta cuestión, regulando la obligación de los usuarios de instalar y mantener “los correspondientes sistemas de medición que garanticen información precisa sobre los caudales de agua en efecto utilizados y, en su caso, retornados”<sup>19</sup>. La Disposición Adicional Decimosegunda de la Ley del PHN vuelve sobre la cuestión dando un tiempo de cuatro años (o sea, relajando la obligación temporalmente incondicionada que es lo que hemos visto que establecía anteriormente la Lag.<sup>20</sup>) para instalar y mantener los correspondientes instrumentos de medición e información y calificando como graves las infracciones derivadas del incumplimiento de lo establecido en el apartado anterior (es decir, regulando unas infracciones que sólo podrán cometerse cuatro años después de entrar en vigor la Ley del PHN).

(19) El precepto continúa estableciendo distintas menciones en esta línea. Por ejemplo, es muy interesante y sugerente la posibilidad de que las comunidades de usuarios, por sí mismas y al margen de lo que pueda empujar en esa dirección la Administración hídrica, exijan también el establecimiento de análogos sistemas de medición a los comuneros o grupos de comuneros que se integran en ellas.

(20) La mención de la Lag. que hoy constituye el art. 55.4 del texto refundido de 2001 proviene de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, que modificó la Lag. de 1985.

**PARA POTENCIAR LA  
EFICIENCIA EN EL EMPLEO  
DEL AGUA LA LEY DE 1999  
FLEXIBILIZA EL RÉGIMEN  
CONCESIONAL A TRAVÉS  
DE LA INTRODUCCIÓN DEL  
NUEVO CONTRATO DE  
CESIÓN DE DERECHOS AL  
USO DEL AGUA**

Es evidente la vinculación de todo lo indicado con el regadío donde tienen lugar los más amplios usos del agua porcentualmente hablando y donde, también, es más deficiente la información y el control disponible, pues en el ámbito de los abastecimientos urbanos y de los industriales, la cuantificación y el régimen económico-financiero del agua tienen una disciplina incomparablemente mayor, aunque sólo sea por la necesidad de pagar la implantación y el mantenimiento de cuantiosas infraestructuras cuyos costes deben repartirse ineludiblemente entre los distintos usuarios.

Y pese a esas dilaciones en la voluntad de imponer soluciones –de las que la Ley del PHN es paradigma de cómo regulando una materia se puede, en el fondo, estar diciendo algo contrario a lo que ya decía la legislación vigente– lo cierto es que la necesidad de cuantificar y medir consumos es ineludible, porque lo contrario implica, entre otras cosas, problemas ambientales muy profundos<sup>21</sup> y, además, impide la plena aplicabilidad de determinadas instituciones en las que el Legislador ha puesto un interés especial, como el llamado “mercado del agua” en cuyo análisis entro a continuación.

## 2. El “mercado del agua” como alternativa a la revisión concesional y a la realización de obras hidráulicas

Utilizo en la rúbrica de este punto la expresión “mercado del agua” por su capacidad descriptiva, bien que sea perfectamente consciente de que no se produce en la regulación jurídica aprobada una tal transferencia de agua sino meros negocios jurídicos en torno a los derechos de uso del agua. En tal sentido se regula por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, un llamado contrato de cesión de derechos de uso de agua al margen de la posibilidad de que la Administración sea intermediaria en las relaciones entre particulares a través de los llamados Centros de intercambio de derechos de uso de agua que radicarán en los Organismos de cuenca<sup>22</sup>.

No es mi intención llevar a cabo una exposición del conjunto de la novedad normativa que hoy recogen los arts. 67 a 72 de la Lag. sino, solamente, de exponer las líneas filo-

(21) La misma Ley del PHN contiene una Disposición Adicional Cuarta dedicada a regular la existencia de un Plan Especial del Alto Guadiana “con la finalidad de mantener un uso sostenible de los acuíferos de la cuenca alta del Guadiana”. Sin ninguna duda, los excesivos consumos para el regadío que han determinado la declaración de sobreexplotación definitiva de alguno de los acuíferos existente en esa zona y causado el, probablemente, más grave problema ambiental del agua en España, está tras esta previsión normativa. Parece elemental que una de las partes esenciales de ese Plan Especial del Alto Guadiana debería ser la instalación inmediata de instrumentos de medición allí donde todavía no existan.

(22) La biografía sobre el particular es inabarcable, mucho más amplia en el ámbito económico que en el jurídico. Creo que con anterioridad a la Ley 46/1999 son muy útiles distintos trabajos (de MENÉNDEZ REXACH, BAUER, GARRIDO, VERGARA y otros) en el volumen A. EMBID IRUJO (dir.), *Precios y mercados del agua*, Civitas, Madrid, 1996. Con posterioridad existen distintas aportaciones; destaco la de C. VÁZQUEZ, “La regulación de los contratos de cesión de derechos de uso de agua”, en las págs. 159 y ss. de A. EMBID IRUJO (dir.) *La reforma de la Ley de Aguas. (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)*, Civitas, Madrid, 2000; también A. EMBID IRUJO, “Una nueva forma de asignación de recursos: el mercado del agua”, *OP*, 50, 2000. En el libro dirigido por A. EMBID IRUJO, *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España. Cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, 2 vols, Civitas, Madrid, 2002, existen diversos trabajos relativos a la realidad de España (teórica) e Iberoamérica (práctica en algunos casos), sobre este tema.

sóficas de ésta así como notar que aun formulada de manera general, sólo tiene verdadero sentido en cuanto a su aplicabilidad a las transacciones basadas en los derechos de utilización del agua con fines agrícolas.

Digamos, en primer lugar, que el interés que se puso en la introducción de esta previsión normativa, fue enorme. Corrieron ríos de tinta, tuvieron lugar múltiples debates y se ocuparon muchos espacios y horas de medios informativos en torno a la misma. El “mercado del agua”, en expresión resumida de lo que entonces se decía, en unión de otras previsiones normativas de la Ley 46/1999, era un mecanismo imprescindible para alcanzar una real eficiencia en el uso del agua y, por tanto, para evitar la realización de obras hidráulicas. Si se tiene en cuenta que esta reforma normativa corría paralela a la aparición del Libro Blanco del Agua<sup>23</sup> que era un documento de gran interés técnico y teórico, muy claramente influenciado por las tendencias modernas en la utilización del agua, es fácilmente comprensible que esta técnica sería punto central de la política del agua a desarrollar por el recientemente creado Ministerio de Medio Ambiente. Veamos un párrafo muy significativo de la Ley de 1999 en el que resalto tipográficamente la referencia al mercado del agua, pero que no puede leerse aisladamente sino en el contexto de todas las medidas anunciadas en el mismo:

“En este sentido, la experiencia de la intensísima sequía padecida por nuestro país en los primeros años de la década final de este siglo, impone la búsqueda de soluciones alternativas, que, con independencia de la mejor reasignación de los recursos disponibles, a través de mecanismos de planificación, permitan, de un lado, incrementar la producción de agua mediante la utilización de nuevas tecnologías, otorgando rango legal al régimen jurídico de los procedimientos de desalación o de reutilización, de otro, potenciar la eficiencia en el empleo del agua para lo que es necesario la requerida flexibilización del actual régimen concesional<sup>24</sup> a través de la introducción del nuevo contrato de cesión de derechos al uso del agua, que permitirá optimizar socialmente los usos de un recurso tan escaso, y, por último, introducir políticas de ahorro de dicho recurso, bien estableciendo la obligación general de medir los consumos de agua mediante sistemas homologados de control o por medio de la fijación administrativa de consumos de referencia para regadíos.”

Pues bien, tal y como he anunciado anteriormente, parece bastante claro con la mera consulta a la norma que ese mercado del agua tenía que funcionar, primordialmente, sobre la base de las concesiones de agua para el regadío. A esos efectos se comenzaba por “desvincular” el agua de la tierra permitiéndose en contra de una tradición centenaria en nuestro derecho que en las concesiones para regadío se pudiera aplicar el agua a terrenos

(23) Sobre este notable trabajo del Ministerio de Medio Ambiente vid. el conjunto de estudios incluidos en el libro de A. EMBID IRUJO (dir.) *Planificación hidrológica y política hidráulica (El Libro Blanco del Agua)*, Civitas, Madrid, 1999.

(24) Debo notar también cómo, en el fondo, esta apelación a la “flexibilización concesional” que se produciría por la mera iniciativa y libre voluntad de los titulares concesionales, es una alternativa a la “revisión concesional” que he examinado en el primer apartado y en el que el sujeto impulsor es la Administración pública que, presuntamente, actuaría en contra de la voluntad de los titulares de las concesiones. Es otra filosofía y forma de plantear la política del agua, evidentemente.

distintos de aquéllos para los que fue concedida aunque sólo en el marco de la celebración de un contrato de cesión de derechos de uso de agua (cfr. art. 61.2 del texto refundido de la Lag.) Igualmente se preveía la imposibilidad de ceder derechos de uso privativo de carácter no consuntivo a favor de otros consuntivos (art. 67.1, segundo párrafo)<sup>25</sup>. También se indicaba que la cesión tenía que ser a favor de usos de igual rango o preferentes según el orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de cuenca (art. 67.1, primer párrafo)<sup>26</sup>. Finalmente, debía informar en el procedimiento de autorización de estos contratos la Comunidad Autónoma y el Ministerio de Agricultura si la cesión de derechos se refería a una concesión para regadíos y usos agrarios (art. 68.2).

Es evidente, por tanto, que la imagen del regadío (del regadío ineficiente que de esta forma podía “reconvertirse” sin necesidad de aplicar la “traumática” fórmula de la revisión concesional) era lo que subyacía a la reforma legal. No obstante la consideración favorable y defensora que, en general, hubo de esta reforma, no ha sido posible a casi tres años de la promulgación de la Ley 46/1999 que se haya podido aplicar regularmente lo previsto legalmente. Por un lado no se han regulado los Centros de intercambio de derechos de uso de agua y, por otro, la remisión reglamentaria producida para cuestiones tan capitales como para deducir lo que se puede comprar o vender<sup>27</sup> o el precio de transacción<sup>28</sup>, no se ha operado, al menos hasta el momento en que se redactan estas líneas<sup>29</sup>.

Lo que ocurre es que en los momentos actuales la evolución de los hechos ha permitido poner en canción la filosofía con la que se reguló el mercado del agua en la Ley 46/1999. Si entonces se trataba de evitar la realización de obras hidráulicas por medio de la conducción del agua de los usos menos eficientes a los más eficientes, hoy un gigantesco plan de obras hidráulicas (es obvio que me estoy refiriendo al Anexo II de la Ley del

(25) Lo que equivale a prohibir transacciones sobre derechos de agua para la producción de energía hidroeléctrica a no ser que fueran a favor de otros concesionarios hidroeléctricos.

(26) Estas condiciones de transferencia sólo podían ser excepcionadas extraordinariamente por decisión del Ministro de Medio Ambiente (art. 67.2) y en el marco de la intervención de los centros de intercambio de derechos, que no preveían ninguna actuación limitativa (art. 71).

(27) Cfr. el art. 69.1 de la Lag. En este párrafo aparece la referencia a la “dotación objetivo que fije el Plan Hidrológico de cuenca” que es una de las ocasiones en que la Lag. en su reforma de 1999, se refiere a valores abstractos que pueden corregir o complementar—incluso para penalizar consumos excesivos como veremos en el siguiente punto— los consumos que, quizá, se produzcan en la realidad.

(28) El art. 69.3 de la Lag. indica que la cesión de derechos de uso de agua “podrá conllevar una compensación económica” que fijarán de mutuo acuerdo los contratantes. Añade que “reglamentariamente” podrá establecerse el importe máximo de dicha compensación.

(29) Leo en el diario “El País” de 11 de agosto de 2002, que se ha producido un contrato de cesión de derechos de uso de agua entre una Comunidad de regantes y las ciudades de Guadalajara y Alcalá de Henares que operan como adquirentes. Desconozco, más allá de la información que indica el medio que cito, los detalles del contrato pero advierto—como primera reflexión— que se ha producido tal y como advierto en el texto, a partir de concesiones con fines de regadío parece que no utilizadas. También es notable que la transacción se haya producido sin que exista el reglamento al que remite en cuestiones capitales la Lag. como hemos visto.

PHN) es la alternativa de política hídrica vigente y en la que se centran todos los esfuerzos aplicativos. Mercado de derechos de importancia significativa y realización masiva de obras hidráulicas son principios difícilmente compatibles y ello explica, quizá, el escaso interés en profundizar en la vía abierta por la Ley 46/1999.

Una vía a la que creo, sin embargo, que no habría de renunciarse. Como ya he escrito en otras ocasiones, la política hídrica tiene que tener múltiples caminos abiertos de actuación y el mercado puede ser uno de ellos. Ni excluyente de los demás ni remedio único a los múltiples problemas que en una sociedad compleja tiene la utilización del agua. Posibilidad de transacciones, eso sí con el adecuado control público de las mismas, teniendo que considerarse críticamente el sistema de silencio administrativo positivo regulado para la autorización de los contratos de derechos de uso de aguas (cfr. art. 68.2 Lag.)<sup>30</sup>.

### **3. La formación de los precios del agua y su trascendencia sobre el regadío. Un régimen tributario afectado por la creación de las sociedades estatales para la construcción y explotación de obras hidráulicas. La problemática de la transposición de la directiva marco del agua**

No es el régimen económico-financiero del agua lo que pretendo exponer en este lugar<sup>31</sup> sino que mi objetivo es únicamente, además de la consideración de algunos principios generales, tratar de aquellas de las enseñanzas que trasmite ese régimen y su posible evolución en relación al regadío. Todo ello con la conciencia de que nos encontramos ante un aspecto cada día más importante en el ámbito del derecho de aguas y que debe ser literalmente decisivo en el futuro. Los últimos años han conocido tanto en España como en otros países, un

**EL DERECHO ESPAÑOL  
OPTA POR NO INTRODUCIR  
UN PRECIO POR EL AGUA  
SINO EN CENTRAR EL  
RÉGIMEN ECONÓMICO-  
FINANCIERO DEL AGUA EN  
TORNO A LA REALIZACIÓN  
DE OBRAS HIDRÁULICAS**

(30) Se vean las cosas como se quieran ver, lo cierto es que estos contratos versan sobre el dominio público hidráulico, y que la regla general en las actuaciones que se refieren a él es la del silencio administrativo negativo, de lo que es buena muestra el art. 43.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Por otra parte podría destacarse aquí desde parámetros ambientales la jurisprudencia repetida del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas acerca de la incompatibilidad del silencio administrativo positivo con la gestión de las aguas. La última Sentencia sobre el particular es la de 14 de junio de 2001, recaída en el asunto C.230/00, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Bélgica y que comento en JA, 13, 2001, pág. 195. Sobre esto último vid., in totum, el libro de A. GARCÍA URETA, *Procedimiento administrativo y derecho comunitario. Silencio administrativo, nulidad y anulabilidad de los actos en la Ley 30/1992*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2002.

(31) Para esa cuestión cfr. A. EMBID IRUJO, "Condicionamientos jurídicos de una política de precios del agua", en las págs. 23 y ss. de *Precios y mercados del agua*, op. cit.

florecimiento de múltiples estudios en torno a los aspectos económicos de la política del agua (o medio ambiental, en general) destacándose el papel que tienen los instrumentos económicos (precios y tributos) para dirigir el comportamiento de los usuarios y, por tanto, conseguir resultados de conservación del medio natural “penando” decisivamente conductas particulares que puedan resultar contrarias a ese objetivo. Esta discusión no debe perderse nunca de vista cuando se examinen los fríos datos de un ordenamiento jurídico como el español, que en este ámbito todavía no se ha adecuado completamente a los nuevos rumbos que muy mayoritariamente parecen orientar el debate en esta cuestión.

El derecho español opta por no introducir un precio por el agua sino en centrar el régimen económico-financiero del agua en torno a la realización de obras hidráulicas, siendo bastante antiguos los datos normativos sobre esta cuestión. El agua es, por tanto, gratuita en nuestro derecho habiéndose efectivamente originado en torno a las obras hidráulicas un régimen económico-financiero, endeble jurídicamente en sus primeros textos y que hoy está sustancialmente contenido en el art. 114 de la Lag. lo que no quiere decir, ni mucho menos, que todo el régimen económico-financiero del agua esté contenido en ese precepto y, ni siquiera, en la misma Ley de Aguas<sup>32</sup>.

El art. 114 citado se refiere a dos figuras tributarias, un canon de regulación y unas tarifas de aguas, que posibilitan el pago periódico por parte de los usuarios beneficiados de las cantidades que la Administración del Estado haya destinado a la construcción de embalses de regulación (canon de regulación) o de otras infraestructuras (tarifas de agua)<sup>33</sup>. El régimen jurídico de estas figuras aparece muy depurado con el transcurso del tiempo, aplicándose con el mismo un reparto de cantidades entre los distintos usuarios de las infraestructuras a que se refieren en proporción a sus consumos y a sus concretos usos y que suele primar —como ya he indicado— a los usos agrarios. En cualquier caso este régimen jurídico no puede ser contemplado —contra lo que permiten apreciar las apariencias externas— como un régimen de recuperación de la completa inversión por parte del Estado, porque existen subvenciones o asunción de costes por el Estado de una parte de estas infraestructuras<sup>34</sup>, basándose a veces en ciertas funciones válidas para los intereses públicos que las infraestructuras pueden cumplir también, por ejemplo, la defensa contra inundaciones. Las últimas evoluciones normativas caminan en un sentido muy apreciable de penalizar los altos consumos en el regadío a través de la introducción de la figura de las dotaciones de referencia que contendrán los Planes

(32) Habría que tener en cuenta, así, la normativa de las CCAA con competencias para ello (Cataluña, Canarias, Baleares, Galicia), la de más amplias CCAA en lo relativo al régimen tributario del saneamiento y la depuración y el régimen tributario local (tasas) en lo relativo al abastecimiento a poblaciones.

(33) La Lag. regula también el canon de control de vertidos, pero no voy a referirme al mismo porque en la regulación actual éste no es aplicable al regadío.

(34) Ese elemento subvencional está también implícito en el régimen económico-financiero del trasvase del Ebro presente en el art. 22 de la Ley del PHN.

Hidrológicos de cuenca (cfr. art. 114.6 del Texto refundido de la Ley de Aguas con origen en la Ley 46/1999)<sup>35</sup>.

Los tributos nombrados son de gestión dificultosa en muchos casos, ocasionan resistencias en ocasiones de los usuarios a su pago y dan lugar a múltiples recursos judiciales de los que da cuenta la consulta a la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, hasta donde llegan muchas veces las discusiones. Por otra parte tal y como las estadísticas publicadas muestran, la capacidad recaudatoria en relación al esfuerzo inversor del Estado es, ciertamente, bastante poco apreciable, excepto en supuestos concretos<sup>36</sup>.

En todo caso, tenemos que notar cómo la creación de las Sociedades Estatales para la construcción y/o explotación de obras hidráulicas (a partir de la Ley 13/1996, como ya he indicado), marca una línea de tajante separación en relación a este régimen económico-financiero para las obras que ellas construyan y financien. Al tratarse de Sociedades Estatales (constituidas, en realidad, como sociedades mercantiles con naturaleza de sociedad anónima), funcionan con arreglo al derecho privado y su relación con los usuarios beneficiados por sus actuaciones se establece en torno a convenios suscritos por ambas partes en los que aparece la necesidad de pagar a las Sociedades por los usuarios unas cantidades mediante las que se cubre el porcentaje que asumen los beneficiarios del coste de las obras (suele ser el 50 por ciento) y que tiene la naturaleza de precios privados (tarifas, las denominan los convenios). No hay ni podría haber, por tanto, aplicación del régimen económico-financiero de la Ley de Aguas, sino un puro régimen de relación jurídico-privada que parte de la asunción con cargo a las Sociedades Estatales de un 50 por ciento del coste de las infraestructuras. Si la mayor parte de la inversión en obras hidráulicas en el futuro va a estar determinada por estas Sociedades, es bastante fácil predecir la casi completa finalización de un régimen económico-financiero de signo tributario, para el pase a un sistema tarifario presidido por el derecho privado sustancialmente.

Al margen de esta especulación sobre las Sociedades estatales, la evolución del régimen económico-financiero en el futuro va a estar marcada, sobre todo, por el impacto real que tenga en el derecho interno la Directiva comunitaria 2000/60<sup>37</sup> y la recuperación de los costes públicos que la provisión del agua para los particulares lleva consigo. En esa mate-

(35) En realidad la figura de las dotaciones de referencia tiene su origen en la regulación del trasvase Guadiaro-Guadalete. Cfr., así, el art. 2.1 de la Ley 17/1995, de 1 de junio, de transferencia de volúmenes de agua de la cuenca del río Guadiaro a la cuenca del río Guadalete.

(36) Suele citarse el caso del trasvase Tajo-Segura como aquel que tiene unas tarifas más altas y que, consiguientemente, ocasiona la mayor recaudación proveniente de una sola obra hidráulica. Igualmente en este caso es notable la disciplina en el pago de las tarifas por parte de los usuarios. No obstante, la conflictividad judicial en torno a la gestión de estas tarifas y del mismo trasvase es muy grande. Vid. ciertas indicaciones sobre el régimen general de este trasvase en donde también resalta la conflictividad judicial en el trabajo de M<sup>a</sup>. V. OLIVEROS LAPUERTA "Las tarifas de conducción y de peaje del acueducto Tajo-Segura. La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1999 y sus consecuencias", *La Ley*, números de 22 y 23 de julio de 1999.

(37) La bibliografía sobre esta Directiva comienza a ser inabarcable. Por todos y en nuestro derecho vid. B. SETUÁIN MENDÍA, "La Directiva-marco sobre el agua: el fin del proceso decisorio y el inicio del aplicativo", *JA*, 11, 2001, págs. 5 y ss.

ria hay que partir de una afirmación clara del principio de recuperación en el art. 9, pero con bastantes matices en la realidad cuando se observa el conjunto del nada claro precepto<sup>38</sup>. Todo permite pensar que una adecuada justificación por los Estados de los motivos que permitieran la excepcionalidad de la recuperación de costes, permitiría obviar, en principio, la regla general. Pero la cuestión clave es, precisamente, la de que esa “adecuada justificación” sea considerada suficiente, en su caso, por los órganos de la Unión al margen de la opinión que, obviamente, puedan tener los órganos judiciales competentes cuando se les planteen cuestiones en torno a la transposición realizada. Para cualquier seguidor de la práctica comunitaria es evidente la atenta vigilancia que estos órganos muestran sobre el contenido de las Directivas europeas y su respeto por los Estados, y la letra y espíritu que en realidad tiene la actuación de los órganos comunitarios se orienta mucho más en la línea de conservación de los recursos hídricos que en la contraria. Quiere ello decir que no bastarán a los efectos de conseguir tratamientos diversos las clásicas apelaciones a la excepcionalidad del clima español (de alguna parte del clima español, en realidad) sino que deberá demostrarse, caso por caso y particularizadamente, en qué consiste esta excepción y hasta dónde debiera llegar, en el plano cuantitativo, la misma. Pensar en otra forma más fácil de escapar al cumplimiento del principio de repercusión de costes, cuando éste sea plenamente aplicable<sup>39</sup>, puede ser reconfortante en el plano anímico, pero también es cerrar los ojos a la dirección por la que, sin la más mínima duda, camina la evolución de la política ambiental europea.

En el ámbito específico del regadío querría añadir, además, que los efectos de la Directiva comunitaria sobre el regadío español no van a ser uniformes aun cuando parece bastante claro que no toda la agricultura de regadío española está en condiciones de soportar un estricto traslado de costes<sup>40</sup>.

(38) Así, se permite a los Estados sin que ello suponga incumplimiento de la Directiva, obviar el principio de recuperación de costes en función de los efectos, sociales, medioambientales y económicos “siempre y cuando ello no comprometa ni los fines ni el logro de los objetivos de la presente Directiva”. La justificación de la excepción debe aparecer en los Planes Hidrológicos de Cuenca.

(39) El principio de recuperación de costes debe estar garantizado, cuando más tarde, en el año 2010 según la Directiva que comento.

(40) Sobre el particular vid. las aportaciones que se contienen en el trabajo de A. EMBID IRUJO y A. GARRIDO COLMENERO, “Las Comunidades de regantes: aspectos económicos”, que constituye la ponencia presentada al IX Congreso de Comunidades de Regantes (Zaragoza, mayo de 1998). En el trabajo se demuestra la escasa resistencia de la agricultura española a la subida de precios del agua. Con posterioridad y mucho más *in extenso* vid. el magnífico libro de J.M. SUMPISI VIÑAS, A. GARRIDO COLMENERO, M. BLANCO FONSECA, C. VARELA ORTEGA y E. IGLESIAS MARTÍNEZ, *Economía y Política de gestión del agua en la agricultura*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid, 1998.

### **4. Un régimen jurídico que favorece la reutilización de aguas residuales urbanas. La agricultura de regadío como lógica receptora, con las correspondientes garantías sanitarias, de las aguas residuales urbanas depuradas**

Finalmente querría llamar también la atención sobre la trascendencia que, en la práctica y en determinados lugares, puede tener en relación al regadío la reutilización de aguas residuales urbanas facilitada en el plano de lo jurídico tras la Ley 46/1999, de 13 de diciembre<sup>41</sup>. Hoy es el art. 109 del Texto refundido de la Ley de Aguas quien regula la reutilización favoreciendo una cierta actividad empresarial del titular de la autorización de vertido de esta aguas, que puede acceder a la reutilización mediante una simple autorización administrativa y no con una concesión como sucedía en el régimen jurídico de la Ley de 1985.

El perfeccionamiento del régimen jurídico precisa del establecimiento por el Gobierno de las condiciones básicas de reutilización (art. 109.1). El actual ordenamiento refleja una pluralidad de regímenes, fundamentalmente con presencia de distintas normas en los Planes Hidrológicos de cuenca, dando una impresión de cierta falta de sistemática y de principios sobre la materia<sup>42</sup>.

(41) Sobre la cuestión vid. A. EMBID IRUJO, "Reutilización y desalación de aguas. Aspectos jurídicos", en las págs. 113 y ss. de *La reforma de la Ley de Aguas...*, op. cit.

(42) Remito, de nuevo, a mi trabajo citado en nota anterior donde están enumerados los preceptos aplicables de los Planes Hidrológicos de Cuenca así como algunas normas de las Comunidades Autónomas de Baleares y de Cataluña, fundamentalmente.



# ¿Cláusulas sociales en la selección de los contratistas de las Administraciones públicas españolas?

**HUMBERTO GOSÁLBEZ PEQUEÑO**

Profesor de Derecho  
Administrativo  
Universidad de Córdoba

## Sumario:

**I. La política social como objetivo del derecho comunitario de la contratación pública.**

**II. Los aspectos sociales como condiciones de capacidad y de admisión de los candidatos.**

A) La “solvencia social” de los contratistas. a) La inexistencia de una capacidad social contractual. b) Las cláusulas sociales como elementos de la solvencia técnica. B) Las cláusulas sociales como criterios de participación en los procedimientos licitatorios. a) Las condiciones sociales como requisitos de los licitadores en el procedimiento restringido. b) Los aspectos sociales en la admisión de los licitadores en el procedimiento negociado y en la contratación menor.

**III. Los criterios sociales en la adjudicación de los contratos públicos.** A) La “preferencia social” en la adjudicación. a) ¿Una nueva forma de adjudicación? b) ¿Un criterio más de adjudicación? c) ¿Preferencias sociales sin expresa previsión legal? B) Los aspectos sociales como criterios de adjudicación propios de los concursos. a) ¿Cláusulas sociales subjetivas entre los criterios objetivos de adjudicación?: la necesaria vinculación de los criterios sociales con el objeto del contrato. b) La “dimensión económica” de los criterios adjudicadores.

c) La doctrina de los criterios adicionales de adjudicación: ¿una solución válida?

d) ¿Una nueva interpretación? a’) La debida vinculación de las cláusulas sociales con el objeto del contrato. b’) La adecuada determinación de la “oferta más ventajosa económicamente”.

c’) ¿Valoración “no determinante” de los criterios sociales de adjudicación?

## I. LA POLÍTICA SOCIAL COMO OBJETIVO DEL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Durante los últimos años determinadas políticas comunitarias han padecido la crítica de diversos grupos sociales y de ciertos poderes o instituciones públicas de los Estados miembros de la Unión Europea, por “olvidarse” de la “cuestión social” y centrarse casi en exclusiva en la consecución de objetivos puramente económicos, propios, se ha dicho, de una “Europa de los mercaderes” y no de los ciudadanos. Lo cierto es que, se compartan o no tales críticas, éstas en buena parte han surtido efectos en las instituciones comunitarias y, muy especialmente, en los gobiernos nacionales, principal, al menos por ahora, motor del proceso de integración europea. El Consejo Europeo celebrado en Niza en diciembre de 2000, cumpliendo los acuerdos básicos adoptados en la anterior cumbre de Lisboa, aprueba la llamada “Agenda de política social”, introduciendo importantes directrices y objetivos sociales que debe perseguir la Unión Europea, y anunciando determinadas “acciones” o “medidas” dirigidas a la consecución de dichos objetivos, entre las que se encuentra la clarificación del actual marco normativo comunitario regulador de la contratación pública y, en el caso de ser necesario para alcanzar tales pretensiones, su modificación.

Pero antes de referirnos a esas medidas y a esos fines en el ámbito de la selección del contratista<sup>1</sup>, es preciso recordar que la preocupación de las instituciones comunitarias por la

(1) El ordenamiento comunitario no sólo admite, en los términos que se explicitarán, aspectos sociales como criterios de admisión de licitadores y de adjudicación de contratos, sino que también acepta la presencia de fines sociales en otras fases de la vida del contrato público. La Comisión Europea, en la trascendental y reciente “Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos” [COM (2001) 566 final, 15 de octubre de 2001, págs. 6 a 9 y 16 a 18], así lo ha indicado. Sin embargo, hasta la fecha el protagonismo de la presunta vulneración de la regulación comunitaria de los contratos públicos ha recaído sobre los efectos de las cláusulas sociales en el procedimiento de adjudicación, razón por la que este estudio se limita a esta fase de la formación de la relación contractual. No obstante, sí es oportuno referirse, siquiera sucintamente, a las que pueden concurrir en las demás fases, porque en algunos casos se conectan o, incluso, confunden como veremos, con las que son objeto de nuestra atención. En primer lugar, el propio proceso de gestación del contrato constituye un instrumento idóneo para introducir objetivos sociales, siempre que no supongan restricción alguna a los licitadores de los otros Estados miembros. Así, la misma determinación del objeto del contrato en el expediente administrativo de contratación puede efectuarse con una finalidad social clara y notoria: cuando el órgano de contratación acuerda la “necesidad” (art. 67.1 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: TRLCAP) de adquirir determinados bienes o servicios destinados a satisfacer las necesidades específicas de colectivos sociales desprotegidos, marginados o discapacitados (suministro de material de oficina para minusválidos empleados de la Administración, construcción de un centro de rehabilitación de ex toxicómanos, investigación por expertos de las vías de reinserción social de los presos, etc.) También, íntimamente conectado con lo anterior, la propia elaboración de los pliegos de prescripciones técnicas particulares permite conseguir importantes objetivos sociales con la ejecución del contrato, al introducir, por ejemplo, adicionales medidas de seguridad en la fabricación de ciertos productos. En segundo lugar, la Administración puede, por otra parte, imponer cláusulas sociales de preceptivo cumplimiento en la ejecución del contrato, condiciones que naturalmente deben publicarse para conocimiento de los posibles licitadores y que no pueden tener efectos discriminatorios para los licitadores de otros países comunitarios: la obligación de que el adjudicatario contrate a un determinado número o categoría de desempleados (de larga duración, jóvenes, mayores de 52 años, menores de 25 años, mujeres en sectores en los que estén subrepresentadas, discapacitados, inmigrantes,...) durante la realización de las prestaciones pactadas.

## Selección de los contratistas de la Administración

consecución de objetivos sociales a través de la contratación de los “poderes adjudicadores” de los Estados miembros no ha nacido ayer; y tampoco son recientes las lagunas que presentan las Directivas de contratos públicos sobre ciertas cláusulas de los pliegos contractuales o de algunas concretas normas de los ordenamientos nacionales de la contratación pública. El propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pese a pronunciarse sobre la legalidad comunitaria de una cláusula contractual relativa al desempleo<sup>2</sup>, no resuelve las dudas que los “aspectos sociales”<sup>3</sup> de la contratación pública están planteando en esos momentos en varios países comunitarios. Tal vez por esta insatisfactoria o insuficiente doctrina jurisprudencial, en 1989 la Comisión Europea aprueba un documento específico sobre la cuestión social (y también la regional) de la contratación pública, en el que analiza y evalúa los resultados de la armonización de las legislaciones nacionales de contratos públicos efectuada por las primeras Directivas de la contratación<sup>4</sup>, y que es valorado, aunque no en su debida medida, por el legislador comunitario al aprobar en 1992 y 1993 las Directivas aún vigentes<sup>5</sup>.

(2) Se trata de la famosa Sentencia de 20 de septiembre de 1988 (Asunto 31/87, Gebroeders Beentjes BV contra el Estado de los Países Bajos), a la que más adelante nos referiremos.

(3) Ésta es la denominación utilizada frecuentemente por la Comisión, expresión que comprende las llamadas “cláusulas”, “condiciones” o “criterios” sociales, aunque algo más. Es conveniente distinguir lo que se pretende decir con unos y otros términos, si bien en no pocas ocasiones parece que se usan indistintamente. Los “aspectos sociales” a los que se refieren las instituciones comunitarias son todas las vías posibles mediante las que está presente un fin social con ocasión de la celebración de un contrato público, incluyendo, pues, a la misma decisión administrativa de requerir una determinada prestación ejecutable por un contratista (y, en consecuencia, la inmediata y posterior definición del objeto del contrato) hasta las propias normas (legales o reglamentarias en su caso) que impiden ser contratista a quien incumpla obligaciones impuestas por la legislación social o laboral, pasando por una amplia diversidad de criterios o cláusulas que se establecen en los pliegos de condiciones administrativas particulares y que operan de distinta forma sobre los aspirantes a contratistas (unas veces determinan incluso su admisión o invitación a ciertos procedimientos licitatorios, otras constituyen méritos a valorar en la adjudicación del contrato y otras simplemente deberes que ha de cumplir únicamente el adjudicatario al ejecutar la prestación contractual). Son primordialmente las cláusulas sociales (y no los “aspectos sociales”) el objeto de las dudas antes indicadas sobre la adecuación de esta “política social contractual” a la normativa comunitaria, y muy especialmente aquellas cláusulas que se configuran por los poderes adjudicadores como criterios de adjudicación del contrato o de selección del contratista; por ello, no se analizarán aquí los “aspectos sociales” de la contratación pública comunitaria, si bien naturalmente habrá que abordarlos en alguna medida, sino más específicamente ciertas clases de ellos: los que han presentado más lagunas y conflictos con la aplicación e interpretación del ordenamiento comunitario de la contratación pública, esto es, las cláusulas sociales en sentido estricto.

(4) Vid. *Aspectos regionales y sociales de la contratación pública*, COM (89) 400 final, págs. 9 y ss. (DOCE núm. C 311, de 12 de diciembre de 1989).

(5) Como es sabido, las normas comunitarias que regulan los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos son, aparte de la específica sobre los “sectores excluidos”, la Directiva 92/50/CEE, de 18 de junio de 1992, sobre los contratos de servicios, la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre los contratos de obras, y la Directiva 93/36/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre los contratos de suministros, normas cuya refundición y modificación se pretende conseguir con la aprobación de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministros, de servicios y de obras, que, presentada por la Comisión [COM (2000) 275 final/2, de 30 de agosto de 2000], ha sido ya modificada por ella misma tras la emisión de los dictámenes de otras instituciones comunitarias [Propuesta modificada, COM (2002) 236 final, 6 de mayo de 2002].

Pero este nuevo marco normativo de los contratos públicos tampoco clarifica las cuestiones planteadas, continuando la confusión y los conflictos en numerosos ámbitos territoriales y sectoriales de la contratación pública en varios Estados miembros. “sí se explica que los ‘aspectos sociales’ formen parte de las asignaturas pendientes del ordenamiento comunitario de los contratos públicos, como subraya la Comisión en el Libro Verde “La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro”, elaborado en 1996<sup>6</sup>, y en la última Comunicación general aprobada sobre la contratación tan sólo dos años después<sup>7</sup>. Sin embargo, pese al avance que suponen dichas reflexiones y propuestas, éstas son demasiado genéricas e imprecisas, insuficientes para resolver definitivamente la discutible compatibilidad entre, por una parte, el Derecho comunitario, y, por otra, ciertas normas (y cláusulas de los pliegos) que presiden la adjudicación de los contratos y la selección de los contratistas en determinados Estados<sup>8</sup>. Por ello, la Comisión realiza por fin un estudio específico y exhaustivo sobre el tema, elaborando en el año 2001 la llamada “Comunicación interpretativa sobre la legislación comunitaria de contratos públicos y las posibilidades de integrar aspectos sociales en dichos contratos”<sup>9</sup>, documento que actualmente, si bien no soluciona

(6) La Comisión reconoce expresamente que “desde el momento de la entrada en vigor de las directivas de contratos públicos, se ha planteado constantemente la viabilidad y la conveniencia de perseguir estos objetivos sociales, teniendo en cuenta las limitaciones específicas que imponen las directivas para evitar que peligre su motivación esencial”. Vid. COM (96) 583 final, de 27 de noviembre de 1996, págs. 43 y 44.

(7) Vid. “La contratación pública en la Unión Europea”, COM (1998) 143 final, de 11 de marzo de 1998, págs. 28 y 29. Este documento, elaborado a partir de las propuestas formuladas en el Libro Verde y a la vista de las aportaciones efectuadas por instituciones (comunitarias y nacionales) y sujetos privados afectados, constituye hoy día el punto de partida que debe considerarse para la resolución de cualquier problema que se plantee en relación con, entre otros, los aspectos sociales de la contratación pública de los países comunitarios.

(8) Tan sólo 19 días después de aprobarse la última Comunicación sobre la contratación pública, se formula en el Parlamento europeo una interesante pregunta escrita a la Comisión en los siguientes términos: “El derecho francés de la contratación pública reconoce la existencia de una reserva en beneficio de las Sociedades Cooperativas Obreras de Producción (SCOP). La contratación pública del Estado y de las colectividades locales (artículos 62 y siguientes y 260 y siguientes de la normativa de la contratación pública) concede así un privilegio a las SCOP en forma de derecho preferencial con reserva automática de un 25 por ciento de la citada contratación. Aunque la legislación francesa sigue abierta a las empresas europeas y, por tanto, pueden participar en las licitaciones las SCOP de países miembros de la Unión Europea ¿es admisible que un Estado, por principio, reserve el 25 por ciento de la contratación a empresas de estatuto más particular? En otros términos, ¿no se cuestiona así la competencia entre el conjunto de las empresas de la Unión Europea, puesto que no está abierta la totalidad de la contratación en las mismas condiciones en el país antes citado?” Y la respuesta de la Comisión dos meses más tarde es la siguiente: “La Comisión está realizando un minucioso examen del problema al que se refiere Su Señoría, y le informará de su resultado lo más rápidamente posible”. (DOCE núm. C 323, 21 de octubre de 1998, pág. 101.)

(9) En su propia “Introducción” la Comisión, al exponer las finalidades de esta “Comunicación interpretativa”, admite implícitamente esa insuficiencia o falta de precisión de la Comunicación de 1998 sobre la cuestión social, así como también las propias limitaciones de este documento interpretativo, o incluso la provisionalidad de algunas de las medidas contenidas en él, no sólo porque, como veremos, estamos ante un ámbito donde el legislador nacional tiene un papel y una autonomía relevante en comparación con el comunitario, sino porque es consciente de que la Propuesta de Directiva introduce algunas reglas sobre el tema: “La presente Comunicación, que completa la Comunicación sobre la contratación pública de 11 de marzo de 1998, pretende precisar el abanico de posibilidades que ofrece el marco jurídico comunitario actual para integrar aspectos sociales en la contratación pública. En este sentido, cabe esperar que la presente Comunicación ayude a integrar, de manera óptima, los distintos aspectos sociales en los contratos públicos y contribuya, por tanto, al desarrollo sostenible, concepto este que combina el crecimiento económico, el progreso social y el respeto del medio ambiente”. [COM (2001) 566 final, 15 de octubre de 2001, pág. 4.]

## Selección de los contratistas de la Administración

las numerosas lagunas surgidas hasta la fecha, sí establece las bases o los parámetros de los que debe partirse para proponer soluciones.

En todo caso, ya no hay duda, si es que alguna vez la hubo realmente en la generalidad de los poderes adjudicadores y los licitadores comunitarios, de la indispensable presencia de la “cuestión social” en la contratación pública de los Estados miembros, porque, como dice la Comisión, la política del mercado interior, de la que forma parte la política de la contratación pública, “puede compaginarse con la consecución de otros objetivos, y entre ellos los de la política social”<sup>10</sup>. Y no puede ser de otro modo, ya que una de las prioridades establecidas en el Tratado de Amsterdam es la política social, objetivo que, por consiguiente, ha de estar presente en el ordenamiento de la contratación pública y en la misma contratación de los poderes adjudicadores<sup>11</sup>. Es más, el propio Libro Verde de la contratación pública considera que uno de los objetivos del mercado interior y, por tanto, de la contratación pública, es, precisamente, la creación de empleo; es decir, el marco regulador de los contratos públicos (y, por ende, la práctica contractual) constituye uno de los medios conducentes para la consecución de este fin social<sup>12</sup>. Éste es, pues, el punto de partida que, en relación con las cláusulas sociales, tiene que presidir la interpretación y la aplicación de los ordenamientos nacionales y comunitario de la contratación pública<sup>13</sup>: la política social es uno de los objetivos, directo o indirecto, de la políti-

(10) Vid. COM (2001) 566 final, 15 de octubre de 2001, pág. 4.

(11) Así lo han resaltado entre nosotros, especialmente, J.A. MORENO MOLINA (vid. *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 63) y E. MELERO ALONSO (“El contrato administrativo como instrumento para ejercer políticas públicas. Fomento del empleo estable y contratación con empresas de trabajo temporal”, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, núm. 1, 1999).

(12) “Si no se eliminan los obstáculos al suministro transfronterizo de bienes y servicios, estas favorables circunstancias no dejarán sentir plenamente sus efectos sobre el crecimiento económico, y en última instancia sobre el empleo. De esta manera el buen funcionamiento del mercado interior en el ámbito de la contratación pública entronca con el actual debate sobre un Pacto de confianza para el empleo”. Vid. COM (96) 583 final, de 27 de noviembre de 1996, pág. 2.

(13) En principio, es necesario diferenciar los contratos públicos regulados por las Directivas y los excluidos de esta normativa, pues mientras que los primeros deben respetar todo el ordenamiento comunitario de la contratación pública, los segundos únicamente deben ajustarse a los principios de los Tratados que sean aplicables a los contratos de los entes públicos, especialmente, en lo que afecta al tema que nos ocupa, al principio de igualdad de trato de los candidatos, “del cual la prohibición de discriminar a alguien por razón de su nacionalidad no es sino una expresión específica” (STJCE de 8 de octubre de 1980, asunto 810/79, “Überschär”). La distinción, como fácilmente se deduce, es capital, ya que en estos contratos “no comunitarios” la inclusión de cláusulas de índole social depende exclusivamente de la legislación del Estado miembro, quien, por consiguiente, goza de una amplia libertad sólo condicionada por el respeto a los principios básicos aplicable a la contratación pública que se contienen en el Derecho originario comunitario. Ello explica que la presencia e influencia de criterios sociales en la adjudicación de estos contratos no sea la misma en todos los países comunitarios.

Resulta, sin embargo, que en nuestro ordenamiento jurídico-administrativo de la contratación pública esa distinción ha desaparecido con la aprobación de la LCAP de 1995, porque, como ha resaltado J. M<sup>o</sup>. BAÑO LEÓN (vid. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *RAJ*, núm. 151, 2000, págs. 11 a 13 y 37), el Derecho comunitario de los contratos públicos no se aplica únicamente a los contratos sujetos a las Directivas, esto es, a los “contratos públicos comunitarios” (como sucede, por ejemplo, en Alemania), sino que las Directivas de contratación, al haber sido incorporadas a nuestro Derecho interno para todos los contratos (no sólo para los de “cuantía comunitaria”) que celebren las entidades públicas a las que se les aplica la legislación española de contratación administrativa (los entes incluidos en el ámbito subjetivo de aplicación del TRLCAP), se han convertido, sin imponerle el ordenamiento comunitario, en el Derecho común y general de la contratación pública española. Las consecuen-

ca de contratación pública comunitaria<sup>14</sup>. Así lo entiende también la Comisión Europea cuando, tras reconocer que las actuales Directivas sobre contratos no contemplan expresamente la persecución de objetivos de política social con motivo del procedimiento de adjudicación de un contrato público, afirma que dicha normativa “ofrece todo un abanico de posibilidades que, convenientemente aprovechadas, permiten alcanzar el resultado buscado”, posibilidades que describe en la citada Comunicación con el fin de lograr una *integración óptima* de los aspectos sociales en estos contratos; es más, incluso la propia subsistencia de la actual legislación comunitaria de contratación pública depende de la consecución o fracaso de esa “*óptima integración*”<sup>15</sup>.

## II. LOS ASPECTOS SOCIALES COMO CONDICIONES DE CAPACIDAD Y DE ADMISIÓN DE LOS CANDIDATOS<sup>16</sup>

### A) La “*solvencia social*” de los contratistas

#### a) La *inexistencia de una capacidad social contractual*

La actual regulación de los contratos públicos, tanto comunitaria como española, no prevé una aptitud o capacidad de carácter o *inspiración social* que condicione la participación de los aspirantes a contratistas en los procedimientos de adjudicación. No existe en el Derecho de la

CIAS, igualmente expuestas por BAÑO, son realmente relevantes y decisivas respecto de, entre otras, la cuestión objeto de este estudio, pues no se trata sólo de que inexcusablemente se deben aplicar reglas jurídicas comunitarias a contratos públicos españoles no sujetos a las Directivas, sino es que, además, tales normas deben interpretarse de la misma forma en el mismo sentido que si se aplicaran a contratos regulados en las Directivas.

(14) Cierto es, no obstante, que no es el único objetivo, y por eso precisamente a veces se produce la colisión, más aparente que real en no pocas ocasiones, con otro objetivo de la política de la contratación: la consecución del mercado interior intracomunitario, que demanda, como es sabido, el cumplimiento íntegro de principios esenciales del Derecho originario como son los de libre circulación de bienes y prestación de servicios.

(15) Vid. COM (2001) 566 final, 15 de octubre de 2001, pág. 6.

(16) Según la Comisión, uno de los instrumentos para la integración de aspectos sociales en los contratos públicos sometidos a las Directivas está constituido por las normas que impiden acceder a los procedimientos de selección de contratistas a quienes hayan incumplido determinadas obligaciones de índole social. Vid. COM (2001) 566 final, 15 de octubre de 2001, págs. 10 y 11. Son, usando la terminología de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo (art. 20 TRLCAP), las prohibiciones de contratar, que afectan a las personas que, no obstante poder disponer de la capacidad económica, financiera y técnica o profesional para ejecutar un determinado contrato público, no están facultados por la ley para obtener su adjudicación (y tampoco podrán licitar para obtenerla) por haber vulnerado, entre otras normas, determinadas reglas de la legislación social y laboral, al no estar al corriente en las obligaciones legalmente establecidas con la Seguridad Social [arts. 20.f) TRLCAP y 14.1 RGLCAP] o haber sido condenadas, bien mediante sentencia judicial firme por delitos contra la Seguridad Social o los derechos de los trabajadores, bien mediante sanción administrativa firme por infracciones graves en materia profesional o de integración laboral de minusválidos o muy graves en materia social o de seguridad y salud en el trabajo [art. 20.a) y d) TRLCAP].

Ahora bien, el fundamento prioritario de estas prohibiciones de contratar es la exigencia de una cierta honorabilidad o moralidad pública (o administrativa) que debe reunir todo aspirante a contratista de la Administración; el legislador considera que los sujetos que han lesionado estos intereses públicos o colectivos relevantes no merecen ser contratistas públi-

## Selección de los contratistas de la Administración

contratación pública ningún tipo de “solventía social” que, junto a las llamadas, por un lado, solventía económica y financiera (artículo 16 TRLCAP), y, por otro, técnica o profesional (artículos 17 a 19 TRLCAP), se requiera a los candidatos cuando así lo exija la concreta prestación del contrato objeto de licitación. Ciertamente, una “solventía social” como requisito de capacidad no está prevista en las Directivas (y, por tanto, no puede exigirla la Administración ni establecerla el legislador del país comunitario), porque, como destaca el TJCE en su trascendental sentencia Gebroeders Beentjes BV, “los poderes adjudicadores sólo pueden verificar la aptitud de los contratistas por criterios fundados en su capacidad económica, financiera y técnica” (apartado 17).

La capacidad que se requiere para ejecutar un contrato depende y está íntimamente condicionada por el propio objeto contractual<sup>17</sup>. Por ello, su apreciación y valoración tiene que realizarse atendiendo a las concretas prestaciones que debe realizar el adjudicatario. La capacidad contractual *stricto sensu* se refiere a la aptitud empresarial o profesional demandada para la correcta realización del objeto del contrato (y sólo a ella), es decir, a los medios humanos y materiales apropiados para ello. No existe, pues, una “capacidad social” o una “capacidad política” o una “capacidad moral” que requieran la ejecución de una obra pública, la prestación de unos servicios, etc.; lo que hay son criterios o condiciones de esta naturaleza que operan como requisitos de “aptitud contractual” (entendida ésta así en sentido amplio y genérico), como prohibiciones o inhabilitaciones para ser contratista, y, en consecuencia, como causas de selección o exclusión de los candidatos de los procedimientos licitatorios, mas nunca como causas basadas o fundamentadas en la capacidad o solventía necesaria para ejecutar el contrato objeto de la licitación<sup>18</sup>.

cos. Estas normas prohibitivas no responden, pues, a finalidad social alguna, aunque tal vez contribuyan en cierta medida a un menor incumplimiento de la legislación sociolaboral, a un mayor respeto a determinados colectivos sociales y al cumplimiento de algunos deberes públicos de inspiración social. Pero difícilmente puede admitirse que son cláusulas, condiciones o criterios, “sociales”, aplicables a un contrato determinado (o a cierta clase) establecidos por el legislador o la Administración como medio de alcanzar un objetivo social (mayor contratación por parte de las empresas contratistas de los discapacitados o de los desempleados,...). Estamos ante normas generales del ordenamiento de la contratación pública y ante actos administrativos (las inhabilitaciones apreciadas o declaradas, en los términos previstos en dichas normas, por encontrarse el inhabilitado en alguna de las situaciones “antisociales” legalmente tipificadas) que no guardan relación con el objeto del contrato ni con su correcta ejecución y que, por tanto, no son cláusulas contractuales cuya presencia en los procedimientos de contratación puede ser cuestionada a la vista de la legislación comunitaria de contratos públicos.

(17) Así lo señala la Comisión, aunque refiriéndose a la solventía técnica: “... el objetivo de la fase de selección consiste en elegir a los licitadores que los poderes adjudicadores consideran capaces de ejecutar el contrato. Las distintas exigencias impuestas deben, por tanto, estar directamente relacionadas con el objeto del contrato”. Vid. COM (2001) 566 final, 15 de octubre de 2001, pág. 12.

(18) La distinción es, como puede fácilmente deducirse, esencial, porque, entre otras razones, la capacidad empresarial o profesional (la solventía o aptitud contractual en sentido estricto) siempre ha de exigirse, pues así lo demanda la propia consecución del fin público principal subyacente en la decisión administrativa de efectuar ese concreto cometido o contenido objeto del contrato; en cambio, esas “capacidades no económicas o técnicas”, no reclamadas para la correcta ejecución del contrato, podrían, en su caso, no requerirse por el órgano de contratación, no establecerse por el legislador,..., ya que responden a otros fundamentos, ajenos, en principio, a la aptitud que en cada supuesto debe reunir el contratista para realizar las prestaciones requerida por la Administración.

## b) Las cláusulas sociales como elementos de la solvencia técnica

Así, pues, los aspectos sociales únicamente pueden operar como requisitos de capacidad contractual en la medida en que integran la solvencia técnica necesaria para la ejecución de un contrato concreto<sup>19</sup>, solvencia que sólo puede acreditarse mediante los medios indicados en los artículos 17, 18 o 19 del TRLCAP<sup>20</sup>.

Ahora bien, la simple lectura de estos preceptos, de preceptiva aplicación para verificar la capacidad técnica de los candidatos, basta para apreciar la ausencia de las cláusulas sociales más frecuentes en la contratación pública; los artículos 17 a 19 del TRLCAP no mencionan<sup>21</sup>, por ejemplo, a los desempleados de larga duración, los discapacitados o los trabajadores con contrato indefinido. Por tanto, ¿dónde están los aspectos sociales como elementos integrantes de la capacidad técnica del aspirante a contratista?, ¿es que realmente no los permite la actual normativa? Ésta parece ser la conclusión, porque los distintos órganos consultivos de contratación administrativa han admitido exclusivamente la presencia de una determinada condición social (la estabilidad de los empleados de la empresa) en virtud de su expresa inclusión en los actuales artículos 17.d), 18.c) y 19.d) del TRLCAP, tras haberse introducido en la LCAP por la Ley 53/1999<sup>22</sup>. Ha sido necesaria la modificación realizada por esta norma legal, la adición del inciso que actualmente

(19) Realmente, los instrumentos probatorios de la solvencia financiera o económica de la empresa, enunciados en el art. 16.1 TRLCAP, difícilmente pueden comprender elementos o aspectos sociales; y tampoco puede incluirlos cualquier otro medio acreditativo de dicha solvencia que, conforme al art. 16.3 TRLCAP, presente el candidato, puesto que, como señala la Comisión Europea, ese otro instrumento debe tener valor “probatorio”, es decir, “ser apropiado para demostrar la aptitud de los licitadores desde un punto de vista estrictamente económico y financiero de cara a un contrato específico”. En definitiva, “los documentos que pueden exigirse en la actualidad para evaluar la capacidad económica y financiera de los licitadores no ofrecen posibilidad alguna de tomar en consideración elementos de carácter social”. COM (2001) 566 final, 15 de octubre de 2001, pág. 10. Es, por consiguiente, la capacidad técnica la única solvencia empresarial o profesional en la que pueden, en su caso, en los términos que más adelante se expondrán, valorarse cláusulas o aspectos sociales. Así lo ha destacado la propia Comisión (pág. 12): “Las pruebas que permiten exigir las Directivas sobre contratos públicos sólo ofrecen la posibilidad de tener en cuenta la “solvencia social” de la empresa (denominada también, en ocasiones, “responsabilidad social”), si ésta demuestra la capacidad técnica de la empresa, ..., para ejecutar un determinado contrato”. En idéntico sentido se han pronunciado también ciertos órganos consultivos en materia de contratación administrativa, como, por ejemplo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CA madrileña, al afirmar, en su Recomendación 5/2001, de 27 de diciembre, que “tan sólo respecto de la capacidad técnica del empresario, podría considerarse la inclusión de aspectos sociales relacionados con el objeto del contrato”.

(20) A diferencia de lo que sucede con los medios justificativos de la solvencia económico-financiera, la lista contenida en estos preceptos legales tiene un carácter tasado o taxativo, como han recordado las Juntas consultivas de contratación administrativa y la Comisión Europea. Vid. Recomendación 5/2001 de la Junta madrileña, Informe 11/1999, de 30 de junio, de la JCCA estatal y la referida Comunicación interpretativa de la Comisión (págs. 9 a 11).

(21) Tampoco lo hacen los arts. 27 de la Directiva 93/37, 23 de la Directiva 93/36 y 32 de la Directiva 92/50.

(22) La JCCA estatal, en su reciente Informe 5/2002, de 13 de junio, tras recordar que la Ley 53/1999 introduce en los arts. 17.d), 18.c) y 19.d), como medio acreditativo de la solvencia técnica el Agrado de estabilidad en el empleo” del personal de la empresa aspirante a contratista, concluye en los siguientes términos: “A juicio de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa no puede por tanto suscitarse dudas sobre el extremo de que, a partir de la entrada en vigor de la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, sólo podrá ser utilizada, con las dificultades de aplicación práctica que puede

## Selección de los contratistas de la Administración

consta en los preceptos legales señalados<sup>23</sup>, la explícita previsión en la Ley de ese elemento social como parte de uno de los instrumentos acreditativos (el factor humano de la empresa) de la solvencia técnica, para que el órgano de contratación pueda, en su caso, valorar y considerar este aspecto de los medios humanos disponibles por el candidato<sup>24</sup>.

De esa forma, con la adición de ese inciso en los artículos indicados de la LCAP<sup>25</sup>, no hay ya duda alguna de que el órgano de contratación se encuentra facultado para apreciar, en su caso, la estabilidad en el empleo como un dato revelador de uno de los instrumentos

suponer, la circunstancia del grado de estabilidad en el empleo como causa de selección y exclusión de contratistas que no la cumplan". En la misma línea se manifiesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, en su informe 4/2001, de 23 de noviembre: "Otro objetivo o valor social ha sido incorporado en el seno de la contratación administrativa y considerado como medio acreditativo de la solvencia profesional de las empresas. Se trata del grado de estabilidad en el trabajo de los trabajadores de la empresa...".

(23) Parece lógico que de no ser precisa su expresa previsión en la LCAP, no se hubiera efectuado la citada incorporación por la Ley 53/1999.

(24) La JCCA estatal afirma, en su informe 11/1999, que los pliegos de condiciones administrativas particulares de los contratos de obras no pueden contener cláusulas sobre la siniestralidad laboral que se valoren como elementos de la solvencia técnica, al no permitirlo el Derecho comunitario y nuestro propio ordenamiento de la contratación administrativa, pues, dado "el carácter taxativo de los medios de justificación de la capacidad técnica del contratista", establecidos en el art. 27.1 de la Directiva 93/37 y el art. 17 LCAP; y "no poder encajar ningún índice, aspecto o cláusula de siniestralidad laboral en ninguno de los apartados del mencionado artículo 27, tales índices, aspectos o cláusulas, según la Directiva 93/37/CEE, no pueden figurar en los pliegos como requisitos de capacidad técnica". Por ello, "la siniestralidad laboral debe ser reducida o intentar ser reducida por la normativa tradicional en materia de seguridad constituida hoy por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y por el Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre, que establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras estableciendo este último, en su artículo 4, la obligatoriedad de un estudio de seguridad y salud o un estudio básico de seguridad y salud según el tipo de obras de que se trate".

Por el contrario, la JCCA de la Comunidad Autónoma de Madrid, a la vista ya de las posibilidades que explica la Comisión Europea en su Comunicación interpretativa, en la Recomendación 5/2001 mantiene una interpretación más flexible sobre la admisibilidad de cláusulas relativas a la seguridad y salud laboral en cuanto integrantes de la capacidad técnica. En efecto, tras recordar las obligaciones que la legislación específica en esta materia, tanto la nacional (la Ley 31/1995 y el Real Decreto 1627/1997) como la comunitaria (la Directiva 92/57/CEE), y el propio RGLCAP (art. 68.2), impone a los contratistas de obras y tras subrayar, asumiendo las consideraciones de la Comisión, la posible inclusión en los pliegos de prescripciones técnicas de particulares o específicas cláusulas dirigidas a la protección de la seguridad y la salud de los trabajadores y de terceros (señalización y almacenamiento de productos peligrosos, plan de circulación de maquinaria,...), acepta la siniestralidad laboral como elemento para valorar la solvencia técnica en los siguientes términos: "... podría exigirse, como medio de acreditar la citada solvencia del empresario, la determinación de las medidas y medios con que cuenta la empresa, en materia de seguridad, salud y prevención de riesgos laborales, relacionados con el objeto del contrato, como por ejemplo, técnicos en prevención de riesgos laborales". En suma, aunque muy escuetamente, este órgano consultivo confirma lo que ya hemos destacado: los aspectos sociales (en este caso la seguridad laboral) son admisibles en la medida en que los demanden las prestaciones objeto del contrato, y es evidente que la ejecución de una obra demanda medidas preventivas conducentes a garantizar esos bienes jurídicos protegidos por la legislación laboral antes indicada. Ciertamente es que tales factores sociales deben poder incluirse en alguno de los tasados medios justificativos de la solvencia técnica que enuncia el art. 27.1 de la Directiva 93/37 y el art. 17 TRLCAP, pero resulta que los valores sociales sobre siniestralidad laboral propuestos por la JCCA madrileña (los técnicos en prevención de riesgos laborales) sí están previstos en dichas normas, concretamente en sus apartados e), que se refiere a los "técnicos" o "unidades técnicas", que, integrados o no en la empresa, estén disponibles para la ejecución de la obra.

(25) Las Directivas no contienen referencia similar a la introducida por la Ley 53/1999, con lo cual cabría preguntarse si el legislador español de 1999 ha infringido el ordenamiento comunitario de la contratación pública. En nuestra opinión, los términos utilizados por el art. 32.2.c) de la Directiva 92/50, el art. 27.1.e) de la Directiva 93/37 y el art. 23.1.c) de la Directiva 93/36 permiten admitir ese elemento social de la estabilidad en el empleo, aunque sólo referido al personal

probatorios de este tipo de capacidad empresarial o profesional, cual es la composición y la cualificación del personal del que dispone la empresa. Así puede apreciarse, no sólo el promedio anual del personal no directivo, sino también el número de empleados integrados en la empresa, el mantenimiento, incremento o descenso del número de trabajadores, la conversión de contratados temporales en fijos, las categorías y las funciones desempeñadas por cada uno de ellos, su experiencia dentro de la empresa,...; en definitiva, se acepta, pues, que el grado de estabilidad de los empleados del candidato incide en la mayor o menor cualificación del personal disponible para la ejecución del contrato, y, por consiguiente, en la solvencia técnica requerida al contratista.

### **B) Las cláusulas sociales como criterios de participación en los procedimientos licitatorios**

Uno de los principios capitales que presiden la adjudicación de los contratos públicos es el de libre concurrencia, indispensable para la consecución de los objetivos del mercado interior comunitario, objetivos (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales) que, establecidos fundamentalmente en los Tratados, demanda la liberalización del mercado de los contratos públicos de los países comunitarios. Así lo destacan las propias exposiciones de motivos de las Directivas de contratación, y así se explica la regulación que hacen de los procedimientos de adjudicación de los contratos, disponiendo, entre otras reglas, la excepcionalidad del procedimiento negociado. Por ello, el ordenamiento, comunitario y también el nacional, de la contratación pública obliga a los poderes adjudicadores, no sólo a respetar la concurrencia de todas aquellas personas, físicas o jurídicas, que, encontrándose *capacitadas*, deseen la adjudicación de un concreto contrato, sino también a propiciarla o fomentarla, porque los propios intereses generales demandan una efectiva competencia en el mercado de la contratación pública, en tanto que una mayor presencia de ofertas contractuales, así como, en su caso, una mejora de las condiciones ofrecidas por los licitadores, favorece la “idoneidad” del sujeto contratista elegido por el órgano de contratación para ejecutar las prestaciones contractuales y la selección de la oferta económicamente más ventajosa para el interés público. No es de extrañar, pues, que no sean conformes con el Derecho de la contratación pública aquellas cláusulas de inspiración social, que, ajenas a la solvencia técnica requerida para la ejecución de cada contrato, impidan acceder al procedimiento de adjudicación.

No obstante, la propia normativa comunitaria admite ciertas restricciones (o, incluso, su misma ausencia) de la libre concurrencia cuando regula los procedimientos restringido

mencionado en tales normas, esto es, el personal técnico [que, por cierto, también es el que se cita en los originarios arts. 17.c), 18.c) y 19.c) de la LCAP], y no a todos los trabajadores integrados en la empresa candidata. La indicación o declaración de los técnicos de la empresa puede perfectamente incluir, no sólo sus funciones y categorías, sino cualquier otro dato referente a ellos que pueda influir o repercutir en la cualificación de estos medios humanos de la organización empresarial o profesional aspirante, como es, entre otros, su antigüedad en la empresa, las funciones desempeñadas desde que se incorporó a ella y las condiciones en las que ha prestado sus servicios (contratos temporales o indefinidos, a tiempo parcial, fijos o discontinuos,...) en cuanto repercutan en su capacidad profesional y laboral, y, por ende, en la solvencia técnica empresarial. Al menos, pues, en relación con este personal, la apreciación del grado de estabilidad en el empleo por parte de los órganos españoles de contratación no vulnera el Derecho comunitario.

y negociado. Por tanto, tal vez puede aceptarse la introducción de aspectos sociales entre los requisitos de participación en estos procedimientos de adjudicación, siempre que estas cláusulas no produzcan, directa o indirectamente, discriminación alguna de los aspirantes por razón de su nacionalidad<sup>26</sup>.

### a) Las condiciones sociales como requisitos de los licitadores en el procedimiento restringido

Según disponen los artículos 73.3 y 91.1.d) TRLCAP, en el procedimiento restringido únicamente pueden presentar ofertas aquellos candidatos capacitados que, habiendo presentado previamente su respectiva solicitud de participación en el procedimiento de adjudicación convocado, han sido seleccionados por la Administración para licitar por la consecución del contrato, han sido “invitados” por el órgano de contratación a la fase licitatoria del procedimiento. Esa invitación de los candidatos, que no son licitadores hasta tanto no son elegidos para la licitación, tiene que efectuarla la Administración conforme a los “criterios objetivos” que, previamente al anuncio del procedimiento, debe haber elaborado y justificado en el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la adjudicación y la ejecución de ese contrato determinado [artículo 91.1.a) TRLCAP]. Resulta obvio, pues, que estos “criterios objetivos” operan como auténticos requisitos de admisión en el procedimiento licitatorio, en la fase licitatoria del procedimiento de adjudicación, de tal forma que el candidato o solicitante que no los reúna, aún siendo plenamente capaz para ejecutar el contrato, debe ser excluido del procedimiento de adjudicación al tener el órgano de contratación la obligación de no admitirlo como licitador.

**RESULTA INDISPENSABLE  
LA PRESENCIA DE LA  
“CUESTIÓN SOCIAL” EN LA  
CONTRATACIÓN PÚBLICA  
DE LOS ESTADOS MIEMBROS  
PORQUE UNO DE LOS  
OBJETIVOS DEL MERCADO  
INTERIOR SEGÚN EL LIBRO  
VERDE ES LA CREACIÓN DE  
EMPLEO**

(26) Aparte de la libre competencia, es preciso considerar en el tema que nos ocupa otro principio esencial de la contratación pública comunitaria, igualmente consagrado en el Derecho originario, y que tiene un valor jurídico superior, al menos en el campo de la contratación, al que tiene la libertad de concurrencia: el principio de igualdad de trato. Las propias Directivas, no obstante las declaraciones contenidas en sus preámbulos y su mismo articulado reflejo de la trascendencia del principio de libre competencia en este ámbito, no contienen ningún precepto que se refiera, con carácter general e interpretativo de las normas que establecen, a este principio; en cambio, sí contienen una expresa previsión del principio de no discriminación de los candidatos a contratistas, disponiendo un claro mandato a los poderes adjudicadores de garantizarlo inexcusablemente: el art. 3.2 de la Directiva 92/50 dice que “Las entidades adjudicadoras velarán por que no se cometa discriminación alguna entre los diferentes prestadores de servicios”, y similar norma se contiene en los arts. 5.7 de la Directiva 93/36 y 6.6 de la Directiva 93/37, tras la reforma efectuada por la Directiva 97/52 que introduce en ambas dicho precepto. Por fin, la Propuesta de Directiva sí se refiere expresamente al principio de igualdad de trato, del que es una manifestación específica la prohibición de discriminación, y también al de transparencia, principio instrumental de los dos anteriores, sin, por cierto, mencionar a la libre concurrencia: “Los poderes adjudicadores tomarán todas las medidas necesarias para garantizar que se respeten los principios de igualdad de trato, de transparencia y de no discriminación”. Vid. COM (2000) 275 final/2, de 30 de agosto de 2000.

¿Puede la Administración incluir entre dichos “criterios objetivos” cláusulas sociales? La respuesta requiere necesariamente, en primer lugar, conocer cuáles son o pueden ser esos criterios objetivos. La vigente legislación española de contratación administrativa no enuncia, ni siquiera a título de ejemplo, ningún posible criterio de invitación, a diferencia, por tanto, de lo que sucede con los denominados “criterios objetivos” de adjudicación del concurso que sí se citan en el actual artículo 86 TRLCAP<sup>27</sup>; además, el TRLCAP (y su reglamento general de desarrollo, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre) tampoco los define o delimita, sin diferenciarlos, pues, de los criterios objetivos de adjudicación del concurso o de los requisitos de capacidad del contratista<sup>28</sup>. Probablemente por ello algún autor ha equiparado esas condiciones de admisión a la fase licitatoria del procedimiento restringido con los criterios de adjudicación del concurso<sup>29</sup>; pero esta interpretación no es acertada.

Como dice la JCCA estatal en su informe 36/01, de 9 de enero de 2002, “los criterios del artículo 91.1.a) para el procedimiento restringido no pueden identificarse con los criterios objetivos a que se refiere el artículo 86 de la Ley”, porque, según explica en su Informe 13/1998, de 30 de junio, “los primeros se establecen para invitar a participar y los segundos para adjudicar el contrato por concurso, con independencia de que si el legislador hubiera tenido intención de identificar los dos supuestos le habría bastado con realizar una remisión” de un precepto a otro. En todo caso, al margen de este último argumento, lo cierto es que la finalidad y el fundamento de uno y otro tipo de criterios es absolutamente distinto, por lo que no parece lógico que se refieran a idénticos factores (al menos cuando se trate de un procedimiento restringido con forma de concurso). Los criterios de invitación son condiciones de licitación, requisitos que se exigen a los candidatos para poder competir y participar en la licitación, requisitos que se exigen con carácter previo a la formulación de las proposiciones u ofertas económicas; en cambio,

(27) Como ha recordado J.L. GIL IBÁÑEZ, con la anterior normativa ocurría lo mismo con los criterios que presidían la denominada fase de “admisión previa” que podía tener lugar previamente a la adjudicación mediante subasta o concurso. Vid. *Procedimientos y formas de adjudicación de los contratos administrativos*, La Ley, Madrid, 1998, pág. 11. Ciertamente, los criterios objetivos de este trámite de selección de licitadores, cuya regulación en la LCE y el RGCE (tras las reformas de 1986) presentaba ciertas diferencias con el procedimiento restringido previsto en las Directivas entonces en vigor (vid. R. JURISTO SÁNCHEZ, *La adaptación del contrato de obra pública al Derecho Comunitario Europeo*, Madrid, 1987, págs. 127 y ss.), se citaban, sin tener un carácter tasado, en el último párrafo del art. 110 RGCE.

(28) Precisamente por ser necesaria esa distinción con los criterios de adjudicación del concurso, J.A. MARTÍNEZ MENÉNDEZ critica el silencio del art. 91. Vid. “Modificaciones introducidas por la Ley 53/1999 y el Real Decreto Legislativo 2/2000, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el expediente de contratación y el procedimiento de adjudicación”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 198, 2001, pág. 39.

(29) J.A. SANTIAS VIADA afirma que “a estos criterios objetivos les son de aplicación las consideraciones anteriormente realizadas y relativas a los criterios, también objetivos, de aplicación del concurso”. “La adjudicación de los contratos. Procedimientos, formas y criterios de adjudicación”, en la obra colectiva *Derecho de los contratos públicos (Estudio sistemático de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas)*, coordinada por B. PENDAS GARCÍA, Praxis, Barcelona, 1995, pág. 508, nota 28.

## Selección de los contratistas de la Administración

los criterios de adjudicación del concurso son méritos que se requieren a los ya licitadores para convertirse en el adjudicatario del contrato ofrecido por la Administración, por lo que deben necesariamente valorar y referirse a las ofertas o propuestas presentadas por los licitadores.

Asumiendo que los criterios de invitación para licitar en el procedimiento restringido no pueden coincidir con los que presiden la adjudicación por concurso, es obligado preguntarse de nuevo cuáles pueden ser esos elementos “objetivos” determinantes de la admisión en este procedimiento licitatorio. El artículo 91.1.a) TRLCAP contiene dos datos trascendentales. El primero es que han de ser “criterios objetivos”, y el segundo, contenido en el último inciso de la norma, es que tales criterios se fijan “de entre los establecidos en los artículos 16 a 19, según corresponda a cada contrato”<sup>30</sup>. Así, como puede observarse con una primera lectura del precepto, parece que concurre una contradicción, por cuanto los “criterios” regulados en los artículos 16 a 19 TRLCAP difícilmente pueden considerarse “objetivos”, al referirse más bien a ciertos aspectos claramente subjetivos, relativos a características del sujeto candidato que acreditan su capacidad para ejecutar el contrato que aspira conseguir<sup>31</sup>. Esa remisión legal permite sostener (impone más bien) que son caracteres propios de la empresa candidata a contratista los criterios que condicionan la participación en la licitación del procedimiento restringido, es decir, son criterios subjetivos en tanto que se refieren al sujeto<sup>32</sup>.

Ahora bien, realmente no hay contradicción alguna. Lo que sucede es que el sentido que tiene ese calificativo en el artículo 91.1.a) no puede ser el mismo que el que tiene en el

(30) Este inciso confirma la “natural” y lógica diferencia que existe (y debe existir) entre los criterios de adjudicación de los concursos y los criterios de invitación de los procedimientos restringidos.

(31) Sin citar este precepto, MARTÍNEZ MENÉNDEZ, basándose en ciertos preceptos de las Directivas (a los que luego nos referiremos) y en el apartado c) del art. 91 TRLCAP, que exige a todos los candidatos la aportación, junto a la solicitud de participación en el procedimiento, de la documentación acreditativa de su personalidad, capacidad y solvencia, mantiene una postura radical: “El único criterio que, en nuestra opinión, se podría incluir sería el de la solvencia económica, financiera y técnica o clasificación y, en consecuencia, sólo serían invitadas las empresas que acreditaran un plus de solvencia o, en el caso de clasificación, que estuviesen clasificadas en una categoría más alta o en mayor número de subgrupos de los necesarios para acudir a ese contrato. En definitiva, los criterios objetivos para ser seleccionado en un procedimiento restringido se tienen que referir necesariamente a “condiciones subjetivas” del empresario”. Vid. “Modificaciones...”, op. cit., Noticias de la Unión Europea, núm. 198, pág. 39.

(32) La propia JCCA estatal, incluso antes de la promulgación de la LCAP de 1995 (Informe 22/1994, de 16 de diciembre), admite que ciertos elementos subjetivos, tipificados como medios acreditativos de la capacidad del contratista, pueden servir como “criterios objetivos” en la selección. En su Informe 28/1995, de 24 de octubre, asume esta doctrina, aunque con carácter excepcional y sin referirse expresamente al procedimiento restringido: “... las denominadas ‘características de empresas’ en la contratación administrativa, por tanto en los bienes y servicios informáticos, normalmente deben jugar en el momento de apreciar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de la empresa”. Como regla general, según se señalaba expresamente en el citado informe de esta Junta, “el órgano de contratación no podrá realizar ningún procedimiento selectivo de licitadores que no esté referido al contenido formal de sus ofertas”, salvo, añadía —y con ello remarcaba su carácter excepcional— “que en el pliego correspondiente se haya determinado como criterios objetivos valorables de la selección de las mismas aquellos aspectos que se refieren a las características propias de la empresa”, como, por ejemplo, los “medios técnicos y humanos con los que cuenta la empresa, participación en proyectos similares, medios y procedimientos de trabajo de la empresa”, características del sujeto “que, hay que insistir,

artículo 86, relativo a la adjudicación por concurso. En efecto, la objetividad de los criterios de adjudicación necesariamente ha de aludir a las ofertas que presentan los licitadores, y, en cambio, la objetividad de los criterios de invitación a licitar no puede en modo alguno referirse a tales proposiciones u ofertas por la sencilla razón de que no se ha iniciado aún la fase licitatoria en el procedimiento restringido, no hay aún licitador alguno. Los criterios de invitación a los que alude el artículo 91.1.a) TRLCAP son también criterios objetivos, pero en cuanto no pueden ser ajenos al objeto del contrato, a las concretas prestaciones contractuales que debe realizar el adjudicatario<sup>33</sup>.

En definitiva, la finalidad misma del procedimiento restringido demanda esa dualidad de “objetividad/subjetividad” en los criterios de invitación del procedimiento restringido<sup>34</sup>. Este procedimiento de adjudicación se contempla para aquellos contratos cuya ejecución requiere unas particulares condiciones en los licitadores, unos específicos méritos, esto es, unas condiciones subjetivas relacionadas con las prestaciones contractuales; por tanto, se trata de unos criterios objetivos, en cuanto se refieren al objeto del contrato, y también subjetivos, en cuanto se refieren al sujeto y no a las posibles ofertas o proposiciones que decidan presentar en su caso. De esta forma, cabe establecer como criterio de la invitación la especial experiencia de la empresa en la realización de esas prestaciones con-

deben jugar normalmente al apreciar la solvencia económica, financiera y técnica de la empresa”. En la misma línea, GIL IBÁÑEZ acepta que tales características subjetivas se establezcan como criterios de invitación: “En tal sentido también serán admisible aquellos que hagan referencia a las empresas, exigiendo una cierta entidad de la misma –en personal o medios materiales–, una experiencia –ya demostrada en otros contratos con la Administración o con terceros–, etc.” *Procedimientos...*, op. cit., pág. 11.

(33) Ha sido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid el órgano que más clara y expresamente lo ha indicado, cuando, tras decir que “los criterios para la selección de los licitadores en las subastas y concursos que se celebren por procedimiento restringido han de ser objetivos”, añade lo siguiente: “Sentada la necesaria objetividad de los criterios para la selección, el juicio concreto sobre dicha objetividad ha de realizarse en relación con el objeto del contrato, que en ocasiones, puede determinar la utilidad, conveniencia o incluso necesidad de considerar los recursos humanos de la empresa, contemplándose la cualificación técnica y profesional..., sin que, en ningún caso los criterios objetivos de selección puedan identificarse con los requisitos de capacidad, solvencia económica y financiera y técnica o profesional (artículos 15 a 19 de la LCAP) –que pueden traducirse en la exigencia de clasificación que han de reunir todas las empresas que se presenten a la licitación– y que en consecuencia no pueden ser los mismos criterios determinantes de la selección y subsiguiente invitación a participar en la licitación”. También parece pronunciarse en este sentido GIL IBÁÑEZ, al señalar que pese al silencio de la ley sobre cuáles pueden ser esos criterios de licitación, “no hay duda que su determinación dependerá mucho del contrato de que se trate y de los derechos y obligaciones que comporte”. *Procedimientos...*, op. cit., pág. 11.

(34) Cierto es, sin embargo, que esa “descripción” de lo que deben ser los criterios de invitación se ha efectuado exclusivamente por la vía de la remisión normativa, a través de la remisión a las normas reguladoras de la solvencia económica, financiera y técnica o profesional de los contratistas, lo cual no contribuye precisamente a diferenciar estos requisitos de capacidad contractual y los criterios de selección que rigen este tipo de procedimiento licitatorio, y, por ello mismo, el legislador o más propiamente la Administración al aprobar el reglamento general de desarrollo del TRLCAP, debería haber completado el sucinto texto del art. 91.1.a).

## Selección de los contratistas de la Administración

tractuales<sup>35</sup>, la específica cualificación profesional del personal, técnico o directivo, requerido para la correcta ejecución contractual, la disponibilidad de instrumentos técnicos y medios materiales especialmente complejos o idóneos para garantizar en mayor medida el debido cumplimiento del contrato, etc. Y todo ello resulta avalado por las propias Directivas comunitarias que, más claramente que la sucinta regulación del artículo 91.1.a) TRLCAP, se refieren a características subjetivas de los licitadores<sup>36</sup>.

Estamos ya en condiciones de resolver la pregunta antes formulada relativa a la inclusión de cláusulas sociales entre los criterios de invitación del procedimiento restringido. La respuesta no puede ser otra que la afirmativa. La remisión del artículo 91.1.a) TRLCAP a los medios probatorios de la solvencia empresarial o profesional nos obliga a asumir la integración de los aspectos sociales en la denominada solvencia técnica en los términos anteriormente expuestos. Pero las posibilidades son aún mayores<sup>37</sup>, porque no parece demasiado congruente con los fundamentos de este tipo de procedimiento de adjudicación que la Administración pueda establecer cláusulas sociales para la selección de los contratistas en la misma medida en que puede hacerlo en el procedimiento abierto, esto es, sólo como elementos integrantes de la solvencia técnica o profesional exigible a todo

(35) Igualmente lo subraya la JCCA estatal en el Informe 13/1998 (y más escuetamente en el informe 36/01) en los siguientes términos: "Resulta así que de la finalidad y regulación concreta del procedimiento restringido contenida en las Directivas comunitarias y reflejada en el artículo 92 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no puede deducirse obstáculo alguno para que, a través de los criterios objetivos para invitar a participar se atiende a la experiencia o cierta especialización de las empresas, ya que si la finalidad de este procedimiento, como su propio nombre indica, es restringir el acceso al mismo a determinadas empresas, pudiendo limitar su número, resulta de todo punto lógico que esta restricción pueda llevarse a cabo mediante el criterio de la experiencia o especialización de las empresas, lo que confirma al artículo 110, párrafo cuarto del Reglamento General de Contratación del Estado, redactado nuevamente por el Real Decreto 2528/1986, de 26 de noviembre, con la finalidad de adaptar la disposición reglamentaria a las Directivas entonces vigentes sobre obras y suministros y que, aún refiriéndose a la fase de admisión previa que hoy debe considerarse sustituida por el propio procedimiento restringido, viene a establecer que... "Los criterios objetivos precisarán suficientemente los requisitos que hayan de reunir los empresarios para su admisión previa, justificando en el expediente la procedencia de los mismos y atenderán, entre otros, a factores tales como la experiencia de modernas tecnologías vinculadas al tipo de obra; la correcta programación de las obras en cuestión según digramas de tiempos, actividades y previsiones de costes; el plan de dispositivos e instalaciones disponibles en orden a la adecuada organización y ejecución del proceso constructivo o a otros factores análogos que permitan criterios seguros de selección.

(36) Así, por ejemplo, el art. 27.1 de la Directiva 92/50 dispone: "En los procedimientos restringidos y negociados, las entidades adjudicadoras, basándose en la información relativa a la situación personal del prestador del servicio y en los datos y formalidades necesarios para la evaluación de las condiciones mínimas de carácter económico y técnico que éste deba reunir, seleccionarán, entre los candidatos que reúnan las cualificaciones exigidas en los artículos 29 a 35, a aquéllos a quienes vaya a invitarse a presentar una oferta o a negociar". Similares términos se contienen en los arts. 19.1 de la Directiva 93/36 y 22.1 de la Directiva 93/37.

(37) La redacción del art. 91.1.a) TRLCAP es desafortunada, pues de su tenor literal parece deducirse que los criterios objetivos de invitación deben estar previstos en los arts. 16 a 19 del mismo texto legal, lo cual no es lo que disponen las Directivas. Las normas comunitarias, mencionadas en la nota anterior, no imponen que los criterios de admisión a la licitación del procedimiento restringido sean necesariamente criterios que estén tipificados en la ley como requisitos de solvencia; sólo exigen que se invite a candidatos que reúnan tales condiciones de solvencia y que los criterios de esa invitación o selección deben fundamentarse en características subjetivas, esto es, han de basarse "en datos sobre la situación personal del empresario, así como en los datos y formalidades necesarios para la evaluación de las condiciones mínimas de carácter económico y técnico que éste deba reunir" (art. 22.1 de la Directiva 93/37). Es preciso interpretar el art. 91.1.a) conforme al ordenamiento comunitario, dada la especial asunción de éste por nuestra legislación de contratación administrativa como indicamos en el inicio de este trabajo.

candidato interesado en la obtención de un determinado contrato público. Se trata de una licitación selectiva, y, por consiguiente, la Administración puede establecer en el pliego de condiciones administrativas particulares como criterios de admisión a la fase licitatoria del procedimiento restringido aquellas cláusulas sociales que considere conveniente, siempre que tengan relación con el objeto contractual y no menoscaben o dificulten la correcta ejecución del contrato: unas especiales medidas de prevención de la siniestralidad laboral, la presencia de determinados trabajadores cualificados con una determinada experiencia o antigüedad en el desempeño de sus funciones (generalmente serán empleados con contratos indefinidos), etc.

### **b) Los aspectos sociales en la admisión de los licitadores en el procedimiento negociado y en la contratación menor**

La introducción de cláusulas sociales entre los criterios de selección de los contratistas encuentra en estos procedimientos o modalidades de contratación pública su campo más idóneo y “natural”<sup>38</sup>, dada la amplia discrecionalidad administrativa otorgada por la ley para la determinación de las condiciones de participación (y de adjudicación misma del contrato) en tales procedimientos contractuales. Se trata, pues, de analizar en qué medida ese margen de libertad de la Administración, que alcanza en los términos legalmente establecidos a prescindir del propio principio de libre concurrencia, le permite incluir esos criterios sociales.

En primer lugar, en el procedimiento negociado<sup>39</sup> la Administración está facultada para elegir a los candidatos que, estando capacitados para ejecutar el contrato, considere más

(38) Así lo subraya también la JCCA catalana en su Informe 4/2001: “Sin embargo, no se valora suficientemente –sobre todo vistas las imposibilidades legales de proponer otras medidas conciliables con la normativa vigente– el segmento de la contratación de las Administraciones Públicas en que la ley otorga un grado de libertad más grande a los órganos de contratación en la selección del empresario contratista. Nos referimos a los contratos menores y a los procedimientos negociados por razón de la cuantía económica del contrato (...) Con estas modalidades contractuales, puede efectuarse de forma fluida la conexión con las entidades sin ánimo de lucro que lleven a cabo políticas sociales, y seguramente constituye un segmento de la contratación que de forma natural es más apropiado para estos objetivos. Así, obras de escasa cuantía y al mismo tiempo, en correspondencia, de escasa dificultad técnica, y multitud de servicios (de mantenimiento y diversidad de servicios auxiliares a la Administración) como algunos de gestión de servicios públicos pueden ser –y son en la práctica– expresiones concretas de incorporación de consideraciones sociales en la contratación administrativa”.

(39) Conviene recordar que no hay un único procedimiento negociado, sino dos; el negociado con publicidad y el negociado sin publicidad. Es cierto, sin embargo, que el art. 92 TRLCAP no los diferencia, pero sí lo hacen claramente las Directivas e implícitamente el mismo RLCA (arts. 91 y 92) como veremos a continuación. La distinción entre ambos es capital y no se limita únicamente a la inclusión del anuncio del contrato en el Diario Oficial correspondiente, sino que afecta a otros aspectos importantes del procedimiento de adjudicación que reflejan la existencia de ciertas reglas comunes a los procedimientos restringido y negociado con publicidad (algunas de las cuales sí afectan directamente a la cuestión social como se indicará más adelante), y, en consecuencia, normas distintas para ambas modalidades del procedimiento negociado, como son, entre otras, las contenidas en los arts. 19 de la Directiva 92/50, 11 de la Directiva 93/36 y 13 de la Directiva 93/37. Así, en los procedimientos restringido y negociado con publicidad los empresarios interesados en el contrato deben presentar una solicitud de participación en el procedimiento en el plazo indicado en la convocatoria, por lo que la mera condición de candidato en estos procedimientos se adquiere a instancias del interesado en la adjudicación; en cambio, en el negociado sin publicidad es la Administración quien decide quiénes son los candidatos al informarles del

## Selección de los contratistas de la Administración

apropiados para formular ofertas, sin que se encuentre obligada [como sí está en el procedimiento restringido: *ex* artículo 91.1.a) TRLCAP] a establecer previamente en el pliego de condiciones administrativas particulares los criterios de esa selección. Además, la legislación española de contratación administrativa tampoco indica cuáles puede ser los criterios de invitación en este tipo de procedimiento, y ni siquiera, a diferencia una vez más de lo que dispone para el restringido como vimos, exige que se trate de “criterios objetivos” referentes a la solvencia empresarial o profesional. Por tanto, al tener la Administración esa libertad para seleccionar a los candidatos y para fijar los criterios de esa selección, no parece existir obstáculo alguno a la presencia de cláusulas sociales entre dichos criterios de admisión, siempre que, por un lado, respeten el principio de igualdad de trato previsto en los Tratados y, por otro, contribuyan a satisfacer intereses públicos, intereses que pueden ser diversos y comprender, aparte del prioritario de conseguir el contratista más idóneo para la ejecución del contrato y que haya presentado la mejor oferta a la Administración, otros objetivos secundarios como pueden ser los propios de la política social. De esta forma, la Administración puede, bien reservar la participación en estos procedimientos contractuales a entes sin ánimo de lucro con fines sociales o asistenciales, bien exigir que entre los empleados de las empresas candidatas haya un porcentaje o número determinado de contratados indefinidos o de ciertas categorías de personas necesitadas de integración laboral o protección social (discapacitados, mujeres, inmigrantes, expresidarios,...), etc.; en suma, puede establecer cláusulas sociales como criterios de admisión a la fase negociadora del procedimiento, establecerlas como requisitos cuya ausencia en los candidatos que presentan su solicitud de participación (en el negociado con publicidad) o en los empresarios consultados por la Administración (en el negociado sin publicidad) determine su exclusión del procedimiento de adjudicación, al no ser invitados para presentar sus ofertas, al no ser seleccionados para negociar las condiciones del contrato público.

contrato que desea negociar. Consecuencia de lo anterior es otra importante diferencia: mientras que en los primeros la Administración sólo puede invitar a negociar a los solicitantes (invitación cuyo contenido y forma se regulan en la normativa comunitaria y española), en el negociado sin publicidad es libre de invitar a los empresarios capacitados que considere oportuno. Pero tal vez la diferencia más relevante, o al menos más “oculta”, es la que se deduce de la lectura de, por un lado, los arts. 27.3 de la Directiva 92/50, 19.3 de la Directiva 93/36 y 22.3 de la Directiva 93/37, y, por otro, el art. 92.1 TRLCAP, pues mientras que este precepto exige (“siempre que ello sea posible”) que la Administración pida la oferta a, como mínimo, tres empresas capacitadas, las normas comunitarias imponen ese mandato exclusivamente para el procedimiento negociado con publicidad.

Todo ello pone de manifiesto que en el procedimiento negociado con publicidad subsiste, en principio, la concurrencia, aunque es una concurrencia muy limitada, reducida o selectiva; realmente, lo que no hay en este procedimiento de adjudicación es licitación o competencia directa entre los candidatos invitados por la Administración a negociar los términos del contrato. Y precisamente porque estamos ante una concurrencia de candidatos se explica que el Tribunal de Cuentas, aunque refiriéndose a la contratación directa, llamara la atención “sobre la escasa amplitud con la que, en general, se ha producido la concurrencia de ofertas, limitándose normalmente al mínimo legal de tres las consultas a empresarios posiblemente interesados en la ejecución del contrato, aún en los casos normales en los que sean muy numerosas las empresas inscritas en el Registro de Contratistas de Obras del Estado con clasificación suficiente” (BOCG núm. 61, Serie A, de 19 de junio de 1995); y también se entiende que el denominado por la Comisión Europea “diálogo competitivo”, que se propone para la adjudicación de ciertos contratos en la Propuesta de Directiva, se prevea como un supuesto más del negociado con publicidad, y que la Comisión manifieste en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva lo siguiente: “En efecto, cabe señalar que, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, este tipo de diálogo no está permitido en el marco de los actuales procedimientos abiertos y restringidos. Además, las disposiciones existentes sobre el recurso al procedimiento negociado con publicación previa de un anuncio están limitadas a situaciones excepcionales y, según jurisprudencia constante del Tribunal, deben interpretarse de forma restrictiva”. Vid. COM (2000) 275 final/2, pág. 7.

En segundo lugar, como es sabido, con el nombre de contratos menores o contratación menor se alude a ciertos contratos administrativos típicos de escasa cuantía, cuya celebración no requiere un previo procedimiento licitatorio ni tampoco de selección del contratista, al menos en el sentido y en los términos previstos en la vigente legislación comunitaria y nacional de contratos públicos. No existe, por tanto, deber ni necesidad de fijar criterios de admisión al procedimiento de adjudicación, porque, como ha subrayado la JCCA estatal, en sus informes 40/1995 y 13/1996, ambos de 7 de marzo de 1996, no hay tal procedimiento. Estamos, pues, ante la auténtica contratación directa entre la Administración y un empresario o profesional, ante los contratos administrativos más próximos, en cuanto a los requisitos de celebración, a los contratos *inter privados*. No es, como acertadamente aclara este órgano consultivo, un supuesto más del procedimiento negociado sin publicidad, sino una “categoría o figura contractual”. Se trata de una forma de contratar, de un *modus operandi* de la contratación administrativa de exiguo presupuesto, propio, además, del ordenamiento nacional, sin estar previsto en las Directivas, por lo que no procede la *vis interpretativa* del ordenamiento comunitario de la contratación pública que rige preceptivamente para los conceptos, instituciones o figuras comunitarias aunque se refieran a contratos no incluidos en el ámbito de las Directivas.

Por todo ello, no es acertado preguntarse qué cláusulas sociales puede establecer la Administración como requisitos de admisión o selección de los contratistas menores; la Administración goza aquí de una amplia libertad para decidir quiénes, de entre los capacitados, pueden ser contratistas, únicamente limitada por el respeto a los principios de los Tratados aplicables a la contratación pública: la igualdad de trato, especialmente, la prohibición de cualquier tipo de discriminación por razón de la nacionalidad. Se trata de contratos no afectados por las Directivas, los únicos que el legislador español no ha “comunitarizado”, y, por tanto, es el segmento de la contratación administrativa idóneo para la persecución de fines sociales<sup>40</sup>, entre otros. Esta idoneidad se confirma al ser precisamente los contratos menores los contratos a los que normalmente pueden aspirar la mayoría de las pequeñas empresas y los entes con fines sociales, debiendo, por ello, las entidades públicas españolas utilizar esta modalidad contractual como instrumento de la política social. La Administración puede así reservar estos contratos administrativos a determinadas categorías de personas necesitadas de inserción social o laboral o entidades

(40) La Comisión Europea ha subrayado la libertad de cada país comunitario de introducir objetivos sociales en la adjudicación de los contratos públicos no regulados en las Directivas: “... Los Estados miembros tienen, asimismo, la facultad de decidir, dentro de los límites fijados por el Derecho comunitario, si los contratos públicos no contemplados en las Directivas pueden, o incluso deben, perseguir objetivos que no sean el de la “mejor relación calidad-precio”, al que apuntan las Directivas sobre contratación pública. Sin perjuicio de la normativa nacional en la materia, en lo tocante a estos contratos, los poderes adjudicadores disfrutan de total libertad para definir y aplicar criterios sociales de selección y adjudicación en el marco de sus procedimientos de contratación pública, siempre que observen las normas y los principios generales del Tratado CE, lo que implica, en particular, una transparencia suficiente y la igualdad de trato de los licitadores...”. Vid. COM (2001) 566 final, 15 de octubre de 2001, pág. 18.

## Selección de los contratistas de la Administración

no lucrativas con objetos asistenciales o sociales<sup>41</sup>, como son las empresas con numerosos trabajadores discapacitados, reinsertados en la sociedad, mayores de 45 años, jóvenes sin empleo anterior, mujeres, o los entes y asociaciones integrados por tales colectivos<sup>42</sup>; y ello lo puede hacer, además, sin necesidad de una previa expresa y específica habilitación legal<sup>43</sup>.

(41) La vigente normativa comunitaria (y la nacional) no permite mercado cautivo alguno respecto de los contratos públicos cuya adjudicación se efectúa a través de los procedimientos y formas regulados en las Directivas (y en el TRLCAP). Así lo señala expresamente la Comisión (“los cupos de contratos reservados para una categoría dada de proveedores o las preferencias de precios, por ejemplo, serían incompatibles con las actuales Directivas sobre contratos públicos”), resaltando, además, la incompatibilidad de esas normas o prácticas administrativas con el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (OMC), ya que en las negociaciones previa a este acuerdo internacional no se aceptó la excepción, propuesta por Estados Unidos, de reservar ciertos mercados en favor de determinados colectivos o empresas de minorías (lo cual, por cierto, no deja de ser sorprendente si se recuerda las políticas tradicionales de asistencia y protección social del Estado del bienestar en los países europeos frente a las políticas socioeconómicas liberales norteamericanas). Vid. COM (2001) 566 final, 15-10-2001, pág. 14, notas 51 y 53. También ha destacado la ausencia de amparo legal de las citadas reservas de contratos determinados la JCCA catalana en su Informe 4/2001. Pero lo cierto es que la creación de verdaderos mercados reservados a colectivos o entidades sociales puede en un futuro próximo alcanzar incluso a los “contratos comunitarios”. En efecto, la actual Propuesta de Directiva presentada por la Comisión recoge una enmienda formulada por el Parlamento Europeo por la que pretende introducir una novedosa norma en el ordenamiento comunitario (el artículo 19 ter de esa Directiva modificada), que permitiría a las autoridades nacionales reservar para ciertos colectivos sociales los contratos regulados en las Directivas, siempre que, “aclara” la Comisión, dicha reserva no implique “una exención de la aplicación de todas las demás disposiciones de la Directiva aplicable a los contratos públicos”: “Los Estados miembros podrán reservar la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos públicos a talleres protegidos o prever su ejecución en el contexto de programas de empleo protegido cuando la mayoría de los trabajadores afectados sean personas discapacitadas que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. Esta disposición deberá mencionarse en el anuncio de licitación”. Vid. COM (2002) 236 final, 6 de mayo de 2002, págs. 31 y 32.

(42) La propia Comisión, refiriéndose a cualquier contrato no regulado por las Directivas, acepta expresamente esta posibilidad en su Comunicación interpretativa (págs. 18 y 19): “Así, podrán admitirse las prácticas consistentes en reservar contratos en favor de cierta categoría de personas, por ejemplo, los discapacitados (talleres protegidos) o los desempleados. No obstante, estas prácticas no deberán suponer una discriminación directa o indirecta contra los proveedores de los demás Estados miembros, ni constituir una restricción injustificada de los intercambios. De este modo, una reserva de contratos en favor de los licitadores nacionales se considerará contraria a las normas y los principios generales del Tratado CE. Por el contrario, si la participación en los contratos está también abierta a los talleres protegidos de los demás Estados miembros, dicha práctica no se considerará a priori discriminatoria, pero la adjudicación del contrato deberá respetar, en particular, los principios de igualdad de trato de los licitadores y de transparencia”.

(43) No estamos ante un supuesto similar al previsto en la Disposición Adicional Octava del TRLCAP, a la que seguidamente nos referiremos, porque las cláusulas sociales en favor de ciertos sujetos que, en virtud de la expresa habilitación contenida en esta disposición legal, pueden incluir las entidades públicas en los pliegos de condiciones particulares se refieren a contratos que han de adjudicarse conforme a los procedimientos y formas establecidos en el TRLCAP y en las Directivas, es decir, “contratos comunitarios”. En cambio, como ya se ha indicado, los contratos menores no están sujetos a las Directivas, no rigen, pues, las reglas relativas a la selección de contratistas y la adjudicación de contratos ni tampoco los principios que presiden tales procedimientos de selección y de adjudicación; no hay, en suma, concurrencia alguna de candidatos sino en la medida en que la propia Administración contratante así lo decida. Por tanto, ésta es libre de seleccionar a entes sociales como contratistas menores, siempre que naturalmente sean aptos para ejecutar el contrato y se respete el principio de igualdad de trato; puede reservar tales contratos administrativos a las empresas o entidades de tipo social que considere convenientes.

### III. LOS CRITERIOS SOCIALES EN LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Ha sido precisamente la inclusión, en los pliegos de condiciones administrativas particulares, de ciertas cláusulas sociales entre los criterios que rigen la adjudicación de los concursos la vía más utilizada por la Administración para la consecución de objetivos sociales mediante la contratación pública. No es de extrañar, por ello, que sea éste el aspecto social que haya centrado la casi totalidad de los informes y dictámenes de los órganos consultivos consultados sobre la introducción de fines sociales en la contratación administrativa. Y, en consecuencia, menos aún debe sorprender que haya sido esta práctica administrativa contractual el principal objeto de los litigios y críticas doctrinales, acaecidos en relación con las cláusulas sociales de los pliegos contractuales<sup>44</sup>.

(44) Dentro de la doctrina, especialmente crítico con la inclusión de estas cláusulas sociales ha sido SANTIAS VIADA, al pronunciarse sobre la Disposición Adicional Octava del TRLCAP en los siguientes términos: “Ambos apartados, introducidos en la tramitación parlamentaria de las Leyes 13/1995 y 53/1999, responden a la finalidad de la conveniente introducción de las denominadas ‘cláusulas sociales’ en la contratación administrativa y merecen un juicio crítico negativo, dado que toda idea de preferencia repugna la objetividad de la adjudicación por concurso sin que quepa alegar la finalidad social que cumplen tales cláusulas, pues al margen que habría que cuestionarse por qué se incluyen éstas y no otras, las finalidades sociales deben ser cumplidas al margen y con independencia de la contratación administrativa...”. “Modificaciones introducidas en el texto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en materia de procedimientos, formas y criterios de adjudicación de los contratos”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 198, 2001, pág. 78. Y un lugar relevante merece la opinión de la Comisión Europea manifestada en su dictamen emitido sobre el Decreto 213/1998, de 17 de diciembre, por el que se establecen medidas en la contratación administrativa de la Comunidad Autónoma de Madrid para apoyar la estabilidad y la calidad del empleo, dictamen transcrito por la JCCA balear en el Informe 4/2002, de 27 de junio: “No cabe duda de que los objetivos que persigue la Comunidad Autónoma de Madrid en relación con la promoción del empleo estable no sólo son loables, sino que se adecuan perfectamente a la política social comunitaria. Lo que la Comisión objeta no es el fin, sino el medio. Las directivas comunitarias sobre contratación pública y las disposiciones del Tratado aplicables en la materia se integran en el marco de la realización del mercado interior: sus objetivos son, por una parte, optimizar la gestión de las compras públicas, tratando de obtener la mejor relación calidad-precio y, por otra, garantizar una competencia efectiva y unas condiciones de acceso al mercado iguales para todas las empresas. Las directivas que rigen la contratación pública no han sido por tanto concebidas como instrumentos de la política social, que tiene otros medios de los que servirse. Ello se refleja en el articulado actual de las directivas, que sólo admiten las dos formas de adjudicación descritas más arriba, sin que quepa incluir entre los criterios de adjudicación ninguna consideración ajena a la prestación concreta de que se trate...”. Pero, sin duda, más sorprendente aún es la justificación del Comité Económico y Social de la Comunidad Europea al rechazar una enmienda presentada en su órgano plenario a la Propuesta de Directiva; y sorprende porque, como es obvio, se trata del órgano comunitario más propicio, dadas sus funciones y composición, a la introducción de los criterios sociales adjudicadores: “La evaluación de ofertas para la adjudicación de un contrato público debe hacerse en base a criterios directamente relacionados con el objeto del contrato, que respondan a la finalidad de seleccionar la mejor y más ventajosa oferta, en aras de la transparencia, de la competencia y no discriminación y la mejor atribución de los contratos públicos. Mientras que los criterios medioambientales podrían admitirse como criterios de evaluación siempre y cuando se respete el principio enunciado en el párrafo anterior, el establecimiento de consideraciones de índole social si no se refieren exclusivamente al cumplimiento de una disposición legal, entendemos que no tiene como finalidad valorar la oferta en sí objetivamente en relación con el proyecto a ejecutar, sino que puede responder a cuestiones políticas y a reivindicaciones de determinadas organizaciones sociales, que no tienen que trasladarse al ámbito de la adjudicación de los contratos públicos. Más allá del cumplimiento de la legalidad, la posibilidad de que una Administración Pública pueda arbitrariamente establecer este tipo de cláusulas, conduce inevitablemente a distorsionar la competencia y perjudica al principio de igualdad de oportunidades y la transparencia, efectos todos ellos contrarios a lo que se pretende con la propuesta de Directiva: armonizar los procedimientos y promover un mejor funcionamiento del mercado interior”. (DOCE, 10 de julio de 2001, C193/13.)

### A) La “preferencia social” en la adjudicación

La Disposición Adicional Octava del TRLCAP permite que las Administraciones Públicas incluyan en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia para ser adjudicatarios, bien de las empresas que tengan un porcentaje de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por ciento de su plantilla, bien de determinadas entidades sin ánimo de lucro cuyas prestaciones sean de carácter social o asistencial, siempre que, en ambos casos, las proposiciones de estos licitadores “igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación”. Estamos ante un precepto legal de capital importancia en el tema que nos ocupa, al introducir un aspecto social en la adjudicación de los contratos públicos<sup>45</sup>. Pero, ¿cómo opera la cláusula social que contempla la norma?, ¿se trata realmente de un criterio de adjudicación?, ¿un criterio objetivo?, ¿un criterio aplicable a todo procedimiento y a todo sistema o forma de adjudicación?, o, ¿es más bien un nuevo modo de adjudicar, junto a la subasta, el concurso y el procedimiento negociado?

#### a) ¿Una nueva forma de adjudicación?

En principio, parece que es un cuarto sistema de adjudicación, porque ni se adjudica el contrato al mejor postor, al licitador que ha ofrecido el precio más bajo (subasta), ni se adjudica a la oferta más ventajosa para el interés público según el baremo de los criterios objetivos establecidos en el pliego (concurso), ni tampoco se adjudica libremente por la Administración (procedimiento negociado); no hay, pues, ejercicio de potestades discrecionales en el acto de la adjudicación. Se trata de una adjudicación automática, donde no existe apreciación subjetiva de la Administración para valorar

**NO EXISTE NINGÚN TIPO DE SOLVENCIA SOCIAL QUE JUNTO A LAS LLAMADAS, POR UN LADO, SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA Y, POR OTRO, TÉCNICA O PROFESIONAL, SE REQUIERA A LOS CANDIDATOS CUANDO ASÍ LO EXIJA LA PRESTACIÓN DEL CONTRATO OBJETO DE LICITACIÓN**

(45) Resulta llamativo que el TRLCAP continúe tipificando este peculiar y esencial precepto como una mera Disposición Adicional del texto legal, y no como una norma más de su articulado. Parece que el legislador español prefiere establecerlo al margen de la normativa de la contratación pública, como si fuera una norma extraña a ella o, al menos, difícilmente “encludable” en nuestro ordenamiento de contratos administrativos. ¿Será porque no hay ninguna disposición similar en las vigentes Directivas? Tal vez sea ésta la razón y así se explicarían dos concretas actuaciones de las instituciones comunitarias. Por una parte, el hecho de que la Comisión Europea haya cuestionado, en el aludido dictamen sobre el Decreto madrileño, la compatibilidad del “criterio de desempate en favor de las empresas que empleen trabajadores minusválidos” establecido en algunos pliegos de condiciones administrativas particulares de contratos adjudicados por la Comunidad Autónoma de Madrid. Por otra, la enmienda transaccional presentada por Ana Palacio Vallelersundi, miembro de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior del Parlamento Europeo, a la Propuesta de Directiva: “Cuando dos o más ofertas sean equivalentes a la vista de los criterios de adjudicación, podrá utilizarse un criterio relacionado con la lucha contra el desempleo, siempre que cumplan los principios fundamentales del Derecho comunitario, que no constituya una discriminación directa o indirecta contra los licitadores de otros Estados miembros y que esté expresamente mencionado en el anuncio de licitación”.

y determinar cuál es la mejor oferta para los intereses públicos<sup>46</sup>, porque el contrato debe adjudicarse, concurriendo los presupuestos y las condiciones referidas en la Disposición Adicional Octava, a un licitador concreto que reúne unas características subjetivas muy específicas. No se le adjudica el contrato según la oferta que ha presentado en el procedimiento licitatorio, sino según su propia persona, es decir, *intuitu personae*, al efectuarse la adjudicación necesariamente en favor de determinados sujetos: las empresas con un porcentaje de trabajadores discapacitados no inferior al 2 por ciento de su plantilla o las entidades no lucrativas cuyo objeto se refiera a prestaciones sociales o asistenciales, según se haya establecido en el pliego uno u otro régimen subjetivo para la adjudicación.

Todo lo anterior indica que se trata de un nuevo modo de adjudicación de los contratos públicos, aunque el legislador español no lo haya tipificado como tal y haya omitido cualquier referencia o declaración al respecto; es, además, un peculiar sistema de adjudicación que carece de la debida regulación, una normativa de mínimos incluso, que ofrezca cierta seguridad jurídica a los licitadores y a la Administración y permita así un control jurisdiccional más eficaz. Por ello, no resulta difícil “intuir” que estamos ante una norma de dudosa legalidad comunitaria, ya que únicamente son admisibles los sistemas (“criterios” en la terminología comunitaria) de adjudicación regulados en las Directivas<sup>47</sup>, entre los que no se encuentra el previsto en la Disposición Adicional Octava del TRLCAP<sup>48</sup>.

(46) Es cierto, sin embargo, que el TRLCAP dispone la preferencia de tales sujetos para ser adjudicatarios, esto es, no dice que “serán adjudicatarios” en esas circunstancias; mas entonces ¿qué es esa preferencia? Resulta evidente, pues así lo demanda el propio sentido y el fin mismo de la norma, que el legislador pretende que esas personas sean las adjudicatarias, las prefiere antes que a otras, las favorece, y para ello no puede permitir que haya discrecionalidad administrativa alguna en la adjudicación. El único margen de estimación subjetiva que la ley deja a la Administración se produce cuando concurren más de uno de estos sujetos; pero esto tampoco es cierto, al menos cuando estamos ante el supuesto previsto en el apartado primero de la Disposición, cuando concurren varias empresas en cuyas plantillas hay más del 2 por ciento de discapacitados, porque en tal caso debe ser adjudicatario la empresa con mayor porcentaje de minusválidos. Ahora bien, ¿y si tienen el mismo porcentaje o se trata del supuesto tipificado en el apartado segundo? ¿qué sistema o criterio de adjudicación procede aplicar ante ese “empate” en las ofertas y en las condiciones subjetivas preferenciales?: a) ¿el sorteo, como sucede en la subasta?; b) ¿la discrecionalidad propia del concurso?, y en este último caso, ¿qué criterios objetivos son los que determinarían la adjudicación?, ¿los del concurso?; c) ¿la discrecionalidad de la adjudicación efectuada mediante el procedimiento negociado? En principio, cualquiera de las opciones indicadas cabe, puesto que el TRLCAP no impone ninguna de ellas, y permite así que cada Administración contratante establezca en el pliego de cláusulas administrativas particulares las que estime más conveniente; no obstante, en el supuesto en que el pliego no la estableciera, lo más razonable y coherente con la voluntad administrativa manifestada en la elección del sistema de adjudicación es, sin duda, adoptar aquellos criterios de desempate propios del sistema empleado.

(47) Arts. 30.1 de la Directiva 93/37, 36.1 de la Directiva 92/50 y 26.1 de la Directiva 93/36. Más claramente el preámbulo de la Propuesta de Directiva dice que “conviene admitir solamente la aplicación de dos únicos criterios de adjudicación, que serán el del “precio más bajo” y el de la “oferta económicamente más ventajosa”. Vid. COM (2000) 275 final/2, pág. 48. Y el propio TJCE lo ha recordado en diversas sentencias, como, por ejemplo, en la de 26 de septiembre de 2000 (asunto C-225/98, Nord-Pas-de-Calais, apartado 49).

(48) El régimen preferencial de la Disposición Adicional Octava del TRLCAP no se encuentra amparado por el régimen excepcional de adjudicación previsto en el art. 30.3 de la Directiva 93/37: “El apartado 1 (que establece los dos únicos sistemas de adjudicación) no será aplicable cuando un Estado miembro se base en otros criterios para la adjudicación de los contratos, con arreglo a una normativa vigente en el momento de adoptar la presente Directiva, que tenga como obje-

### b) ¿Un criterio más de adjudicación?

Sin embargo, es precisamente esa difícil conciliación con la regulación comunitaria lo que quizás deba conducir a revisar las anteriores conclusiones, y considerar la posibilidad de que se trata de, usando la terminología del TRLCAP, un novedoso “criterio de adjudicación”, y no de un cuarto sistema adjudicador. En efecto, en la propia legislación española existen ciertos indicios en tal sentido; por un lado, la propia ubicación de la norma, tipificada como una disposición adicional y no incluida, pues, en la regulación del TRLCAP sobre los procedimientos y sistemas de adjudicación; por otro, las escasas normas, estatales y autonómicas, que la recogen o la desarrollan no instauran una forma de adjudicación distinta de las previstas en el TRLCAP. Es cierto, no obstante, que todo esto son sólo indicios, y que es preciso analizar el contenido del precepto, la misma esencia de la cláusula social que prevé, para comprobar, en su caso, que no es un nuevo sistema de adjudicación. Es decir, si es realmente un criterio adjudicador necesariamente tiene que ser compatible con los sistemas adjudicadores vigentes en nuestro ordenamiento, o, al menos, con alguno de ellos; si es un mero “criterio social” de la adjudicación, ¿cómo se articula con los demás criterios de adjudicación?, ¿en qué sistemas adjudicadores se aplica?

La Disposición Adicional Octava del TRLCAP no menciona sistema alguno de adjudicación, si bien parece que sólo contempla la presencia de esta cláusula social en los concursos, y no en las subastas, puesto que los términos utilizados por el legislador (proposiciones que “igualen en sus términos a las más ventajosas”) son característicos y propios del concurso<sup>49</sup>. Por el contrario, el referido Decreto 213/1998 de la Comunidad

**UNO DE LOS PRINCIPIOS  
CAPITALES QUE PRESIDEN  
LA ADJUDICACIÓN DE LOS  
CONTRATOS PÚBLICOS ES  
EL DE LIBRE CONCURRENCIA  
YA QUE SUPONE UNA  
MAYOR PRESENCIA DE  
OFERTAS Y UNA MEJORA  
DE LAS CONDICIONES  
OFRECIDAS POR LOS  
LICITADORES**

to que algunos licitadores tengan preferencia con la condición de que la normativa invocada sea compatible con el Tratado”. No rige esta norma comunitaria, por cierto ausente ya en la Propuesta de Directiva, porque nuestro régimen de adjudicación preferencial se introduce por la Ley 13/1995, posteriormente, pues, a la aprobación de la Directiva. Tampoco tiene amparo en el art. 31 de la Directiva, precepto igualmente suprimido en la Propuesta de Directiva, que admite las adjudicaciones preferenciales por motivos sociales y regionales: “La presente Directiva no constituirá obstáculo, hasta el 31 de diciembre de 1992, a la aplicación de las disposiciones nacionales vigentes sobre la adjudicación de los contratos públicos de obras que tengan por objeto reducir las diferencias entre las diversas regiones y fomentar el empleo en las regiones menos favorecidas o afectadas por el declive industrial, siempre y cuando dichas disposiciones sean compatibles con el Tratado, en particular con los principios de exclusión de cualquier discriminación por razón de nacionalidad, de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios, así como con las obligaciones internacionales de la Comunidad”.

(49) Parecidos términos emplea la Disposición Adicional Novena de la Ley navarra (“criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación”). En cambio, la Orden ministerial de 17 de diciembre de 2001 del Ministerio de Sanidad y Consumo sí la prevé expresamente como criterio de adjudicación del concurso (“cuando ésta se realice mediante concurso”).

Autónoma de Madrid establece este régimen preferencial para ambas formas de adjudicación (subastas y concursos)<sup>50</sup>.

Aparentemente, esta preferencia en la adjudicación es difícilmente compatible con la subasta, porque lo que caracteriza y define este sistema de adjudicación es que ésta se realiza únicamente en virtud del precio ofertado, sin atender a cualquier otro criterio<sup>51</sup>, pues de ser así no se trataría de una subasta, sino de otra forma de adjudicación; en la subasta es el mejor postor, el licitador que ha ofrecido el precio más bajo a la Administración, quien debe obtener el contrato, quien debe ser el adjudicatario. Ahora bien, dado que la preferencia subjetiva de la disposición adicional presupone la existencia de una igualdad de ofertas<sup>52</sup>, resulta evidente que esta adjudicación preferencial no infringe el único criterio de adjudicación que preside la subasta (el menor precio), ya que, en realidad, se trata de un mero criterio de desempate de ofertas económicas iguales; no hay, pues, discrecionalidad alguna en la adjudicación preferencial que realiza el órgano de contratación, al estar éste absolutamente vinculado por la ley a seleccionar la oferta del sujeto privilegiado o preferido por el legislador en las condiciones por él establecidas.

Cierto es, sin embargo, que la vigente regulación de este modo de adjudicación dispone un criterio de desempate distinto (el sorteo: artículo 87.2 RGLCAP), pero también es cierto que no hay obstáculo legal alguno a la coexistencia de ambos criterios de desempate: por una parte, el criterio general del sorteo, regla histórica en nuestro ordenamiento de la contratación administrativa, previsto en el reglamento, y, por otra, el criterio particular de la preferencia subjetiva, instaurado por la Ley 13/1995. Podría así admitirse que, junto al factor objetivo de la fortuna, se ha introducido en nuestra legislación de contratos el factor social que lo “sustituiría” en los supuestos previstos en la referida disposición adicional; es un elemento meramente subjetivo, ajeno a las ofertas

(50) Art. 5: “Los órganos de contratación establecerán en los Pliegos de cláusulas administrativas particulares la preferencia en la adjudicación de los contratos para las proposiciones presentadas por aquellas empresas que, sin estar sujetas a la obligación a que se refiere el artículo 4 de este Decreto, en el momento de acreditar su solvencia técnica, tengan en su plantilla un número de trabajadores minusválidos no inferior al 2 por 100, siempre que dichas proposiciones igualasen en sus términos a las más ventajosas después de aplicar el criterio precio en las subastas y los criterios objetivos establecidos para la adjudicación en los concursos...”

(51) Tal vez por ello, la JCCA estatal, en su Informe 44/1998, de 16 de diciembre, afirma que la norma sólo es aplicable a los concursos: “El alcance de la Disposición Adicional Octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pese a su apariencia, es bastante limitado, pues no hay que olvidar que la preferencia que establece lo es desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación...”

(52) Al exigirse la equivalencia o igualdad de las proposiciones económicas (y no, como dice el Orden de 17 de diciembre de 2001, una “igualdad entre dos o más licitadores”), no hay la preferencia subjetiva de precios que la Comisión Europea considera contraria al Derecho comunitario, pues estos regímenes no permitidos se refieren al “caso hipotético de que algunas categorías de licitadores disfruten de una preferencia de precio con arreglo a la cual la oferta presentada por el licitador A, aun cuando sea superior al de B, se considerará equivalente a esta última si A aplica una determinada política social, por ejemplo, una política activa de ascensos femeninos”. Vid. COM (2001) 566 final, 15 de octubre de 2001, pág. 14.

## Selección de los contratistas de la Administración

económicas presentadas por los licitadores, el que ante la igualdad de las proposiciones determina la adjudicación precisamente en aquellos casos en los que rige un único criterio de adjudicación: el del precio más bajo<sup>53</sup>.

Aceptada, pues, la presencia de esta cláusula social en las adjudicaciones por subasta, parece obligado admitirla en las adjudicaciones por concurso (y, por supuesto, en los procedimientos negociados), máxime cuando sólo puede operar la adjudicación preferencial en los casos de equivalencia o igualdad de ofertas, esto es, como criterio de desempate, y no como un criterio objetivo de adjudicación propio del concurso<sup>54</sup>. Es decir, la adjudicación preferencial sólo puede proceder tras la debida valoración de las proposiciones de los concursantes conforme a los criterios objetivos de adjudicación aludidos en el artículo 86 TRLCAP, establecidos en el pliego de condiciones particulares; únicamente después de esta fase del procedimiento licitatorio, después del resultado del concurso y sólo cuando haya varias ofertas con idéntica puntuación se aplicaría esta cláusula social. Se explica así, como ha resaltado algún autor<sup>55</sup>, la escasa operatividad de esta disposición adicional, pues si no es frecuente la existencia del empate de las ofertas económicas en el sistema de la subasta, menos parece serlo en los concursos.

### c) ¿Preferencias sociales sin expresa previsión legal?

Analizada la verdadera naturaleza jurídica de la preferencia para la adjudicación establecida en la Disposición Adicional Octava del TRLCAP, estamos en condiciones de pronunciarnos sobre la inclusión en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de criterios sociales de preferencia distintos a los mencionados en dicha norma legal, sobre si los poderes adjudicadores pueden preferir a otros “entes sociales” para ser adjudicatarios.

(53) Las vigentes Directivas no contemplan criterio social alguno de desempate de las ofertas económicas iguales, pero tampoco lo prohíben. No prevén ninguna regla de desempate, a diferencia de nuestro ordenamiento interno que consagra el sorteo, por lo que el Estado miembro es libre de establecer el criterio que estime oportuno, siempre que naturalmente respete los principios comunitarios que presiden la adjudicación de los contratos públicos.

(54) En este sentido se pronuncian, aunque sin calificarlo como criterio de desempate, la JCCA catalana en su Recomendación 1/2001 (“Esta ‘preferencia’ no es un criterio de adjudicación en el sentido estricto, es decir, en el sentido del artículo 86 LCAP, sino que representa un criterio de definición para hacer una propuesta de adjudicación, en el supuesto que después de aplicar los criterios de adjudicación se produzca una igualdad de méritos entre diversas ofertas”) y, más sucintamente, la JCCA estatal en su Informe 11/1999 (“por no constituir un propio criterio de adjudicación”). Por otra parte, también en la legislación autonómica que “desarrolla” la Disposición Adicional Octava del TRLCAP se aprecian elementos de juicio que confirman que no se trata de un criterio objetivo de adjudicación; tanto la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, como el citado Decreto 213/1998 de la CA madrileña regulan separadamente, por un lado, ese criterio de desempate de ofertas (Disposición Adicional Novena de la ley navarra y art. 5 del Decreto madrileño), y por otro, los criterios sociales de adjudicación (art. 62.8 de la Ley Foral y art. 2 del Decreto mencionado), que más adelante se analizarán.

(55) SANTIAS VIADA, tras manifestar su disconformidad con la Disposición Adicional, afirma: “Quizá esta crítica negativa puede ser superada si se tiene en cuenta la inoperancia de la respectiva norma, pues, aparte de la inclusión facultativa y no preceptiva de las cláusulas en los respectivos pliegos, lo cierto es que no se establece ninguna preferencia efectiva al quedar supeditada la misma a que se trate de proposiciones iguales y más ventajosas desde el punto de vista de la aplicación de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación, supuesto de difícil producción, tratándose de concursos”. “Modificaciones...”, *op. cit.*, Noticias de la Unión Europea, núm. 198, pág. 78.

En principio, parece que sólo las entidades allí contempladas pueden beneficiarse del régimen preferencial de adjudicación instaurado por la Ley 13/1995, y, por tanto, ningún otro “sujeto social”, como, por ejemplo, las empresas de economía social o las empresas que sirven a la inserción laboral de otros colectivos sociales con “grave riesgo de exclusión social y con especiales dificultades para lograr su integración en el mercado de trabajo normalizado”, porque la introducción de estos “entes sociales” en el ámbito de aplicación de la Disposición Adicional Octava es rechazada en la tramitación parlamentaria de, en lo que se refiere de las entidades de economía social, el Proyecto de la Ley 13/1995 (enmienda núm. 82 del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya presentada en el Congreso de los Diputados), y, respecto de las segundas, el Proyecto de la Ley 53/1999 (enmienda núm. 109 del Grupo Socialista también presentada en el Congreso). Es, pues, necesaria una expresa y específica habilitación legal, como la contenida en esta Disposición Adicional, para que la adjudicación pueda efectuarse atendiendo a la naturaleza jurídica de los licitadores o sus características organizativas ajenas a la concreta capacidad requerida para ejecutar ese contrato público (las vinculadas con la capacidad contractual se valoran al apreciar la solvencia de los candidatos), es decir, una adjudicación realizada a determinados licitadores por sus “rasgos personales” y no por las ofertas o proposiciones presentadas para, precisamente, conseguir esa adjudicación; una regla de adjudicación que, en definitiva, se aparta de las normas y los principios, consagrados en el TRLCAP y el Derecho comunitario, que presiden la adjudicación de los contratos públicos.

Y no sólo parece ser precisa una específica y previa previsión en una norma de rango legal, sino que, además, es necesario que sea una Ley estatal la que, en su caso, introduzca otras habilitaciones para que las Administraciones Públicas incluyan estas cláusulas sociales preferenciales en los pliegos, porque así lo impone el carácter básico que posee la regulación de tanto los principios como los sistemas y los criterios de adjudicación previstos en el TRLCAP. Prueba de ello es que la propia Disposición Adicional Octava es una norma básica, y que ha sido el legislador estatal quien, mediante la adición por la Ley 53/1999 de un segundo apartado en dicha Disposición, introduce en nuestro ordenamiento de contratación administrativa un régimen preferencial similar al previsto para las empresas con discapacitados.

Sin embargo, tal vez deban revisarse estas conclusiones y plantearse si verdaderamente es precisa una previa y específica habilitación en una Ley estatal para que los órganos de contratación introduzcan en los pliegos de condiciones administrativas particulares cláusulas de preferencia en la adjudicación en favor de sujetos distintos a los citados en la Disposición Adicional Octava del TRLCAP. Al tratarse de un mero criterio de desempate de proposiciones u ofertas equivalentes (como lo es para la subasta la regla del sorteo), cada órgano de contratación está facultado, en principio, para establecerlo en aquellos pliegos de cláusulas administrativas particulares que considere conveniente<sup>56</sup>.

(56) La JCCA catalana, en su Informe 3/1998, admite una cláusula social preferencial para la adjudicación del contrato, que no es la prevista en esta Disposición Adicional: “En cambio, consideramos viable y respetuoso con los requisitos gene-

## Selección de los contratistas de la Administración

En efecto, respecto del sistema de la subasta, no debe olvidarse que la regla del sorteo como criterio de desempate no es una norma básica. Por tanto, la Comunidad Autónoma puede, en primer lugar, prever, mediante Ley o Reglamento, un nuevo criterio social como regla de desempate, bien sea mediante una mera habilitación para que cada pliego de condiciones particulares la establezca (a semejanza, pues, de la Disposición Adicional Octava del TRLCAP, que, al ser norma básica, la habilitación en ella contenida vale para todos los órganos administrativos), o bien sea imponiendo a sus órganos de contratación que la incluyan en sus respectivos pliegos de cláusulas administrativas particulares; y, en segundo lugar, la CA puede limitarse, como ha hecho Navarra (Disposición Adicional Novena de la Ley 10/1998) y Madrid (artículo 5 del Decreto 213/1998), a imponer, en el ámbito de sus competencias, que sus respectivos pliegos de condiciones administrativas particulares contengan la cláusula social de desempate prevista en la Disposición Adicional Octava del TRLCAP<sup>57</sup>. Y en cuanto al concurso se refiere (y también el procedimiento negociado), cada órgano de contratación está facultado, al amparo especialmente de los artículos 4 y 86 TRLCAP (preceptos básicos ambos), para establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares la valoración y la ponderación de todos y cada uno de los criterios objetivos de adjudicación, y, en consecuencia, poder disponer que uno de esos criterios (el social) sea el que determine, en caso de empate de ofertas equivalentes, la adjudicación<sup>58</sup>.

**LA LEY PERMITE QUE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS INCLUYAN EN LOS PLIEGOS DE CLÁUSULAS PARTICULARES LA PREFERENCIA PARA SER ADJUDICATARIOS, BIEN DE LAS EMPRESAS QUE TENGAN UN PORCENTAJE DE TRABAJADORES MINUSVÁLIDOS O BIEN DETERMINADAS ENTIDADES DE LUCRO**

rales de la contratación pública introducir un factor de adjudicación complementario que permita dar preferencia, en la adjudicación de los contratos de obras, a las proposiciones presentadas por la empresa que, de manera justificada, se comprometan a emplear un porcentaje determinado de personas procedentes de empresas de inserción sociolaboral —ciertamente la fórmula más concreta tendría que ser facilitada por los impulsores del proyecto—. En todo caso, estas proposiciones tendrían que igualar, en cuanto a los términos, las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvieran de base para la adjudicación (en línea de lo que la LCAP expresa en la Disposición Adicional Octava, en relación con la contratación con empresa que tenga personas con discapacidad en su plantilla)”. En el mismo sentido se pronuncia la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana en su Informe 4/2002, de 5 de junio, al afirmar que la Disposición Adicional Octava (a la que por cierto califica de norma no básica) “no impide el que la Administración autonómica pueda establecer otros criterios adicionales de desempate que afecten a aspectos sociales, sin mermar la potestad del órgano de contratación de establecer criterios de desempate directamente vinculados con los criterios de adjudicación previamente establecidos”.

(57) También un órgano de la Administración General del Estado, como es el Ministerio de Sanidad y Consumo, ha establecido, como instrucción u orden de servicio, que los pliegos que rijan sus contratos incluyan esa cláusula social (art. 1 de la citada Orden de 17 de diciembre de 2001).

(58) Aparte de lo anterior, tanto la Administración General del Estado (Consejo de Ministros) como las Comunidades Autónomas y los entes locales pueden disponer las anteriores cláusulas sociales en los pliegos de condiciones administrativas generales que aprueben (art. 48 del TRLCAP) para determinados tipos de contratos públicos o con determinadas prestaciones o características de ejecución.

**B) Los aspectos sociales como criterios de adjudicación propios de los concursos**

Donde más se ha cuestionado la presencia de una cláusula social ha sido en la fase de adjudicación del contrato; en concreto, su expresa previsión en el pliego como mérito valorable para la adjudicación, su configuración como un criterio más de adjudicación en aquellos sistemas adjudicadores en los que no rige el criterio único del precio más bajo, especialmente en el concurso. No estamos, pues, ante cláusulas sociales que impiden el acceso al procedimiento licitatorio o cuya ausencia determina la exclusión de la licitación, y tampoco se trata de cláusulas sociales determinantes de la adjudicación, sino de algo aparentemente más modesto: una cláusula social que, junto a otras cláusulas que figuran en el pliego, deben valorarse para adjudicar el contrato. Por ello, resulta llamativo, en principio, que los recelos a la introducción de un criterio más de adjudicación (el criterio o cláusula social) hayan aparecido en el seno de los sistemas adjudicadores en los que la Administración goza de una amplia discrecionalidad para determinar cuál es la oferta más ventajosa a los intereses públicos. Pero es lógico que haya sido así, porque el ordenamiento comunitario de la contratación pública ha influido en la propia concepción de nuestros históricos sistemas discrecionales de adjudicación. En realidad, el Derecho comunitario ha afectado, no tanto a nuestras formas o modos de adjudicación, como a los criterios adjudicadores, a la propia discrecionalidad atribuida a nuestra Administración para establecer los criterios de adjudicación, y, por ende, determinar, conforme a tales criterios, cuál es la mejor oferta.

Es necesario diferenciar los llamados “criterios de adjudicación”, previstos en las Directivas, de las formas o sistemas de adjudicación regulados en el TRLCAP; mientras que los criterios de adjudicación solamente pueden ser dos (“el precio más bajo” o “la oferta más ventajosa económicamente”), los sistemas adjudicadores son tres (la subasta, el concurso y el procedimiento negociado)<sup>59</sup>. Criterios y sistemas de adjudicación son, por tanto, figuras distintas<sup>60</sup> aunque íntimamente relacionadas. Por un lado, está el crite-

(59) El procedimiento negociado regulado en el TRLCAP, además de ser un procedimiento específico de selección de contratistas diferenciado del procedimiento abierto y del restringido, es un modo de adjudicación distinto de la subasta y del concurso. El art. 73 TRLCAP, que describe los procedimientos de adjudicación, define al procedimiento negociado, no sólo como procedimiento de selección de contratistas (al remitir su apartado 4 al art. 92.3 que se refiere a la necesaria petición de ofertas a varios empresarios capacitados), a semejanza de la definición de los procedimientos abierto y restringido, sino que, sobre todo, lo define atendiendo a la adjudicación misma, como sistema de adjudicación en suma: “En el procedimiento negociado el contrato será adjudicado al empresario justificadamente elegido por la Administración...”. Es más, expresamente lo concibe como tercer sistema de adjudicación el art. 75.1: “Los órganos de contratación utilizarán normalmente la subasta y el concurso como formas de adjudicación. El procedimiento negociado sólo procederá en los casos determinados en el Libro II de la presente Ley para cada clase de contrato”.

(60) Más clara aún parece la diferenciación entre estos “criterios” comunitarios y los “criterios de adjudicación” de los concursos a los que alude el art. 86 TRLCAP. En primer lugar, los propios términos y conceptos de una y otra normativa así lo confirman, pues mientras que las Directivas se refieren al criterio del “precio más bajo” y de “la oferta económicamente más ventajosa”, el art. 86 menciona el plazo de ejecución o entrega, la calidad, el valor técnico, el precio,... En segundo lugar, como se explicitará más adelante, los criterios comunitarios no rigen únicamente en los concursos, sino que sirven también para los restantes sistemas adjudicadores: el primero es el que preside la subasta y el segundo los otros dos sistemas de adjudicación establecidos en nuestro ordenamiento. En tercer lugar, sólo el segundo de los dos criterios

## Selección de los contratistas de la Administración

rio de adjudicación comunitario del precio más bajo, que es el criterio de adjudicación presente en la subasta; mas es obvio que la subasta no es sólo un mero criterio de adjudicación aunque sea éste el principal elemento que lo define y lo diferencia respecto de los otros modos adjudicadores, sino que es una fase o proceso de licitación que termina con la adjudicación que, eso sí, debe efectuarse atendiendo exclusivamente al criterio económico, en favor de la oferta más barata para la Administración. Por otro lado, se encuentra el segundo y último criterio de adjudicación admitido por el Derecho comunitario (el de la oferta económicamente más ventajosa), y, en consecuencia, el criterio que debe presidir cualquier otra adjudicación no efectuada mediante la subasta, debiendo estar presente, por tanto, en los concursos y también en los procedimientos negociados<sup>61</sup>.

Así, pues, existe en nuestro ordenamiento un tercer sistema adjudicador (el procedimiento negociado), pero no un tercer criterio de adjudicación, que no puede haberlo, porque ninguna adjudicación puede realizarse atendiendo a principios o criterios no admitidos por el ordenamiento comunitario, ordenamiento que dispone un único criterio de adjudicación para el concurso y para el procedimiento negociado: el de la oferta económicamente más ventajosa para el interés público. Precisamente sobre este “concepto jurídico indeterminado”<sup>62</sup> se sustentan las claves para comprender buena parte de los problemas surgidos con la inclusión de cláusulas sociales entre los criterios de adjudicación de los concursos y, aunque no se ha planteado hasta el momento, también de los procedimientos negociados. Veamos las razones de ese rechazo a la cláusula social.

comunitarios sirve en el concurso. Ahora bien, esa distinción entre unos y otros “criterios de adjudicación” se difumina en gran medida cuando estamos ante el segundo criterio comunitario, por cuanto son precisamente los criterios del art. 86, recogidos también en los arts. 36.1.a) de la Directiva 92/50, 26.1.b) de la Directiva 93/36 y 30.1.b) de la Directiva 93/37, los que determinan cuál es la oferta económicamente más ventajosa al interés público, esto es, los que sirven inexcusablemente para aplicar este “criterio” de adjudicación.

(61) Todo lo anterior confirma que este segundo criterio de adjudicación no puede identificarse con nuestro concurso, que es, al igual que la subasta, un proceso adjudicador y no un mero criterio de adjudicación. Y confirma también que en el procedimiento negociado la adjudicación no se realiza mediante concurso, sino que se efectúa previos sus propios trámites, los que definen a este sistema o proceso adjudicador.

(62) Es reiterada la jurisprudencia del TS y de los TSJ que han subrayado esta naturaleza jurídica de “la proposición más ventajosa”, que es como se denomina en nuestro ordenamiento administrativo al concepto comunitario arriba indicado. A título meramente ejemplificativo, una de las más ilustrativas fundamentaciones jurídicas es la establecida en la STS de 7 de octubre de 1999 (Ar. 8840), cuyo FJ 4º merece reproducirse: “La Sentencia recurrida viene a apoyar tal fallo estimatorio en que en las decisiones basadas en el principio de discrecionalidad ha de partirse del supuesto de la existencia de diversas soluciones alternativas jurídicamente indiferenciadas entre las que ha de efectuarse la elección, mientras que en los supuestos en los que la habilitación legal para seleccionar se confiere mediante el mandato de aplicación de un concepto jurídico indeterminado, cual es el de la ‘proposición más ventajosa’, la decisión del órgano actuante requiere un proceso intelectualivo en el que, atendiendo a la realidad de las circunstancias que se le muestran, y no a su libre juicio, ha de concluirse en cuál de las ofertas presentadas es subsumible en el único supuesto de solución justa que se corresponde con la necesidad de seleccionar entre aquéllas precisamente la única que pueda merecer la calificación de ‘proposición más ventajosa’, lo que ha de verificarse de conformidad con los criterios establecidos en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso, que sirven de base para la adjudicación, (...)”.

### a) ¿Cláusulas sociales subjetivas entre los criterios objetivos de adjudicación?: la necesaria vinculación de los criterios sociales con el objeto del contrato

Uno de los principales obstáculos alegados a la presencia de los fines sociales en la fase de adjudicación de los concursos ha sido la “naturaleza objetiva” de los criterios que, según el artículo 86 TRLCAP, rigen la adjudicación del contrato<sup>63</sup>. No se han rechazado estas cláusulas por no estar previstas o mencionadas en dicho precepto legal<sup>64</sup>, sino por no poder asemejarse a los criterios adjudicadores en él referidos<sup>65</sup>, al ser más bien ele-

(63) No se ha interpretado esta objetividad como principio general de la actuación administrativa, opuesto a cualquier arbitrariedad, principio que afecta a la determinación de los criterios de adjudicación y la misma adjudicación de los contratos públicos, como resalta el TSJ de Andalucía en su sentencia de 14 de octubre de 1999 (“lo que no pueden desconocer los pliegos de condiciones a la hora de determinar los distintos criterios que deban establecerse así como la ponderación de los mismos es que los mismos deben ser objetivos para de ese modo evitar cualquier resultado discriminatorio o arbitrario en la adjudicación”), sino como un presupuesto más concreto, específico de la actividad contractual de la Administración, referido únicamente a la necesaria vinculación que debe existir entre el objeto del contrato y la oferta formulada por el adjudicatario.

(64) Tanto la doctrina como la jurisprudencia, comunitaria (recientemente la STJCE de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/2000, SIAC Construction Ltd, apartado 35) y nacional (incluida la jurisprudencia menor: STSJ de Andalucía de 14 de octubre de 1999, entre otras), y los órganos consultivos en materia de contratación administrativa (así, por ejemplo, la JCCA estatal en su Informe 11/1999) han recordado que la lista del art. 86 TRLCAP, al igual que la contenida en el anterior art. 36 LCE y en los correspondientes preceptos de las Directivas, no es tasada o exhaustiva, sino, en palabras de GIL IBÁÑEZ, “meramente ejemplificativa, de modo que aunque en ella se recojan los criterios más usuales, nada impide que puedan señalarse otros en los pliegos de cláusulas particulares, según las características de cada contrato”. *Procedimientos...*, op. cit., pág. 41.

(65) Ante las dificultades que presenta la calificación de ciertas cláusulas sociales como criterios objetivos de adjudicación, esto es, como criterios adjudicadores propios y específicos (los “criterios sociales”), similares a los enunciados en el art. 86 TRLCAP, se ha postulado su integración en alguno de los expresamente tipificados en este precepto legal, en concreto el de la calidad. Como indica el Consejo de Estado en su dictamen de 4 de junio de 1998 (núm. 1869/98), tanto la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía y Empleo de la CA madrileña como el Gabinete Técnico Confederal del sindicato UGT, han defendido la existencia de una estrecha vinculación entre, por un lado, la estabilidad en el empleo prevista en determinadas cláusulas sociales establecidas como criterios adjudicadores y, por otro, la calidad mencionada en el art. 86, “pues las empresas con plantilla estable son las que ofertan mejor calidad y satisfacen en mejor medida el interés público”, al ser “empresas que garantizan mayor profesionalidad, mayor experiencia, mayor formación, mayor motivación de los trabajadores, y menor tasa de siniestralidad laboral”. Tesis que asume claramente este máximo órgano consultivo en su posterior dictamen de 19 de noviembre de 1998 (núm. 3495/98), cuando afirma que “una de las posibles manifestaciones de seriedad y fiabilidad de una empresa puede ser precisamente la estabilidad y calidad de los contratos que ofrece a sus empleados, pudiendo ser un criterio objetivo para la adjudicación (...), dado que la calidad del empleo ofrecido por una empresa y la cualificación de sus recursos humanos, es uno de los factores objetivos que puede influir en la selección del contratista más adecuado”. Pero ello no es siempre así, aunque lo más probable es que lo sea y debería serlo. Las empresas con mayor número de trabajadores fijos no son necesariamente los licitadores que presentan las mejores ofertas para los intereses públicos, porque en la formulación de las ofertas se consideran otros elementos empresariales ajenos al factor humano que integra la organización empresarial, factor humano que, por cierto, ya se ha apreciado por la Administración al examinar la solvencia técnica concreta para ejecutar el contrato, esto es, en la selección del contratista. La calidad del producto, servicio o prestación, demandada por la Administración está en función, pues, de diversos criterios, que debe el licitador considerar cuando elabora su oferta, más relacionados con la ejecución requerida por el específico objeto del contrato que con la mera estabilidad del personal de la empresa. Sólo muy indirectamente pueden estas cláusulas sociales formar parte del criterio de la calidad, sólo en la medida en que la debida ejecución de las prestaciones contractuales demande esa estabilidad de los empleados. En este sentido, son ilustrativos los criterios de la adjudicación de un contrato de servicios efectuada por la Comisión Europea, e impugnada ante el Tribunal de Primera Instancia

## Selección de los contratistas de la Administración

mentos propios del sujeto y no del objeto contractual. Ciertamente, la JCCA estatal (y algunas autonómicas) ha resaltado la imprescindible vinculación que debe concurrir entre las concretas prestaciones del contrato sujeto a concurso y los criterios de su adjudicación<sup>66</sup>, rechazando que puedan considerarse para la adjudicación características de la empresa licitadora<sup>67</sup>, como son, entre otras, las cláusulas sociales incluidas en los pliegos de condiciones administrativas particulares que valoran la estabilidad del empleo o la siniestralidad laboral<sup>68</sup>.

(Sala Quinta) que la resuelve mediante Sentencia de 26 de febrero de 2002 (asunto T-169/2000, Esedra SPRL), porque entre los elementos que se consideran para valorar “la calidad de la oferta y del servicio propuesto” (la gestión de una guardería para los hijos de los agentes de las instituciones europeas) no figura las condiciones de estabilidad de la plantilla, sino “la metodología y los medios de control propuestos para el control de: la calidad del servicio y la gestión, la preservación de la estabilidad del personal y el desarrollo del proyecto pedagógico” (apartado 12); es decir, no se valora el grado de estabilidad en el empleo, sino únicamente las medidas propuestas en la oferta para garantizar, entre otras cosas, esa estabilidad de los trabajadores.

(66) La JCCA de la CA de Madrid, en su Recomendación 5/2001, requiere incluso una vinculación estricta al objeto contractual.

(67) Aún sin referirse expresamente a las cláusulas sociales, la JCCA estatal ha sido contundente al no admitir como criterios “objetivos” de adjudicación de los concursos caracteres o elementos del sujeto licitador, existentes con independencia del concreto objeto del contrato que se aspira conseguir y de la misma oferta que presenta para ello. Esta doctrina reiterada del órgano administrativo consultivo más especializado en la contratación pública debe también considerarse en el tema que nos ocupa, por cuanto una de las condiciones subjetivas rechazadas ha sido, precisamente, el factor humano de la organización empresarial, esto es, su personal, y ha de recordarse que varias de las más frecuentes cláusulas sociales se refieren a este elemento de la empresa (contratados fijos, discapacitados,...). Así, muy tempranamente, el Informe 28/1995, en línea con otros emitidos con anterioridad incluso a la Ley 13/1995 (Informe 22/1994, de 22 de diciembre), señala que, al margen de que se consideren o no que son “características de la empresa”, no son equiparables a los criterios de adjudicación del concurso los “medios técnicos y humanos con los que cuenta la empresa, participación en proyectos similares, medios y procedimientos de trabajo de la empresa”; más recientemente, los Informes 36/2001 y 37/2001 justifican la anterior conclusión en que “con arreglo a la redacción de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los medios personales y materiales deben considerarse requisito de solvencia del contrato”, y no “criterios de adjudicación o de valoración de las ofertas en un concurso”.

(68) Con carácter general, sin referirse a cláusulas concretas, varias juntas consultivas de contratación administrativa rechazan la inclusión de las cláusulas sociales entre los criterios adjudicadores, aludiendo a la indispensable conexión con el objeto del contrato, entre las que destacan la JCCA catalana (Informe 3/1998) y la balear (Informes 16/2001 y 4/2002). Por otra parte, en relación ya con determinadas cláusulas sociales, hay que mencionar al Informe 44/1998 de la JCCA estatal, pues, tras señalar que “cuando se quieren incluir características de la empresa entre los criterios de adjudicación del concurso se hace de manera expresa en la propia Ley y con un alcance verdaderamente limitado” (la Disposición Adicional Octava), añade: “En cuanto a los criterios de estabilidad de la plantilla de trabajadores de la empresa, de porcentaje de trabajadores con contrato indefinido y de las nuevas contrataciones de personal vinculadas a la ejecución del contrato es evidente que constituyen características de las empresas que no pueden funcionar como criterios de adjudicación en el concurso, sobre todo, dado que pueden producir un efecto discriminatorio respecto a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Unión Europea cuyas respectivas legislaciones pueden no adecuarse con las categorías laborales de la legislación española o que se verán imposibilitados o en condiciones muy difíciles de cumplir para acreditar que concurren los requisitos exigidos por los pliegos respectivos”. Distinta razón alega la misma Junta Consultiva en el Informe 5/2002, al rechazar que el “grado de estabilidad en el empleo” pueda establecerse como criterio valorable para la adjudicación de los concursos porque la reforma de la LCAP efectuada por la Ley 53/1999 tipifica ese elemento subjetivo como un expreso requisito de la solvencia técnica del contratista, y no como un criterio de adjudicación de los contratos. Respecto de las condiciones relativas a la salud y seguridad en el trabajo, destaca también el Informe 11/1999, en el que el órgano consultivo señala que en la lista del art. 86 TRLCAP no aparece criterio de adjudicación

## b) La “dimensión económica” de los criterios adjudicadores

También se ha cuestionado la legalidad comunitaria de los criterios sociales de adjudicación, por no contribuir a la determinación de la “oferta más ventajosa económicamente”, al no poder ser valoradas económicamente y/o no reportar beneficios económicos para la Administración adjudicadora<sup>69</sup>. En especial, la Comisión Europea, adoptando una interpretación extremadamente economicista de lo que es la “oferta más ventajosa económicamente”, ha exigido: a) que la cláusula social sea medible en términos económicos; b) que este criterio de adjudicación suponga en sí mismo una ventaja económica para el poder adjudicador; c) que dicha ventaja sea directa, esto es, se derive de la ejecución de ese contrato, y d) que, en el supuesto de concurrir varios criterios sociales, todos ellos deben reunir los presupuestos antes mencionados<sup>70</sup>. No se trata, pues, según la Comisión, de que las cláusulas sociales que se establezcan como criterios adjudicadores sean susceptibles de valoraciones económicas, sino de que todos y cada uno de los criterios deben ofrecer una “ventaja económica directa” para la Administración contratante, sin que, como dice en el citado dictamen motivado emitido sobre el Decreto madrileño, quepan consideraciones relacionadas con “la economía en general”.

cación alguno relativo a características de la empresa, “sino que todos ellos se refieren a la propia oferta y al objeto posible del contrato, sin que, por tanto, el dato de la siniestralidad laboral tampoco pueda ocupar un lugar entre dichos criterios”.

Una posición discordante adopta la JCCA de la Comunidad Autónoma de Madrid, por cuanto en su Recomendación 5/2001 admite como criterios adjudicadores del concurso las cláusulas que establezcan “medidas de mejora para la seguridad y salud laboral, en determinados contratos, siempre que estas medidas tengan relación directa con el objeto del contrato, o sus condiciones de ejecución”; son, pues, medidas adicionales a las exigidas para apreciar la solvencia técnica requerida en ese concreto contrato.

(69) Aparte de la Comisión Europea, diversos órganos administrativos de varios países comunitarios se han referido a esta preceptiva función de los criterios adjudicadores. Así, por ejemplo, en el asunto C-513/99, resuelto por el TJCE en la Sentencia de 17 de septiembre de 2002, los Gobiernos neerlandés, austríaco y sueco defienden ese carácter económico y/o esos efectos económicos que deben concurrir en el criterio medioambiental cuestionado en el proceso (ver apartados 68, 69, 70, 71 y 100 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Jean Mischo presentadas el 13 de diciembre de 2001). Entre nosotros, se pronuncia en este sentido la JCCA catalana en su Informe 4/2001: “Los criterios de adjudicación en el concurso son abiertos (art. 86 TRLCAP), pero todos tienen o deben tener como finalidad valorar la propuesta de ejecución futura del objeto contractual desde la consideración de las ventajas económicas que supone la oferta (...) las cláusulas sociales no participan, en principio, de la condición que las normas jurídicas consideran como elemento que ha de intervenir en la calificación valorativa de “proposición más ventajosa”. Las normas jurídicas vigentes no consideran las cláusulas sociales como criterios de adjudicación”.

(70) “Para determinar la oferta económicamente más ventajosa se pueden utilizar criterios que integren aspectos sociales, cuando éstos comporten para el poder adjudicador una ventaja económica ligada al producto o servicio objeto del contrato. En este contexto, cabe preguntarse si el concepto de “oferta económicamente más ventajosa” implica que cada uno de los criterios de adjudicación escogidos deberá comportar una ventaja económica en beneficio directo del poder adjudicador, o si, basta con que cada uno de tales criterios pueda medirse en términos económicos, aun cuando no presente una ventaja económica directa para el poder adjudicador que se refleje en la compra considerada (...) Tanto en el Libro Verde como en la Comunicación antes citada sobre la contratación pública, la Comisión se ha pronunciado claramente en favor de la primera interpretación”. Vid. COM (2001) 566 final, 15 de octubre de 2001, págs. 14 y 15.

### c) La doctrina de los criterios adicionales de adjudicación: ¿una solución válida?

Probablemente ante las dificultades que presenta tanto la necesaria vinculación de los criterios con el objeto contractual como su debida contribución a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa, distintos órganos e instituciones administrativas, nacionales y comunitarias, han defendido la existencia de una categoría *sui generis* de criterios adjudicadores constituida en exclusiva por las cláusulas sociales. Y para ello se han basado en la sucinta doctrina del TJCE, contenida en las dos únicas sentencias que tratan directamente los aspectos sociales en la contratación pública: la de 20 de septiembre de 1988 (asunto Beentjes) y la de 26 de septiembre de 2000 (asunto Nord-Pas-de-Calais). Sucede, no obstante, que los fundamentos jurisprudenciales a los que acuden dichas entidades públicas no son, a nuestro juicio, suficientes ni idóneos para amparar una nueva clase de criterios de adjudicación a la que, por cierto, ninguna norma comunitaria parece referirse.

Amparándose bien en la sentencia de 26 de septiembre de 2000 (nuestras juntas consultivas de contratación administrativa), bien en la sentencia Beentjes (muy especialmente la Administración francesa en el proceso Nord-Pas-de-Calais y la propia Comisión Europea en su Comunicación interpretativa), esas autoridades administrativas o gubernativas mantienen que el Tribunal de Luxemburgo ha admitido los criterios sociales de adjudicación, siempre que sean complementarios, accesorios o adicionales, no determinantes de la adjudicación del contrato, “criterios de adjudicación”, pues, distintos a los establecidos en las Directivas. Pero en ningún lugar de tales resoluciones judiciales utiliza el Tribunal esos calificativos u otros equivalentes, esto es, no se refiere a carácter secundario o complementario alguno ni contiene una fundamentación jurídica suficientemente clara que ampare esa innovadora “clase” de criterios adjudicadores; tan sólo admite, y únicamente lo hace en la Sentencia de 26 de septiembre de 2000, la posibilidad de que ciertas cláusulas sociales constituyan criterios de adjudicación<sup>71</sup>.

En efecto, en la sentencia Beentjes el TJCE sólo califica a la cláusula social de “condición particular adicional” (apartado 36), de “condición específica adicional” (apartado 37 *in fine*), sin decir que se trata de un criterio o condición de adjudicación, sino más bien lo contrario. Lo que el órgano jurisdiccional sostiene es algo más modesto aunque más importante en esos momentos: a) la condición de emplear trabajadores en paro prolongado “no guarda relación ni con la verificación de la aptitud de los contratistas por su capacidad económica, financiera y técnica, ni con los criterios de adjudicación del contrato” aludidos en las Directivas (apartado 28), y b) la disconformidad de esa cláusula social con la normativa comunitaria se produce cuando suponga discriminación para los licitadores de otros países comunitarios o cuando no conste en el anuncio de la licitación, es decir, cuando no respete los dos principios esenciales de la contratación pública

(71) Por el contrario, la Recomendación 1/2001, de 5 de abril, de la JCCA catalana, constituyendo una excepción a la doctrina emitida por nuestros órganos consultivos sobre esta materia, ni siquiera reconoce este importante avance en la jurisprudencia comunitaria: “La reciente Sentencia del TJCE de 26 de septiembre de 2000, asunto C-225/98, no se ha posicionado de forma clara ante la posibilidad de que una cláusula social relativa a acciones locales de lucha contra el paro pueda ser considerada un criterio de adjudicación contractual (...)”

comunitaria (la no discriminación por razón de nacionalidad y la transparencia de la licitación) (apartados 30, 31 y 37 *in fine*). Así, pues, el TJCE admite, aunque tímidamente, la cláusula social como obligación o condición de ejecución del contrato (en el caso enjuiciado, “la mano de obra empleada deberá estar constituida, en un 70 por ciento al menos, por trabajadores en paro prolongado, contratados a través de la oficina de empleo regional”), mas no como un requisito de aptitud cuyo incumplimiento implica la exclusión de la licitación y tampoco como un criterio de adjudicación del contrato. Realmente, lo que el órgano jurisdiccional postula en esta resolución es la compatibilidad, en principio, con el ordenamiento comunitario de cláusulas o condiciones sociales que no operen como requisitos de admisión y /o exclusión de los procedimientos de contratación ni criterios adjudicadores del contrato, y siempre que no supongan vulneración alguna de los citados principios comunitarios de igualdad y publicidad; se admite, pues, una condición o cláusula específica y “adicional” a los requisitos de aptitud legalmente exigibles y a los criterios de adjudicación de los contratos públicos igualmente admitidos por la legislación comunitaria, esto es, una condición exigible al adjudicatario, y no al licitador, en suma una condición de ejecución del contrato y, por tanto, de preceptivo cumplimiento por el contratista.

Sorprende, por todo ello, que el propio Tribunal afirme en la Sentencia de 26 de septiembre de 2000 que la sentencia Beentjes acepta los criterios sociales de adjudicación<sup>72</sup> y que lo haga además en estos términos, que, en nuestra opinión, no reflejan una fundamentación jurídica acertada y suficiente: “En lo que atañe a la alegación formulada por la Comisión según la cual la sentencia Beentjes antes citada, se refería a una condición de ejecución del contrato y no a un criterio de adjudicación de éste, basta con señalar que, tal como se deriva claramente del apartado 14 de la sentencia Beentjes, antes citada, la condición de contratar a parados de larga duración, sobre la que versaba dicho asunto, había servido de base para la exclusión de un licitador, por lo que sólo podría constituir un criterio de adjudicación del contrato”<sup>73</sup>. No obstante, lo verdaderamente relevante es

(72) Rechaza así la tesis de la Comisión, resumida en el apartado 46 de la sentencia: “La Comisión alega que las autoridades francesas vulneraron el artículo 30 de la Directiva 93/37, al incluir explícitamente como criterio de adjudicación, en determinados anuncios de licitación, una condición relativa al empleo, relacionada con una acción local de lucha contra el desempleo. La Comisión reconoce que la toma en consideración de acciones vinculadas al empleo puede entenderse como condición de ejecución conforme a la jurisprudencia Beentjes (...), pero señala que, en el presente caso, esta posibilidad se calificó de criterio de adjudicación en los anuncios de licitación de que se trata. Pues bien, en virtud del artículo 30 de la Directiva 93/37, los criterios de adjudicación deben basarse bien en el precio más bajo, bien en la oferta económicamente más ventajosa”.

(73) La fundamentación jurídica utilizada por el órgano jurisdiccional no es correcta. Por una parte, del apartado 14 de la sentencia Beentjes (“La segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional tiene por objeto, por una parte, saber si la Directiva 71/305 se opone a la exclusión de un licitador por las siguientes razones: (...) incapacidad del empresario para emplear a trabajadores en paro prolongado”) no cabe deducir esa conclusión. Y por otra, el hecho de que una cláusula del pliego de condiciones administrativas particulares sirva para dicha exclusión no implica, en modo alguno, que esa cláusula sea un criterio de adjudicación del contrato como dice el Tribunal, sino, en todo caso, más bien lo contrario, es decir, un requisito de aptitud o solvencia o, en los procedimientos restringidos, un criterio objetivo de selección de los licitadores. Lo que sucedió en el asunto Beentjes es que el pliego tipificó la cláusula social como una condición de ejecución y, sin embargo, la Administración la aplicó como condición de exclusión de la licitación.

la expresa aceptación por el Tribunal de ciertos criterios sociales de adjudicación (aquellas cláusulas dirigidas a la mejora o el incremento del empleo<sup>74</sup>), siempre que naturalmente respeten los principios capitales del Derecho comunitario (en concreto el de no discriminación por razón de la nacionalidad) y se mencionen expresamente en el anuncio de licitación (apartados 49, 50 y 51 de la sentencia)<sup>75</sup>; pero el TJCE no “crea” o reconoce naturaleza adicional o suplementaria alguna de esos criterios sociales, y tampoco resuelve los interrogantes y las objeciones, anteriormente indicados, que suscita la presencia de las cláusulas sociales entre los criterios adjudicadores.

No se entiende, pues, esa remisión de los órganos administrativos a esta doctrina jurisprudencial para justificar la aceptación, no ya de criterios sociales respetuosos con los principios esenciales de la contratación pública, sino de criterios sociales de adjudicación con ese valor o funcionalidad meramente complementario y accesorio<sup>76</sup>. Tal vez se encuentre una explicación a esas decisiones de nuestras juntas consultivas de con-

**EL TRIBUNAL DE  
LUXEMBURGO HA ADMITIDO  
LOS CRITERIOS SOCIALES  
DE ADJUDICACIÓN  
SIEMPRE QUE SEAN  
COMPLEMENTARIOS,  
ACCESORIOS O ADICIONALES  
Y NO DETERMINANTES DE  
LA ADJUDICACIÓN  
DEL CONTRATO**

(74) Es preciso preguntarse si esta doctrina jurisprudencial se extiende a toda cláusula social con independencia del objetivo que con ella se persiga, alcanzando o no a cualquier condición contractual con fines sociales distintos a la lucha contra el desempleo. La respuesta parece que debe ser afirmativa, dado que incluso la misma Comisión Europea ha subrayado que “estas consideraciones podrían también aplicarse a otras condiciones en el ámbito de lo social” [COM (2001) 566 final, 15 de octubre de 2001, pág. 16]. Sin embargo, a distinta conclusión podría llegarse quizás si se atiende a las enmiendas presentadas por la Comisión de Industria, Comercio Exterior, Investigación y Energía para la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior del Parlamento Europeo a la Propuesta de la Directiva, porque cuando (enmienda 3) pretende introducir los criterios sociales adjudicadores al amparo de la referida STJCE, por un lado, propone la mera adición del texto literal que constituye el apartado 50 de la Sentencia Pas-de-Calais [vid. (2000)0115(COD), 29 de junio de 2001, pág. 6], y, por otro, posteriormente (enmienda 51) pretende introducir criterios sociales de adjudicación no necesariamente relacionados con el desempleo: “Los poderes adjudicadores también podrán adoptar criterios objetivos de política social y de empleo, siempre que la ponderación de estos criterios no sea discriminatoria y garantice la igualdad de trato y la libre competencia...” [vid. (2000)0115(COD), 29 de junio de 2001, pág. 34]. Sin perjuicio de lo anterior, hay que reconocer que la generalidad de los fines sociales tienen una conexión, mediata o inmediata, con el empleo (la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la inserción de los discapacitados,...), aparte de que también encuentran un específico respaldo en el Tratado de Amsterdam y en la “Agenda de política social”.

(75) Es cierto que cuando admite la cláusula social como criterio de adjudicación no lo dice clara y explícitamente, ya que sólo lo denomina “criterio”: “No obstante, esta disposición (se refiere al art. 30.1 de la Directiva 93/37 que es la norma que enuncia los criterios de adjudicación) no excluye la posibilidad de que los órganos de contratación utilicen como criterio una condición relacionada con la lucha contra el desempleo...” (apartado 50). Es, pues, preciso acudir al siguiente fundamento (apartado 51) para poder constatar la atribución de esa naturaleza jurídica, la de criterio adjudicador, aunque lo hace indirectamente al recordar el principio de publicidad de las condiciones contractuales: “... Se desprende de lo anterior que un criterio de adjudicación relacionado con la lucha contra el desempleo ha de mencionarse expresamente en el anuncio de licitación para permitir que los contratistas conozcan la existencia de tal condición...”.

(76) Mención especial merece la posición de la Administración francesa, resumida en el apartado 47 de la Sentencia de 20 de septiembre de 2000: “Sobre la base de los apartados 28 y 37 de la sentencia Beentjes, antes citada, el Gobierno francés subraya que el Tribunal de Justicia ha autorizado un criterio adicional de adjudicación de este tipo. Asimismo, precisa que el criterio de adjudicación de que se trata en el presente asunto no constituye un criterio principal, como los recogidos en el artículo 29 de la Directiva 71/305, cuyo objeto es hacer posible la determinación de la oferta más ventajosa, sino un criterio accesorio no determinante”.

tratación y de la misma Comisión Europea si se reconoce que no están admitiendo criterios adjudicadores *stricto sensu*, esto es, criterios sociales adicionales de adjudicación, sino meros criterios, legales o jurisprudenciales, de desempate de ofertas económicamente equivalentes<sup>77</sup>, que, como ya indicamos, no son criterios adjudicadores. Por consiguiente, parece que únicamente caben los criterios sociales en la adjudicación como criterios de desempate de ofertas económicamente equivalentes; pero ni esta calificación ni esta finalidad constan en la STJCE de 26 de septiembre de 2000 a la que acuden, sin embargo, tales órganos administrativos. Continúa así pendiente una interpretación del ordenamiento comunitario y del español que resuelva las dudas y supere los obstáculos señalados a la admisión de verdaderos criterios sociales de adjudicación.

#### d) ¿Una nueva interpretación?

##### a') La debida vinculación de las cláusulas sociales con el objeto del contrato

Esa necesaria “naturaleza objetiva” que debe poseer todo criterio adjudicador, esa relación con el objeto del contrato que deben tener también los criterios sociales adjudicadores, ha de interpretarse conforme a la doctrina del TJCE. En primer lugar, ni todas las cláusulas sociales que han sido rechazadas por las juntas consultivas por no cumplir ese requisito son meros elementos subjetivos o características de la empresa licitadora<sup>78</sup> (así, por ejemplo, las relativas a la salud y la seguridad laboral), ni, en segundo lugar, el orde-

(77) Así se deduce de las siguientes manifestaciones de la Comisión: “En el asunto C-225/98, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirmó que los poderes adjudicadores pueden basarse en una condición vinculada a la lucha contra el desempleo, siempre que ésta se atenga a todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y que los poderes adjudicadores tengan ante sí dos o más ofertas económicamente equivalentes”. COM (2001) 566 final, 15 de octubre de 2001, pág. 15. Y en el aludido Dictamen Motivado emitido por la Comisión en relación con el Decreto 213/1998 de la CA de Madrid, expresamente lo califica de criterio de desempate: “... Ahora bien, a la hora de determinar la oferta económicamente más ventajosa (fase de adjudicación), aparte del criterio adicional de desempate desarrollado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas...”. Por su parte, la JCCA catalana, en su Informe 4/2001, afirma que “puede afirmarse la validez de las orientaciones de la JCCA contenidas en el Informe 3/1998, en el sentido de considerar las cláusulas sociales ofrecidas por las empresas licitadoras como un criterio adicional de adjudicación en el supuesto de igualdad en las ofertas de los licitadores...”. Más ampliamente, la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat valenciana, en su Informe 4/2002, de 5 de junio, se pronuncia en los siguientes términos: “Por tanto se trata de utilizar el criterio citado no como determinante de la adjudicación sino una vez las ofertas han sido valoradas y comparadas desde el punto de vista de los criterios de adjudicación y nos encontramos ante la eventualidad de ofertas equivalentes. El término ‘equivalentes’ es de suma importancia, pues a la vista de los criterios de adjudicación establecidos, esa equivalencia debe traducirse en una identidad de puntuaciones. Además, el Pliego correspondiente podría haber fijado el peso en el criterio de desempate entre la mayor puntuación obtenida en alguno de ellos (precio, plazo de garantía, mejoras, etc.) Lo cual es de todo punto viable”.

En todo caso, es obligado reconocer que si se trata de una mera regla o criterio de desempate, y no de un criterio de adjudicación, se supera el importante obstáculo constituido por la necesaria finalidad que debe concurrir en todo criterio adjudicador: contribuir a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa para los intereses públicos conforme a los criterios y sistemas adjudicadores admitidos por el Derecho comunitario.

(78) Quizás por ello el art. 2 del Decreto 213/1998 de la CA de Madrid se refiere a los “criterios objetivos de adjudicación relativos al empleo”.

namiento comunitario contempla esa disyuntiva entre criterios del sujeto y criterios del objeto contractual en relación al tema que nos ocupa<sup>79</sup>. En realidad, como la propia Comisión Europea ha destacado, las Directivas requieren que los criterios que se establezcan para la determinación de la oferta más ventajosa para el interés público no sean ajenos al concreto objeto del contrato<sup>80</sup> y contribuyan así a la elección de la mejor oferta; resulta obvio, pues, que tales criterios, aún cuando se refieran a la estructura u organización empresarial, tienen que servir a una adecuada ejecución de ese específico contrato y, por ello, deben considerarse en las ofertas o proposiciones presentadas por los licitadores. Lo que importa es, como ha subrayado recientemente el propio TJCE en su Sentencia de 17 de septiembre de 2002 (asunto C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab), que haya una conexión entre los criterios de adjudicación y el objeto contractual, pues, dado que la elección de la oferta económicamente más ventajosa requiere que los criterios adjudicadores elegidos por la Administración contribuyan a delimitar dicha oferta<sup>81</sup> y ésta necesariamente ha de referirse al objeto del contrato, los criterios de adjudicación “deben estar también relacionados con el objeto del contrato” (apartados 59 y 64). No se exige que esa relación con el objeto contractual sea inmediata o especialmente intensa, sino sólo una verdadera vinculación; lo que se persigue es evitar criterios adjudicadores ajenos a la correcta ejecución del contrato, y, por ello, es suficiente, que la cláusula social establecida como criterio de adjudicación contribuya a la realización de las prestaciones pactadas.

### b') La adecuada determinación de la “oferta más ventajosa económicamente”

Así, pues, teniendo las cláusulas sociales esa relación con el objeto contractual, y respetando los principios comunitarios de no discriminación y transparencia (que requiere la

(79) Lo que el Derecho comunitario pretende con esa distinción es, y así ha sido subrayado por el propio TJCE y nuestros mismos órganos consultivos de contratación administrativa, evitar que los Estados miembros incluyan como criterios de adjudicación de los contratos elementos referentes a la solvencia empresarial de los candidatos y, en este sentido, puramente subjetivos, porque en tal caso infringen claramente las Directivas que distinguen los requisitos de capacidad o solvencia y los criterios de adjudicación de los contratos. Es preciso diferenciar entre, por un lado, los requisitos de capacidad o solvencia económica y técnica (llamados en las Directivas “criterios de selección cualitativa”) de los contratistas, y, por otro, los criterios de adjudicación de los contratos públicos, señalando que estos últimos se refieren imprescindiblemente a las ofertas económicas presentadas por los licitadores y no pueden comprender o considerar aspectos subjetivos del licitador, como es, precisamente, los relativos a su aptitud o solvencia.

(80) “La característica común a los criterios utilizados para valorar las ofertas es que, al igual que los criterios que se citan a modo de ejemplo, todos ellos deben referirse a la naturaleza de la prestación objeto del contrato o a sus condiciones de ejecución. Su finalidad es permitir a los poderes adjudicadores comparar las ofertas de manera objetiva, a fin de determinar la que mejor responde a sus necesidades en el marco de un contrato dado. Todo criterio de adjudicación ha de permitir valorar las cualidades intrínsecas de un producto o servicio”. COM (2001) 566 final, 15 de octubre de 2001, pág. 13. En ningún momento, pues, se refiere la Comisión a las características subjetivas de los licitadores; cierto es, no obstante, que sí lo hace en su respuesta a la pregunta que se le formula sobre el Decreto 213/1998 de la CA de Madrid (“la Comisión debe recordar que, teniendo en cuenta el actual ordenamiento jurídico, es difícil admitir criterios de adjudicación relacionados con la estructura de la empresa en lugar de la calidad de la oferta”: DOCE de 8 de agosto, serie C 225 E), pero esto no conduce a la tesis que rechazamos aquí.

(81) Es reiterada la jurisprudencia comunitaria que recuerda esta necesaria finalidad de los criterios adjudicadores; así, las citadas sentencias Beentjes (apartado 19), SIAC Construction (apartado 36), Concordia Bus Finland Oy Ab (apartado 59) y la Sentencia de 28 de marzo de 1995, asunto C-324/93, Evans Medical y Macfarlan Smith (apartado 42).

debida publicidad), no tiene que haber obstáculo alguno a la admisión de los criterios sociales de adjudicación, por cuanto, al encontrarnos con un sistema de adjudicación (el concurso o el procedimiento negociado) en el que el precio ofertado por los licitadores no es determinante de la adjudicación del contrato, la “ventaja económica” que debe resultar de la oferta elegida por el órgano adjudicador permite la presencia de aspectos sociales entre los criterios de valoración de las proposiciones presentadas, pues es el conjunto de la oferta lo que ha de ser económicamente más ventajoso para la Administración, y no todos y cada uno de los criterios o elementos definidores de esa mejor oferta.

Ciertamente, la exigencia, postulada por la Comisión Europea, de que todo criterio de adjudicación debe aportar una ventaja económica a la Administración contratante no encuentra amparo alguno en las actuales Directivas, y tampoco se fundamenta en jurisprudencia alguna, sino mas bien todo lo contrario. El propio TJCE, en la sentencia de 17 de septiembre de 2002, relativa al criterio ecológico pero aplicable también al criterio social, señala que del ordenamiento comunitario no se deduce que cada uno de los criterios de adjudicación “debe ser necesariamente de naturaleza económica; prueba de ello es que la misma normativa comunitaria (artículo 36.1 de la Directiva 92/50) alude expresamente a un criterio no económico (las características estéticas del producto objeto del contrato); no cabe, pues, añade el Tribunal, “excluir que factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora”.

Es esta doctrina jurisprudencial la que, aunque insuficiente<sup>82</sup>, consideramos acertada, porque es la más adecuada a la propia finalidad de los sistemas adjudicadores en los que está presente este criterio comunitario de adjudicación. Una cosa es que la oferta seleccionada deba generar beneficios económicos para la entidad pública contratante, y otra muy distinta es que todos y cada uno de los criterios que han de valorarse para deter-

(82) Es curioso comprobar como una vez más el TJCE asume sólo parcialmente los razonamientos jurídicos que el Abogado General sostiene en cuanto a la conformidad de cláusulas sociales o medioambientales con el ordenamiento comunitario. En concreto, la sentencia referida, no sólo recoge un mero resumen de los fundamentos del Abogado, sino es que omite importantes consideraciones sobre el fondo del asunto, razonamientos capitales para resolver las dudas y recelos que estos criterios de adjudicación plantean aún, y, por consiguiente, de necesaria exposición aquí. El Abogado General Sr. Jean Mischo en sus conclusiones presentadas el 13 de diciembre de 2001 en el asunto C-513/99, no se limita a decir que cada uno de los criterios adjudicadores que han de estar “dirigidos a identificar la oferta más ventajosa económicamente” no tiene por qué poseer una dimensión económica, sino es que, además, tampoco es preciso que suponga una ventaja económica, directa o no, para la entidad contratante, pues basta con que el criterio adjudicador de carácter ecológico suponga “una ventaja para otros que no sean la entidad contratante o para el medio ambiente en general”. Por eso, el propio Derecho comunitario incluye, entre los criterios definidores de la oferta más ventajosa económicamente, a las “características estéticas”, es decir, un elemento objetivo (en cuanto procedente del objeto contractual) pero difícilmente cuantificable en términos económicos y, además, no susceptible de suponer *per se* una ventaja económica para la Administración contratante. Es, pues, esta referencia a las ventajas económicas de la oferta elegida el elemento integrante de ese concepto jurídico indeterminado que silencia el Tribunal, cuyos criterios definidores deben imprescindiblemente delimitarse. En todo caso, si, como dice el TJCE, el ordenamiento comunitario no requiere ese carácter económico en todos los criterios adjudicadores, menos aún exige, como pretende la Comisión, que cada criterio implique una ventaja estrictamente económica, directa o no, para la Administración contratante.

## Selección de los contratistas de la Administración

minar cuál es esa mejor oferta, deban además constituir ventajas económicas para dicho ente público. Precisamente porque ese criterio de adjudicación no reside únicamente en el precio, esto es, en el valor estrictamente económico de las prestaciones contractuales requeridas por la Administración, es porque no es necesario cuantificar económicamente todos los elementos o criterios que lo integran, y tampoco es preciso que todos ellos impliquen ventajas económicas para la entidad pública contratante; las ventajas exigidas por el ordenamiento comunitario se refieren a la oferta global, en su conjunto, no a todos los elementos que la componen<sup>83</sup>, lo cual carecería de sentido dada la finalidad de estos sistemas adjudicadores. Por tanto, caben criterios de adjudicación que, respondiendo a fines públicos, no supongan para la Administración contratante esas ventajas económicas, al menos de manera directa e inmediata como consecuencia de la adjudicación y posterior ejecución del contrato<sup>84</sup>.

(83) Lo que pretenden las Directivas es que la adjudicación se efectúe en favor del oferente que presenta la proposición más ventajosa para los intereses públicos, y que los criterios de adjudicación elegidos por la Administración contratante contribuyan a la determinación de esas “ventajas económicas” que deben resultar de la oferta seleccionada para el ente adjudicador, pero no necesariamente que todos los criterios adjudicadores deban por sí mismos, individualmente, ofrecer tales ventajas.

(84) En este sentido se manifiesta la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la CA de Madrid, en su Informe de 11 de enero de 1999, al considerar que no es preciso que las ventajas económicas requeridas en este criterio de adjudicación (“la oferta más ventajosa económicamente”) las obtenga la Administración contratante, sino que basta con que beneficien a la economía en general (nacional, regional o local): “... Entendemos que tampoco se deduce, ni del Derecho Comunitario ni de la LCAP, que la mayor ventaja económica haya de referirse única y exclusivamente a la ejecución de la obra, servicio o suministro de la Administración sin tener en cuenta otras circunstancias socioeconómicas. La promoción del empleo estable y de la inserción laboral de los minusválidos constituye, sin lugar a dudas un objetivo socioeconómico de primer orden. En particular, no pueden desconocerse las ventajas del aumento del empleo estable, tanto desde un punto de vista socioeconómico, como desde un punto de vista estrictamente económico, pues el empleo estable es fundamental para la estabilidad, la confianza en el futuro y la seguridad que son esenciales para un desarrollo económico sostenido, al tiempo que el desarrollo del empleo estable y de la inserción laboral de los minusválidos disminuye las prestaciones sociales a cargo de la Administración y permite el aumento de su recaudación fiscal. Téngase en cuenta, además, que los criterios controvertidos, de orden socioeconómico, no se aplican de forma exclusiva sino conjunta con otros, sin que, en ningún caso, superen el veinte por ciento de la baremación. En suma, el carácter más ventajoso de la oferta o proposición económica puede resultar también de criterios socioeconómicos y, en particular, de los expuestos, criterios que, a pesar de no ser explícitamente recogidos por las normas vigentes, pueden ser aceptados, pues las Directivas comunitarias, al igual que nuestra LCAP, que es fiel reflejo de ellas, no establecen una limitación ni numérica ni cualitativa en los criterios objetivos que pueden ser tenidos en cuenta a la hora de adjudicar el contrato, siempre, claro está, que estén orientados a la satisfacción del interés público y atiendan a la determinación de la oferta más ventajosa económicamente (sea para la microeconomía de la obra o servicio o sea para la economía nacional)”.

Ahora bien, en nuestra opinión, no es necesario que los criterios sociales de adjudicación deban producir ventajas económicas, no ya en favor de la Administración contratante, sino incluso para la economía en general. Es cierto que normalmente la cláusula social beneficiará económicamente al país, como acertadamente explica este órgano administrativo autonómico, pero, como hemos indicado, el concepto de “oferta económicamente más ventajosa” no lo requiere, porque basta con que la ventaja económica requerida la genere la oferta en su conjunto, esto es, la ejecución de la proposición seleccionada, y no todas y cada una de las cláusulas contractuales que la integran. Así, la presencia de un criterio social de adjudicación puede responder a fines públicos de carácter absolutamente ajeno al económico. Por ello, el Consejo Económico y Social, en su dictamen sobre el anteproyecto de la Ley 13/1999, afirma que “los criterios de adjudicación del contrato no han de limitarse a una mera consideración presupuestaria, sino que ha de venir integrado con el conjunto de políticas que persiguen los poderes públicos...”.

## c') ¿Valoración “no determinante” de los criterios sociales de adjudicación?

En estas condiciones es admisible, pues, una cláusula social como criterio adjudicador en la medida en que satisface un fin de interés público, aunque distinto del que preside la celebración de ese contrato concreto, esto es, un fin público adicional al fin principal y “natural” del contrato público que es el que aspira conseguir la Administración contratante mediante ese contrato determinado. Ciertamente, no obstante, que la presencia de cláusulas sociales entre los criterios de adjudicación no puede desnaturalizar o desvirtuar el sistema adjudicador, el criterio comunitario de adjudicación que es la elección de la oferta en su conjunto más ventajosa económicamente para la Administración contratante<sup>85</sup>. Por ello, es capital la valoración prevista en el pliego para ese criterio social y también la que, conforme al pliego, otorga el órgano de contratación, ya que debe ser, en consonancia con el carácter secundario y accesorio del fin público que la inspira, claramente suplementaria para la determinación de la mejor oferta.

Ahora bien, esto no significa que la puntuación otorgada a la cláusula social no pueda determinar la adjudicación del contrato. Ésta se produce atendiendo, en los términos establecidos en el pliego, a la valoración obtenida por cada uno de los criterios adjudicadores. La cláusula social es un criterio más, no un criterio aparte cuya aplicación requiere inexcusablemente la previa ponderación (y, por tanto, preselección) de las ofertas presentadas. No deben valorarse las ofertas conforme a todos los criterios salvo el social y, sólo posteriormente a la vista de esa valoración, valorar éste, pues de ser así la valoración del criterio social estaría limitada, no ya por la puntuación que con ese carácter secundario se ha previsto para ella en el pliego, ni por la que, conforme a estas previsiones, debe efectuar el órgano de contratación, sino por una regla absolutamente ajena al objeto del contrato y a las prestaciones requeridas para su ejecución (contradiciendo así la propia doctrina recelosa de la admisión de estas cláusulas): evitar que la aplicación del criterio social altere la elección, mediante la aplicación de los demás criterios adjudicadores previstos en el pliego, de la oferta que ha obtenido la mayor valoración. Estaríamos en tal caso ante una valoración del criterio social subordinada y condicionada a la puntuación que en cada procedimiento adjudicador obtendrían las ofertas en liza, por lo que una misma cláusula social podría ser valorada de distinta forma en uno u otro procedimientos de adjudicación de contratos de prestaciones idénticas, según únicamente las puntuaciones obtenidas en uno y otro procedimiento. Parece obvio que esta interpretación debe rechazarse, porque, paradójicamente quizás, infringe la mínima vinculación que todo criterio de adjudicación, desde su fijación en el pliego hasta su valo-

(85) Así lo subraya también la Comisión de Industria, Comercio Exterior, Investigación y Energía del Parlamento Europeo, al formular la enmienda 51 a la Propuesta de Directiva en estos términos: “Los poderes adjudicadores también podrán adoptar criterios objetivos de política social y de empleo, siempre que la ponderación de estos criterios no sea discriminatoria y garantice la igualdad de trato y la libre competencia. La valoración asignada a este criterio tendrá carácter complementario y no podrá desvirtuar el proceso de adjudicación realizado en base a las cualidades técnicas y económicas referidas al objeto del contrato. Asimismo, se podrán utilizar elementos objetivos de carácter social”. Y la justificación de la enmienda insiste en ese límite: “La valoración asignada a este criterio se limitará de tal manera que no desvirtúe la naturaleza y objetivos del contrato”. Vid. (2000)0115(COD), 29 de junio de 2001, págs. 34 y 35.

## Selección de los contratistas de la Administración

ración por la Administración adjudicadora, ha de tener con el objeto contractual y con las ofertas presentadas.

El problema se centra en conocer cuál es la valoración que puede establecerse, primero, y concederse, después, a los criterios sociales de adjudicación para que éstos sólo sean complementarios y no principales para la adjudicación<sup>86</sup>. En primer lugar, la valoración asignada en el pliego de condiciones administrativas particulares debe efectuarse considerando ese carácter secundario, ser, pues, “proporcionada” a las previstas para el resto de los criterios de adjudicación, incluidos, en su caso, las asignadas a otros criterios no económicos (la estética del producto, por ejemplo); es decir, dada la necesaria relación que todo criterio ha de poseer con las concretas prestaciones del contrato, la valoración de la cláusula social que se establece en el pliego debe fijarse atendiendo a su contribución a la correcta ejecución del contrato. En segundo lugar, idénticas vinculaciones tienen que exigirse a la puntuación que otorgue el órgano adjudicador a este criterio adjudicador.

En suma, el carácter secundario de los criterios sociales y, por consiguiente, su misma legalidad comunitaria, requiere examinar la valoración establecida en cada pliego, relacionada, pues, con un contrato determinado, y también la otorgada en cada procedimiento de adjudicación, en relación, pues, con las proposiciones formuladas en un procedimiento concreto. El criterio social complementario de adjudicación resulta ser así un concepto jurídico indeterminado, únicamente determinable, no sólo a la vista de la puntuación establecida en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, sino también tras la debida valoración que, en los términos indicados, se otorgue a cada una de las ofertas presentadas.

(86) Aparte de ello, es evidente que la misma y previa previsión en el pliego de un determinado criterio social, y no otro, tiene que atender a las naturaleza de las prestaciones contractuales y las condiciones de su ejecución; una cláusula es apropiada para ciertos tipos de contratos (por ejemplo, de gestión de servicios públicos) o con ciertos cometidos, y no para otros, o dependiendo de las específicas condiciones de ejecución. Por ello, el art. 2 del Decreto madrileño 213/1998 dispone que, además de los que procedan de los mencionados en el art. 86.1 TRLCAP, debe, en principio (Vid. art. 2.2 del Decreto), incluirse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, “atendiendo a las características específicas del objeto de cada contrato”, alguno de los siguientes “criterios objetivos de adjudicación relativos al empleo”: a) la “estabilidad de la plantilla de la empresa referida al mantenimiento o incremento del número de trabajadores con contrato indefinido durante el año anterior a la fecha de presentación de la proposición”, y b) “porcentaje de trabajadores con contrato indefinido en la plantilla de la empresa en el momento de presentación de la proposición, respecto del total de los trabajadores de aquélla”.



**I. DERECHO COMUNITARIO****Sumario:**

**1. Introducción. 2. Principios generales. 3. Fuentes. 4. Recursos.** A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) Recurso por incumplimiento y recurso por responsabilidad extracontractual. C) Responsabilidad del Estado miembro.  
 D) Cuestiones prejudiciales. E) Medidas cautelares. **5. Mercado interior.** A) Libre circulación de mercancías. B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.  
 C) Libre circulación de trabajadores. D) Libre circulación de capitales.

**1. INTRODUCCIÓN**

La jurisprudencia del TJCE seleccionada en la presente crónica no contiene doctrina muy novedosa sobre principios generales del Derecho comunitario, fuentes, recursos y mercado interior, si bien en algunos casos introduce matices de interés en la aplicación de la jurisprudencia ya consolidada.

**2. PRINCIPIOS GENERALES**

En la **Sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de mayo de 2003, asunto C 122/01**, que tiene por objeto un recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) el 1 de febrero de 2001, en el asunto T. Port/Comisión (T-1/99, Rec. p. II-465), el TJCE recuerda que según jurisprudencia reiterada, el Tribunal de Justicia no es competente para apreciar los hechos ni, en principio, para examinar las pruebas que el Tribunal de Primera Instancia haya valorado en apoyo de estos hechos. Siempre que tales pruebas se hayan obtenido de modo regular y se hayan observado los principios generales del Derecho y las normas procesales aplicables en materia de carga y de valoración de la prueba, corresponde únicamente al Tribunal de Primera Instancia apreciar la importancia que ha de atribuirse a los elementos que le hayan sido presentados (véase, en particular, la Sentencia de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe/Comisión*, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartado 24). Así pues, esta apreciación no constituye, sin perjuicio del supuesto de la desnaturalización de dichos elementos, una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia (véanse, en particular, las Sentencias de 28 de mayo de 1998, *New Holland Ford/Comisión*, C-8/95 P, Rec. p. I-3175, apartado 26, y de 7 de noviem-

bre de 2002, Glencore y Compagnie Continentale/Comisión, asuntos acumulados C-24/01 P y C-25/01 P, Rec. p. I-0000, apartado 65).

### 3. FUENTES

En cuanto al tema de fuentes, debemos destacar los siguientes pronunciamientos que, por lo demás, no introducen cambios importantes en la jurisprudencia del TJCE.

En primer lugar, la **STJCE de 11 de marzo de 2003, As. C-40/01, Ansul BV c. Ajax Brandbeveiliging BV**, garantizando la aplicación uniforme del Derecho comunitario y el principio de igualdad, establece que:

“(…) el tenor de una disposición de Derecho comunitario que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance debe normalmente ser objeto de una interpretación autónoma y uniforme en toda la Comunidad, que debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo perseguido por la normativa de que se trate (...)”.

También hay que aludir a la **STJCE de 10 de abril de 2003, As. C-276/01, Schleswig c. Steffensen**, que viene a remarcar dos ideas. Por un lado, en su Fundamento 38º, la posible invocabilidad de las Directivas –siempre que éstas en cuanto a su contenido no estén sujetas a condición alguna y sean suficientemente precisas– por los particulares ante los órganos jurisdiccionales nacionales de su Estado siempre que se dé alguna de las dos siguientes circunstancias:

- Que el Estado no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva en plazo.
- Que el Estado haya hecho una adaptación incorrecta.

Por otro lado, en su Fundamento 60º, destaca que ante la inexistencia de normativa comunitaria en relación con una materia, es el Estado miembro el que debe designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos comunitarios,

“(…) siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)”.

En otro orden de ideas, la **STJCE de 10 de abril de 2003, As. C-114/02, Comisión c. Francia**, resalta dos aspectos que no nos resultan desconocidos en esta sección de la crónica de Derecho Comunitario, a saber:

## I. Derecho Comunitario

– El incumplimiento en la adaptación del Derecho nacional al comunitario debe ser apreciado en función de la situación del Estado miembro al final del plazo señalado en el dictamen motivado.

– Ante el incumplimiento nacional de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva no es posible la alegación, por parte del Estado incumplidor, de disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar su incumplimiento.

También hemos de hacer referencia a la **STJCE de 6 de mayo de 2003, As. C-104/01, Libertel Groep BV c. Benelux-Merkenbureau**, en relación con el valor de una declaración efectuada conjuntamente por el Consejo de la Unión Europea y la Comisión y que fue recogida en el acta del Consejo en que se adoptó una Directiva. En efecto, el Alto Tribunal Comunitario señala lo siguiente:

“(…) una declaración de esta índole no puede ser tenida en cuenta para interpretar una disposición de Derecho derivado cuando, como ocurre en el presente caso, su contenido no figure de algún modo en el texto de la disposición de que se trate, y no tenga, por consiguiente, ningún alcance jurídico”.

Por su parte, la **STJCE de 20 de mayo de 2003, As. Acum. C-465/00, C-138/01 y C-139/01**, reitera que la interpretación que debe hacer todo órgano jurisdiccional nacional del Derecho nacional debe, en la medida de lo posible, ser acorde con la letra y finalidad de la Directiva aplicable.

Por último, hay que mencionar la **STJCE de 22 de mayo de 2003, As. C-103/01, Comisión c. Alemania apoyada por Francia**, sentencia que resalta la importancia del principio de subsidiariedad al señalar que únicamente el legislador comunitario puede armonizar disposiciones divergentes en el caso de que existan disposiciones nacionales que difieran sensiblemente de un Estado miembro a otro y puedan, además, obstaculizar los intercambios repercutiendo directamente sobre el establecimiento y funcionamiento del mercado común.

## 4. RECURSOS

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

Durante el tiempo al cual se circunscribe la presente crónica ha continuado creciendo el número de las sentencias recaídas en recursos de anulación y omisión. No obstante no se observa un cambio radical de la línea jurisprudencial seguida hasta este momento. Entre las sentencias hay que destacar la STPI de 10 de abril de 2003, asunto T-353/00, en la cual el Tribunal resolvió el recurso de Jean-Marie Le Pen relativo a la anulación de su mandato como miembro del Parlamento Europeo; así como también la STJ de 28 de enero de 2003, asunto C-334/99, en la cual el Tribunal de Justicia entre otras cuestiones enjuició la composición de la Comisión al adoptar la Comisión su decisión

1999/720/CE, CECA de 8 de julio de 1999, todo ello en relación con la situación del comisario Bangemann para ejercer actividades profesionales en Telefónica, y su relevo de funciones en la Comisión. Igualmente es importante la STJ de 21 de enero de 2003, asunto C-378/00, en cuyo fundamento jurídico quincuagésimo primero el Tribunal de Justicia sostuvo que si bien un acto adoptado por una institución comunitaria no establezca una norma jurídica, sino que se limite a enunciar una norma de conducta que indique la práctica que ha de seguirse, la institución en cuestión no puede separarse dicha norma sin exponer los motivos que la han llevado a ello. Respecto los actos impugnables, el Tribunal de Primera Instancia en su Sentencia de 15 de enero de 2003, asuntos acumulados T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 y T-272/01, sostuvo en el fundamento jurídico septuagésimo noveno que cuando la Comisión decide interponer un recurso no pretende modificar la situación jurídica controvertida, sino que se limita a incoar un proceso que tiene por objeto obtener una modificación de dicha situación por medio de un pronunciamiento jurisdiccional (recordemos que el ejercicio de una acción ante un órgano jurisdiccional no modifica, por sí mismo, la situación jurídica de las partes del litigio en el sentido del artículo 230 CE). Hay que destacar que durante este tiempo se han sucedido varias sentencias sobre la liquidación de cuentas del Feoga, entre las cuales se encuentran las Sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de enero de 2003, asunto C-157/00 (FJ 18º), y de 9 de enero de 2003, asunto C-177/00 (FJ 36º). Otra sentencia importante es la STJ de 9 de enero de 2003, asunto C-76/00 P, en cuyo fundamento jurídico quincuagésimo séptimo el Tribunal de Justicia sostuvo que “procede recordar que los textos de Derecho comunitario deben interpretarse, en la medida de lo posible, a la luz del Derecho internacional, en particular cuando dichos textos tienen por objeto precisamente la aplicación de un Acuerdo internacional celebrado por la Comunidad”. Al respecto, el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 12 de diciembre de 2002, asunto C-281/01, anuló la decisión 2001/469/CE del Consejo, de 14 de mayo de 2001, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y la Comunidad Europea sobre la coordinación de los programas de etiquetado de la eficiencia energética para los equipos ofimáticos, ya que el Consejo debería haber elegido el artículo 133 CE, en relación con el artículo 300 CE, apartado 3, como base jurídica de la Decisión relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad, del Acuerdo Energy Star. Para finalizar, cabe recordar la STPI de 10 de abril de 2003, (Sala Quinta) asuntos acumulados T-93/00 y T-46/01, en cuyos fundamentos jurídicos septuagésimo sexto y septuagésimo séptimo desarrolló el contenido del artículo 241. Para el Tribunal de Justicia este artículo “constituye la expresión de un principio general que garantiza a cualquiera de las partes el derecho de cuestionar, para obtener la anulación de una decisión que le afecte directa e individualmente, la validez de los actos institucionales anteriores que, aun sin revestir la forma de un reglamento, constituyan la base jurídica de la decisión impugnada, cuando la referida parte no disponga del derecho a interponer, con arreglo al artículo 230 CE, un recurso directo contra dichos actos, cuyas consecuencias sufriría así sin haber podido solicitar su anulación (...) el artículo 241 CE no tiene por objeto permitir que una parte impugne la aplicabilidad de cualquier acto de carácter general en apoyo de cualquier tipo de recurso, el acto general cuya ilegalidad se alega debe ser aplicable, directa o indirectamente, al asunto objeto del recur-

so y tiene que existir un vínculo jurídico entre la decisión individual impugnada y el acto general de que se trate”.

### **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) Cuestiones prejudiciales y E) Medidas cautelares**

La pertinencia y la admisibilidad en el planteamiento de las cuestiones prejudiciales han sido los únicos aspectos que han merecido la atención del TJCE, durante el período que comprende esta crónica. En lo relativo a las medidas cautelares, el TJCE no ha llevado a cabo pronunciamiento alguno, salvo de forma asilada y siempre al hilo del estudio de otros asuntos de mayor interés<sup>1</sup>. En consecuencia, la brevedad será la nota característica de ésta, nuestra reseña jurisprudencial.

Como es de todos conocido, el TJCE ha declarado en innumerables ocasiones que corresponde al órgano judicial remitente, el decidir acerca de la oportunidad del planteamiento, o no, de una cuestión prejudicial; y que es la obligación del TJCE tratar de dar una respuesta útil a la misma. Pero también es sabido que, sobre todo a partir de la década de los noventa, el TJCE ha reducido su inicial permisibilidad sobre la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, para proceder a la determinación jurisprudencial de motivos, en cuya virtud, puede declarar su propia incompetencia, o la inadmisibilidad de la cuestión. Estos motivos serían, entre otros, que el litigio sea ficticio; que la motivación de la resolución de remisión sea insuficiente; o que no exista nexo de conexión entre el litigio principal y el Derecho Comunitario. Pues bien, en las SSTJCE, de 25 de febrero de 2003, IKA, as. C-326/00; de 27 de febrero, Adolf Truley, as. C-373/00; de 8 de mayo, Agrargenossenschaft Alkersleben, as. C-268/01, y de la misma fecha, Gantner Electronic, as. C-111/01, nos ha recordado su jurisprudencia en relación con estas cuestiones.

Así, y en la **STJCE de 25 de febrero de 2003, IKA, As. C-326/00**, incide –por enésima vez– en el reparto de competencias existente en esta materia, entre “Juez nacional” y “Juez comunitario”, al ser el procedimiento prejudicial un procedimiento de cooperación judicial basado, sin embargo, en la separación de funciones:

“27. Sin embargo, es preciso recordar que, en el marco de un procedimiento, con arreglo al artículo 234 CE, basado en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdic-

(1) Así, y a título de ejemplo, baste señalar la **STJCE de 27 de febrero, Santex, as. C-327/00**, donde, en el marco de un pleito consecuencia de la adjudicación de un contrato público de suministro, la Corte Europea nos recuerda que el Derecho comunitario sustantivo estará sometido en su ejercicio al Derecho nacional, en cuanto a los plazos de interposición de acciones, siempre y cuando, dichos plazos sean razonables y no existan disposiciones, o actuaciones de sujetos públicos, que, dificulten excesivamente el cumplimiento de los mismos. Aspecto de trascendental importancia, en el que están en juego cuestiones tales como el principio de primacía del derecho comunitario, pero también el principio de seguridad jurídica.

ccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, toda apreciación de los hechos del asunto es competencia del juez nacional (véanse, en particular, las Sentencias de 15 de noviembre de 1979, *Denkavit Futtermittel*, 36/79, Rec. p. 3439, apartado 12, y de 16 de julio de 1998, *Dumon y Froment*, C-235/95, Rec. p. I-4531, apartado 25). Asimismo corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieran a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (véase, en particular, la Sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartado 59)”

Por su parte, en las SSTJCE de 27 de febrero, *Adolf Truley*, As. C-373/00 y de 8 de mayo, *Agrargenossenschaft Alkersleben*, As. C-268/01, el Tribunal de Justicia repasa algunos de los motivos de inadmisibilidad, a los que anteriormente aludíamos. Así, y en relación con la primera de ellas:

“22. Por otra parte, el Tribunal de Justicia también ha declarado, reiteradamente, que la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véanse, en particular, las Sentencias de 13 de marzo de 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. p. I-2099, apartado 39, y de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite Digital*, C-390/99, Rec. p. I-607, apartado 19).”

En términos casi idénticos se expresa el Tribunal Comunitario, en el apdo. 46 de la segunda de las sentencias seleccionadas:

“Ciertamente, el Tribunal de Justicia también ha indicado que, en supuestos excepcionales, le corresponde examinar las circunstancias en las que el juez nacional se dirige a él con objeto de verificar su propia competencia. La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (véanse, en particular, las Sentencias de 13 de marzo de 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, Rec. p. I-2099, apartado 39, y *Grundig Italiana*, antes citada, apartado 31)”.

He aquí los motivos de inadmisión a los que antes nos referíamos. Ahora bien, en relación con este argumento, es la STJCE de 8 de mayo, *Gantner Electronic*, As. C-111/01, la más

## I. Derecho Comunitario

importante del período. La razón de ello, es que se trata de la única sentencia de las aquí analizadas, en las que el Tribunal de Justicia constata la existencia de uno de los motivos de inadmisibilidad y, en buena lógica, expresa su negativa a responder a la cuestión planteada.

Quede claro en todo caso, que se trata de una inadmisión “parcial”, ya que, la resolución de remisión del órgano judicial nacional planteaba hasta tres cuestiones prejudiciales distintas, y la declaración de inadmisión de una de ellas no se extiende automáticamente a las demás. Reproducimos ahora, los contenidos más destacados de los apdos. 33 a 41 de la sentencia, lo que nos va a permitir apreciar, la lógica seguida por el Tribunal de Justicia en este supuesto:

“33. Mediante su tercera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente quiere saber si la resolución dictada por un tribunal de un Estado contratante que, para pronunciarse sobre una demanda, se ha visto obligado a apreciar la naturaleza jurídica de las relaciones entre las partes, es vinculante para el tribunal de otro Estado contratante que conozca posteriormente de un litigio entre las mismas partes en el cual se discute la naturaleza jurídica precisa de las mismas relaciones contractuales.

34. Con carácter preliminar, procede recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 234 CE, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (...).

35. Sin embargo, el Tribunal de Justicia también ha declarado que, en supuestos excepcionales, le corresponde examinar las circunstancias en las que el juez nacional se dirige a él, con objeto de verificar su propia competencia (Sentencias, antes citadas, PreussenElektra, apartado 39, y Canal Satélite Digital, apartado 19). En efecto, el espíritu de colaboración que debe presidir el funcionamiento de la remisión prejudicial supone que, por su parte, el órgano jurisdiccional nacional tenga en cuenta la función confiada al Tribunal de Justicia, que es la de contribuir a la administración de la justicia en los Estados miembros y no la de formular opiniones consultivas sobre cuestiones generales o hipotéticas (...).

36. Así pues, el Tribunal de Justicia puede negarse a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional, entre otros supuestos, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando dicho Tribunal no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (...).

37. A fin de hacer posible que el Tribunal de Justicia realice una interpretación del Derecho comunitario que sea útil, es conveniente que, antes de la remisión, el juez nacional fije los hechos del asunto y resuelva los problemas que sean puramente de Derecho nacional (...). Del mismo modo, es indispensable que el órgano jurisdiccional nacional explique las razo-

nes por las que considera que una respuesta a sus cuestiones resulta necesaria para resolver el litigio (...).

38. Esta jurisprudencia puede aplicarse a la remisión prejudicial establecida por el Protocolo (...)

39. A este respecto, procede señalar que, en el asunto objeto del procedimiento principal, se ha formulado ante los órganos jurisdiccionales austriacos una demanda sobre reclamación de la cantidad correspondiente al precio de unas mercancías. De la resolución de remisión no se desprende la razón por la cual la naturaleza jurídica precisa del contrato en el que se basa Gantner es relevante para pronunciarse sobre esta pretensión.

40. En tales circunstancias, es preciso declarar que el Tribunal de Justicia no dispone de elementos suficientes que muestren que sea necesaria una respuesta a la tercera cuestión.

41. Por tanto, no procede admitir esta cuestión.”

Antes de poner punto y final a esta crónica, es necesario hacer somera mención de las SSTJCE de 20 de marzo, LTJ Difusión, As. C-291/00; de 6 de marzo, Kaba, As. C-466/00, y STJCE de 6 de marzo, Molkerei Wagenfeld Karl, As. C-14/01, que si bien abordan cuestiones de importancia menor, no por ello deben ser desatendidas. Quede constancia también, que ninguna cuestión prejudicial planteada por órgano judicial español, ha sido resuelta durante este período.

En cuanto a las SSTJCE de 6 de marzo, Kaba, As. C-466/00, y, especialmente, la de 20 de marzo, LTJ Difusión, As. C-291/00, se pone de manifiesto la escasa relevancia que tienen los aspectos formales en el seno del procedimiento prejudicial, incluso, cuando de ello se puedan derivar consecuencias de orden material, o sustantivo, como puede ser la toma en consideración de cuestiones no apuntadas por el órgano judicial de remisión. Véase a este respecto la advertencia que formula el Tribunal de Justicia en el apartado 38 de la Sentencia de 20 de marzo, de las anteriores:

“38. Con carácter preliminar, cabe recordar que, para dar una respuesta adecuada al órgano jurisdiccional que le plantea una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a tomar en consideración normas de Derecho comunitario a las que el juez nacional no se haya referido en su cuestión (véanse las Sentencias de 20 de marzo de 1986, Tissier, 35/85, Rec. p. 1207, apartado 9, y de 18 de noviembre de 1999, Teckal, C-107/98, Rec. p. I-8121, apartado 39).”

La STJCE de 6 de marzo, Molkerei Wagenfeld Karl, As. C-14/01, es la única de las sentencias durante el período que comprende esta crónica en la que se cuestiona la validez de un precepto comunitario. Ésta es la razón por la cual la incluimos en nuestro estudio, pero de la que ninguna apreciación más cabe hacer. En concreto, se trata de una cuestión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht, sobre la validez del Reglamento

## I. Derecho Comunitario

99/2799/CE, de la Comisión, de 17 de diciembre de 1999, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento 99/1255/CE, en relación con la concesión de una ayuda a la leche desnatada y a la leche desnatada en polvo destinadas a la alimentación animal y con la venta de dicha leche desnatada en polvo.

En conclusión, nada nuevo se atisba en el horizonte jurisprudencial del Tribunal de Justicia, en lo que concierne a las cuestiones prejudiciales y a las medidas cautelares.

### 5. MERCADO INTERIOR

#### A) Libre circulación de mercancías

Durante el período objeto de análisis tan sólo se han dictado dos sentencias correspondientes a este apartado. La primera es la **STJCE de 6 de marzo de 2003**, (Sala Tercera) As. C-6/02, **Comisión de las Comunidades Europeas, contra República Francesa**. El objeto del recurso era que se declare que Francia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 28 CE, al haber mantenido la protección jurídica nacional otorgada a la denominación *Salaisons d’Auvergne*” así como a los distintivos regionales para determinados productos alimenticios.

Existe a nivel comunitario un del 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 (DO L 208, p. 1), modificado parcialmente por el Reglamento (CE) núm. 535/97 del Consejo, de 17 de marzo de 1997 (DO L 83, p. 3). Tras la entrada en vigor del Reglamento núm. 2081/92, el Gobierno francés adoptó la Ley núm. 94-2, de 3 de enero de 1994, relativa al reconocimiento de la calidad de los productos agrícolas y alimenticios.

La Comisión alega que la compatibilidad con el Derecho comunitario de los distintivos establecidos por la normativa francesa debe apreciarse a la luz de lo dispuesto en los artículos 28 CE y 30 CE, interpretados, en particular, en relación con lo dispuesto en el Reglamento núm. 2081/92. En lo que se refiere a la denominación “*Salaisons d’Auvergne*”, la Comisión destaca que las autoridades francesas indicaron que esta denominación debería ser objeto de una solicitud de registro como indicación geográfica con arreglo al artículo 5, del Reglamento núm. 2081/92. Sin embargo, la Comisión duda de que pueda registrarse una denominación de esta índole, en la medida en que dicho Reglamento permite el registro de un producto determinado, no el de una categoría de productos como los comprendidos en el término *salaisons*. En cualquier caso, al no existir una solicitud de registro de la denominación *Salaisons d’Auvergne*, las autoridades francesas no pueden invocar válidamente lo dispuesto en el mencionado Reglamento, que les confiere la posibilidad de proteger con carácter transitorio y a nivel nacional esta denominación, a la espera de una decisión comunitaria relativa a su registro.

Para el TJCE, según jurisprudencia reiterada, la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al

final del plazo señalado en el dictamen motivado (véase, en particular, la Sentencia de 7 de noviembre de 2002, Comisión/España, C-352/01, Rec. p. I-0000, apartado 6). Además, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario (véase, en particular, la Sentencia de 19 de marzo de 2002, Comisión/Irlanda, C-13/00, Rec. p. I-2943, apartado 21).

Por ello, el TJCE declaró que Francia había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 28 CE, al no haber puesto fin a la protección jurídica nacional otorgada a la denominación “*Salaisons d’Auvergne*”, así como a los distintivos regionales “*Savoie*”, “*Franche-Comté*”, “*Corse*”, “*Midi-Pyrénées*”, “*Normandie*”, “*Nord-Pas-de-Calais*”, “*Ardennes de France*”, “*Limousin*”, “*Languedoc-Roussillon*” y “*Lorraine*”.

El segundo pronunciamiento le tenemos en la Sentencia de 8 de abril de 2003 (asunto C-244/00), originado por una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 28 y 30 CE, así como del artículo 7.1 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DO 1989, L 40, p. 1), en su versión modificada por el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3).

La cuestión fue planteada por un órgano judicial alemán en el marco de un litigio entre las sociedades “*Van Doren*”, sociedad mayorista y minorista de prendas de vestir con domicilio en Colonia (Alemania), y “*Lifestyle sports*”, domiciliada en Berlín, en relación con la comercialización por Lifestyle de prendas de vestir de la marca Stüssy, cuyo distribuidor exclusivo en Alemania es Van Doren.

El artículo 5 de la Directiva, que lleva por título “Derechos conferidos por la marca”, está redactado del siguiente modo:

“1. La marca registrada confiere a su titular un derecho exclusivo. El titular estará facultado para prohibir a cualquier tercero el uso, sin su consentimiento, en el tráfico económico: a) de cualquier signo idéntico a la marca para productos o servicios idénticos a aquellos para los que la marca esté registrada; (...) 3. Podrá en especial prohibirse, cuando se cumplan las condiciones enunciadas en [el apartado 1]: [...] b) ofrecer productos, comercializarlos o almacenarlos con dichos fines y ofrecer o prestar servicios con el signo; c) importar productos o exportarlos con el signo; (...)”.

Por su parte, el artículo 7.1, de la Directiva, relativo al agotamiento del derecho conferido por la marca, establece que:

“El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento.”

## I. Derecho Comunitario

La sociedad Stussy Inc., con domicilio en Irvine (Estados Unidos), es titular de la marca denominativa y figurativa Stüssy, registrada para prendas de vestir. Los productos designados con esta marca se comercializan en todo el mundo. No llevan ningún signo especial que permita determinar cuál es su zona de comercialización. Por su parte, Van Doren es titular de los derechos de comercialización exclusivos de los productos de Stussy Inc. en Alemania en virtud de un contrato de distribución celebrado el 1 de mayo de 1995. Stussy Inc. facultó además a Van Doren para ejercitar en nombre propio acciones judiciales de cesación y de indemnización contra terceros por violación de los derechos de marca.

Según el TJCE, una norma en materia de prueba con arreglo a la cual el agotamiento del derecho de marca constituye un motivo de defensa para el tercero demandado por el titular de la marca, de modo que los requisitos de dicho agotamiento deben ser probados por el tercero que lo invoca, es compatible con el Derecho comunitario, en particular con los artículos 5 y 7 de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, en su versión modificada por el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992. No obstante, las exigencias derivadas de la protección de la libre circulación de mercancías, establecida, en particular, en los artículos 28 CE y 30 CE, pueden requerir que se adapte dicha norma en materia de prueba. Así, en el supuesto de que el tercero logre demostrar que existe un riesgo real de compartimentación de los mercados nacionales si recae sobre él la carga de aportar dicha prueba, en particular cuando el titular de la marca comercializa sus productos en el Espacio Económico Europeo por medio de un sistema de distribución exclusiva, incumbe al titular de la marca acreditar que los productos fueron comercializados inicialmente por él o con su consentimiento fuera del Espacio Económico Europeo. Si se acredita este extremo, corresponde entonces al tercero probar la existencia de un consentimiento del titular para la ulterior comercialización de los productos en el Espacio Económico Europeo.

### B.1) Libre prestación de servicios

En el período analizado se han dictado tres sentencias relativas al derecho a la libre prestación de servicios en el territorio de la Unión. La primera es la **STJCE de 13 de febrero de 2003, As. C-131/01, Comisión contra Italia**, cuyo objeto era que se declarase que Italia había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 49 CE a 55 CE, relativos a la libre prestación de servicios, al haber mantenido en vigor una normativa que obliga a los agentes de la propiedad industrial establecidos en otros Estados miembros a hallarse inscritos en el Registro italiano de agentes de la propiedad industrial y a tener una residencia o un domicilio profesional en Italia para prestar sus servicios ante la Oficina italiana de patentes.

La normativa italiana impugnada está constituida por el Real Decreto núm. 1127, de 29 de junio de 1939, por el que se aprueban las disposiciones legales en materia de patentes de invención, en su versión resultante del Decreto del Presidente de la República núm. 338, de 22 de junio de 1979, por el que se revisa la legislación nacional en materia de patentes, en cumplimiento de la Ley de Delegación núm. 260, de 26 de mayo de 1978.

Según la Comisión, resulta excesivo exigir a los agentes de la propiedad industrial establecidos en otros Estados miembros donde ejercen legalmente su profesión que se inscriban en el Registro italiano de agentes de la propiedad industrial después de haber superado una prueba de aptitud y que adquieran una residencia o un domicilio profesional en Italia, incluso cuando sus actividades ante la Oficina italiana de patentes sean tan sólo aisladas y ocasionales. Las citadas exigencias no están justificadas por una razón imperiosa de interés general y tampoco resultan proporcionadas para la finalidad que se persigue, por lo cual constituyen un obstáculo injustificado a la libre prestación de servicios.

*El TJCE, en efecto, declaró que la República Italiana incumplió las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 49 CE a 55 CE al haber mantenido en vigor una normativa que obliga a los agentes de la propiedad industrial establecidos en otros Estados miembros a hallarse inscritos en el Registro italiano de agentes de la propiedad industrial y a tener una residencia o un domicilio profesional en Italia para prestar sus servicios ante la Oficina italiana de patentes.*

En segundo lugar, la **STJCE de 25 de febrero de 2003, As. C-59/01**, también contra Italia, relativa al incumplimiento por parte de Italia de las obligaciones impuestas por la Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (Tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida) (DO L 228), al haber establecido y mantenido en vigor un sistema de bloqueo de precios aplicable a todos los contratos de seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor que cubren riesgos localizados en el territorio italiano, sin distinguir entre las compañías de seguros que tienen su domicilio social en Italia y las que ejercen su actividad en dicho Estado a través de sucursales o en régimen de libre prestación de servicios, infringiendo con ello el principio de libre fijación de tarifas y de supresión de los controles previos o sistemáticos sobre las tarifas y los contratos, establecido en los artículos 6, 29 y 39 de dicha Directiva; y las disposiciones del artículo 44 de la misma Directiva, en lo que se refiere al régimen en materia de recogida de datos sobre el importe de las primas, los siniestros y las comisiones, sobre la frecuencia y coste medio de los siniestros, así como sobre los intercambios entre las autoridades de control del Estado miembro de origen y las del Estado miembro de acogida.

El Tribunal constató el incumplimiento por parte de Italia de las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 92/49/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (Tercera Directiva de seguros distintos del seguro de vida), al haber establecido y mantenido en vigor un sistema de bloqueo de precios aplicable a todos los contratos de seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor, que cubren riesgos localizados en el territorio italiano, sin distinguir entre las compañías de seguros que tienen su domicilio social en Italia y las que ejercen

## I. Derecho Comunitario

su actividad en dicho Estado a través de sucursales o en régimen de libre prestación de servicios, infringiendo el principio de la libre fijación de tarifas establecido en los artículos 6, 29 y 39 de dicha Directiva.

Por último, la **STJCE de 6 de marzo de 2003, As. C-478/01, Comisión contra Luxemburgo** analiza un pretendido incumplimiento luxemburgués en materia de patentes. El objeto fue que se declarase que de Luxemburgo había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 49 CE y siguientes y 10 CE, respectivamente, al mantener la obligación de que, para prestar sus servicios, los agentes de la propiedad industrial estén domiciliados en territorio luxemburgués o, en su defecto, designen como domicilio el de un agente autorizado y al no facilitar información sobre las condiciones exactas de aplicación de lo dispuesto en el artículo 85, apartado 2, de la Ley luxemburguesa de 20 de julio de 1992, por la que se modifica el régimen de las patentes de invención, y en los artículos 19 y 20 de la Ley de 28 de diciembre de 1988, relativa al acceso a las profesiones de artesano, comerciante, industrial y a determinadas profesiones liberales.

El Tribunal constata el incumplimiento, y declara que Luxemburgo ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 49 CE y 10 CE, respectivamente, habida cuenta de la obligación de los agentes de la propiedad industrial de designar como domicilio el de un agente autorizado para realizar una prestación de servicios y tomando en consideración que el Gobierno luxemburgués no ha facilitado información sobre las condiciones exactas de aplicación de lo dispuesto en el artículo 85, apartado 2, de la Ley luxemburguesa de 20 de julio de 1992, por la que se modifica el régimen de patentes de invención, en relación con los artículos 19 y 20 de la Ley de 28 de diciembre de 1988, relativa al acceso a las profesiones de artesano, comerciante, industrial y a determinadas profesiones liberales.

### B.2) Derecho de establecimiento

En cuanto al Derecho de establecimiento, tan sólo se ha dictado un sentencia en la materia, la **STJCE de 6 de marzo de 2003, As. C-485/01**, dimanante se una decisión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes (DO L 382). Esta cuestión se suscitó en el marco de un litigio entre la Sra. Caprini y el Registrador del Registro de empresas de Trento (Italia) sobre la obligación de inscribir a los agentes comerciales en dicho Registro. La Directiva establece medidas de armonización que se aplican a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a las relaciones entre los agentes comerciales y sus comitentes. Esta Directiva persigue proteger los intereses de los agentes comerciales frente a sus comitentes así como promover la seguridad de las operaciones comerciales y facilitar el intercambio de mercancías entre los Estados miembros mediante la aproximación de sus sistemas jurídicos en materia de representación comercial. A tal efecto, la Directiva establece, en particular, normas relativas a los derechos y obligaciones de las partes (artículos 3 a 5), la remuneración de los agentes comerciales (artículos 6 a 12) y la celebración y terminación del contrato de agencia (artículos 13 a 20).

Por su parte, la Ley italiana núm. 204, de 3 de mayo de 1985, prevé la creación de un Registro de agentes y representantes comerciales, en el que deben inscribirse obligatoriamente quienes ejerzan o tengan la intención de ejercer la actividad de agente o representante comercial, bajo pena de sanción administrativa.

Para el TJCE, la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los Derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una norma de Derecho nacional supedita la inscripción de un agente comercial en el Registro de empresas a que este agente haya sido inscrito en un Registro previsto para tal fin, siempre que la no inscripción no afecte a la validez de un contrato de agencia celebrado por dicho agente con su comitente o que las consecuencias de la falta de inscripción no menoscaben de otro modo la protección que la Directiva concede a los agentes comerciales en sus relaciones con sus comitentes.

### **C) Libre circulación de trabajadores**

#### **a) Contenido jurídico. Igualdad de trato**

Mediante la **STJCE de 6 de marzo de 2003, Kaba, As. C-466/00**, el Tribunal de Justicia responde a una cuestión prejudicial en la que se pregunta si constituye una discriminación contraria al art. 39 CE y/o al art. 7.2 del Reglamento núm. 1612/68 el hecho de que una persona que entra en el Reino Unido como cónyuge de un ciudadano de la Unión Europea que ejerce su derecho a la libre circulación deba permanecer en el Reino Unido durante cuatro años antes de poder solicitar un permiso de residencia por tiempo indefinido, mientras que el cónyuge de una persona residente y establecida en el Reino Unido —ya se trate de un nacional del Reino Unido o de una persona que ha obtenido un permiso de residencia por tiempo indefinido— puede solicitar el permiso de residencia por tiempo indefinido una vez transcurrido un año.

La sentencia que reseñamos es la segunda que dicta el TJCE en relación con el asunto Kaba. En su anterior pronunciamiento de 11 de abril de 2000, As. C-356/98, el Tribunal de Justicia declaró que una normativa de un Estado miembro que exige a los cónyuges de trabajadores migrantes nacionales de los demás Estados miembros, para poder solicitar una autorización de residencia por tiempo indefinido en el referido Estado, que hayan residido durante cuatro años en el territorio de dicho Estado miembro, mientras que impone una obligación de residencia de tan sólo doce meses a los cónyuges de personas establecidas en el citado territorio que no estén sujetas a ninguna restricción por lo que respecta al período durante el cual pueden residir en el mismo, no constituye una discriminación contraria al art. 7.2 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. Pues bien, mediante esta segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber, en esencia, si la respuesta dada por el TJCE a las cuestiones prejudiciales en la sentencia Kaba habría sido diferente si el Tribunal de Justicia hubiere

## I. Derecho Comunitario

tenido en cuenta que, por una parte, la situación con arreglo a Derecho nacional del cónyuge de un trabajador migrante nacional de un Estado miembro que no sea el Reino Unido y la del cónyuge de una persona “residente y establecida” en el Reino Unido son totalmente comparables salvo por lo que respecta al período de residencia anterior exigido para conceder un permiso de residencia por tiempo indefinido en el territorio del Reino Unido y, por otra parte, que las autoridades competentes del Reino Unido no han invocado motivo alguno para justificar dicha diferencia.

El TJCE, en la Sentencia de 6 de marzo de 2003, reitera que no constituye una discriminación contraria al Derecho comunitario el hecho de una legislación nacional establezca que el período de residencia previa que se exige al cónyuge del nacional de un Estado miembro para obtener un permiso de residencia indefinido sea mayor que el que se exige al cónyuge de una persona “residente y establecida” en el Estado miembro. En este sentido, el TJCE declara que ambas situaciones no son comparables en virtud de Derecho comunitario, por lo que la cuestión de si tal diferencia de trato puede estar justificada carece de relevancia. En relación con la ausencia de una situación comparable entre estas dos categorías de personas, el Tribunal de Justicia pone de manifiesto que el derecho de residencia de un trabajador migrante nacional de un Estado miembro no es incondicional en la medida en que está supeditado al mantenimiento de la condición de trabajador o, en su caso, de persona en búsqueda de empleo –salvo que posea este derecho en virtud de otras disposiciones de Derecho comunitario– mientras que una persona “residente y establecida” en el Reino Unido no está sometida a restricción alguna respecto al período en el que puede residir en el territorio de dicho Estado miembro y durante su estancia no tiene el deber de cumplir ninguna condición comparable a las previstas por las disposiciones del Derecho comunitario (apartados 47 a 49).

Por su parte, la **STJCE de 8 de mayo de 2003, *Deutscher Handballbund, As. C-438/00***, interpreta el principio de no discriminación por razón de nacionalidad establecido en el acuerdo de asociación entre las Comunidades Europeas y Eslovaquia, estableciendo que dicho Acuerdo se opone a la aplicación de las normas adoptadas por una federación deportiva según las cuales los jugadores eslovacos no tienen más que una posibilidad limitada de participar en los partidos de Liga y Copa de la Liga federal y de las Ligas regionales. El litigio que origina esta decisión prejudicial surge cuando el Sr. Kolpac, jugador eslovaco de un equipo alemán de balonmano, entabla una demanda contra el DHB, que es organismo que organiza partidos de Liga y de Copa en el ámbito federal, al negarse éste a expedirle una licencia de jugador que no incluyese la mención correspondiente a los nacionales de países terceros. Según la norma de la federación deportiva, los clubes sólo están autorizados a alinear en los partidos de Liga y Copa un número limitado de jugadores procedentes de Estados terceros no pertenecientes a las Comunidades Europeas.

El Tribunal de Justicia declara en primer lugar, sobre la base de su reciente Sentencia de 29 de enero de 2002, *Pokrzeptowicz-Meyer, As. C-162/00*, que interpreta el mismo principio en el marco del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Polonia, que la disposición del Acuerdo relativa al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad es directamente aplicable. Por tanto, los nacionales eslovacos tienen derecho a invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales del Estado miembro de acogida

(apartados 24 a 30). Por otro lado, el TJCE recuerda que, como ya estableciera la STJCE de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, As. C-415, la prohibición de discriminación contenida en el art. 48.2 CE se aplica a las reglamentaciones adoptadas por asociaciones deportivas que determinen las condiciones de ejercicio de una actividad por cuenta ajena por parte de deportistas profesionales (apartado 32).

Además, se señala que del Acuerdo de asociación entre las Comunidades y Eslovaquia se desprende que la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad prevista en el mismo se aplica, por una parte, sólo a los trabajadores de nacionalidad eslovaca que ya estén legalmente contratados en el territorio de un Estado miembro y, por otra, únicamente por lo que se refiere a las condiciones de trabajo, retribución o de despido. Pues bien, de la resolución de remisión se deduce que el Sr. Kolpac ejerce de manera regular un trabajo por cuenta ajena como portero en virtud de un contrato de trabajo firmado con un equipo alemán, que tiene un permiso de residencia válido y que, según la normativa nacional, no necesita permiso de trabajo para ejercer su profesión. Así pues, resulta que ya ha tenido acceso al mercado de trabajo en Alemania de forma regular (apartados 42 y 43), y que, por tanto, la norma nacional discutida se refiere a las condiciones de trabajo. Por tanto, en tales circunstancias, el Tribunal de Justicia concluye que la interpretación del art. 48.2 CE elaborada en la sentencias *Bosman* puede trasladarse al art. 38.1 del Acuerdo de Asociación entre las Comunidades y Eslovaquia. En consecuencia, en virtud de lo expuesto, el TJCE declara que el art. 38.1 del Acuerdo de Asociación entre las Comunidades y Eslovaquia debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación a un deportista profesional de nacionalidad eslovaca, contratado de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, de una norma adoptada por una federación deportiva del mismo Estado en virtud de la cual los clubes sólo están autorizados a alinear en los partidos de Liga y de Copa un número limitado de jugadores procedentes de países terceros que no formen parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

#### **D) Libre circulación de capitales**

Durante el período analizado no se ha producido pronunciamiento jurisdiccional alguno en relación con esta libertad comunitaria.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ  
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA  
LUIS F. MAESO SECO  
FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ  
JUANI MORCILLO MORENO  
JESÚS PUNZÓN MORALEDA  
JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES  
ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

**II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS****Sumario:****1. Introducción. 2. Procesos constitucionales.** A) Recurso de amparo.

a) Agotamiento de los recursos [art. 44.1.a) LOTC]. El incidente de nulidad de actuaciones y el agotamiento de la vía previa. b) La invocación formal en el proceso del

derecho vulnerado no tiene por qué expresarse con cita del precepto constitucional

[art. 44.1.c) LOTC]. c) Extemporaneidad (art. 44.2 LOTC). d) Legitimación: las perso-

nas jurídico-públicas, salvo excepciones, no pueden acudir en amparo al Tribunal

Constitucional. B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley.

a) Cuestión de inconstitucionalidad: revisión del juicio de relevancia (art. 35.2 LOTC).

b) Recurso de inconstitucionalidad: legitimación de las Comunidades Autónomas

(art. 32.2 LOTC). **3. Criterios de distribución de competencias.** A) Efectos de la apro-

bación de nuevas normas básicas estatales sobre las normas autonómicas incompatibles

y preexistentes. ¿Nulidad o prevalencia? B) Ley de presupuestos autonómicos: conteni-

do. Límites a la modificabilidad del presupuesto prorrogado mediante ley parlamenta-

ria. Principio de seguridad jurídica en el ámbito presupuestario. C) Régimen económi-

co y fiscal de Canarias (Disposición Adicional Tercera CE): sentido y alcance.

¿Inexistencia de una garantía institucional? Basta la subsistencia de un trato fiscal dife-

renciado para que se considere satisfecha la especialidad del régimen fiscal en Canarias.

**1. INTRODUCCIÓN**

Se reseñan las Sentencias dictadas en el primer trimestre del año (desde la STC 1/2003, de 16 de enero, hasta la STC 64/2003, de 27 de marzo).

En el período analizado se han dictado cuatro sentencias de cierta importancia para la distribución de competencias en nuestro país. En concreto se examinan tres cuestiones relevantes: a) el efecto de la aprobación de nuevas normas básicas estatales contrarias a

normas autonómicas de desarrollo preexistentes y, en principio, válidas proponiéndose, en un Voto Particular la aplicación de la muy poco utilizada cláusula de prevalencia contenida en el art. 149.3 CE (STC 1/2003, de 16 de enero); b) los límites impuestos a las leyes autonómicas no presupuestarias que pretenden introducir cambios en presupuestos prorrogados (STC 3/2003, de 16 de enero), y c) el alcance constitucional del régimen económico y fiscal de Canarias (SSTC 16/2003, de 30 de enero y 62/2003, de 27 de marzo).

## 2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

### A) Recurso de amparo

#### a) Agotamiento de los recursos [art. 44.1.a) LOTC]. El incidente de nulidad de actuaciones y el agotamiento de la vía previa

En la STC 39/2003, de 27 de febrero, Sala Primera, inadmite el recurso de amparo porque el recurrente no interpuso el incidente de nulidad de actuaciones contra la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. Para el TC (FJ 3º) dicho incidente ha de interponerse antes de acudir al TC cuando “es susceptible de ser utilizado y adecuado por su carácter y naturaleza para tutelar la libertad o derecho que se entienda vulnerado”. En este caso, según el TC, el incidente de nulidad de actuaciones era adecuado para subsanar la incongruencia del fallo o los defectos de forma denunciados en la demanda de amparo.

Sin embargo, el Magistrado García Manzano discrepa en su Voto particular al considerar que la promoción del incidente ha de exigirse sólo cuando procede con claridad y sea cauce hábil o idóneo para reparar el vicio o defecto procesal causante de la aducida indefensión. Exigir que, inadmitida la casación, el recurrente plantee un incidente de nulidad contra la Sentencia del TSJ “desconecta este remedio de sus lógicas coordinadas temporales, y lo hace así al menos dudoso para la parte o litigante que ha sufrido la indefensión, máxime cuando se aducen de manera conjunta o acumulativa lesiones tanto sustantivas (derecho a la igualdad del art. 14) como estrictamente procesales (incongruencia que produce indefensión)”.

Por el contrario, en la STC 57/2003, de 24 de marzo, Sala Segunda, se rechaza el mismo óbice procesal de la falta de agotamiento de la vía judicial previa. La recurrente había sido condenada por un delito de falsedad por la Audiencia Provincial de Madrid y acudió al TC, sin instar el incidente de nulidad de actuaciones, denunciando la incongruencia de la Sentencia penal. El TC considera que, en este caso, no le era exigible a la actora la interposición de dicho incidente porque la demandante de amparo “no denuncia una incongruencia en sentido estricto, sino un defecto de argumentación de la Sentencia condenatoria que no es evidente sea causante de la indefensión” (FJ 2º).

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

### **b) La invocación formal en el proceso del derecho vulnerado no tiene por qué expresarse con cita del precepto constitucional [art. 44.1.c) LOTC]**

En la STC 2/2003, de 16 de enero, el Pleno analiza si debió inadmitirse el recurso de amparo por haber invocado en el proceso la imposición de una dualidad de sanciones, sin haberse citado expresamente el art. 25.1 CE. El TC entiende en su FJ 2º, que la falta de cita numérica del precepto constitucional no equivale a la no invocación del derecho fundamental, siempre que de las alegaciones fácticas y jurídicas del recurrente pueda inferirse qué derecho fundamental ha sido vulnerado.

### **c) Extemporaneidad (art. 44.2 LOTC)**

El conocimiento extraprocésal no sustituye la notificación como *dies a quo*.

En la STC 35/2003, de 25 de febrero, la Sala Primera considera que el principio de seguridad jurídica exige que el plazo se cuente a partir de la notificación efectuada eficazmente por el órgano judicial. Por regla general, dicha notificación no puede sustituirse por el conocimiento extraprocésal de la resolución impugnada (FJ 4º).

**Dies ad quem:** fecha de envío por correo del escrito de amparo cuando concurren circunstancias excepcionales.

En la misma Sentencia se planteó como excepción que el escrito anunciando la decisión de formular el recurso de amparo y solicitando la designación de Letrado y Procurador de oficio había llegado cuatro días después de que finalizara dicho plazo. Sin embargo, el TC considera que concurren circunstancias excepcionales: el demandante reside en una localidad lejana a Madrid (Vilanova i La Geltrú) y no cuenta con asistencia letrada y representación procesal. Cuando concurren tales circunstancias, el TC admite que pueda tomarse como el día final del cómputo del plazo (*dies ad quem*) el de la remisión por correo del escrito y no el de su recepción en el Registro.

### **d) Legitimación: las personas jurídico-públicas, salvo excepciones, no pueden acudir en amparo al Tribunal Constitucional**

En el ATC de 7 de abril de 2003, Sala Primera, se inadmite un amparo promovido por la Comunidad Foral de Navarra contra una Sentencia del TSJ que anulaba una orden de una de sus Consejerías, alegando indefensión por error patente, interpretación rigurosa y formalista de las normas procesales e inobservancia del principio de contradicción.

El TC reitera en este Auto la regla general de inadmisión, pues no es comparable la indefensión de los particulares con la de las personas jurídico-públicas “cuando ejercen poderes exorbitantes y los órganos judiciales fiscalizan su alcance y ejercicio”. En estos ámbitos de actuación administrativa, como regla general, el TC señala que las personas públicas no pueden servirse del amparo constitucional para impugnar las decisiones de los jueces y tribunales que, cumpliendo con lo previsto en el art. 106.1 CE, fiscalizan la actuación de los sujetos públicos (FJ 1º). El TC reitera las excepciones a la regla general: a) que

ostenten una posición análoga a los particulares; b) que se invoque el derecho al acceso al proceso, y c) que se alegue el derecho a no padecer indefensión.

Sin embargo, en su Voto particular, discrepa el Magistrado García Manzano, quien considera que, en este caso, los defectos denunciados han causado indefensión al recurrente por haber fundado el órgano jurisdiccional su Sentencia en una interpretación en exceso rigurosa y formalista de las normas procesales. Para el discrepante, “la Comunidad Foral de Navarra es una parte procesal en igualdad de armas o condiciones con el particular demandante o administrado sancionado, y no cabe por ello, disminución alguna de garantías en el ámbito procesal en que nos movemos. La administración demandada no es una *potentior personae*, pero tampoco se trata de un sujeto del proceso, una parte procesal, despojada de las garantías que le asegura el art. 24 del texto constitucional”.

## **B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley**

### **a) Cuestión de inconstitucionalidad: revisión del juicio de relevancia (art. 35.2 LOTC)**

En contra de la habitual flexibilidad empleada por el TC, hay dos Sentencias que inadmiten sendas cuestiones de inconstitucionalidad por no superar el juicio de relevancia.

La **STC 62/2003, de 27 de marzo**, analiza de forma acumulada diversas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas por lo Sala de lo C-A del TSJ de Canarias contra los preceptos de la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del régimen económico y fiscal de Canarias.

En relación únicamente a los preceptos de la ley referentes al arbitrio sobre la producción y la importación, el TC acoge el defecto procesal planteado por el Fiscal General del Estado. El TC considera que debe inadmitirse la cuestión cuando “de manera notoria, sin necesidad de examinar el fondo debatido y en aplicación de principios jurídicos básicos se desprenda que no existe nexo causal entre la validez de los preceptos legales cuestionados y la decisión a adoptar en el proceso *a quo*”. El TC inadmite la cuestión porque con la mera lectura de la Orden de la Consejería de Economía y Hacienda del Gobierno de Canarias, impugnada en el proceso *a quo*, se advierte que esta norma no guarda relación alguna con los preceptos de la ley referentes al citado arbitrio.

En la **STC 64/2003, de 27 de marzo**, se inadmite la cuestión de inconstitucionalidad planteada por un juzgado de primera instancia de Zaragoza contra varios apartados del Anexo de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro de Vehículos a Motor.

El TC se hace eco de la alegación del Abogado del Estado, para quien la cuestión se formuló con carácter abstracto y sin relación con el caso. Considera que no se ha expresado correctamente el juicio de relevancia, ya que el órgano judicial no razonó y exteriorizó suficientemente por qué el fallo depende de la validez de la ley impugnada.

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

El TC inadmite la cuestión porque el escrito del Juez carece de los elementos mínimos que permiten apreciar que estamos en presencia de un verdadero control concreto de constitucionalidad. El órgano judicial debió precisar más algunos aspectos, incluyendo, por ejemplo, las tablas y epígrafes contenidos en el Anexo, referido a lesiones y muerte por accidente, que son esenciales para la resolución del caso.

### b) Recurso de inconstitucionalidad: legitimación de las Comunidades Autónomas (art. 32.2 LOTC)

En la STC 48/2003, de 12 de marzo, recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Partidos Políticos, comentada ampliamente por nosotros en el apartado de derechos fundamentales, se plantea el problema formal de la legitimación de la Comunidad Autónoma Vasca.

En relación a la objeción planteada por el Senado, el TC reitera su consolidada doctrina acerca de la legitimación de los órganos autonómicos en el recurso al considerar que las competencias de organización, régimen y funcionamiento de las instituciones autonómicas y sobre legislación electoral interna conforman un “punto de conexión” suficiente para ubicar en un ámbito propio el interés de la Comunidad Autónoma cualquier norma que atañe de forma directa a un derecho fundamental, cuyos elementos esenciales tienen reservada la regulación de su desarrollo directo a la Ley Orgánica, una norma de competencia estatal.

## 3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

### A) Efectos de la aprobación de nuevas normas básicas estatales sobre las normas autonómicas incompatibles y preexistentes. ¿Nulidad o prevalencia?

En la STC 1/2003, de 16 de enero, el Pleno del TC se plantea un supuesto que cada vez va a resultar más común en el actual estadio de desarrollo del Estado autonómico: un cambio en la normativa básica estatal que supone la regulación de una cuestión que ya había sido legítimamente desarrollada en otro sentido por las entidades territoriales. El conflicto se manifiesta como consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno contra determinados preceptos de la Ley de la función pública de Extremadura (en su redacción introducida por la Ley extremeña 5/1995).

El TC considera que la Ley extremeña impugnada era perfectamente constitucional en el momento de su aprobación. Hasta la promulgación de la Ley 13/1996, la ausencia de regulación estatal específica sobre la excedencia voluntaria por agrupación familiar y la excedencia forzosa de los funcionarios que no sea consecuencia de una situación de expectativa de destino, permitía a la Comunidad Autónoma regular la materia, cosa que hizo en la ley impugnada que, por tanto, resultaba constitucional.

Después de la aprobación de la Ley estatal 13/1996, que supone la extensión de las bases en la materia, la mayoría de los Magistrados considera que la norma autonómica ya no es compatible con la legislación básica, por lo que tal disconformidad sobrevenida determi-

na la actual inconstitucionalidad y nulidad de las disposiciones que originariamente eran respetuosas con el orden de distribución de competencias.

Esta posición es contestada en un interesante Voto Particular suscrito por los Magistrados Jiménez de Parga y Rodríguez-Zapata. A juicio de estos dos Magistrados la madurez actual del Estado de las Autonomías obliga a la aplicación de nuevos criterios, como la aplicación de la “cláusula de prevalencia” prevista en el art. 149.3 CE. En tal sentido sostienen que la incompatibilidad sobrevenida, como consecuencia de cambios en la legislación básica estatal, de una norma autonómica perfectamente válida en su origen, no debería tener como consecuencia la nulidad de ésta. En este supuesto, sería más adecuado declarar la prevalencia de la norma estatal y la inaplicación de la norma autonómica que ha devenido desplazada por la norma estatal.

Este planteamiento lejos de constituir una mera discusión teórica contiene indudables potencialidades prácticas, pues la utilización de este criterio significaría que los tribunales ordinarios podrían resolver estos conflictos inaplicando las normas autonómicas contrarias a estas normas básicas estatales aprobadas con posterioridad. Aunque esta solución pueda sorprender a primera vista dada la estructura de nuestra jurisdicción constitucional, no resulta un remedio totalmente extraño en nuestro ordenamiento jurídico. Como sostienen los dos Magistrados y ha señalado reiteradas veces el TC, corresponde a los tribunales ordinarios la selección de la norma legal aplicable en caso de conflictos entre el Derecho comunitario y el Derecho interno. Si tal principio es válido para los supuestos de incompatibilidad entre el ordenamiento comunitario y nacional, no se alcanza a comprender cuál es el motivo de no aceptarlo en el ámbito de las relaciones entre Derecho estatal básico y Derecho autonómico de desarrollo preexistente.

**B) Ley de presupuestos autonómicos: contenido. Límites a la modificabilidad del presupuesto prorrogado mediante ley parlamentaria. Principio de seguridad jurídica en el ámbito presupuestario**

En la STC 3/2003, de 16 de enero, el Tribunal se enfrenta a un conocido conflicto suscitado por la aprobación por el Parlamento Vasco (sorprende la rapidez con la que el TC ha resuelto esta controversia –tan sólo siete meses desde la presentación del recurso–) de la Ley 1/2002 en la que se regulaban determinados aspectos relacionados con los presupuestos de la Comunidad Autónoma. No se trataba de una ley presupuestaria (de hecho se excluyó expresamente esta denominación) puesto que los presupuestos para el año 2002 fueron rechazados en su tramitación parlamentaria por lo que había sido prorrogados los presupuestos anteriores que, a su vez, eran una prórroga de la ley de presupuestos de 1999. La Ley impugnada, sin embargo, regulaba materias genuinamente presupuestarias en la medida en que incluía la autorización de créditos presupuestarios, la previsión de algunos ingresos, etc.

El Tribunal recuerda su profusa jurisprudencia sobre el concepto, funciones y contenido de la Ley de presupuestos estatales, prestando especial atención a los principios de unidad (se han de contener en un único documento) y universalidad (ese documento ha de

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

contener la totalidad de tales ingresos y gastos) presupuestaria, para concluir que “puede hablarse en propiedad de la existencia en la Constitución de una reserva de un contenido de la Ley de presupuestos” (FJ 4º). El TC considera que existe “una sustancial identidad” entre las normas aplicables a las Leyes presupuestarias estatales y autonómicas (FJ 6º). En consecuencia, los mismos límites materiales y temporales al que se encuentran sometidas las Leyes estatales que inciden en el ejercicio de la función presupuestaria pueden extenderse al control de las normas de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

El Tribunal concluye que la norma impugnada, que regula aspectos relacionados con la materia presupuestaria aun sin tratarse de una Ley de presupuestos, es contraria a la Constitución y a los principios que integran el bloque de la constitucionalidad. En primer lugar tal infracción se produce por la infracción de la reserva material de la ley de presupuestos prevista en la Constitución y las normas integrantes del bloque de la constitucionalidad. Reserva que aún no impidiendo modificaciones en la normativa presupuestaria, exige que éstas respondan a circunstancias excepcionales. La fragmentación provocada por la regulación parcial de los presupuestos contenida en la ley impugnada produce, en definitiva una infracción de los principios de universalidad y unidad presupuestaria.

En segundo lugar, las alteraciones contenidas en la ley impugnada provocan la infracción de la normativa y principios reguladores de la prórroga presupuestaria al contener modificaciones en los presupuestos prorrogados que no responden a necesidades concretas de adaptación (tales como la cobertura de obligaciones previas).

Finalmente, la situación descrita conduce, a juicio de la mayoría del TC, a entender vulnerado el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) por una parte porque dicho principio exige que una ley de contenido constitucionalmente garantizado como la Ley de presupuestos no contenga más disposiciones que las que corresponden a su función constitucional y, por otra parte, porque la norma impugnada no incorporaba en su Anexo referido al estado de gastos la cuantía de los mismos. En definitiva, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley.

El Voto Particular, suscrito por cuatro Magistrados, se opone a la inconstitucionalidad de la totalidad de la Ley. Los Magistrados firmantes del Voto Particular disienten, a nuestro juicio acertadamente, de la mayoría en cuanto al alcance del fallo en tanto que la declaración de la inconstitucionalidad de la integridad de la Ley supone desconocer que en su contenido se regulaban cuestiones que no tenían naturaleza presupuestaria. Esta normativa no debía haberse visto afectada en modo alguno por la declaración de inconstitucionalidad de la Ley a no ser que se hubieran enjuiciado, cosa que la mayoría no hizo, los vicios procedimentales en la aprobación de la misma alegados por el Abogado del Estado.

Los Magistrados disidentes también reprochan a la mayoría no haber aclarado la importante cuestión de la existencia o no de una reserva material de Ley de presupuestos tras haber afirmado previamente que lo que realmente existe es un contenido constitucionalmente definido de la Ley de presupuestos, nociones que son muy diferentes. A juicio de la minoría la clave de la inconstitucionalidad de la norma impugnada se encuentra, fundamentalmente, en la infracción del régimen de la prórroga presupuestaria que genera un

doble régimen presupuestario en cuanto se asigna una función materialmente presupuestaria a una Ley que no es aprobatoria de los presupuestos.

**C) Régimen económico y fiscal de Canarias (Disposición Adicional Tercera CE): sentido y alcance. ¿Inexistencia de una garantía institucional? Basta la subsistencia de un trato fiscal diferenciado para que se considere satisfecha la especialidad del régimen fiscal en Canarias**

En la STC 16/2003, de 30 de enero, se enjuician diversos recursos de inconstitucionalidad y conflictos de competencia planteados por el Gobierno y Parlamento Canario y 50 Senadores, mientras que la STC 62/2003, de 27 de marzo, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad elevada por la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Canarias respecto a normas estatales que infringía, a su juicio, el régimen económico y fiscal de Canarias. A diferencia del supuesto anterior es de destacar el notable retraso acumulado por el TC en la solución de estas controversias (10 años desde los primeros y 9 años desde las segundas). Debe resaltarse también el orden poco lógico de resolución de las controversias competenciales en la medida en que la cuestión más concreta (referida a una específica regulación del Impuesto especial sobre determinados medios de transporte) es resuelta en primer lugar y sirve de referencia para la solución de la cuestión más general (la práctica totalidad de la Ley 20/1991 de modificación de los aspectos fiscales del régimen económico y fiscal de Canarias).

Como bien resume la STC 16/2003 en su primer fundamento se suscitan cuatro cuestiones en estas controversias que exponemos a partir de la construcción realizada por el TC en esta primera STC, en la medida en que la segunda reproduce sustancialmente los mismos argumentos.

En primer lugar, el impuesto aprobado por los órganos centrales supondría la vulneración del principio de franquicia fiscal sobre el consumo. Franquicia que sería parte del régimen especial canario protegido por la Disposición Adicional Tercera CE y por diversos preceptos del Estatuto de Autonomía de Canarias. A juicio de los recurrentes y de la Sala que plantea las cuestiones de inconstitucionalidad dichos preceptos establecen una *garantía institucional* cuyo núcleo indisponible estaría constituido por la previsión contenida en el art. 46 del EAC en virtud del cual la especialidad del régimen económico y fiscal de Canarias se basa en la libertad comercial, la franquicia aduanera y sobre el consumo. Sería pues esta última franquicia (sobre el consumo) la que se vería lesionada por los preceptos legales impugnados. Sin embargo, el TC rechaza la interpretación realizada por las alegaciones de los recurrentes. Tras recordar la tramitación parlamentaria de la Disposición Adicional Tercera y a partir de la interpretación sistemática de la Constitución considera, por una parte, que la finalidad del régimen económico y fiscal de Canarias radica en la necesidad de compensar las dificultades causadas para dicha Comunidad por el *hecho insular* y, por la otra, que dicho régimen tiene un marcado carácter evolutivo y cambiante según se alteran las circunstancias sociales y económicas que rodean al propio hecho insular y según cambian las necesidades de equilibrio económico entre las diversas partes del territorio español (FFJJ 5° y 6° de la STC 16/2003, argumentos reiterados en la STC 62/2003).

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Sobre la base de tal argumentación, el TC sostiene que no es fácil extraer la existencia de una garantía de un contenido inalterable del régimen económico y fiscal de Canarias. Pero, aunque se admitiera la existencia de tal garantía institucional, ésta no se vería vulnerada por las normas impugnadas pues el impuesto aprobado no supone una modificación significativa del contenido de tal régimen fiscal. Y ello porque dado el carácter evolutivo de éste, se puede identificar un ámbito diferencial (que sería lo característico del Régimen económico y fiscal canario) respecto al resto del territorio español pues se fijan unos tipos de gravamen diferentes, se mantiene la existencia de tributos de aplicación exclusiva en la Comunidad canaria y subsisten tributos destinados exclusivamente a la financiación del archipiélago canario (FJ 8º reiterado en la STC 62/2003).

En segundo lugar, se alega la vulneración del procedimiento legislativo previsto en la citada Disposición Adicional y en el art. 46 EAC al no haberse respetado el informe negativo emitido por el Parlamento Canario al proyecto de ley remitido por el ejecutivo central. El Tribunal rechaza también esta alegación en la medida en que la naturaleza vinculante del informe no puede deducirse “ni de la imagen de la institución que tuvo ante sí el constituyente, ni de la expresa dicción de los preceptos de la Constitución y del bloque de la constitucionalidad”, preceptos que establecen el carácter preceptivo del informe pero no su vinculabilidad cuando sea negativo (FJ 9º).

En tercer lugar se reclama la competencia autonómica de desarrollo legislativo y ejecución en materia de procedimiento económico-administrativo y fiscal respecto a los tributos integrantes del régimen especial canario. De nuevo esta alegación es rechazada en tanto que el impuesto objeto del recurso y conflicto ha sido creado por el Estado en el ejercicio de una competencia exclusiva (art. 149.1.14º en relación con el art. 133.1 CE) por lo que es a los órganos centrales a quien corresponde su desarrollo y ejecución a no ser que haya sido objeto de delegación o concurra otro título competencial autonómico cosa que no ocurre, a juicio del TC, en este caso (FJ 10º).

Por último, en cuarto lugar, se reclama la competencia autonómica de gestión de los tributos cedidos en virtud de los diversos preceptos reguladores de la cuestión en el bloque de la constitucionalidad (en especial el art. 10.2 LOFCA). Sin embargo, el Tribunal considera que en el momento de plantearse la controversia el impuesto no tenía tal condición de tributo cedido en tanto que no existía una previsión estatutaria en tal sentido ni tampoco una ley específica que estableciera tal cesión (FJ 11º).

JAVIER GARCÍA ROCA

ISABEL PERELLÓ

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

IGNACIO GARCÍA VITORIA

MARÍA DÍAZ CREGO

MIGUEL PÉREZ-MONEO



**III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos**

**Humanos.**<sup>1</sup> A) Introducción. B) Medidas carcelarias que constituyen tratos inhumanos y degradantes: registros corporales íntimos, sistemáticos e injustificados (art. 3 CEDH).

C) Derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH). a) Videocámaras de vigilancia policial en las calles, difusión ulterior de imágenes sin enmascarar al afectado. b) Escuchas telefónicas. c) Necesidad de revisar regularmente el acogimiento público de un menor.

D) Libertad de expresión (art. 10 CEDH). a) Libertad de información y protección de fuentes.

b) Inexistencia del derecho al insulto. E) Libertad de asociación. Confirmación de la disolución de un partido político (art. 11 CEDH). F) Prohibición de discriminación y homosexualidad

(art. 14 CEDH) **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Tutela judicial efectiva.

a) Acceso al proceso: inadmisión del recurso contencioso-administrativo contra un acto confirmatorio cuando el derecho material no ha prescrito. b) Acceso al proceso: sustitución de Abogado ante los órganos unipersonales de la Jurisdicción Contencioso-

Administrativa. c) Acceso al proceso: Personación anticipada tras una declaración judicial de incompetencia objetiva. d) Derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso

de extradición con todas las garantías. e) Deber de motivación y uso de resoluciones judiciales estereotipadas. f) Necesidad de motivación de los acuerdos de las Juntas elec-

torales. e) Garantías en el proceso penal: licitud de la prueba obtenida vulnerando la inviolabilidad del domicilio cuando no concurre dolo ni culpa. B) Igualdad. Despidos

discriminatorios de trabajadores de entes públicos. C) Derecho de asociación y partidos políticos. Constitucionalidad de la Ley de Partidos Políticos tras sentencia interpretativa

(arts. 6 y 22 CE). D) Legitimación de los abogados en el procedimiento de *habeas corpus*

(art. 17.4 CE). E) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. a) Vulneración del derecho a la propia imagen y al honor: difusión por la policía de la reseña fotográfica

(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

policial (art. 18.1 CE). b) Inviolabilidad del domicilio: autorización de la esposa (art. 18.2 CE). c) Derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE): no alcanza a los dueños de la comunicación. F) Inadmisión a trámite de iniciativas parlamentarias por motivos no formales (art. 23 CE). G) *Non bis in idem*: compatibilidad de la vía penal y la administrativa (art. 25.1 CE). **4 Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Lengua. a) Uso de lengua extranjera en relaciones jurídico-privadas. b) Emisión por televisiones autonómicas de cuotas en castellano. B) Derecho a la intimidad y la propia imagen. a) Diferentes criterios del TC y el TS en la apreciación de la vulneración e indemnización. b) Derecho a la propia imagen de futbolistas. c) Publicación de fotografías e invalidez del consentimiento tácito. d) Circular que comunica la rescisión de contrato a trabajadores. C) Derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos públicos. Moción de censura y voto de los concejales.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica se analiza la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2003, la del Tribunal Constitucional en las mismas fechas (desde la STC 1/2003, de 16 de enero, a la STC 64/2003, de 27 de marzo), y diversas Sentencias de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo, dictadas entre el 15 de julio de 2002 y el 1 de abril de 2003.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### A) Introducción

Entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2003 el TEDH ha dictado un total de 132 sentencias, de las que 92 son de fondo, aplicándose en las demás algún tipo de excepción preliminar o correspondiendo a asuntos eliminados de la lista. Hay, sin embargo, un importante grupo (42) que corresponden a condenas por dilaciones indebidas en los procedimientos judiciales, afectando a un considerable número de Estados siendo preciso resaltar, una vez más, el dato de que tampoco este trimestre existen condenas para España por este motivo. Del resto, las más importantes son las siguientes:

Un caso de tratos inhumanos y degradantes en las condiciones de prisión, contrario al art. 3: *Lorse y otros contra los Países Bajos*, de 14 de febrero de 2003.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Diversas violaciones del art. 8 originadas por la difusión de imágenes privadas: **Peck contra el Reino Unido**, de 28 de enero de 2003, escuchas telefónicas: **Prado Bugallo contra España**, de 18 de febrero de 2003 y derecho a la vida familiar en un caso de acogimiento: **K.A. contra Bulgaria**, de 14 de enero de 2003.

Dos asuntos relacionados con la libertad de información; en materia de protección de las fuentes de información: **Roemen y Schmit contra Luxemburgo**, de 25 de febrero de 2003, y de inexistencia del derecho al insulto: **Lesnik c Eslovaquia**, de 11 de marzo de 2003.

La revisión por la Gran Sala (art. 43) de la disolución de un partido político en Turquía que se considera compatible con el art. 11 del Convenio **Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía**, de 13 de febrero de 2003.

Dos supuestos similares de discriminación entre homosexuales varones respecto de heterosexuales y lesbianas en la edad de consentimiento de las relaciones sexuales contrarios al art. 14: **“S.L.” y “L. y V.” Contra Austria**, de 9 de enero de 2003.

#### **B) Medidas carcelarias que constituyen tratos inhumanos y degradantes: registros corporales íntimos, sistemáticos e injustificados (art. 3 CEDH)**

**Lorse y otros contra los Países Bajos**, de 14 de febrero de 2003. Se analizan las condiciones de privación de libertad, del recurrente, sometido durante más de seis años a registros corporales semanales, incluida inspección anal, y con un altísimo grado de aislamiento. El Tribunal, tras recordar su jurisprudencia sobre el nivel mínimo de severidad que requieren los malos tratos para ser considerados contrarios al art. 3, considerando que es “grave” dependiendo de las circunstancias del caso tales como son la duración del tratamiento, sus efectos físicos y mentales y, en ocasiones, de circunstancias personales como son el sexo, la edad o la salud de la víctima, “inhumano” cuando es premeditado, y se aplica durante horas con una fuerza que causa daños corporales o intensos desórdenes psicológicos o mentales, y “degradante” cuando hace surgir en la víctima sentimientos de miedo, angustia, inferioridad o humillación, todo ello sin que sea necesario una intención subjetiva de humillar, y considera, a la vista de las circunstancias de la prisión, que existe vulneración del art. 3.

#### **C) Derecho a la vida privada y familiar (art. 8 CEDH)**

##### **a) Videocámaras de vigilancia policial en las calles, difusión ulterior de imágenes sin enmascarar al afectado**

**Peck contra el Reino Unido**, de 28 de enero de 2003, entiende violado el art. 8 del Convenio. El recurrente fue grabado en la calle durante la noche por una cámara de vídeo de vigilancia policial cuando intentaba suicidarse. Las imágenes fueron luego divulgadas sin su consentimiento. El Tribunal considera que hay zonas de intersección de la vida privada con lugares o contextos públicos y situaciones aparentemente públicas –la calle en

este caso— que pueden venir amparadas por este derecho fundamental. Grabar acciones de los individuos en lugares públicos no supone un riesgo de una indebida interferencia en la vida privada, sin embargo, sí puede serlo revelar públicamente esas grabaciones de una manera que el afectado jamás hubiera podido prever o imaginar. Las imágenes fueron además difundidas por la administración para demostrar la efectividad de este sistema de vigilancia en la prevención del crimen y sin tomar medida alguna de salvaguardia de los derechos del recurrente que impidiera su identificación, siendo manifiesto que existían otras formas menos dañinas de alcanzar el mismo fin objetivo como hubiera sido enmascarar o difuminar el rostro de la concreta persona afectada.

### **b) Escuchas telefónicas**

**Prado Bugallo contra España**, de 18 de febrero de 2003, es una continuación del asunto Valenzuela Contreras contra España, de 30 de julio de 1998. En esta ocasión llega al TEDH una condena de la Audiencia Nacional confirmada en casación y sobre la que se había pronunciado la STC 236/1999, de 20 de diciembre, rechazando la vulneración del derecho fundamental. La Corte considera que en el momento de la condena continuaban existiendo lagunas en el procedimiento legal de realización de las escuchas por parte de la Audiencia nacional, lagunas que afirma, sin embargo, se han cubierto con posterioridad a la condena aquí enjuiciada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

### **c) Necesidad de revisar regularmente el acogimiento público de un menor**

**K.A. contra Bulgaria**, de 14 de enero de 2003, estima una violación del art. 8, derecho a la vida familiar, en virtud de una medida administrativa de acogimiento del menor por no tomarse los pasos para permitir la reunificación familiar, sin que las autoridades administrativas intentaran nunca la reunificación familiar dotándole de asistencia pública externa, en un caso en el que existe sospecha de abusos sexuales. La Corte mantiene que el disfrute continuo del trato entre padres e hijos constituye un elemento fundamental de la vida familiar protegida por el Convenio y, en consecuencia, las injerencias públicas no deben obstaculizarlo. El hecho de que un niño pueda ser ubicado en un entorno más beneficioso para su crecimiento no justifica, sin mayores razones, una medida obligatoria de remoción del cuidado de sus padres biológicos, debe por el contrario haber alguna otra justificación añadida de la necesidad de esa medida, y concluye que si bien el acogimiento por sí mismo no viola el art. 8, y que ha habido en este caso una suficiente participación del padre recurrente en la adopción de esa solución, pero en cambio, que el Estado no se aseguró de que se revisaran regularmente las condiciones que justificaban el mantenimiento de la medida de acogimiento público con el fin de permitir una “posible reunificación familiar”.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### D) Libertad de expresión (art. 10 CEDH)

##### a) Libertad de información y protección de fuentes

**Roemen y Schmit contra Luxemburgo**, de 25 de febrero de 2003. Se trata de un registro ordenado en el domicilio y el despacho profesional de un periodista para tratar de averiguar qué funcionario había violado su secreto profesional al darle datos sobre una sanción fiscal a un Ministro. La Corte considera que los motivos alegados para la injerencia en la libertad de información, que abarca la protección de las fuentes periodísticas, pueden ser considerados pertinentes, pero no son suficientes para justificarla, sino que se trata de medidas desproporcionadas y contrarias al art. 10.

##### b) Inexistencia del derecho al insulto

**Lesnik c. Eslovaquia**, de 11 de marzo de 2003. El recurrente es un investigador privado que está siendo investigado por un asunto criminal. Envía varias cartas al fiscal encargado de su caso en términos muy ofensivos y acusándole de la comisión de diversos delitos en la instrucción. Envía también esos escritos al Fiscal jefe. Se le acusa de insultos a la autoridad y es condenado a cuatro meses de prisión con suspensión provisional y a la pérdida de su licencia como investigador. La Corte considera que se trata de acusaciones graves y reiteradas, en tonos insultantes y que pueden dañar la reputación del fiscal en el ejercicio de su cargo, por lo que rechaza que exista vulneración del art. 10.

#### E) Libertad de asociación (art. 11 CEDH)

**Partido de la Prosperidad II: el Tribunal confirma la doctrina sobre disolución de partidos políticos en el mismo caso y ahora por unanimidad tras el reenvío a una Gran Sala (arts. 11 y 43 del CEDH)**

La sentencia más importante del período, al menos para España, es la que podemos llamar el caso Partido de la Prosperidad II, asunto **Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía**, de 13 de febrero de 2003. Ya hemos dado noticia en esta revista del Partido de la Prosperidad I, Sentencia de 31 de julio de 2001 (puede verse un comentario a la misma de Javier GARCÍA ROCA: “La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el TEDH: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65, 2002). Una doctrina de relevancia a efectos de los diversos litigios suscitados por la disolución del entramado de partidos constituido por Batasuna ante la Sala Especial del art. 61 LOPJ del Tribunal Supremo.

Tras recaer la primera sentencia, dictada por la Sección Tercera del TEDH, que confirmaba la disolución adoptada en el ordenamiento turco, pero sólo por mayoría de cuatro votos a tres, los actores la recurrieron por la vía del art. 43 del Convenio y del art. 73 del Reglamento de la Corte. Unos preceptos que permiten el reenvío del asunto ante una Gran Sala a instancia de parte y en el plazo de tres meses cuando se trate de una “cuestión grave y relativa a la interpretación o la aplicación del Convenio o de uno de sus

Protocolos” o “una cuestión grave de interés general”. Este curioso procedimiento reclama que el recurso sea previamente admitido a trámite por un colegio de cinco jueces de esa Gran Sala.

Por unanimidad de los diecisiete jueces que integraron la Sala juzgadora, presididos por el Presidente del Tribunal, vuelve a rechazarse la existencia de una violación del art. 11 del Convenio y de otros artículos. Esta unanimidad sobrevenida, frente a la manifiesta división en la instancia (bien es verdad que sólo un Magistrado repite en el juicio), es la noticia más destacable y no es aventurado pensar que probablemente cabe otorgarle trascendencia de cara a asuntos futuros realmente semejantes.

No se advierte, en cambio, *prima facie* o en una primera lectura nueva jurisprudencia frente a la sentencia revisada. Sí es de subrayar el esfuerzo de sistematización, ordenación y clarificación de los argumentos que integran la motivación, o lo que es lo mismo, la estructuración de unos principios en la materia. Acaso recordar que la Sala insiste en el carácter riguroso del control europeo de la disolución, en que pueden imputarse a un partido las declaraciones y actuaciones de sus miembros, en que para advertir si la disolución es “una medida social necesaria” cabe hacer un examen global de los hechos comprendidos en un contexto histórico, y, sobre todo, en que los discursos que aluden ambiguamente a la posibilidad del “recurso a la fuerza y a la violencia” (en el marco de la guerra santa) como presuntos medios políticos no tienen acogida en la democracia a la que está ligada el Convenio.

La sentencia empero alberga dos Votos Particulares concurrentes. El Magistrado ruso, Sr Kovler, comparte el fallo, pero expresa su preocupación por ciertas apreciaciones de la Corte que conciernen a valores religiosos, sostiene así que una jurisdicción internacional no debería haber utilizado términos como “fundamentalismo islámico” o “movimientos totalitarios”; y advierte que el análisis del “sistema multijurídico”, propuesto por el partido disuelto, hubiere requerido de un estudio más profundo en cuanto aparentemente está ligado al pluralismo y otro tanto semejante dice sobre el complejo asunto de la “Sharia”. Los Magistrados Ress y Rozakis precisan que las genéricas referencias a que no pueden pretender reclamar la protección del Convenio los partidos que no empleen medio legales y democráticos para postular cambios estructurales (legales o constitucionales) de un ordenamiento deberían haberse matizado exigiendo cierta reiteración de las conductas, no pudiendo bastar con alguna ocasión; las irregularidades deben leerse desde el principio de proporcionalidad para justificar la disolución.

#### **F) Prohibición de discriminación (art. 14 CEDH)**

**Discriminación entre homosexuales varones respecto de heterosexuales y lesbianas en la edad de consentimiento de las relaciones sexuales (art. 14 CEDH)**

Dos sentencias se ocupan de este asunto, ambas de fecha **9 de enero de 2003** y en las que resulta demandada **Austria**, respectivamente, “S.L.” y “L. y V.” El TEDH analiza unas

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

demandas que denuncian el mantenimiento en el art. 209 del Código Penal de Austria de un tipo que penaliza las relaciones homosexuales de hombres adultos con adolescentes que consentan el acto y tengan entre catorce y dieciocho años. Los recurrentes invocan sus derechos fundamentales ex arts. 14, prohibición de discriminación, y 8 CEDH, vida privada. La discriminación denunciada se produce respecto a las análogas relaciones entre heterosexuales y lesbianas que no resultan punidas.

La Corte recuerda que la orientación sexual es un criterio de distinción cubierto por la prohibición de discriminación del art. 14 y que las diferencias normativas basadas en este criterio reclaman por tanto una justificación reforzada. Reconoce que en ocasiones previas se estimó que no resultaba violados los arts. 8 y 14, pero —afirma— “el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de la condiciones de nuestros días” (39). Haciendo una interpretación evolutiva, la Corte se aparta del criterio temprano y tiene muy en cuenta el Informe de la Comisión de 1997 en el caso *Sutherland* contra el Reino Unido (una demanda presentada en 1994 y que acabó en un desistimiento del actor por sentencia en el año 2001 después de modificarse sobreniadamente la legislación británica en la materia y alcanzarse un acuerdo extrajudicial) en el cual se ponderan desarrollos más modernos, se advierte que la mayoría de los Estados del Consejo de Europa reconocen edades iguales para este consentimiento, y se afirma que, por tanto, en ausencia de justificaciones objetivas y razonables, el mantenimiento de esa edad más alta para homosexuales varones viola el art. 14 en un análisis global con el art. 8. La Corte concluye que no se aporta por el Estado demandado ni se encuentra una justificación objetiva y razonable para que los hombres jóvenes de esas edades necesiten una mayor protección en las relaciones sexuales con hombres adultos mientras no la necesitan las mujeres de la misma edad en sus relaciones íntimas con hombres y mujeres. Hay un “creciente consenso europeo en aplicar iguales edades para el consentimiento de las relaciones sexuales”. El citado tipo penal austriaco recoge un prejuicio —una injustificable actitud negativa— de la mayoría heterosexual de una sociedad respecto de la minoría homosexual.

Tras reconocerse unánimemente la violación del art. 14 y en esta misma línea de interpretación evolutiva, la Corte admite que en casos análogos se decidió que la mera declaración de la situación de discriminación constituía una satisfacción suficiente para reparar el daño sufrido, pero fueron decisiones dictadas hace veinte o diez años, y, aunque este tipo penal ha sido derogado en Austria y, por tanto, el actor ya ha conseguido parte de sus objetivos es preciso reconocer el derecho a una indemnización o satisfacción equitativa de 5.000 euros. Una decisión que se adopta por cuatro votos y de la que disiente un Voto Particular suscrito por tres Magistrados quienes defienden que no hay necesidad alguna de apartarse de la jurisprudencia previa en este extremo, en la que no se advirtió un daño pecuniario, dada la naturaleza del asunto y la actitud del Estado que ya había modificado la ley.

### 3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### A) Tutela judicial efectiva

##### a) Acceso al proceso: inadmisión del recurso contencioso-administrativo contra un acto confirmatorio cuando el derecho material no ha prescrito

La STC 24/2003, de 10 de febrero, Sala Segunda, considera que resulta proporcionada la inadmisión de aquellos recursos que se dirigen contra un acto administrativo que confirma otro anterior y firme, aunque la demanda se hubiera interpuesto dentro del plazo previsto legalmente para el ejercicio del derecho que se reclama. El Magistrado D. Eugeni Gay emite un voto particular, en el que entiende que la aplicación de la causa de inadmisión prevista en el art. 28 LJCA resulta incompatible con el derecho a acceder al proceso cuando el derecho material no ha prescrito y el acto inicial no declara derechos a favor de terceros.

##### b) Acceso al proceso: sustitución de Abogado ante los órganos unipersonales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

La STC 19/2003, de 30 de enero, Sala Primera, permite que la representación de las partes en la vista del juicio ante los órganos unipersonales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sea ejercida por un Abogado distinto al que firmó la demanda, cuando ambos se encuentren apoderados legalmente.

##### c) Acceso al proceso: personación anticipada tras una declaración judicial de incompetencia objetiva

En la STC 27/2003, de 10 febrero, se plantea si el archivo de las actuaciones resulta una sanción proporcionada cuando el demandante se persona anticipadamente ante el órgano judicial que debe conocer del asunto, después de que se declare incompetente aquél ante el que presentó inicialmente el recurso contencioso-administrativo. El TC considera la denegación del acceso a la jurisdicción una sanción desproporcionada desde el punto de vista de la finalidad del trámite de personación. La personación anticipada, señala el TC, no contradice la finalidad de dicho plazo, que pretende “evitar que la voluntad de ejercicio de la acción se mantenga indefinidamente, con la consiguiente incertidumbre sobre la continuación del proceso”.

##### d) Derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso de extradición con todas las garantías

Destaca, entre las Sentencias de este trimestre relacionadas con el art. 24 CE, la STC 32/2003, de 13 de febrero, Sala Primera, que aplica la jurisprudencia elaborada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 3 del Convenio (prohibición de tratos inhumanos o degradantes) para integrar, dentro del contenido de los apartados 1

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

y 2 del art. 24 CE, la obligación de los órganos judiciales de examinar en los procesos de extradición pasiva el riesgo de futuros tratos inhumanos y degradantes, denunciados por la persona cuya extradición se solicita, al resolver un recurso de un solicitante de asilo kurdo contra dos Autos, del Pleno y de la Sección Primera, de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que acordaron acceder a su extradición a Turquía para cumplir dos condenas por tráfico de drogas.

El TC establece la doctrina de que cuando se denuncia la posibilidad de vulneración de derechos fundamentales esenciales, como el derecho a no sufrir tratos inhumanos y degradantes, el derecho a no ser discriminado ni perseguido por consideraciones de raza, origen u opiniones políticas, y el derecho a ser juzgado y condenado por un Tribunal imparcial, y se acompañan de una actividad probatoria mínimamente diligente, algún indicio de que la amenaza es real, los órganos judiciales han de desarrollar de oficio una actividad encaminada a obtener los datos precisos para adoptar adecuadamente su decisión.

#### **e) Deber de motivación y uso de resoluciones judiciales estereotipadas**

En la **STC 9/2003, de 20 de enero**, Sala Segunda, el TC estima el recurso de amparo mixto interpuesto por un recluso contra la imposición de una medida de aislamiento y contra dos resoluciones del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria que desestimaron los recursos interpuestos. El TC estimó que se había vulnerado el derecho a la prueba en el procedimiento administrativo sancionador, y debe ser reseñada porque matiza la anterior jurisprudencia del TC sobre el uso de formularios por parte de los órganos judiciales. El TC califica de precipitada la doctrina sobre el uso de formularios contenida en la **STC 104/2002**, y señala que el uso de este tipo de resoluciones es contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, cuando de su lectura no quepa deducir cuáles han sido los “criterios jurídicos esenciales” que han servido para desestimar el recurso.

#### **f) Necesidad de motivación de las decisiones de las Juntas electorales**

La **STC 36/2003, de 25 de febrero**, es interesante al sentar la doctrina de que en los casos en los que los acuerdos de las Juntas electorales no pueden ser sometidos a control judicial, como ocurre por ejemplo con el reparto de los espacios de propaganda electoral, éstos deben ser motivados y fundados en derecho. Si bien la sentencia añade que se trata de un fallo puramente declarativo, sin embargo se está sentando un importante principio de actuación de las Juntas electorales en el futuro.

#### **g) Garantías en el proceso penal: licitud de la prueba obtenida vulnerando la inviolabilidad del domicilio cuando no concurre dolo ni culpa**

La sorprendente **STC 22/2003, de 10 de febrero**, Sala Segunda, considera que es conforme con el derecho a un proceso con todas las garantías la utilización de pruebas obtenidas en un registro efectuado sin el consentimiento del acusado y sin orden judicial. Esta decisión del TC provoca perplejidad cuando afirma que en aquellos casos en los que los órganos investigadores actúan basándose en la creencia sólidamente fundada de estar respetando

la Constitución, la exclusión de la prueba se revela como un remedio excesivo que es preciso rechazar (ver en esta misma crónica los argumentos del TC para estimar la existencia de una lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio). Con ello, a nuestro entender el TC fija un estándar extremadamente peligroso, que es rechazado por el voto particular del Magistrado D. Guillermo Jiménez Sánchez. En el que considera que la relación directa entre el registro y el hallazgo de las pruebas hace necesario excluir objetivamente los resultados del registro del acervo probatorio, sin valorar la buena fe policial.

### **B) Igualdad. Despidos discriminatorios de trabajadores de entes públicos**

Las SSTC 17/2003, de 30 de enero, y 49/2003, de 17 de marzo, ambas dictadas por la Sala Primera, estiman los recursos de amparo de dos trabajadores de organismos públicos que denuncian haber sido despedidos por motivos discriminatorios, quedarse embarazada y militar en un partido político, respectivamente. En la primera de ellas afirma que el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación tanto en el sector público como privado. En la segunda da un paso más y señala que la prohibición de discriminación opera en forma más intensa cuando se trata de un empleador de carácter público, porque debe actuar siempre con objetividad y plena sumisión a la legalidad. Ambas llevan a cabo una intensa revisión de la prueba realizada en la instancia. El TC formula como principio que la proximidad temporal entre el despido y las circunstancias personales que provocaron la discriminación (el conocimiento del embarazo en el centro de trabajo o el nombramiento de un nuevo superior jerárquico simpatizante de un partido político distinto al que está afiliado el trabajador) constituye un indicio suficiente que permite trasladar la carga de la prueba al empresario. Por otra parte considera que, para excluir la existencia de un despido discriminatorio, no es suficiente que el empleador justifique la existencia de una causa legal de despido, sino que es necesario, además, descartar que dicha justificación no ha sido “instrumentalizada *ad casum*” con una finalidad discriminatoria.

### **C) Derecho de asociación y partidos políticos. Constitucionalidad de la Ley de Partidos Políticos tras sentencia interpretativa (arts. 6 y 22 CE)**

La STC 48/2003, de 12 de marzo, es, sin duda, la sentencia más importante del período que estamos considerando. En ella, el Pleno del Tribunal Constitucional desestima en su totalidad el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno Vasco frente a Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de partidos políticos, mediante una sentencia interpretativa. No es posible en el marco de esta crónica realizar un estudio detallado de los problemas que esta decisión plantea, pero sí al menos examinar brevemente sus principales argumentos.

El TC comienza reconociendo que la fundamentación constitucional de un régimen normativo propio de los partidos, distinto al del derecho de asociación, se encuentra en el art. 6 CE. Niega a continuación que la Ley haya asumido un modelo de “democracia militante”, lo que es inviable porque falta en nuestro ordenamiento constitucional una cláusula

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

sula de intangibilidad, presupuesto inexcusable de tal modelo. Además, en la Ley se distinguen causas de ilegalización de partidos en atención a las ideas o los fines proclamados por un partido, que tienen como único límite el ilícito penal, y en virtud de las actividades que realice, que han de adecuarse a los principios democráticos y a los derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que no existe vulneración de la libertad ideológica, participación, expresión e información (FFJJ 7° y 10°).

Por otra parte, razona el Tribunal que la Ley no constituye ejercicio del *ius puniendi* del Estado ni, por lo tanto, puede hablarse de vulneración del principio *non bis in idem*. La disolución no constituye una sanción penal, sino una pretensión de restablecer la legalidad conculcada por el ejercicio de una actividad sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento. Añade que tampoco hay identidad de sujetos ya que la ilegalización recae sobre la organización y los procesos penales sobre personas físicas (FFJJ 8° y 9°).

Tampoco considera que exista vulneración del principio de previsibilidad por la excesiva generalidad de las conductas que pueden provocar la disolución de un partido, lo que viene exigido “por la necesidad de no dejar fuera ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista”. Con relación a este punto, el TC realiza una interpretación de las conductas enumeradas en el art. 9.3, que han de entenderse concreciones del supuesto básico de ilegalización que enuncia el art. 9.2 y no como conductas independientes (FJ 10°). Tampoco se habría vulnerado el principio de proporcionalidad al anudar a conductas que no constituyen ilícitos penales una sanción de disolución sin gradación alguna. Ninguna de las conductas descritas en el art. 9 de la Ley determina aisladamente la disolución, pues para que ésta tenga lugar han de ser realizadas de forma reiterada y grave. Considera el TC, además, que se respeta el juicio de proporcionalidad sentado por la jurisprudencia del TEDH en casos de disolución de partidos (FFJJ 11° y 12°).

El TC interpreta constitucionalmente el art. 9.3.c) de la Ley, artículo que considera motivo para la ilegalización de un partido la inclusión en los órganos directivos o listas electorales de personas condenadas por delitos de terrorismo que no hayan rechazado públicamente los fines y los medios terroristas. El principio de proporcionalidad obliga a entender que la inclusión alcanza sólo a los condenados que no hayan obtenido su rehabilitación judicial, y la alusión a los fines terroristas ha de entenderse ceñida sólo a los fines inmediatos de perturbar la paz, generalizar el miedo, etc., y no a la ideología del partido. Por su parte, la previsión del rechazo público de los fines y los medios terroristas no puede interpretarse como la obligación de realizar una retractación de sus actividades pasadas. Así entendido el precepto, no perpetúa los efectos de las sanciones penales ni establece una causa de inelegibilidad no prevista en la Ley Electoral (FJ 13°).

Rechaza por otra parte el carácter singular de la Ley, en cuanto a concebida para perseguir una determinada formación política, al entender que regula con abstracción y generalidad el régimen jurídico de los partidos políticos... aunque se haya dictado teniendo en cuenta la trayectoria y actividad de un notorio partido vasco (FJ 14°). Tampoco hay singularidad alguna en el hecho de que el órgano judicial competente sea la Sala Especial

del Tribunal Supremo (FJ 16°), ni en la legitimación exclusiva del Ministerio Fiscal y el Gobierno para instar el procedimiento de disolución (FJ 17°).

Por otra parte tampoco hay infracción del principio de irretroactividad al establecer el art. 9.4 que se considerará fraude de ley “la constitución, en fecha inmediatamente anterior o posterior a dicha entrada en vigor, de un partido político que continúe o suceda la actividad de otro, realizada con la intención de evitar la aplicación a éste de las disposiciones de esta Ley” ya que queda claro que se aplicará a las actividades realizadas con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley, aunque pueda tenerse en cuenta la trayectoria anterior del partido.

Además se había impugnado la reserva a los nacionales para crear partidos políticos, lo que según el TC no es inconstitucional siempre que no implique el derecho de los extranjeros a afiliarse a los ya constituidos.

Tampoco considera el TC una divergencia injustificada con relación al derecho de asociación el que la inscripción de los partidos en el Registro tenga carácter constitutivo, pues no se concede a los Administración el ejercicio de un control material sino una mera constatación, rigurosamente reglada, del cumplimiento de los requisitos formales. La posibilidad de suspensión del plazo de inscripción tiene por exclusiva finalidad el subsanar los defectos formales advertidos. En el caso de la suspensión en lo que atañe a la denominación del partido, las facultades atribuidas al Ministerio del Interior únicamente podrán aplicarse cuando se compruebe de manera clara y manifiesta que concurre una plena coincidencia o identidad en las denominaciones de formaciones políticas o cuando la denominación contradiga palmariamente las leyes o los derechos fundamentales (FFJJ 20° y 21°).

Finalmente, se impugnó, la atribución al Ministerio del Interior de legitimación para instar un pronunciamiento de la Sala que dictó sentencia de disolución de un partido para impedir la creación de un nuevo partido político o la utilización de otro ya inscrito en el Registro para continuar o suceder la actividad del declarado ilegal, siempre y cuando el nuevo partido pretenda su inscripción, lo que no supone, según el TC apoderar a la Administración con facultades decisorias (FJ 22°).

#### **D) Legitimación de los abogados en el *habeas corpus* (art. 17.4 CE)**

En la STC 61/2003, de 24 de marzo, Sala Segunda, el TC sintetiza la doctrina constitucional sobre *habeas corpus* y en concreto la posibilidad de que sea instado por un Abogado en representación del interesado.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### E) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen

##### a) Vulneración del derecho a la propia imagen y al honor: difusión por la policía de la reseña fotográfica policial (art. 18.1 CE)

La STC 14/2003, de 30 de enero, Sala Segunda, considera que existe vulneración del derecho a la propia imagen y al honor por la difusión a determinados medios de comunicación de la reseña fotográfica policial tomada el día de su detención por su supuesta implicación en delitos de homicidio y lesiones, al considerar que los bienes e intereses que podrían llegar a legitimar la intromisión en el derecho a la propia imagen en ningún caso requerían para su consecución y satisfacción la difusión por parte de la policía de la reseña fotográfica del recurrente y que su difusión como detenido daña su reputación

##### b) Inviolabilidad del domicilio: autorización de la esposa (art. 18.2 CE)

La STC 22/2003, de 10 de febrero, Sala Segunda, resuelve el recurso de amparo que tiene su origen en el intento de agresión por parte del recurrente a su mujer y al hijo de ambos. Denunciados los hechos por la esposa del recurrente, la policía practicó una diligencia de inspección ocular en el domicilio del demandante con el permiso y en presencia de madre e hijo. En la inspección le fue hallada al acusado una pistola que no se encontraba debidamente legalizada. Para el Tribunal, en una sentencia que puede resultar polémica en varios aspectos, como ya hemos señalado con anterioridad, el consentimiento del titular no puede considerarse válidamente prestado por la esposa, denunciante del recurrente, debido a la contraposición de intereses entre la misma y el titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

##### c) Derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE): no alcanza a los dueños de la comunicación

STC 56/2003, de 24 de marzo, Sala Segunda. El TC establece que el derecho al secreto de las comunicaciones no prohíbe que uno de los interlocutores conozca el número de teléfono desde el que se establece comunicación con él. El sistema del recuento (*comptage*) es, por naturaleza, distinto a la interceptación de las comunicaciones. Tampoco existe violación de este derecho si media el consentimiento de los titulares del teléfono para la grabación del contenido del mensaje ni para la difusión de los datos grabados, como ya establecía la STC 114/1984, sin perjuicio de que la difusión, si lo transmitido a otros entra en la esfera “íntima” del interlocutor, pueda constituir un atentado al derecho a la intimidad garantizado en el art. 18.1 CE.

#### F) Inadmisión a trámite de iniciativas parlamentarias por motivos no formales (art. 23 CE)

La STC 40/2003, de 27 de febrero, Sala Primera, reitera su doctrina de que la decisión de la Mesa del Parlamento (Vasco) de inadmisión a trámite de una proposición no de ley realizada más allá de aspectos puramente formales implica una vulneración del art. 23 de la Constitución. Tiene efectos puramente declarativos.

**G) *Non bis in idem*: compatibilidad de la vía penal y la administrativa (art. 25.1 CE)**

La STC 2/2003, de 16 de enero, Pleno, analiza si el que se dictara sentencia condenatoria en el proceso penal cuando ya había sido sancionado por los mismos hechos en vía administrativa vulnera el derecho a la legalidad penal y sancionadora. El TC considera que para que exista el *non bis in idem* es preciso la triple identidad de sujeto, hecho y fundamento requerida para la interdicción de *bis in idem*, pero además que exista un exceso punitivo, lo que no ocurre en el presente caso al descontar la Sentencia penal la sanción impuesta en vía administrativa.

**4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO****A) Lengua****a) Uso de lengua extranjera en relaciones jurídico-privadas**

STS de 15 de noviembre de 2002, Sala Primera, ponente: Excmo. Sr. Ortega Torres

El art. 3.1 CE no impide que en las relaciones jurídico-privadas pueda utilizarse una lengua extranjera. La Junta de Propietarios de la Ley de Propiedad Horizontal no exige que aquélla haya de celebrarse necesariamente en español, cuando la mayoría de los propietarios son extranjeros.

**b) Emisión por televisiones autonómicas de cuotas en castellano**

STS de 7 de octubre de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, ponente: Excmo. Sr. Goded Miranda

Recurso formulado contra la Resolución de la Generalidad de Cataluña denegatoria de la solicitud de emisión por TV3 y Canal 33 de cuotas en español. El TS estima que no se vulnera el derecho a la igualdad puesto que existe una justificación objetiva y razonable para que los medios de Televisión pública gestionados por la Generalidad utilicen en sus emisiones de forma mayoritaria la lengua catalana: la oferta en lengua castellana es más amplia y viene a equilibrar la oferta televisiva. Tampoco vulnera el derecho a recibir información de aquellos que no conocen el catalán, pues no impide que puedan recibirla por cualquier otro medio de comunicación.

**B) Derecho a la intimidad y propia imagen****a) Diferentes criterios del TC y el TS en la apreciación de la vulneración e indemnización**

STS de 14 de noviembre de 2002, Sala Primera, ponente: Excmo. Sr. O'Callaghan Muñoz.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Demanda de Intromisión del derecho a la intimidad y a la propia imagen por la divulgación en medios periodísticos de ciertas fotografías del demandante, personaje de proyección pública, obtenidas en una playa en el extranjero. El Tribunal Constitucional reconoce la existencia de la vulneración, anula la Sentencia del Tribunal Supremo y retrotrae las actuaciones al Tribunal Supremo, quien por su parte y atendiendo a la escasa trascendencia de las fotografías, a la capacidad económica –alta– del perjudicado, a la situación de las personas –un lugar público– y la obtención de las imágenes –por una persona amiga– y su difusión –por persona desconocida–, fija la indemnización en 200 euros. Cabe poner de relieve que esta Sentencia nuevamente se encuentra impugnada en vía de amparo ante el Tribunal Constitucional, planteándose, pues, un nuevo caso Preysler, en relación a los criterios indemnizatorios en estos supuestos.

#### **b) Derecho a la propia imagen de futbolistas**

STS de 1 de abril de 2003, Sala Primera, ponente: Excmo. Sr. Almagro Nosete

Edición de una colección de cromos de la selección española de fútbol que participaron en el Mundial de 1994. Se reitera la doctrina del Tribunal de reconocer la facultad exclusiva del interesado a difundir su propia imagen y de evitar su reproducción. El carácter público de una persona, cuya imagen se reproduzca sin su consentimiento no legitima más allá de su captación, producción o publicación a fines de mera información, pero nunca cuando se trata de su explotación para fines publicitarios o comerciales.

#### **c) Publicación de fotografías e invalidez del consentimiento tácito**

STS de 22 de noviembre de 2002, Sala Primera, ponente: Excmo. Sr. Gullón Ballesteros

Publicación por una revista de dos reportajes fotográficos de una conocida modelo sin su consentimiento. El TS rechaza el argumento de la existencia de consentimiento tácito de la afectada por el hecho que haya tardado más de dos años en reaccionar contra el reportaje, pues en todo caso, el plazo legal para ejercitar la acción es el de cuatro años y este retraso no puede interpretarse como un acto abdicativo de la acción. Las renunciaciones no se presumen, sino que por el contrario, han de ser expresas a tal fin, de modo inequívoco, necesario e indudable.

#### **d) Circular que comunica la rescisión de contrato a trabajadores**

STS de 13 de noviembre de 2002, Sala Primera, ponente: Excmo. Sr. Romero Lozano

Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor: remisión a los clientes de una empresa de una circular comunicando la remodelación de su plantilla, con la rescisión del contrato a ciertos trabajadores por su falta de ética profesional debida a la difusión de información sobre la extinción de la empresa. El TS desestima la demanda pues en la circular se comunica algo que ocurre en realidad: la resolución de contratos de ciertos empleados, la causa alegada y la reducción de la plantilla. No se imputan conductas que puedan considerarse de descalificadoras de los demandantes sino que se intenta rec-

tificar una noticia gravemente atentatoria de la estabilidad y crédito de la empresa. En todo caso, las expresiones no son formalmente insultantes ni injuriosas para los demandantes.

**C) Acceso en condiciones de igualdad a los cargos públicos. Moción de censura y voto de los concejales**

STS de 15 de julio de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, ponente: Excmo. Sr. Maurandi Guillén.

Impugnación de Decreto de la Presidencia de la Ciudad de Melilla con relación a la Convocatoria de un Pleno Extraordinario de la Asamblea de la ciudad de Melilla para debatir una moción de censura contra el Presidente en la que se proponía un candidato alternativo, y en la que se impidió al demandante emitir su voto. La Sala entiende que tal resolución municipal vulnera el derecho fundamental reconocido en el art. 23 CE y ordena la continuación de la sesión extraordinaria a los solos efectos de que el demandante emitiera su voto sobre la moción de censura y a la vista del mismo se proclamara el resultado de la votación.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

ISABEL PERELLÓ

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

IGNACIO GARCÍA VITORIA

**IV. FUENTES DEL DERECHO****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Constitución.** A) Constitución de 1978: su reforma no tiene límites materiales, sólo formales o de procedimiento. **3. Bases.** A) Competencia autonómica de desarrollo y ejecución en materia de procedimiento económico-administrativo y fiscal respecto de los tributos integrantes del régimen económico y fiscal canario. **4. Ley.** A) Ley singular o Ley de caso único: esta calificación se refiere al alcance objetivo de la Ley, no a la ocasión en que se dicta. B) Reserva de Ley. a) Reserva de Ley Orgánica en materia de asociaciones no excluye la regulación de los partidos por una Ley Orgánica específica. b) Distinción entre concepto material y formal de reserva de Ley orgánica. c) Reserva de Ley en materia tributaria: el canon por ocupación de superficie y por utilización de obras e instalaciones portuarias tiene naturaleza tributaria; la Ley debe definir los criterios y límites que permitan determinar el quantum de las prestaciones patrimoniales públicas. d) Reserva de Ley en materia sancionadora: tras la Constitución la tipificación de infracciones y sanciones debe realizarse en una norma con rango de Ley; las habilitaciones legales preconstitucionales para tipificar reglamentariamente infracciones y sanciones se entienden derogadas por la Constitución; los Reglamentos comunitarios no satisfacen la reserva de Ley en materia sancionadora si no incluyen la preceptiva tipificación de infracciones y sanciones. e) Reserva de Ley en materia sancionadora: intervención del reglamento. C) Procedimiento legislativo: el informe de la Comunidad Autónoma de Canarias que prevé la Disposición Adicional Tercera de la Constitución para modificar el régimen económico y fiscal canario no tiene carácter vinculante. **5. Reglamentos.** A) Distinción entre acto y norma. a) Utilización del criterio ordinalista para la distinción entre acto y norma. b) Actos administrativos con destinatario plural. c) El plan de actuación para la aplicación de la normativa sobre el uso del vascoence en la zona vascofona, aprobado por Acuerdo del Gobierno de Navarra de 5 de febrero de 2001, tiene naturaleza normativa. d) Las relaciones de puestos de trabajo son disposiciones de carácter general. e) Naturaleza y alcance normativo de los Bandos de los Alcaldes. B) Límites al ejercicio

de la potestad reglamentaria. a) El ejercicio discrecional de la potestad reglamentaria, para ser legítimo, debe realizarse dentro de unos límites cuyo control corresponde a los Tribunales. b) Omisiones reglamentarias: control jurisdiccional. c) Las Ordenanzas municipales pueden complementar las determinaciones legales en función de los intereses municipales, siempre que no vulneren el ordenamiento jurídico, y con el límite general del principio de proporcionalidad. d) Las normas reglamentarias pueden desarrollar Reglamentos comunitarios que, en todo caso, prevalecen sobre el ordenamiento jurídico interno. C) Elaboración de disposiciones de carácter general. a) Innecesariedad de concretización en el procedimiento de elaboración de la aceptación de las modificaciones introducidas a lo largo del iter procedimental. b) Omisión del Dictamen del Consejo de Estado y del trámite de audiencia en el supuesto de alteraciones sustanciales en el texto definitivo. c) Omisión del Dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales autonómicas. d) Ausencia del trámite de audiencia a asociaciones de carácter voluntario. D) Impugnación de disposiciones de carácter general. a) Innecesariedad de identificación en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo de la disposición que se considere ilegal, cuando la demanda vaya a fundamentar una impugnación indirecta de disposiciones de carácter general. b) Impugnación indirecta: no cabe ser planteada con base en la impugnación de una norma de desarrollo. c) Imposibilidad de alegación de defectos formales en el recurso indirecto contra disposiciones generales. d) Efectos de las sentencias declarativas de la nulidad de disposiciones de carácter general. **6. Principios generales.**

A) Principio de seguridad jurídica: el fin de la protección frente al terrorismo permite que la formulación legal tenga carácter genérico. B) Principio de irretroactividad.

a) La seguridad jurídica constituye un límite táctico al principio de irretroactividad de las normas. Leyes materialmente expropiatorias de derechos reconocidos por sentencias firmes inejecutables que no prevén la correspondiente indemnización. b) La irretroactividad de las normas se limita a las Leyes sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales. C) Principio de no discriminación: no impide un trato jurídico distinto a situaciones diferentes.

## IV. Fuentes del Derecho

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, por lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional, hasta la STC 72/2003, de 10 de abril, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Ar. 600 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. 1230 de 2002.

### 2. CONSTITUCIÓN

#### A) Constitución de 1978: su reforma no tiene límites materiales, sólo formales o de procedimiento

La Constitución española, a diferencia de la francesa o la alemana, no excluye de la posibilidad de reforma ninguno de sus preceptos ni somete el poder de revisión constitucional a más límites expresos que los estrictamente formales y de procedimiento. La Constitución proclama una serie de principios constitucionales que vinculan a los ciudadanos y a los poderes públicos, incluso aunque se postule su reforma o revisión y hasta que ésta se verifique con éxito a través de los procedimientos establecidos en el Título X. En consecuencia, cualquier proyecto es compatible con la Constitución, siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales (STC 48/2003, de 12 de marzo).

### 3. BASES

#### A) Competencia autonómica de desarrollo y ejecución en materia de procedimiento económico-administrativo y fiscal respecto de los tributos integrantes del régimen económico y fiscal canario

El Gobierno de Canarias considera inconstitucionales los preceptos que atribuyen la gestión, liquidación, recaudación inspección y revisión del impuesto especial sobre determinados medios de transporte al Estado en el marco de lo dispuesto por la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, y sus disposiciones de desarrollo, dado que el citado impuesto es un tributo integrante del régimen económico y fiscal de Canarias y como tal, la competencia para el desarrollo legislativo y la ejecución es de titularidad autonómica, conforme al art. 32.14 del Estatuto de Autonomía de Canarias, que atribuye a la citada Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de las normas del procedimiento económico-administrativo y fiscal de Canarias.

El Tribunal rechaza la posibilidad de entender que constituye competencia autonómica la regulación de los procedimientos administrativo-tributarios relativos a los tributos estatales integrantes del régimen económico fiscal de Canarias, y en particular, el impuesto especial sobre determinados medios de transporte, al no ostentar título alguno que habilite a la Comunidad Autónoma de Canarias para regular su régimen sustantivo; la regulación de los procedimientos es una competencia conexa a las que el Estado o las

Comunidades Autónomas ostentan para la regulación del régimen sustantivo de cada actividad administrativa *ratione materiae*, dentro del marco general que establecen las bases estatales relativas al procedimiento.

Dado que se trata de un tributo estatal, corresponde en principio al Estado su desarrollo y ejecución salvo que decida delegar estas competencias al amparo del art. 156.2 CE o ex art. 157.1.a) ceda la gestión del tributo.

El art. 32.14 del Estatuto de Autonomía de Canarias sólo autoriza a la Comunidad Autónoma a dictar las normas de los procedimientos administrativos, económico-administrativo y fiscal que vengan reclamadas por las “especialidades” que deriven del régimen económico y fiscal canario. Sin embargo, las especialidades que para Canarias establece la Ley 38/1992 –un elemento diferencial en el tipo de gravamen y la atribución del rendimiento a la Comunidad Autónoma– no reclaman para la efectividad del impuesto sobre medios de transporte en el archipiélago canario singularidad procedimental alguna (STC 16/2003, de 30 de enero).

#### 4. LEY

**A) Ley singular o Ley de caso único: esta calificación se refiere al alcance objetivo de la Ley, no a la ocasión en que se dicta**

La Ley de Partidos no es una Ley de caso único. El Gobierno Vasco alega que aunque la Ley Orgánica 6/2000 respeta formalmente el principio de generalidad de la Ley, desde el punto de vista material, se ha concebido para perseguir una determinada formación política, única a la que en realidad resultaría aplicable. Para el Tribunal Constitucional, la percepción por el legislador orgánico de que una formación política determinada puede ser contraria, en su actividad y en sus comportamientos, al modelo de partido que tiene encaje y cobertura en la Constitución puede perfectamente erigirse en ocasión para la adopción de una Ley, pero lo que determinará su constitucionalidad o inconstitucionalidad no es esa percepción circunstancial, sino el alcance objetivo de la Ley finalmente adoptada.

La Ley de caso único es aquella dictada en atención a un supuesto de hecho concreto y singular, que agota su contenido y eficacia en la adopción y ejecución de la medida tomada por el legislador ante ese supuesto de hecho, aislado en la Ley singular y no comunicable a ningún otro. En este sentido la Ley de Partidos no sólo es general formalmente por el modo en que se halla formulada, sino que también lo es materialmente, al regular, en abstracto, una serie de conductas cuya realización de forma grave y reiterada podría determinar la disolución de cualquier partido presente o futuro (STC 48/2003, de 12 de marzo).

### B) Reserva de Ley

#### a) Reserva de Ley Orgánica en materia de asociaciones no excluye la regulación de los partidos por una Ley Orgánica específica

La regulación de los partidos políticos admite en nuestro ordenamiento un régimen legal específico y distinto del que es propio de las asociaciones: la base constitucional de la Ley se encuentra en los arts 53.1 y 81.1 CE, en relación con los arts 20, 22 y 23 CE. Sin perjuicio de que los partidos sean asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones, frente al resto de las asociaciones dicha relevancia constitucional –cumplen un fin cualificado de interés público– justifica la imposición de límites que impidan que se desvirtúen como instrumentos para la consecución de sus fines constitucionales (STC 48/2003, de 12 de marzo).

#### b) Distinción entre concepto material y formal de reserva de Ley Orgánica

El Auto de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 1066, reitera la doctrina constitucional sobre la reserva de Ley orgánica, admitiendo el planteamiento de cuestión de constitucionalidad contra la Disposición Adicional Vigésima Tercera sobre pago de subvenciones a partidos políticos de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que establece la aplicación retroactiva del impago de subvenciones destinadas a sufragar gastos electorales hasta que no se justifique la condición plena de los electos en su cargo, y por cuya elección y desempeño de funciones se hayan devengado las citadas subvenciones, aunque ese devengo derive de su reconocimiento por una sentencia judicial firme. La primera cuestión relevante a los efectos de la reserva de Ley orgánica es si cabe modificar por Ley ordinaria un aspecto relativo al régimen electoral general regulado por Ley orgánica. El Auto recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual la reserva de Ley orgánica no tiene carácter formal, sino material, de modo que esta reserva no puede tener mayor extensión que la indicada por la Constitución aunque hubiese sido regulada, en principio, por una Ley orgánica. No obstante, la sentencia llega a la conclusión de que una disposición legal como la cuestionada sí que afecta materialmente a la reserva de Ley orgánica prevista en el art. 81.1 CE, en la medida en que la Sala considera que la regulación del régimen de subvenciones de la financiación electoral constituye un elemento esencial del sistema. Y a la misma conclusión llega cuando tiene que afrontar la duda de constitucionalidad que plantea la Ley al impedir la ejecución de sentencias firmes que reconozcan el derecho al devengo de subvenciones sin indemnización alguna. Desde este segundo punto de vista, la Sala considera que el establecimiento de una causa legal de imposibilidad de ejecución de sentencias no está sujeta a Ley orgánica. Sin embargo, la norma analizada va más allá, en la medida en que modifica la LOPJ, al establecer una causa de inexecución de sentencias sin indemnización alguna.

**c) Reserva de Ley en materia tributaria: el canon por ocupación de superficie y por utilización de obras e instalaciones portuarias tiene naturaleza tributaria; la Ley debe definir los criterios y límites que permitan determinar el quantum de las prestaciones patrimoniales públicas**

En la STC 63/2003, de 27 de marzo, se plantea una cuestión de inconstitucionalidad en relación con el art. 9 y la Disposición Transitoria de la Ley 18/1985, de 1 de julio, sobre régimen financiero de los puertos y con el art. 26 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos. Si bien estos preceptos han sido derogados por la Disposición Derogatoria Única.2, de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante que, a su vez, a consecuencia de la doctrina sentada por la STC 185/1995 fue modificada por el artículo único, apartado 26, de la Ley 62/1997, de 26 de diciembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, el Tribunal entiende que el proceso constitucional no ha perdido su objeto, dado que la regulación cuestionada sustancialmente continúa en vigor.

La cuestión de inconstitucionalidad plantea la posible inconstitucionalidad de la regulación del canon por ocupación de superficie y por utilización de obras e instalaciones del puerto, dado que se trata de una prestación de carácter público de naturaleza tributaria para cuyo establecimiento y determinación los arts. 31.3 y 133.1 CE exigen Ley. El art. 9 de la Ley 18/1985 atribuía la fijación y actualización anual de los cánones por concesiones y autorizaciones administrativas con sujeción a la política económico-financiera y de tarifas portuarias determinadas por el Gobierno y a la normativa general y objetivos anuales de gestión que, en ejecución de esa política, se establezcan por el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, debiendo establecer dicho departamento los límites máximos y mínimos de las tarifas correspondientes. La Disposición Transitoria de la misma Ley dispone que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, determinará la política económico-financiera y de tarifas de puertos a cargo de organismos o entidades dependientes de la Administración Central debiendo fijar el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo las normas generales de aplicación de las mismas.

El Tribunal parte de que los citados cánones en tanto que prestaciones coactivas que se satisfacen a los entes públicos con la finalidad de sostener los gastos públicos constituyen tributos que, como tales, están sometidos a la reserva de Ley que establecen los arts. 31.3 y 133.1 CE. Si bien la reserva de Ley tributaria es relativa, por lo que admite una colaboración intensa con el reglamento, la garantía de la reserva de Ley no permite una "habilitación tan indeterminada" como la que realizan los preceptos citados a favor del Gobierno y el Ministro competente en relación con la fijación de la cuantía de los cánones que constituye uno de los elementos esenciales de este recurso financiero de naturaleza tributaria. Esto no significa que el respeto de la reserva de Ley exija necesariamente la fijación del quantum de la prestación por vía legal; sin embargo, la determinación en la Ley de un límite máximo de la prestación de carácter público, o de los criterios para fijarlo, es absolutamente necesaria para respetar el principio de reserva de Ley en este ámbito (STC 63/1993, de 27 de marzo).

#### IV. Fuentes del Derecho

**d) Reserva de Ley en materia sancionadora: tras la Constitución la tipificación de infracciones y sanciones debe realizarse en una norma con rango de Ley; las habilitaciones legales preconstitucionales para tipificar reglamentariamente infracciones y sanciones se entienden derogadas por la Constitución; los Reglamentos comunitarios no satisfacen la reserva de Ley en materia sancionadora si no incluyen la preceptiva tipificación de infracciones y sanciones**

Son dos las Sentencias que en esta crónica se refieren a la reserva de Ley en materia sancionadora: SSTC 50/2003, de 17 de marzo, y 52/2003 de la misma fecha. En ambos casos se trata de Sentencias que resuelven recursos de amparo por vulneración del art. 25.1 CE en relación con sanciones impuestas por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen “Cava” y por el Consejo Regulador de la Denominación de Origen “Rioja”, respectivamente. Sobre las Sentencias del Tribunal Supremo que constituyen el objeto de impugnación de los citados recursos de amparo se hizo referencia en el número 11 de esta revista [Apartado IV.4.A.b)].

En la **STC 50/2003, de 17 de marzo**, la parte recurrente alega la infracción del art. 25.1 CE al haberse tipificado infracciones con posterioridad a la aprobación de la Constitución mediante una Orden Ministerial. Tanto el Estatuto del Vino aprobado por la Ley 25/1970, de 2 de diciembre, como el Reglamento del Estatuto del Vino, aprobado por el Decreto 835/1972, de 23 de marzo, remiten la tipificación de infracciones y sanciones al Reglamento de la denominación de origen “cava” y de su Consejo Regulador, aprobado por Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 14 de noviembre de 1991: se produce, en consecuencia una delegación de segundo grado, dado que la Orden Ministerial no se limita a especificar o a graduar, sino que lleva a cabo el establecimiento completo del cuadro de infracciones y sanciones. Además, la falta de Ley previa y cierta en esta materia no puede salvarse con la simple referencia a los Reglamentos comunitarios europeos que no contienen un cuadro sancionador.

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional tras la aprobación de la Constitución se entienden caducadas por derogación las habilitaciones ilimitadas a la potestad reglamentaria y las deslegalizaciones realizadas por Leyes preconstitucionales incompatibles con el art. 25.1 CE y no cabe tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes mediante una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado por otra norma de rango legal, con la estricta excepción del supuesto en que una norma reglamentaria sancionadora constituya una reiteración de las reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales por aplicación a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico de aquéllas.

En consecuencia no satisface la exigencia de la reserva de Ley en materia sancionadora la mera afirmación legal de que “se sancionará la indebida aplicación de las definiciones establecidas en el Capítulo II del Título Preliminar, con multa de 10.000 pesetas al doble del valor de las mercancías o productos afectados cuando aquello supere dicha cantidad y con su decomiso”; la definición aplicable en este contexto era la de “Cava: aquél cuya

segunda fermentación se realiza en botella en la que deberá transcurrir todo el proceso de elaboración y crianza hasta la eliminación de lías. Dicho proceso deberá efectuarse en cavas o locales de condiciones térmicas adecuadas”.

Tampoco el Reglamento del Vino contiene una tipificación legal suficiente sino que opera una segunda remisión normativa, limitándose a enviar a los Reglamentos de cada denominación de origen la especificación de las sanciones a aplicar, así como la clasificación de las infracciones en faltas administrativas, infracciones a lo establecido sobre elaboración y características de los productos amparados y uso indebido de la denominación de origen o actos que puedan causarle perjuicio o desprestigio. Pero el Reglamento del Vino no dice cuáles son las faltas administrativas ni en qué consiste el uso indebido de la denominación de origen ni qué actos pueden causarle perjuicio de desprestigio, ni qué normas sobre elaboración y características de los productos: todo esto lo remite de nuevo a una norma inferior, lo que infringe la reserva constitucional de Ley en materia sancionadora.

Esta doctrina se reitera en relación con la regulación de la Denominación de Origen “Rioja” en la STC 52/2003, de 17 de marzo.

#### **e) Reserva de Ley en materia sancionadora: intervención complementaria del reglamento**

El art. 25.1 CE no excluye que los reglamentos puedan desarrollar, integrar, completar y precisar los elementos esenciales de las infracciones administrativas tipificadas por Ley. Mantener lo contrario, sería tanto como exigir que los catálogos de infracciones previstos en los reglamentos se limitasen a repetir las infracciones tipificadas en la Ley, lo que no resulta de la interpretación del precepto constitucional, ni del art. 129.3 LRJPAC. Efectivamente, lo rechazable será remitir al poder reglamentario la tipificación completa y *ex novo* de las conductas infractoras en detrimento de la reserva de Ley que establece el art. 25.1 CE. Pero esta circunstancia no se da cuando, contando con una cobertura legal suficiente, el reglamento completa o integra la descripción de las infracciones previamente tipificadas o caracterizadas por la propia Ley (STS de 18 de diciembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 533).

#### **C) Procedimiento legislativo: el informe de la Comunidad Autónoma de Canarias que prevé la Disposición Adicional Tercera de la Constitución para modificar el régimen económico y fiscal canario no tiene carácter vinculante**

La Disposición Adicional Tercera de la Constitución establece que “la modificación del régimen económico y fiscal del archipiélago canario requerirá informe previo de la Comunidad Autónoma o, en su caso, del órgano provisional autonómico”. El Gobierno de Canarias impugna la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de impuestos especiales por vulneración del procedimiento establecido en la Constitución al haberse hecho en contra del informe desfavorable del Parlamento canario; el art. 46 del Estatuto de Autonomía de Canarias define el supuesto de hecho sobre el que se debe aplicar el citado precepto

## IV. Fuentes del Derecho

constitucional en el que se incluye, a juicio del Gobierno canario la regulación de la Ley impugnada que incide en el ámbito de las franquicias sobre el consumo y el impuesto especial sobre determinados medios de transporte. El Tribunal Constitucional entiende por el contrario que el informe de la Comunidad Autónoma no tiene carácter vinculante, dado que ello supondría privar al Estado de su potestad originaria para establecer tributos en virtud del art. 133.1 CE: un informe preceptivo y vinculante equivaldría a una autorización y significaría privar de su carácter exclusivo a esta competencia estatal.

El informe por su propia naturaleza debe producirse sobre el texto propio de la iniciativa legislativa, es decir, antes de la tramitación en las Cortes Generales, justamente para que en ésta pueda tomarse en consideración el parecer del Parlamento canario; sólo en el caso de que las Cortes Generales introduzcan en el contenido de la iniciativa legislativa modificaciones que alteraran el proyecto tan radicalmente que no pudiera tenerse por informado debería exigirse un nuevo informe del Parlamento canario (STC 16/2003, de 30 de enero).

La aprobación por Ley del Estado de un impuesto estatal indirecto que grava el consumo en fase minorista no vulnera la garantía institucional que define el régimen económico y fiscal de Canarias.

El Tribunal Constitucional, en la **STC 16/2003, de 30 de enero**, admite la calificación que formula el Gobierno de Canarias del régimen económico y fiscal canario previsto en la Disposición Adicional Tercera de la Constitución como una garantía institucional. Sin embargo, la garantía institucional no impide la modificación de determinadas Leyes tributarias que integran dicho régimen, dado que esta figura “no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar”.

El régimen económico y fiscal de Canarias se basa en la libertad comercial, la franquicia aduanera y la franquicia sobre el consumo; es precisamente esta última franquicia la que los recurrentes entienden vulnerada por la Ley estatal 38/1992, de 28 de diciembre, que grava el consumo en fase minorista por primera vez en el archipiélago canario lesionando uno de los pilares de su acervo histórico. Frente a este planteamiento, el Tribunal Constitucional, que –como se ha expuesto– no rechaza la aplicación del concepto de garantía institucional en este ámbito, destaca sin embargo que la Disposición Adicional Tercera de la Constitución permite la modificación por el Estado del régimen económico y fiscal de Canarias, lo cual es compatible con dicha calificación.

El régimen económico y fiscal de Canarias tiene como fundamento la realización efectiva del principio de solidaridad (art. 138.1 CE) atendiendo al hecho insular. Un repaso histórico de este régimen confirma su carácter evolutivo, que se confirma e incluso se intensifica con el ingreso de España en la Unión Europea. Dentro de este carácter evolutivo se ha podido identificar en este régimen un cierto elemento diferencial de tributación con respecto al resto del territorio nacional, que se traduce, por ejemplo, en una presión fiscal indirecta menor, así como en la existencia de tributos de ámbito canario

atribuidos en su recaudación a la Comunidad Autónoma o a los Cabildos: en este sentido, resulta evidente que el impuesto sobre determinados medios de transporte, por sí solo no ha producido una modificación significativa en el contenido del régimen económico y fiscal de Canarias.

En la **STC 62/2003, de 27 de marzo**, se reproducen los argumentos aplicados en la STC 16/2003, de 30 de enero, en relación con la Ley 20/1991, de 7 de junio, de modificación de los aspectos fiscales del régimen económico y fiscal de Canarias, que regula el impuesto general indirecto canario; dado que este impuesto grava la totalidad del proceso productivo se plantea su posible contradicción con la franquicia al consumo tradicional en el régimen económico y fiscal canario con planteamientos prácticamente idénticos a los aplicados en la STC 16/2003.

El propio impuesto impugnado en el marco de la Ley 20/1991 garantiza una presión fiscal menor que la general del Estado, siguen existiendo tributos de aplicación exclusiva en el archipiélago canario como son el arbitrio sobre la producción y la importación y el propio impuesto cuestionado y, por último, subsisten tributos destinados exclusivamente a la financiación del archipiélago canario; todos estos datos permiten afirmar que la regulación legal impugnada no vulnera la garantía institucional del régimen económico y fiscal canario.

En la **STC 72/2003, de 10 de abril**, se reitera la jurisprudencia anteriormente expuesta sobre el régimen económico y fiscal canario en relación con determinados preceptos del Real Decreto-Ley 4/1994, de 8 de abril, de medidas transitorias y urgentes de carácter fiscal para la renovación del parque de vehículos de turismo así como en relación con la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 20 de abril de 1994, por la que se aprueba el modelo 567 de declaración-liquidación por el impuesto especial sobre determinados medios de transporte.

## 5. REGLAMENTOS

### A) Distinción entre acto y norma

#### a) Utilización del criterio ordinalista para la distinción entre acto y norma

La **STS de 22 de octubre de 2002**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 9302, afirma que unas Bases de Actuación que establecen el criterio de valoración de un resto de finca constituyen un instrumento urbanístico regulador de operaciones concretas de compensación y urbanización que se agotan con su cumplimiento. Además, su regulación se refiere a un caso concreto e irrepetible, por lo que no constituye una disposición de carácter general. Consecuentemente, no es posible la impugnación del correspondiente Proyecto de Compensación fundamentada en la ilegalidad de las mencionadas Bases.

## IV. Fuentes del Derecho

### b) Actos administrativos con destinatario plural

La STS de 29 de noviembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 361, considera que a diferencia de las Ordenanzas Fiscales, los actos de ordenación de tributos son actos administrativos con destinatario plural ya que establecen las condiciones en las que han de fijarse y exaccionarse los correspondientes tributos entre los obligados a su pago, sin que puedan asimilarse a las Ordenanzas.

### c) El plan de actuación para la aplicación de la normativa sobre el uso del vascuence en la zona vascófona, aprobado por Acuerdo del Gobierno de Navarra de 5 de febrero de 2001, tiene naturaleza normativa

La STSJ de Navarra de 27 de septiembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 1061, considera que el plan de actuación para la aplicación de la normativa sobre el uso del vascuence en la zona vascófona, no constituye una instrucción u orden de servicio dirigida por el Gobierno navarro a sus órganos, sino un verdadero acto normativo que complementa o desarrolla el Decreto Foral 372/2000. El mencionado plan regula actividades y servicios relacionados con la atención a los ciudadanos y la participación de estos (notificaciones, traducción, ingreso y provisión de puestos de trabajo, etc.) que sobrepasan el ámbito funcional de la Administración. A ello se añade que el Acuerdo impugnado fue publicado en la sección “otras disposiciones” del Boletín Oficial, precisamente, porque tiene esa naturaleza.

### d) Las relaciones de puestos de trabajo son disposiciones de carácter general

La STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de septiembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 1050, reitera la jurisprudencia ya expuesta en números anteriores, según la cual las relaciones de puestos de trabajo tienen naturaleza de disposiciones de carácter general susceptibles, por tanto, de impugnación indirecta.

### e) Naturaleza y alcance normativo de los Bandos de los Alcaldes

La STS de 30 de octubre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 9999, se pronuncia sobre la naturaleza jurídica de un Bando dictado por el Alcalde de Santander para reorganizar el sistema de paradas de taxis. La impugnación del Bando se fundamenta en que dicha ordenación debió ser realizada a través de una Ordenanza aprobada por el Pleno municipal. La sentencia afirma que los Bandos no pueden regular “materias reservadas a las Ordenanzas, cuyo proceso de elaboración y aprobación reservada al Pleno de la corporación municipal las dotan evidentemente de mayores garantías de publicidad, audiencia de los administrados y contraste de pareceres, al mismo tiempo que sustraen a la decisión unipersonal del regidor municipal el ejercicio de la potestad reglamentaria propiamente dicha”. El Tribunal añade que, aunque no existe ninguna norma legal que delimite el campo de actuación de Ordenanzas y Bandos, sí que su doctrina ha venido a concretar las materias que pueden ser objeto de los Bandos, llegando a establecer que, normalmente, “se limitan a recordar la existencia de Leyes y

reglamentos, o que tienen por objeto cuestiones de tono menor o de mero carácter instrumental, o el de fijar el lugar en el que se llevarán a cabo determinadas actuaciones o prestaciones”. Sin embargo, la sentencia señala que, en ocasiones, los Bandos “constituyen manifestaciones de la potestad reglamentaria de la Administración”, ya en supuestos en los que concurren circunstancias extraordinarias, ya por habilitación legal expresa de la competencia para normar determinadas materias atribuidas al Alcalde. En coherencia con su doctrina, el Tribunal señala que el Bando impugnado no se extralimita de las facultades conferidas al Alcalde en la legislación de ordenación de transportes terrestres, máxime cuando esa misma normativa admite expresamente que determinados aspectos accesorios del servicio de taxis (puntos de parada, número máximo de vehículos estacionados, forma de estacionarse y toma de viajeros), pueden ser regulados por Ordenanza o Bando.

## **B) Límites al ejercicio de la potestad reglamentaria**

### **a) El ejercicio discrecional de la potestad reglamentaria, para ser legítimo, debe realizarse dentro de unos límites cuyo control corresponde a los Tribunales**

La STS de 7 de octubre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 9277, sintetiza los límites al ejercicio de la potestad reglamentaria distinguiendo entre límites formales y materiales. Entre los primeros, la sentencia cita la competencia, la jerarquía normativa, el procedimiento de elaboración de los reglamentos y el principio de inderogabilidad singular de reglamentos. Entre los límites materiales que afectan al contenido de las normas reglamentarias, el Tribunal menciona la reserva de Ley, material y formal, el respeto de los principios generales del Derecho, así como el principio de interdicción de la arbitrariedad. Ahora bien, respetadas tales exigencias, el titular de la potestad reglamentaria “puede utilizar las diversas opciones legítimas que permite la discrecionalidad que es inherente a dicha potestad”, de lo que se deriva que el control jurisdiccional sólo puede extenderse a la constatación de la existencia de la necesaria coherencia entre la regulación reglamentaria y la realidad sobre la que se proyecta, pero no alcanza a valorar los distintos intereses que subyacen en el conflicto que la norma tratar de ordenar, en la medida en que los Tribunales carecen de un poder de sustitución de la ponderación efectuada por el Gobierno.

En la misma línea, la STS de 20 de marzo de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 9014, señalando que en el reglamento impugnado se detectan decisiones administrativas que se mueven dentro de los márgenes inherentes al carácter eminentemente técnico de la materia, en la que existe un espacio abierto a la decisión discrecional de la Administración. En el mismo orden de cosas debe ser interpretada la STSJ de Cataluña de 11 de julio de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 1075, según la cual el control de disposiciones de carácter general por los Tribunales Contencioso-Administrativos se realiza examinando los aspectos formales y materiales con base en criterios estrictos de juridicidad y, en concreto, en el sometimiento de la potestad reglamentaria al principio de legalidad. Por este

## IV. Fuentes del Derecho

motivo, no cabe alegar criterios de funcionalidad, racionalidad o eficacia de la norma reglamentaria, que escapan al ámbito de fiscalización que confiere el art. 106 CE a los órganos jurisdiccionales.

### **b) Omisiones reglamentarias: control jurisdiccional**

También la STS de 7 de octubre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 9277, se pronuncia sobre los límites del control jurisdiccional frente a la omisión reglamentaria. La sentencia señala como límites principales, además de la legitimación, el carácter revisor de la Jurisdicción, así como la consideración de la potestad reglamentaria como una facultad político-normativa de ejercicio discrecional. No obstante, la sentencia reconoce que todo ello no es óbice para que, desde antiguo, se haya abierto una corriente jurisprudencial que ha admitido el control judicial de la inactividad reglamentaria. A este respecto, el Tribunal señala que no es rechazable una sentencia que condene a la Administración a elaborar y promulgar una disposición reglamentaria o que ésta tenga un determinado contenido, “cuando el silencio del reglamento determina la implícita creación de una situación jurídica contraria a la Constitución o al ordenamiento jurídico o, al menos, cuando siendo competente el órgano titular de la potestad reglamentaria para regular la materia de que se trata, la ausencia de la previsión reglamentaria supone el incumplimiento de una obligación legal”. No obstante, aun en estos supuestos, el poder de sustitución judicial se encuentra limitado, puesto que los órganos jurisdiccionales no pueden llegar allí donde la Ley reserva a la Administración un poder discrecional de decisión, máxime a la vista del art. 71.2 LJCA.

### **c) Las Ordenanzas municipales pueden complementar las determinaciones legales en función de los intereses municipales, siempre que no vulneren el ordenamiento jurídico, y con el límite general del principio de proporcionalidad**

La STSJ de Cantabria de 20 de septiembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 1196, resuelve el recurso planteado contra la Ordenanza del Municipio de Riocín reguladora de las instalaciones de telefonía móvil personal y otros equipos radioeléctricos de telefonía pública. La sentencia concluye afirmando la competencia municipal para dictar una norma cuya finalidad sea atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, incluyendo los aspectos de estética y seguridad, y medioambientales, pese a la competencia exclusiva del Estado en relación con las telecomunicaciones. Con base en estas competencias, la sentencia afirma que los Ayuntamientos pueden “en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en Ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en edificios tendentes a preservar los intereses municipales en materia de seguridad en lugares públicos, ordenación del tráfico de vehículos y personas en las vías urbanas, protección civil, prevención y extinción de incendios, ordenación, gestión y disciplina urbanística, protección del medio ambiente, patrimonio histórico-artístico y protección de la salubridad pública”. Ahora bien, el ejercicio de esta competencia, en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses que le encomienda el ordenamiento a los Municipios, “no puede entrar en contradicción con el

ordenamiento, ni traducirse en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas”.

**d) Las normas reglamentarias pueden desarrollar Reglamentos comunitarios que, en todo caso, prevalecen sobre el ordenamiento jurídico interno**

La STS de 7 de junio de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 9429, realiza una correcta aplicación de la eficacia del Derecho comunitario, señalando que “la existencia de un Reglamento comunitario directamente aplicable en España y a cuyo desarrollo no se demuestra que no responda la Orden impugnada, constituye un elemento nuevo en el ordenamiento jurídico que impide sostener que las Órdenes dictadas con posterioridad al mismo debían sujetarse estrictamente al Real Decreto dictado con anterioridad al citado Reglamento comunitario. El principio de vinculación al Derecho comunitario obligaba al Gobierno a atenerse a dicho Reglamento en el ejercicio de la potestad reglamentaria, dado que las normas de aquel carácter prevalecen sobre las de Derecho interno”.

**C) Elaboración de disposiciones de carácter general**

**a) Innecesidad de concretización en el procedimiento de elaboración de la aceptación de las modificaciones introducidas a lo largo del iter procedimental**

A diferencia del procedimiento de aprobación de Leyes, donde el principio de pluralidad política obliga a que se concreten en textos precisos las sucesivas redacciones del articulado de los proyectos de Ley según avanza el procedimiento legislativo, “en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales no es exigible la constancia de la aceptación de las modificaciones introducidas, en los términos alegados por la defensa jurídica de la parte actora, al corresponder el ejercicio de la potestad reglamentaria al Consejo Ejecutivo que expresa su decisión mediante la afirmación de una única voluntad normativa” (STSJ de Cataluña de 11 de julio de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 1075). No obstante, añade la sentencia comentada que debe distinguirse entre el deber de conservación de las alegaciones e informes emitidos en los trámites de audiencia e información pública, del deber de motivación de las alteraciones sucesivas que sufra el texto en su tramitación, al ser expresión de una voluntad política sometida a los principios de acierto y de legalidad.

**b) Omisión del Dictamen del Consejo de Estado y del trámite de audiencia en el supuesto de alteraciones sustanciales en el texto definitivo**

La STSJ de Cataluña de 11 de julio de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 1075, reitera una constante jurisprudencia que confirma la necesidad de efectuar una nueva consulta preceptiva al Consejo de Estado y un nuevo trámite

## IV. Fuentes del Derecho

de audiencia cuando se hubieran introducido modificaciones en el texto definitivo de la norma que alteren sustancialmente su contenido en relación con el texto objeto de los citados trámites.

### **c) Omisión del Dictamen del Consejo de Estado en el procedimiento de elaboración de disposiciones generales autonómicas**

La STS de 20 de julio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 9042 de 2002, realiza un amplio resumen de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la exigencia de informe del Consejo de Estado respecto del ejercicio de las potestades reglamentarias de las CCAA. El repaso culmina con la confirmación de la doctrina actual, según la cual es preceptivo el informe del Consejo de Estado para todas las normas reglamentarias dictadas en desarrollo de una Ley, siempre que no exista un organismo autonómico homologable a dicho Consejo.

La sentencia también se pronuncia acerca de la necesidad del mencionado Dictamen en virtud de la condición de reglamento ejecutivo de la disposición. A este respecto, el Tribunal observa algunas divergencias, pues mientras en algunos casos se atiende a una concepción material de reglamento ejecutivo, incluyendo las normas reglamentarias que completan, desarrollan, pormenorizan, aplican o complementan normas legales, lo que presupone la existencia de un mínimo contenido legal regulador, en otros casos, se da cabida a una perspectiva formal, de modo que por reglamento ejecutivo se entiende los reglamentos que ejecutan habilitaciones legales, con independencia de cualquier desarrollo material. Por tanto, resultarían excluidos del informe del Consejo de Estado, únicamente, los proyectos ya informados que son objeto de alguna modificación no esencial, los reglamentos independientes, y los reglamentos de carácter organizativo y de necesidad.

### **d) Ausencia del trámite de audiencia a asociaciones de carácter voluntario**

La omisión del trámite de audiencia a asociaciones de carácter voluntario no es determinante de la nulidad de la disposición (SSTS de 17 de diciembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 40 de 2003, y de 7 de junio de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 9429).

## **D) Impugnación de disposiciones de carácter general**

### **a) Innecesariedad de identificación en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo de la disposición que se considere ilegal, cuando la demanda vaya a fundamentar una impugnación indirecta de disposiciones de carácter general**

La STS de 13 de diciembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 96 de 2003, pone de manifiesto la innecesariedad de que en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo deba identificarse la disposición que se considere ilegal cuando la demanda vaya a fundare en ese motivo de anulación

del acto dictado en ejecución de aquélla. La razón es que la nulidad de la disposición de cobertura no es el objeto inmediato de la impugnación, sino el fundamento de la misma, de ahí que deba reservarse al escrito de demanda.

**b) Impugnación indirecta: no cabe ser planteada con base en la impugnación de una norma de desarrollo**

La STSJ de Navarra de 27 de septiembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 1061, afirma que “una disposición de carácter general no puede impugnarse a través de otra disposición del mismo carácter, sino de los actos que se produzcan en aplicación de la misma”. Precisamente porque no nos encontramos ante una impugnación indirecta, sino ante la impugnación directa de una norma, como es el plan de actuación para la aplicación de la normativa sobre el uso del vascuence en la zona vascofona, aprobado por Acuerdo del Gobierno de Navarra de 5 de febrero de 2001, cabe el examen de las infracciones procedimentales que pudieran deducirse del procedimiento de elaboración de la mencionada norma. No obstante la doctrina según la cual no es necesario reproducir en la elaboración de una disposición general los trámites observados en la elaboración de la disposición superior, en el presente supuesto, la ausencia de los informes del Consejo Navarro del Euskera y de la Dirección General de la Función Pública en la elaboración del Decreto Foral 372/2000 que es desarrollado por el citado plan, es suficiente para declarar la nulidad del acuerdo impugnado.

**c) Imposibilidad de alegación de defectos formales en el recurso indirecto contra disposiciones generales**

La STS de 29 de noviembre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 361 de 2003, confirma una reiteradísima jurisprudencia según la cual la impugnación indirecta de disposiciones de carácter general excluye la alegación de posible defectos formales o de procedimiento existente en la elaboración de dicha norma.

**d) Efectos de las sentencias declarativas de la nulidad de disposiciones de carácter general**

Reiterando una larga doctrina, la STS de 2 de octubre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 10035, realiza una síntesis sobre los efectos de la declaración de nulidad de una disposición de carácter general impugnada directamente. El Tribunal recuerda que la sentencia que declare la nulidad tiene efectos *erga omnes* y *ex tunc* (en este sentido, también la STSJ de Canarias de 5 de abril de 2002, sede de Las Palmas, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 1204), de modo que la nulidad de la norma reglamentaria se transmite a todos los actos dictados en aplicación de la misma, salvo aquellos consentidos y firmes, por motivos obvios de seguridad jurídica. Sin embargo, cuando la impugnación de una disposición general se realiza a través del recurso indirecto, la sentencia inaplicará al caso concreto la norma cuya ilegalidad sirve de base para anular el acto impugnado. En otras palabras, en este segundo supuesto, la ilegalidad de la norma reglamentaria sólo tiene efectos *inter partes*.

### 6. PRINCIPIOS GENERALES

#### **A) Principio de seguridad jurídica: el fin de la protección frente al terrorismo permite que la formulación legal tenga carácter genérico**

La Ley de Partidos no incurre en una excesiva generalidad e imprevisibilidad al determinar como causa de disolución de los partidos la colaboración habitual con grupos que actúan de forma sistemática de acuerdo con una organización terrorista o apoyan el terrorismo: lo que se describe como supuesto de ilegalización no es ninguna clase de ayuda genérica sino aquella específica dirigida a apoyar en concreto la colaboración con el terrorismo. Se trata de una especie de “complicidad en la complicidad”.

En la STC 136/1999, de 20 de julio, se expuso que “nos encontramos ante una constante en lo que al derecho comparado se refiere en materia de legislación antiterrorista, es decir, la previsión de un tipo muy poco específico de colaboración o apoyo a grupos terroristas, condicionado por la necesidad de no dejar fuera, dentro de lo posible, ninguna forma o variedad de respaldo individual o social al fenómeno terrorista” (FJ 30º). El Tribunal Constitucional expone que en aquella Sentencia ya dijo que la tutela frente al terrorismo comportaba un coste en la determinación de la conducta; este coste, sin embargo, no aboca a una situación en la que resulte imprevisible para los partidos calcular las consecuencias jurídicas de su conducta, por lo que no cabe alegar la vulneración del principio de seguridad jurídica (STC 48/2003, de 12 de marzo).

#### **B) Principio de irretroactividad**

##### **a) La seguridad jurídica constituye un límite táctico al principio de irretroactividad de las normas. Leyes materialmente expropiatorias de derechos reconocidos por sentencias firmes inejecutables que no prevén la correspondiente indemnización**

El Auto de la Audiencia Nacional de 22 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 1066, admite el planteamiento de cuestión de constitucionalidad contra la Disposición Adicional Vigésima Tercera sobre pago de subvenciones a partidos políticos de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en la medida en que establece la aplicación retroactiva del impago de subvenciones destinadas a sufragar gastos electorales aunque su devengo traiga causa de su reconocimiento por una sentencia judicial firme. Para la Sala no se trata tanto de la vulneración del principio de irretroactividad de las normas, sino de los llamados “límites constitucionales tácticos a la retroactividad de las Leyes”, entre los que se encuentra el principio de seguridad jurídica. Desde este punto de vista, y con cita de la doctrina constitucional, la Audiencia Nacional pone de relieve que un grado de retroactividad plena o auténtica determinaría la vulneración del principio constitucional de seguridad jurídica. Ahora bien, el mismo Tribunal Constitucional admite que pueden darse casos en que el establecimiento de retroactividad esté legitimado cuando exista algún interés general que justifique la subordinación del principio de seguridad jurídica frente a otros bienes y derechos. En este orden de cosas, la Sala rechaza los argumentos del

Abogado del Estado, considerando que no cabe afirmar que en esta ocasión deba prevalecer el favorecimiento de la participación en la vida política de quienes realmente participan activamente en ella, al menos con efectos retroactivos, pues tal finalidad no justifica la supresión absoluta y desproporcionada de las subvenciones de quienes participaron en elecciones cuyo mandato ha concluido. A ello añade que, si a pesar de todo, el interés general puede exigir el sacrificio de determinadas situaciones subjetivas, el principio de proporcionalidad exige que la ablación de estos derechos esté cubierta por la correspondiente garantía expropiatoria favorable al titular de una situación jurídica garantizada por la cosa juzgada.

**b) La irretroactividad de las normas se limita a las Leyes sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales**

La STS de 7 de junio de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 9429, citando la doctrina del Tribunal Constitucional, señala que el principio de irretroactividad de las normas se limita a las Leyes sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales. Por lo que se refiere a este último supuesto, la sentencia señala que es una expresión que no puede confundirse con la doctrina de los derechos adquiridos, de modo que nada impide al legislador dotar a la Ley de efectos retroactivos, entre otros motivos, porque la interdicción absoluta de retroactividad conduciría a situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico.

**C) Principio de no discriminación: no impide un trato jurídico distinto a situaciones diferentes**

Una Orden Ministerial que establece una distinta regulación en función de la realización de las labores de pesca utilizando un arte específico, no constituye una decisión que vulnere el art. 14 CE, pues este precepto impide que las normas configuren supuestos de hecho en los que se dé un trato distinto a sujetos que se encuentran en situaciones semejantes, o dicho de otro modo, que otorguen relevancia jurídica a circunstancias que o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por así prohibirlo la Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es, por ello, discriminatoria (STS de 7 de junio de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 9429).

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. Requisitos del acto administrativo.** A) La motivación se configura como un ingrediente formal del acto administrativo. **3. Procedimiento administrativo.** A) El principio de congruencia no resulta aplicable a los procedimientos incoados de oficio tras la presentación de una denuncia. B) La declaración de caducidad del procedimiento por inactividad del solicitante únicamente puede producirse cuando la actuación omitida sea esencial para la tramitación del procedimiento. C) Producido el silencio positivo por el transcurso del plazo, el acto administrativo expreso positivo que contradiga su contenido incurre en nulidad. D) La certificación de acto presunto no tiene carácter constitutivo. **4. Invalidez del acto administrativo.** A) La falta del estudio económico-financiero en la solicitud municipal de autorización de los servicios de temporada determina su nulidad de pleno derecho. B) No se genera indefensión por no conceder audiencia en el procedimiento de reconocimiento de una pensión de viudedad a la entidad a la que se imputa su pago. **5. Eficacia y ejecución forzosa.** A) La negativa a recibir la notificación bajo la vigencia de la LPA no autoriza a la Administración a prescindir de las garantías legales, por lo que debe constar la identificación del funcionario que intentó practicar la notificación. B) No cabe otorgar la autorización de entrada en un domicilio para proceder a la ejecución forzosa de una orden de demolición cuando el particular ha solicitado la suspensión cautelar de dicho acto y el juez competente aún no se ha pronunciado.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre febrero y abril de 2003 (marginales 8281 de 2002 a 600 de 2003), respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de enero a marzo de 2003 (marginales 921 a 1230), respecto de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

## 2. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

### A) La motivación se configura como un ingrediente formal del acto administrativo

La STS de 1 de abril de 2002, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 3º, Ar. 9410, reitera la doctrina del Alto Tribunal que configura a la motivación como “(...) un ingrediente formal del acto administrativo cuya finalidad es la de hacer posible que el interesado conozca los antecedentes de hecho que determinan la actuación de la Administración, así como la fundamentación legitimadora de ese proceder administrativo (...)”. En la misma línea se sitúa la STS de 20 de mayo de 2002, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 4º, Ar. 9845. Esta configuración determina que cuando la decisión incorporada en el acto administrativo se aparte de un informe preceptivo de un órgano consultivo, la misma deba comprender la motivación general relativa al acto y la específica relativa a la discrepancia con el órgano consultivo, como precisa la STS de 2 de abril de 2002, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 4º, Ar. 9844. A su vez, cuando se trata de un procedimiento sancionador, la motivación se reputa suficiente cuando se describen los hechos que se califican posteriormente de ilícitos, se razona sobre la calificación efectuada entrando a contestar en varias ocasiones las concretas alegaciones de la recurrente, y se cita la normativa que se considera infringida, con remisión a los informes técnicos obrantes en el expediente, supuesto contemplado en la SAN de 19 de septiembre de 2001, FD 4º, Ar. 935 de 2003.

## 3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

### A) El principio de congruencia no resulta aplicable a los procedimientos incoados de oficio tras la presentación de una denuncia

A tenor de la SAN de 9 de julio de 2002, FD 2º, Ar. 941 de 2003, en los procedimientos incoados de oficio, que en el caso concreto tienen su origen en la acumulación de dos expedientes iniciados con base en dos denuncias de operadores de telecomunicaciones, distintas pero relacionadas en cuanto al fondo del asunto, “(...) no cabe apreciar vulneración del principio de congruencia en cuanto la misma no tiene que circunscribirse a las cuestiones planteadas por los interesados que eventualmente hubieran iniciado el

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

procedimiento, sino a la justificación que el órgano administrativo competente encontró para iniciar el mismo (...).”.

### **B) La declaración de caducidad del procedimiento por inactividad del solicitante únicamente puede producirse cuando la actuación omitida sea esencial para la tramitación del procedimiento**

No procede declarar la caducidad del procedimiento de inscripción en el Catálogo de Aguas Privadas y su posterior archivo cuando los elementos no aportados por el solicitante y exigidos por la Administración no aparecen recogidos en la norma legal, corriendo su comprobación a cargo de la propia Administración, como precisa la STS de 17 de junio de 2002, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 3º, Ar. 9553. Igualmente, resulta incorrecto declarar la caducidad del procedimiento cuando existe una discrepancia entre el interesado y la Administración respecto a la necesidad de presentar una determinada documentación. Si a juicio de la Administración, la documentación presentada no cumple las exigencias para acceder a lo solicitado, como afirma la STS de 14 de octubre de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 2º, Ar. 9122, aquélla deberá continuar la tramitación del expediente y adoptar la resolución que estime procedente, pero no acordar la caducidad del procedimiento.

### **C) Producido el silencio positivo por el transcurso del plazo, el acto administrativo expreso positivo que contradiga su contenido incurre en nulidad**

La STS de 1 de abril de 2002, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 6º, Ar. 9951, afirma la nulidad del acuerdo del Vicepresidente del Gobierno que remite al Tribunal de Defensa de la Competencia el expediente de concentración de empresas al haberse producido la autorización por el transcurso del plazo para su resolución.

### **D) La certificación de acto presunto no tiene carácter constitutivo**

Como precisa la STS de 16 de diciembre de 2002, Sala Tercera, Sección Sexta, FD 1º, Ar. 528 de 2003, “(...) el acto presunto constituye una ficción legal en beneficio del particular ante una falta de cumplimiento de la Administración de su deber de dictar el acto expreso y que el acto presunto se produce con eficacia constitutiva por el mero transcurso del plazo, sin que la certificación tenga otra virtualidad que la de constituir un justificante formal de los efectos estimatorios o desestimatorios (...).”.

## 4. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

### **A) La falta del estudio económico-financiero en la solicitud municipal de autorización de los servicios de temporada determina su nulidad de pleno derecho**

En la medida en que la autorización de los servicios de temporada en la zona de dominio público marítimo-terrestre debe garantizar la conservación de las playas, por lo que entre otras razones se exige a los terceros autorizados por el Ayuntamiento la constitu-

ción de una garantía para responder de posible ejecución subsidiaria del levantamiento de las instalaciones, si la solicitud formulada por el Ayuntamiento a la Administración estatal no incorpora un estudio económico-financiero, la autorización que se otorgue incurre, a juicio de la STS de 23 de octubre de 2003, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 2º, Ar. 9392, en un vicio de nulidad de pleno derecho al configurarse como un elemento esencial del procedimiento.

**B) No se genera indefensión por no conceder audiencia en el procedimiento de reconocimiento de una pensión de viudedad a la entidad a la que se imputa su pago**

Como afirma la STS de 24 de diciembre de 2001, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 4º, Ar. 9406 de 2002, la noción de indefensión “(...) es un concepto material que no surge de la sola omisión de cualquier trámite; de la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses (...)”. En consecuencia, no se aprecia la indefensión por la reanudación de un procedimiento de deslinde que había sido interrumpido por los intentos de agresión hacia los funcionarios que lo realizaban. La misma razón determina que cuando la pensión de viudedad sea consecuencia de la pensión de jubilación, si en el procedimiento de reconocimiento de ésta la Entidad Local gozó del trámite de audiencia, no resulta preciso abrir un nuevo trámite en el proceso de reconocimiento de la segunda pensión, como precisa la STS de 17 de junio de 2002, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 3º, Ar. 9552. Por la misma razón, no cabe alegar la indefensión de una tercera persona, como precisa la STS de 24 de octubre de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 4º, Ar. 9178.

## 5. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

**A) La negativa a recibir la notificación bajo la vigencia de la LPA no autoriza a la Administración a prescindir de las garantías legales, por lo que debe constar la identificación del funcionario que intentó practicar la notificación.**

La STS de 23 de septiembre de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 3º, Ar. 8562, reitera nuevamente la obligación de actuar con un escrupuloso respeto de las garantías legales que recae sobre la Administración en el momento de proceder a practicar la notificación de las resoluciones que afecten a los particulares, dado que, como recuerdan las SSTS de 3 de junio de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 3º, Ar. 9016; y 20 de diciembre de 2002, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 3º, Ar. 58 de 2003, la notificación se erige como requisito de eficacia de las resoluciones administrativas y sólo a partir de la misma comienza el cómputo de los plazos para la interposición de los recursos procedentes. A tal efecto, la Sentencia de 23 de septiembre de 2002 anteriormente citada señala que si bien la LPA no preveía la posibilidad de que la notificación fuese rechazada por el destinatario, en la certificación de correos no consta la identificación del funcionario que

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

intentó realizar su práctica ni tampoco que se intentase realizar la notificación al portero o algún otro vecino de la finca.

### **B) No cabe otorgar la autorización de entrada en un domicilio para proceder a la ejecución forzosa de una orden de demolición cuando el particular ha solicitado la suspensión cautelar de dicho acto y el juez competente aún no se ha pronunciado**

La STSJ de Andalucía (Granada) de 2 de septiembre de 2002, FD 2º, Ar. 1116 de 2003, reiterando la doctrina constitucional, afirma que no procede otorgar la autorización para entrar en un domicilio a efectos de proceder a la ejecución subsidiaria de una orden de demolición cuando consta que el interesado ha recurrido dicha orden y ha solicitado su suspensión cautelar, sin que aún se haya pronunciado al respecto el órgano jurisdiccional, puesto que en consecuencia no costa la ejecutividad de dicha orden de demolición. Es más, el acto para el que se solicita la autorización de entrada domiciliaria debe ser ejecutivo no sólo en el momento de la solicitud sino que la ejecutividad debe mantenerse hasta su efectiva realización.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO  
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO



## Contratos de las Administraciones Públicas

### Sumario:

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

A) Contratación del Ente Público RTVE. B) Naturaleza administrativa de un contrato de cesión de usufructo. C) Naturaleza administrativa de un contrato de suministro de energía eléctrica a una Casa Sindical. 3. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.

A) Requisitos para contratar. a) Comunidad de bienes: la documentación exigida por los Pliegos ha de referirse a todas las personas físicas que la integran. b) Los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos para contratar han de referirse a la fecha de presentación de solicitudes. B) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. a) Valorar el haber sido seleccionado en un concurso previo es un criterio objetivo. b) Valoración del Pliego: discrecionalidad técnica. c) Anulación del Pliego por falta de adaptación a la normativa europea. d) Insuficiencia del plazo para la presentación de ofertas. C) Convocatoria del contrato. a) Tramitación de urgencia improcedente. D) Perfección del contrato. a) Falta de depósito de aval: no necesidad de requerimiento. 4. Formas de adjudicación.

A) Concurso. a) Improcedencia de la destrucción de la documentación del concurso por la Administración. b) Adjudicación improcedente a persona incurso en incompatibilidad para contratar. c) Adjudicación procedente a empresa que ofrece una variante a su oferta, no una proposición simultánea. d) Adjudicación improcedente por no ser ajustada al Pliego: inalterabilidad unilateral por la Administración. e) Control de la discrecionalidad en la adjudicación del concurso. B) Subasta. a) Denegación de adjudicación definitiva del contrato a la adjudicataria provisional. C) Procedimiento negociado. a) Selección del contratista: no necesariamente a través de concurso. b) Improcedente adjudicación directa basada en criterios no objetivos. 5. Régimen jurídico de los contratos. A) Prerrogativas de la Administración. a) Límites al *ius variandi* de la Administración. b) El Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración no es aplicable en el ámbito de

la contratación administrativa. B) Equilibrio económico. a) Responsabilidad por daños a terceros. C) Fianza. a) El acto de incautación de la fianza definitiva no tiene carácter sancionador. b) La incautación de la fianza presupone la exigencia de indemnización por daños y perjuicios imputables al incumplimiento culpable del contratista. c) La fianza debe ser interpretada en sentido estricto, y, si resulta constituida por medio de aval depositado, a éste le es de aplicación el régimen legal de la contratación administrativa. d) La garantía o fianza contractual tiene naturaleza administrativa y es este orden jurisdiccional, y no el civil, el que ha de resolver las cuestiones relativas a la misma. D) Extinción de los contratos. a) Los Planes de urbanismo pueden provocar la extinción de concesiones de obras y servicios. b) Resolución unilateral por la Administración de un contrato de servicios de instalación de stands y mobiliario complementario en ferias e indemnización al contratista. c) Inexistencia de resolución administrativa y obligación de pago. **6. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obra. a) Las revisiones de precios se hacen efectivas mediante el abono de las certificaciones de obra o, en su caso, de las liquidaciones finales del contrato. b) Resolución de contrato de obras por vicios en el proyecto elaborado por el contratista. c) Incumplimiento del plazo por el contratista. d) Frente a la Administración está legitimado tanto el cesionario como el endosatario. e) Retrasos y demoras imputables a la Administración en la aprobación y adjudicación de los proyectos, así como la falta de disponibilidad de los terrenos donde se iba a ubicar la obra. f) Los intereses de demora en el ámbito de la contratación local se devengan en el plazo de dos meses desde el impago. B) Contrato de gestión de servicio público. a) Contrato de construcción de explotación de puerto. No necesidad de clasificación. Requisitos exigibles en las normas de ordenación del sector petrolero. b) Desistimiento por la Administración de contrato de gestión de servicio público de recaudación. C) Contrato de asistencia técnica. a) Improcedencia de exigencia por los Pliegos de un requisito excluido por la Ley.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

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

Reviste interés un pronunciamiento de la Audiencia Nacional sobre la naturaleza de la tramitación de urgencia del procedimiento de contratación, adoptando una posición crítica con la Administración que toma tal decisión después de haber retrasado en exceso la decisión de convocar el contrato público. Igualmente, merecen ser resaltados los pronunciamientos en torno a la naturaleza (administrativa o privada) de los contratos celebrados por la Administración. Son numerosas las sentencias relativas a las garantías prestadas en la contratación administración, concretamente aquellas que enjuician el acto de incautación de la fianza, que siguen en este sentido jurisprudencia constante del Tribunal Supremo.

### 2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

#### A) Contratación del Ente Público RTVE

La STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2002, Ar. 1112, recoge la doctrina ya consolidada sobre el régimen jurídico de contratación del Ente Público RTVE cuyo estatuto se remite al derecho privado.

#### B) Naturaleza administrativa de un contrato de cesión de usufructo

La STS de 14 de mayo de 2002, Ar. 9548, reitera la calificación que realiza la sentencia de instancia de un contrato de cesión gratuita en usufructo de un inmueble municipal para la construcción de una piscina cubierta y otras actividades deportivas. En dicho contrato se establece que la piscina y la demás instalaciones, así como los servicios públicos que mediante ellas se han de prestar, tendrán carácter eminentemente deportivo, no profesional, y ajeno a toda idea de lucro. Esto, junto a la obtención de titularidad pública de la totalidad del edificio una vez cumplido el plazo de treinta años de usufructo, engloba, en opinión del TS, un actividad que merece la calificación de servicio público. Por todo ello el Tribunal concluye calificando el contrato como administrativo y atribuyendo a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de todas las cuestiones relativas al mismo.

#### C) Naturaleza administrativa de un contrato de suministro de energía eléctrica a una Casa Sindical

La STS de 30 de abril de 2002, Ar. 7339, califica, tras recoger jurisprudencia anterior al respecto, como administrativo un contrato de suministro de energía eléctrica para una Casa Sindical dada la directa vinculación con el desenvolvimiento regular del servicio público prestado en esa edificación por la Organización Sindical.

### 3. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

#### A) Requisitos para contratar

##### a) Comunidad de bienes: la documentación exigida por los Pliegos ha de referirse a todas las personas físicas que la integran

En la STSJ del País Vasco de 3 de mayo de 2002, Ar. 760, se afirma que en el caso de que el licitador no aparezca constituido como persona jurídica, como sucede en una comunidad de bienes, la documentación requerida en el Pliego de Condiciones del contrato (personalidad jurídica, capacidad, solvencia, declaración de no estar incurso en prohibiciones para contratar y de estar al corriente del cumplimiento de obligaciones tributarias y de seguridad social) ha de ser referida a todas y cada una de las personas físicas que integran esa comunidad de bienes.

##### b) Los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos para contratar han de referirse a la fecha de presentación de solicitudes

Así se afirma en la STSJ del País Vasco de 3 de mayo de 2002, Ar. 760, que enjuicia un supuesto en el que las certificaciones presentadas por los recurrentes fueron emitidas en fechas posteriores al día del cierre del plazo para presentar las solicitudes para participar en el concurso. Esto supone que dichas certificaciones producen efectos a partir de la fecha en que fueron expedidas, pero en ningún caso podían servir para acreditar que los actores cumplían dichos requisitos al momento en el que finalizaba el plazo para la presentación de ofertas. Además, entenderlo de otra forma supondría una ampliación del plazo para los recurrentes, lo que constituiría una situación discriminatoria en perjuicio del resto de los licitadores.

Ha de tenerse presente que el art. 101 del Reglamento de Contratos del Estado limita su aplicación a la subsanación de defectos, lo que ha de permitir la subsanación de un defecto que afecte a un documento presentado, pero no la presentación extemporánea de documentos y, en definitiva, la acreditación fuera de plazo de los requisitos para contratar.

Por su parte, la STS de 28 de mayo de 2002, Ar. 7254, establece que la circunstancia de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias se refiere a la legislación vigente en el momento de la presentación de las proposiciones.

#### B) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

##### a) Valorar el haber sido seleccionado en un concurso previo es un criterio objetivo

La STSJ de Cataluña de 29 de mayo de 2002, Ar. 918, conoce de un asunto en el cual la parte recurrente considera que uno de los criterios determinantes para la adjudicación

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

del concurso, para seleccionar hasta un máximo de dos socios privados en una sociedad de economía mixta de gestión de servicios de limpieza, no encaja en el tenor del art. 87 LCAP, por no poder considerar dicho criterio como “objetivo”. Este criterio consistía en otorgarle una alta puntuación a aquella empresa que hubiera sido seleccionada en un concurso previo para la elaboración de un proyecto de gestión de esos mismos servicios. El TSJ declara, por el contrario, que estos principios no vulneran los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación y puede considerarse como objetivo.

### b) Valoración del Pliego: discrecionalidad técnica

En la STSJ de La Rioja de 18 de septiembre, Ar. 1059, se afirma que la valoración del Pliego de Condiciones es un juicio de discrecionalidad técnica no revisable por la jurisdicción, “salvo que se acredite fehacientemente la existencia de error, arbitrariedad o desviación de poder” (FD 8°).

### c) Anulación del Pliego por falta de adaptación a la normativa europea

La SAN de 21 de mayo de 2002, Ar. 1209, anula la convocatoria de un contrato de servicios de línea de interés público de pasajeros y vehículos de la Península con Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla por considerar que vulnera la normativa de la Unión Europea sobre libre concurrencia y ayudas estatales a empresas.

La prestación de estos servicios se encuentra regulada en el Real Decreto 1466/1997, sobre líneas regulares de cabotaje marítimo y de las navegaciones de interés público. En este Real Decreto se establece un régimen general para la prestación de los servicios marítimos regulares y un régimen especial, dentro del cual es contemplado el hecho insular, que presenta características y peculiaridades cuya protección puede merecer la ayuda del Estado. En el caso enjuiciado, y atendiendo al objeto del contrato establecido en el Pliego, nos encontramos ante un supuesto del régimen especial que es de carácter subsidiario, es decir, que sólo se produce cuando “el régimen general autorizatorio no asegure una oferta adecuada en cantidad y calidad” en la prestación del servicio marítimo regular. Para aplicar este régimen es necesaria pues una justificación basada en la inoperabilidad de la autorización para acudir al régimen contractual general. La Audiencia Nacional procede a anular los Pliegos del contrato impugnado en virtud de falta de actuaciones previas tendentes a demostrar tal justificación.

### d) Insuficiencia del plazo para la presentación de ofertas

La STSJ de Castilla y León de 15 de julio de 2002, Ar. 875, considera que el plazo de un mes otorgado por el Pliego para la presentación de ofertas resulta insuficiente desde el punto de vista técnico y objetivo, dada la complejidad del proyecto a presentar y la documentación que se debe aportar. Además, el art. 208 LCAP fija un plazo mínimo para la presentación de proposiciones en los procedimientos abiertos, como es el caso, que oscila entre los 36 y 52 días desde la fecha del envío del anuncio, por lo que la ilegalidad del fijado en la convocatoria es innegable.

**C) Convocatoria del contrato****a) Tramitación de urgencia improcedente**

La SAN de 21 de mayo de 2002, Ar. 1209, considera desajustada a derecho la convocatoria por la vía de urgencia de la contratación de servicios de línea de interés público de pasajeros y vehículos de la Península con Baleares, Canarias, Ceuta y Melilla. Considera el Tribunal que la Administración “tuvo tiempo más que suficiente para adecuar a la normativa comunitaria el régimen de comunicación entre la Península, las islas, Ceuta y Melilla; no lo hizo, y lo que pudo hacer sin necesidad de declarar urgente su tramitación que no se convierte en urgente, por el retraso en actuar y la premura en resolver, lo que antes debió quedar resuelto”.

**D) Perfección del contrato****a) Falta de depósito de aval: no necesidad de requerimiento**

La STS de 3 de junio de 2002, Ar. 7749, considera que no es necesario requerimiento expreso para que se otorgase documento de venta, y que constituía requisito previo e indispensable para la formalización del contrato que constase la prestación de la fianza preceptiva y ello nunca se llegó a producir. Tal extremo quedaba perfectamente claro en el Pliego de Condiciones y fue reiterado en la notificación de la adjudicación del contrato. Por tanto, la adjudicataria conocía cuáles eran sus obligaciones y las incumplió, por lo que no puede acusar a la Administración de que actuase de forma contraria a Derecho.

**4. FORMAS DE ADJUDICACIÓN****A) Concurso****a) Improcedencia de la destrucción de la documentación del concurso por la Administración**

La STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de junio de 2002, Ar. 815, afirma que la documentación técnica sobre los requisitos para contratar y las ofertas de cada uno de los licitadores forman parte del expediente administrativo del concurso y que no pueden ser destruidos por la Administración, al menos en tres meses desde la comunicación de la adjudicación del concurso (en virtud de lo establecido en la Resolución de 10 de febrero de 1997 de la Consejería de Obras Públicas). Igualmente, el art. 108 del Reglamento General de Contratación establece expresamente que “en el caso de que se formulen protestas y reclamaciones sobre los documentos o proposiciones presentadas, se retendrán las que sean objeto de aquéllas, así como las proposiciones y el resguardo de la fianza. Todo ello con objeto de que, formulada por escrito la reclamación ante el

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

órgano contratante, tenga éste los elementos y datos suficientes para resolver el procedimiento”.

### **b) Adjudicación improcedente a persona incurso en incompatibilidad para contratar**

La STSJ de Galicia de 28 de junio de 2002, Ar. 903, declara improcedente la adjudicación de un concurso a una empresa cuyos socios son funcionarios de la Administración contratante.

### **c) Adjudicación procedente a empresa que ofrece una variante a su oferta, no una proposición simultánea**

La STSJ de La Rioja de 29 de julio de 2002, Ar. 905, califica como “variante” una proposición de mejora de una oferta para el caso de resultar adjudicataria de los dos contratos de gestión de servicio público objeto del concurso. La empresa adjudicataria, una vez efectuada su propuesta económica para la gestión de cada uno de los dos polideportivos, como exigía la convocatoria del contrato, introdujo una variante a esta propuesta sustentada bajo una mejora técnica, como es la gestión conjunta de ambos polideportivos. Ello le permite realizar una oferta más ventajosa económicamente que si se toma en cuenta la gestión separada de cada uno de los polideportivos municipales. El Tribunal considera que no se trata de dos propuestas simultáneas (prohibidas por el art. 81 de la LCAP), sino que son dos propuestas económicas que no compiten entre sí, pues una se efectúa de acuerdo con la normativa reguladora del concurso (gestión independiente de cada uno de los polideportivos) y la otra de acuerdo con la variante presentada por la licitadora (gestión conjunta de ambos).

### **d) Adjudicación improcedente por no ser ajustada al Pliego: inalterabilidad unilateral por la Administración**

La STS de 10 de junio de 2002, Ar. 7164, estima que la adjudicación fue improcedente por no ser ajustada al Pliego, en el que se habla de un solo objeto del contrato, de un solo contratista, de un solo precio o tipo de contratación. Sin embargo, la Administración contratante decidió adjudicar la obra por unidades de contrata y así lo puso en conocimiento de los licitadores. El TS considera que es inviable entender que la voluntad objetiva expresada en el Pliego fuese otra que la de configurar las obras como objeto de un solo contrato, por lo que no es de recibo que esta voluntad pudiese ser alterada por los términos informales de una comunicación a los licitadores.

### **e) Control de la discrecionalidad en la adjudicación del concurso**

La STS de 4 de junio de 2002, Ar. 7927, reitera la doctrina jurisprudencial que establece que la discrecionalidad ni constituye una facultad omnímoda, ni puede ejercerse de forma arbitraria o injustificada. Esta facultad debe mantenerse dentro de un marco de racionalidad o ponderación en cuando a la determinación de cuál sea la proposición “más ventajosa”, y a la puesta de manifiesto de los criterios utilizados para llegar a la conclusión de que, a tenor de lo que implica ese concepto jurídico indeterminado, la

entidad adjudicataria es la que ofrece esa calidad de ventaja, lo que es controlable por la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

## **B) Subasta**

### **a) Denegación de adjudicación definitiva del contrato a la adjudicataria provisional**

La STS de 17 de julio de 2002, Ar. 7102, afirma que no contraviene lo dispuesto en la letra a) del párrafo 2º de los arts. 32 de la Ley de Contratos del Estado y 109 del Reglamento General de Contratación, que la Administración deniegue la adjudicación definitiva del contrato si considera que la previa adjudicación incurre en una concreta prohibición administrativa.

## **C) Procedimiento negociado**

### **a) Selección del contratista: no necesariamente a través de concurso**

La STSJ de Galicia 12 de julio de 2002, Ar. 1207, afirma que, en contra de lo defendido por la parte recurrente, la selección del contratista en el procedimiento negociado, no necesariamente ha de hacerse por concurso, ya que el art. 75.1 LCAP tan sólo menciona la posibilidad de que la adjudicación pueda realizarse por subasta o concurso cuando el procedimiento sea abierto o restringido, silenciando toda referencia al negociado.

### **b) Improcedente adjudicación directa basada en criterios no objetivos**

La STS de 15 de enero de 2002, Ar. 9880, considera discriminatoria y contraria a los principios de concurrencia e igualdad de oportunidades una convocatoria pública para la adjudicación mediante contratación directa del aprovechamiento temporal de la zona marítimo-terrestre que introducía como criterio de valoración de las ofertas el hecho de la residencia o el domicilio social en el término municipal durante los cinco años anteriores. Como apoyo, el TS cita jurisprudencia reiterada al respecto.

## **5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS**

### **A) Prerogativas de la Administración**

#### **a) Límites al *ius variandi* de la Administración**

En la STS de 31 de mayo de 2002, Ar. 8790, el Tribunal deja constancia de que si a la Administración le conviene la modificación de un contrato preexistente, cuyos términos son tanto la modificación de la obra inicialmente estipulada como una ampliación para

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

ello del plazo originario, y si dicha modificación se promueve antes de finalizar ese plazo, y no consta que haya respondido al interés o la iniciativa del contratista, y si además éste realiza ese “modificado” seguidamente al proyecto originario sin recibir instrucciones en contrario de dicha Administración contratante, esta última tiene el deber de desplegar la actividad administrativa precisa para que la recepción de la obra pueda tener lugar en el momento en que fue finalizada, sin necesidad de que el contratista tenga que soportar un período de dilación y los gastos que esto comporte.

Lo contrario significaría imponer a dicho contratista unas consecuencias económicas que rebasan ampliamente los términos de la modificación contractual, y, por tanto, son contrarias al equilibrio financiero que debe permanecer inalterado durante toda la dinámica de ese contrato.

### **b) El Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración no es aplicable en el ámbito de la contratación administrativa**

Esto dispone el art. 1.3 del citado Reglamento, aprobado por Real Decreto 1398/1993, y así lo recoge la STSJ de Andalucía de 8 de julio de 2002, Ar. 863.

### **B) Equilibrio económico**

#### **a) Responsabilidad por daños a terceros**

La STS de 19 de septiembre de 2002, Ar. 8401, aprecia responsabilidad del contratista en un supuesto de daños en la medida que éste es el responsable del estricto cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia de señalización de obras, por tanto la responsabilidad directa de los perjuicios derivados de una defectuosa señalización sólo puede predicarse respecto de la empresa contratista y no de la Administración.

### **C) Fianza**

#### **a) El acto de incautación de la fianza definitiva no tiene carácter sancionador**

Así lo declara la STS de 23 de julio de 2002, Ar. 9473, en la que, siguiendo consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo, se mantiene que las garantías del art. 24 de la Constitución no pueden trasladarse a las actuaciones administrativas, salvo que sean de naturaleza sancionadora. Conforme a esta sentencia los acuerdos administrativos de resolución de contratos por culpa del contratista, así como la adopción de las medidas que lleva consigo dicha resolución, como la incautación de la fianza definitiva, no tienen la naturaleza de una sanción administrativa, sino que son consecuencia de las relaciones contractuales entre las partes y de la aplicación de la normativa que las regula. Frente a esto, la sanción implica la imposición por la Administración de un perjuicio al sancionado por haber incurrido en una actividad ilegal tipificada por el ordenamiento como infracción administrativa.

**b) La incautación de la fianza presupone la exigencia de indemnización por daños y perjuicios imputables al incumplimiento culpable del contratista**

La relación existente entre la incautación de la fianza y la exigencia de indemnización por daños y perjuicios ha sido resaltada en la STS de 22 de diciembre de 2001, Ar. 8705 y en la STS de 14 de junio de 2002, Ar. 8052, en las que, siguiendo constante jurisprudencia, se afirma que en los supuestos de incumplimiento culpable del contratista la incautación de la fianza funciona como indemnización previamente fijada de los perjuicios, difíciles de precisar, que el retraso de la obra haya ocasionado, pero si además puede concretarse y cuantificarse otro tipo de perjuicios, la Administración está autorizada para exigir su indemnización. Por el contrario, no se debe dar lugar ni a pérdida de fianza ni a indemnización de daños y perjuicios a la Administración, cuando la culpa de la empresa contratista queda compensada por la propia culpa de la Administración contratante.

**c) La fianza debe ser interpretada en sentido estricto, y, si resulta constituida por medio de aval depositado, a éste le es de aplicación el régimen legal de la contratación administrativa**

Esto sostiene la STS de 16 de julio de 2002, Ar. 9336, siguiendo jurisprudencia reiterada, que considera además que la normativa específica que regula la figura del aval depositado, ha de interpretarse a la luz de las normas administrativas propias del contrato en el cual ha nacido la obligación de afianzamiento. En la misma sentencia se añade que los supuestos que cubre la fianza no pueden quedar a la elección de la forma concreta de prestarla, sino que vienen determinados por la legislación de contratación administrativa.

**d) La garantía o fianza contractual tiene naturaleza administrativa y es este orden jurisdiccional, y no el civil, el que ha de resolver las cuestiones relativas a la misma**

Esta afirmación se desprende de la STS de 11 de junio de 2002, Ar. 7931, en la que además se declara, con apoyo de constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, que el avalista es parte interesada en el procedimiento de resolución contractual cuando éste lleva consigo la pérdida de la fianza, por lo que es necesario observar con respecto al mismo el trámite de audiencia. Aun no siendo aplicable por razón del tiempo el art. 46.2 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, se recuerda cómo en este precepto está previsto que el avalista o asegurador sea considerado parte interesada en los procedimientos que afecten a la garantía prestada en los términos de la Ley 30/1992, lo que no supone una innovación, sino, justamente, la aceptación expresa por el legislador de tal doctrina jurisprudencial. Asimismo, la sentencia considera que no puede entenderse subsanada la ausencia de audiencia por la circunstancia de que hubiera sido notificada la resolución del contrato y la incautación del aval al avalista, puesto que, en definitiva, dicha notificación, referida a tales extremos, no cumplimentaba las exigencias requeridas en cuanto a audiencia e intervención de dicho avalista en lo que concretamente atañía a su obligación de pago.

### D) Extinción de los contratos

#### a) Los Planes de urbanismo pueden provocar la extinción de concesiones de obras y servicios

Así lo entiende la STS de 30 de octubre de 2002, Ar. 9657, en la que se declara al respecto lo siguiente: “ Es cierto que los arts. 52 y 75 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 no establecen como forma de extinción del contrato de obras y del contrato de servicios públicos la previsión en contra de un Plan posterior, pero ello no significa en absoluto que esa causa no encuentre apoyo en el ordenamiento jurídico: basta considerar cómo los arts. 57 y 58 del TRLS de 9 de abril de 1976 imponen la obligatoriedad de los Planes, para concluir que su efectividad no puede quedar condicionada por previsiones del pasado”. Aunque en la citada sentencia también se reconoce que el Plan no puede producir la extinción gratuitamente. La privación de derechos que la ejecución de los Planes imponga, si no es de las que la legislación prevé como obligatorias y gratuitas (las cuales, además, han de distribuirse equitativamente entre los propietarios afectados) debe ser debidamente indemnizada.

#### b) Resolución unilateral por la Administración de un contrato de servicios de instalación de stands y mobiliario complementario en ferias e indemnización al contratista

En el caso examinado en la STS de 25 de junio de 2002, Ar. 7626, se trata de un contrato regulado en el Decreto 1005/1974, conforme al cual se consideran supletorias las disposiciones que la legislación de contratos del Estado dedica a los de naturaleza administrativa, y como consecuencia de la resolución acordada unilateralmente por la Administración se deriva la obligación por ésta de resarcir los perjuicios sufridos por el adjudicatario. En este sentido el Tribunal considera que “no cabe aplicar sin más el concepto de beneficio industrial en la forma recogida en el art. 162 del RGCE, que considera como tal la cantidad resultante de aplicar el coeficiente que por este concepto incide en el presupuesto de ejecución material de la obra para obtener el importe total del presupuesto de contrata, habida cuenta de la diferencia entre las distintas prestaciones en que se materializan unos y otros contratos”.

#### c) Inexistencia de resolución administrativa y obligación de pago

En este sentido, se pronuncia la STSJ de Extremadura de 14 de noviembre, Ar. 1167, en la que literalmente se dice:

“Si la Administración no instó la resolución y dejó que el contrato produjese sus efectos, no puede ahora pretender que tales efectos sólo afecten a la contraparte, es decir, al pago, a la vez que ha recibido la prestación a ciencia y paciencia. Es decir que si ha recibido la prestación de conformidad, mayor o menor, ahora debe pagar por ello.”

## 6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

### A) Contrato de obra

#### a) Las revisiones de precios se hacen efectivas mediante el abono de las certificaciones de obra o, en su caso, de las liquidaciones finales del contrato

Así lo declara la STS de 20 de mayo de 2002, Ar. 7902. En términos análogos se pronuncia el art. 9 del Decreto 461/1971, de 22 de marzo. En consecuencia, el régimen de pago y de devengo de intereses de demora por retraso en el pago de las revisiones de precio es el propio de las certificaciones de obra, de cuya naturaleza forman parte, o, en su caso, de las liquidaciones del contrato.

#### b) Resolución de contrato de obra por vicios en el proyecto elaborado por la contratista

En este caso, enjuiciado por la STS de 15 de julio de 2002, Ar. 9225, no existe, según el Tribunal, —al acordarse por la Administración la resolución del contrato por incumplimiento de sus obligaciones por parte del contratista—, revisión de oficio del acto administrativo firme que aprobó el Proyecto Técnico, sin seguir el procedimiento legalmente establecido para ello, ya que el Proyecto formaba parte del contrato de obras; y de los errores que se detectaron en él como consecuencia de la ejecución de las obras debe responder la empresa contratista que lo elaboró, sin que ello implique anulación del acto de aprobación de dicho Proyecto.

#### c) Incumplimiento del plazo por el contratista

La citada STS de 14 de junio de 2002, Ar. 8052, considera probado que ha existido un incumplimiento por parte de la sociedad contratista, por lo que la cuestión consiste en determinar si ese incumplimiento objetivo fue o no culpable, dato este de capital importancia por cuanto que la Ley de Contratos del Estado (LCE), en coherencia con las exigencias del interés público que presiden la institución contractual administrativa, sólo permite la resolución por incumplimiento del plazo por parte del contratista cuando concurre culpa en su actuación. Si el retraso en la ejecución se debe a motivos no imputables al contratista por encontrarse fuera de su ámbito de control o previsión, la Administración debe observar la regla del art. 45, apartados 2º y 3º, LCE, concediendo una ampliación del plazo contractual, si el contratista lo solicita.

#### d) Frente a la Administración está legitimado tanto el cesionario como el endosatario

La STS de 2 de julio de 2002, Ar. 9469, explica la relación entre las certificaciones de obra y su endoso en estos términos:

“Por otra parte no puede desconocerse que las certificaciones, que tienen el concepto de pago provisional a cuenta y están sujetas, en los términos del art. 142 del Reglamento, a

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la medición final, responden al derecho del contratista al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido, en los términos previstos en el art. 47 de la Ley de Contratos del Estado, y a la obligación a cargo de la Administración de expedirlas en lo que corresponda a la obra ejecutada, según aquel precepto del Reglamento, mientras que los endosos de esas certificaciones al Banco son apoderamientos o comisiones de cobranza en favor de éste, reconociéndose en el art. 145 del Reglamento General de Contratación del Estado la posibilidad de que las certificaciones, que se expedirán a nombre del contratista, sean transmitidas conforme a Derecho, y disponiéndose en aquél que, una vez que la Administración tenga conocimiento de la transmisión, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario, con indicación del nombre del cedente, así como que antes de que se ponga en conocimiento de los órganos competentes la cesión, surtirán efectos liberatorios los mandamientos de pago extendidos a nombre del contratista, lo que determina que frente a la Administración esté legitimado tanto el cesionario como el endosatario.”

### **e) Retrasos y demoras imputables a la Administración en la aprobación y adjudicación de los proyectos, así como la falta de disponibilidad de los terrenos donde se iba a ubicar la obra**

Es el caso enjuiciado por la STSJ de Asturias de 8 de octubre de 2002, Ar. 1118, en la que se reconoce derecho a ser indemnizado al contratista por los retrasos no imputables al mismo. Frente a esto no cabe oponer, según la citada sentencia, como pretende la Administración, que dicho retraso fue aceptado por el contratista al firmar el Acta de inicio sin ninguna reserva, pues ello no puede suponer una renuncia al derecho que le asiste.

### **f) Los intereses de demora en el ámbito de la contratación local se devengan en el plazo de dos meses desde el impago**

Así lo prevé el art. 94 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, y así lo aplica la STSJ de Cataluña de 7 de junio de 2002, Ar. 1009. En el ámbito de la contratación estatal rige el mismo plazo, como recuerda la STSJ de Cantabria de 26 de marzo de 2002, Ar. 711. No obstante, la STSJ de Valencia de 22 de enero de 2002, Ar. 723, entiende que “la circunstancia de que exista un *standard* de previsión normativa en lo que hace al inicio del término para la satisfacción de los perjuicios (intereses de demora, sub artículo 1110 CC) que la entrega tardía del precio establecido en una contratación pública genera al tercero que pacta la estipulación con un cierto Ente Administrativo –tres meses, a contar desde la fecha que aparezca en la correspondiente certificación de obra–, no permite obviar que este régimen abstracto puede ser sustituido por la voluntad de las partes de un contrato siempre que: no se vulneren reglas imperativas o de *ius cogens*; y cuando el cumplimiento de la condición determinante del inicio de la deuda de intereses se encuentre prevista en el contrato, con suficiencia y precisión, y no dependa de la voluntad unilateral de uno de los contratantes”.

**B) Contrato de gestión de servicio público****a) Contrato de construcción de explotación de puerto. No necesidad de clasificación. Requisitos exigibles en las normas de ordenación del sector petrolero**

La STSJ de 3 de junio de 2002, Ar. 7750, declara que el contrato para la construcción y explotación, en régimen de concesión administrativa, de una estación de suministro de combustible a los buques del puerto, es un contrato de gestión de servicios públicos, no un contrato de obras, aunque para la prestación de los servicios contratados sea necesaria la previa ejecución de unas obras.

Las personas y entidades que toman parte en un concurso para la adjudicación de un contrato de gestión de servicios públicos no están sujetas al requisito de la clasificación, como resulta claramente de lo prevenido en el Título Primero del Libro II de la Ley de Contratos del Estado.

En cuanto al reproche de no ajustarse al Reglamento para el suministro y venta de gasolinas y gasóleos de automoción (Real Decreto 645/1988), el TS entiende que los requisitos para el funcionamiento de las instalaciones no formaban parte de los exigidos para tomar parte en el concurso, ni se infringió precepto alguno por no imponer en dicha fase su cumplimiento, ya que eran requisitos que debían observarse con posterioridad a la adjudicación y antes de poner en funcionamiento las instalaciones.

Por otro lado, el TS considera que tampoco cabe entender que la adjudicación es improcedente porque la adjudicataria (Cofradía de Pescadores), como afirma la entidad recurrente, tiene unas finalidades que no guardan relación directa con el objeto del contrato. El TS afirma que no cabe duda de que los servicios que se asumen por la Cofradía tienen una directa relación con el desarrollo de la pesca en el puerto.

**b) Desistimiento por la Administración de contrato de gestión de servicio público de recaudación**

En la STS de 11 de junio de 2002, Ar. 7591, se conoce de un supuesto de desistimiento por parte de la Administración de un contrato de gestión de servicio de recaudación, en el que el Tribunal Supremo entiende, sin embargo, que no se producen daños y perjuicios económicos a los agentes recaudadores cesados porque no se les ha originado pérdidas o disminuciones de derechos económicos debido a que las antiguas expectativas de continuar percibiendo la contraprestación no pueden confundirse e identificarse con derechos plenamente asumidos o adquiridos.

### C) Contrato de asistencia técnica

#### a) Improcedencia de exigencia por los Pliegos de un requisito excluido por la Ley

La STSJ de Castilla y León de 15 de julio de 2002, Ar. 875, considera improcedente una previsión del Pliego de Cláusulas que exige que los participantes en el concurso tengan que aportar, para acreditar su solvencia económica y financiera, un “justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales”. Y ello porque esta exigencia es contraria al art. 26 LCAP que dispone que “no obstante lo dispuesto en el artículo anterior, en los contratos de consultoría y asistencia, (...) que se adjudiquen a personas físicas que, por razón de la titularidad académica de enseñanza universitaria que posean, estén facultadas para la realización del objeto del contrato y se encuentren inscritas en el correspondiente colegio profesional no será exigida clasificación, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 19”.

Por ello, a los concursantes que fuesen personas físicas y reuniesen los requisitos que menciona este precepto legal la exención de clasificación les vendría impuesta por Ley y, por expresa previsión de ésta, derivaría en que sólo les serían exigible la acreditación de la solvencia técnica a que alude el art. 19.

JULIA ORTEGA BERNARDO  
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN



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

**1. Consideración preliminar. 2. Comunidades Autónomas.** A) La rotulación de sedes judiciales es competencia autonómica. **3. Administración local.** A) Competencias municipales. B) Atribuciones de los órganos municipales. a) Delimitación del ámbito material de los Bandos y de las Ordenanzas municipales. C) Funcionamiento de los órganos municipales. a) Obligación de celebrar Plenos extraordinarios cuando lo solicite la cuarta parte al menos de los miembros de la corporación. b) Plazo mínimo legal para convocatoria de plenos municipales. D) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. a) Derecho de una concejal a constituir e integrar en exclusiva el Grupo Mixto. b) El derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad no incluye el derecho a obtener fotocopias de modo indiscriminado de los documentos que integran los expedientes. c) Interpretación del deber de abstención de los Concejales conforme al artículo 76 de la Ley de Bases del Régimen Local. d) El candidato alternativo en una moción de censura no incurre, en virtud de ese interés, en causa de abstención (Presidencia de la Ciudad de Melilla). e) Límites a las facultades de disposición del Alcalde sobre partidas presupuestarias de gastos protocolarios y de representación. E) Relaciones interadministrativas. a) El deber de colaboración entre Administraciones Públicas y sus límites. b) Derecho de un Área Metropolitana a percibir cantidades adeudadas por un Ayuntamiento. **4. Colegios Profesionales.** A) Los actos de instituciones colegiales emanados de un proceso electoral están sometidos al Derecho administrativo.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

De las sentencias sobre organización administrativa dictadas en los últimos meses hemos seleccionado algunas de especial interés, como la Sentencia del Tribunal Supremo que reconoce el derecho de una concejal a constituir e integrar en exclusiva el Grupo Mixto o la Sentencia del Tribunal de Cuentas que declara responsable directo de un supuesto de alcance al ex Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Madrid. Además, recogemos otras sentencias en materia de Administración local, competencias autonómicas y colegios profesionales.

## 2. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

### A) La rotulación de sedes judiciales es competencia autonómica

La STS de 15 de octubre de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9292, desestimó el recurso de casación confirmando la Sentencia de instancia en la que se afirmaba que la rotulación de las sedes judiciales y de las carpetas, expedientes en soportes documentales utilizados en los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma de Cataluña era un manifestación de la gestión de los medios materiales al servicio de la Administración de Justicia y competencia de esa Comunidad en virtud de lo dispuesto en el Real Decreto 1553/1994. Una competencia de las Comunidades Autónomas que el Tribunal Constitucional ha confirmado en las SSTC 108/1986, 56/1990 y 62/1990.

## 3. ADMINISTRACIÓN LOCAL

### A) Competencias municipales: cambio de ubicación de monumento fallero

La STS de 29 de octubre de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9542, desestima el recurso de casación interpuesto por una Comunidad de Propietarios contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de enero de 1996, que confirmó la legalidad de un Decreto del Ayuntamiento de Valencia en el que se denegaba el cambio de ubicación de un monumento fallero solicitado en su día por la Comunidad de Propietarios.

El Tribunal confirma la Sentencia de instancia declarando que:

“la faceta relativa a la ubicación temporal en la vía pública de una construcción que puede afectar a la circulación y a la seguridad de los inmuebles y sus ocupantes (...) corresponde regularla a la Corporación local, de conformidad con el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, el cual establece las competencias del Municipio en materia de seguridad en locales públicos [apartado a)], ordenación del tráfico de vehículos y personas [apartado b)] y protección civil, prevención y extinción de incendios [apartado c)]” (FJ 3°).

Además, la Sentencia reitera la doctrina del Tribunal al declarar que se integra en el ámbito del funcionamiento de los servicios públicos el supuesto de las fiestas populares organizadas por los Ayuntamientos o patrocinadas por éstos, “aun cuando la gestión de las mismas se realice por comisiones o incluso por entidades con personalidad jurídica independiente incardinadas en la organización municipal” (FJ 3°).

### B) Atribuciones de los órganos municipales

#### a) Delimitación del ámbito material de los Bandos y de las Ordenanzas municipales

La STS de 23 de octubre de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9393, desestimó el recurso interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid frente a la Sentencia del Tribunal de

## VI. Organización Administrativa

instancia que anuló el Bando dictado por el señor Alcalde de este municipio para regular “la carga y descarga, circulación y estacionamiento de vehículos pesados y de mercancías”. La razón decisiva del fallo en la instancia que se combate en este recurso recae en la impropiedad de acordar por medio de un Bando –dictado exclusivamente por el Alcalde –Presidente del Ayuntamiento– la regulación del tema que ha sido objeto del mismo, entendiendo que se ha incurrido en manifiesta incompetencia objetiva desde el momento en que, al hacerlo así, se asume unipersonalmente el ejercicio de la potestad reglamentaria que está atribuida al Pleno del Ayuntamiento por el artículo 22.2.d) de la Ley de 2 de abril de 1985.

Ciertamente no existe una normativa legal que concrete claramente cuál es el ámbito propio de una u otra clase de disposiciones municipales pero la Jurisprudencia se ha encargado de precisar la diferencia existente que cabe apreciar entre unas y otras. Esa precisión se ha efectuado atendiendo primordialmente al criterio de que los Bandos tienen por objeto determinar cuestiones de tono menor y carácter instrumental, como pueden ser las relativas a la fijación de los lugares en los que se llevarán a cabo determinadas prestaciones o actuaciones o las meramente complementarias, acordadas para la menor ejecución de la normativa fijada por las Ordenanzas propiamente dichas, u otras disposiciones de rango superior. O también, que a través de los Bandos pueden adoptarse las medidas necesarias urgentes para prevenir o paliar los daños provenientes de las catástrofes e infortunios, que reconoce el artículo 21.j) de la Ley de Bases, e incluso a plasmar los acuerdos que una habilitación legal explícita permita que puedan materializarse a través de este tipo de resolución, si se tiene en cuenta la genérica previsión del artículo 21.1.m) de la Ley de Bases.

### **C) Funcionamiento de los órganos municipales**

#### **a) Obligación de celebrar Plenos extraordinarios cuando lo solicite la cuarta parte al menos de los miembros de la corporación**

La STS de 22 de octubre de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9387, desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Resolución del Ayuntamiento de Calahorra por la que se había denegado la convocatoria de un pleno extraordinario por tratarse de una materia, la educación, en la que, según la Corporación Local, los ayuntamientos carecen de competencias.

A este respecto la Sentencia señala que la Resolución municipal infringe los artículos 46 de la Ley 7/1985, de 2 de abril (LBRL), 48 del Real Decreto 781/1986, de 18 de abril, y 78 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, que establecen con carácter general y sin excepción alguna, que el Pleno del Ayuntamiento celebra sesión extraordinaria cuando lo solicite, la cuarta parte al menos, del número legal de los miembros de la Corporación. Sin embargo, y esto es lo realmente decisivo en el particular que nos ocupa, se puede entender como sostiene el Ayuntamiento que la petición de la convocatoria ha de referirse a cuestiones relacionadas con las competencias de los mismos y que por tanto, el Alcalde podría incluso denegar la convocatoria, por razón de que la petición se refiera a cuestio-

nes o materias ajenas a la competencia de la Corporación Local, situación que no se daba en el presente recurso pues los municipios tienen algunas competencias en materia educativa, y el caso de autos, la aprobación de la propuesta sobre las necesidades educativas de este municipio para su remisión a la Consejería de Educación, Cultura, Deportes y Juventud era de claro interés municipal [artículos 25.n) y 28 Ley 7/1985].

### **b) Plazo mínimo legal para convocatoria de plenos municipales**

La STS de 25 de octubre de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 10233, desestimó el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal de instancia anulatoria de un Pleno municipal convocado en sesión extraordinaria por vulnerar el derecho a participar en los asuntos públicos a los representantes municipales, derecho reconocido por el artículo 23 de la Constitución.

Sostiene el Tribunal de instancia, y hace suyos estos argumentos el Supremo, que la citada convocatoria del Pleno, además de no tener carácter urgente, no respetó el plazo mínimo de dos días hábiles entre convocatoria y el Pleno que exigen los artículos 46.2.b) LBRL, 17.5 del Reglamento Orgánico Municipal y 80.4 ROF. Así, señala la Sentencia que “ese incumplimiento ha sido acertadamente valorado por la sentencia recurrida como una vulneración del artículo 23 CE, en cuanto que impide ejercitar el derecho de información, en los términos legalmente establecidos, que los concejales tienen reconocido para que puedan realizar adecuadamente el derecho de fiscalización y control que también les corresponde”.

### **D) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales**

#### **a) Derecho de una concejal a constituir e integrar en exclusiva el Grupo Mixto**

La STS de 26 de septiembre de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9113, desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Tres Cantos contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 4 de noviembre de 1997, que reconoció el derecho de una concejal a constituir e integrar en exclusiva el Grupo Mixto, aunque ninguna norma del Ayuntamiento regulase esta posibilidad.

La Sentencia reitera la doctrina del TS en esta materia al señalar que “existe un deber de los Concejales de estar adscritos a uno de los Grupos, sea el correspondiente a la organización política del Concejal o bien el mixto, por lo que forzoso es concluir que al impedirse a uno de ellos integrarse en el Grupo Mixto, colocándole en la situación de Concejal no adscrito a ningún Grupo político, se le está impidiendo desarrollar su función representativa en las mismas condiciones que el resto de los Concejales, con vulneración, por tanto, del artículo 23.2 de la Constitución. La infracción constitucional no puede resultar excluida por el hecho de haber sido autorizado a asistir a las sesiones de las Comisiones Informativas, pues el derecho lesionado no es el de participar en todos los

## VI. Organización Administrativa

órganos complementarios del Ayuntamiento, cuya titularidad corresponde a los Grupos políticos (artículo 20.3 de la Ley 7/1985), sino el de formar parte de uno de dichos Grupos como los demás Concejales” (FJ 4º).

Además, la Sentencia concluye señalando que aunque la constitución y el funcionamiento del Grupo Mixto exige una regulación normativa, la ausencia de la misma no puede obstaculizar el derecho que asiste a todo concejal a integrarse en el Grupo Mixto por prevalencia del artículo 23.2 CE frente a la ausencia de una norma organizativa.

### **b) El derecho de acceso a los cargos públicos en condiciones de igualdad no incluye el derecho a obtener fotocopias de modo indiscriminado de los documentos que integran los expedientes**

La STS de 27 de septiembre de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9028, estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Antás contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 6 de abril de 1998 que anuló el acuerdo municipal que denegaba la entrega de fotocopias solicitada por los concejales.

La Sentencia reitera su doctrina señalando que “en el desarrollo del artículo 23.2 de la Constitución no existe norma que consagre el derecho de los Concejales a obtener de modo indiscriminado copias legitimadas o fotocopias de los documentos que integran expedientes completos, a cuyo examen tienen derecho, según lo ordenado en los artículos 77 de la Ley 7/1985, y 15 y 16 del Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales” (FJ 4º).

### **c) Interpretación del deber de abstención de los Concejales conforme al artículo 76 de la Ley de Bases del Régimen Local**

La STS de 2 de julio de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9468, desestimó el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal de instancia relativa a un Acuerdo municipal mediante el que se aprueba la permuta de unos terrenos entre el Ayuntamiento de San Felices de Buelna (Santander) y una Sociedad Mercantil.

Alegaban los recurrentes que dicho Acuerdo era inválido por concurrir causa de abstención en uno de los concejales que es contratista de este Ayuntamiento, dada la incompatibilidad entre su condición de edil y la de contratista, en términos que, excluida la validez de su voto por tal causa, el referido acuerdo municipal no contó con la mayoría legalmente exigida para su aprobación.

En su Sentencia, el TS señala que para que sea de aplicación la causa de abstención *supra* indicada es necesario que la actividad del concejal comprometa de modo evidente su imparcialidad, esto es, que exista un interés personal en el asunto de que se trate o en otro cuya resolución definitiva pudiera influir en aquél [artículo 28.2.a) Ley 30/1992], situación que no se daba en el presente caso pues el Concejal no era más que un sumministra-

dor ocasional del Ayuntamiento lo que no guardaba ninguna relación con la permuta objeto del litigio ni comprometía, por tanto, su imparcialidad.

**d) El candidato alternativo en una moción de censura no incurre, en virtud de ese interés, en causa de abstención (Presidencia de la Ciudad de Melilla)**

La STS de 15 de julio de 2002, Ar. 9335, viene a confirmar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicias de Andalucía en virtud del recurso contencioso-administrativo deducido por los trámites de Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de las Personas y dirigido contra el Decreto de la Presidencia de la Ciudad de Melilla en el que se ordenaba la abstención en la moción de censura a votar contra el Presidente al propio candidato alternativo a la Presidencia. La Sentencia de instancia declara la nulidad de dicho Decreto y contra la misma se deduce recurso de casación por la representación procesal de la Ciudad de Melilla.

Considera la representación procesal de la Ciudad de Melilla la inaplicación por la Sala de instancia de la abstención prevista en el artículo 28 de la LRJ-PAC al tener el candidato alternativo un interés directo en el asunto de que se trate y continúa dicha representación procesal poniendo de relieve que ese interés personal, no simplemente político, le inhabilita para decidir con su voto una moción de censura en su beneficio, pues concurre en el caso la causa de abstención del artículo 28.2.a) de la Ley 30/1992, conforme a la interpretación de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1990.

Según el TS, aunque se aceptara la procedencia de aplicar a la materia controvertida lo establecido en el artículo 28 de la LRJ-PAC (afirmación que aquí se hace a efectos puramente dialécticos), las únicas alegaciones efectuadas en el recurso de casación con esa finalidad, no permiten identificar en ellas el interés personal que como deber de abstención es enunciado en el artículo 28.1.a) de la LRJ-PAC. El deseo de poder acceder a la Presidencia está amparado en el derecho fundamental a acceder a los cargos públicos que garantiza el artículo 23.2 CE, y, por tanto, en principio, no puede ser considerado expresivo de un interés torcido o ilícito capaz de obstaculizar el voto que como miembro de la Asamblea de Melilla le correspondía en la sesión en que había de votarse la moción de censura.

**e) Límites a las facultades de disposición del Alcalde sobre partidas presupuestarias de gastos protocolarios y de representación**

La Sentencia del Tribunal de Cuentas 3/2003, de 10 de abril, Consejero de Cuentas D. Felipe García Ortiz, declara responsable directo de un alcance de 28.509.437 pesetas en los fondos del Ayuntamiento de Madrid a D. José María Álvarez del Manzano, perceptor de las órdenes de pago por tal importe. Para que estemos ante un supuesto de alcance de fondos públicos, según la doctrina del Tribunal de Cuentas, “es necesario la existencia de una cuenta que arroje un saldo deudor injustificado” (FJ 7º in fine).

## VI. Organización Administrativa

La Sentencia considera hechos probados que entre 1992 y 1999, con el fin de atender los gastos de la Alcaldía-Presidencia, el Sr. Álvarez del Manzano gestionó una cuenta presupuestaria que le permitía librar mandamientos de pago en firme, sin presentar documentación justificativa del gasto. “Se utilizaba como un sistema de pagos a justificar, remitiendo a la cuenta corriente específica del Sr. Álvarez del Manzano las cantidades totales consignadas en la partida presupuestaria sin ninguna factura. Por otro lado, no se justificaba la aplicación de los fondos percibidos en el plazo máximo de tres meses desde su percepción –previsto legalmente– y ni siquiera antes del cierre del ejercicio económico al que se imputaban” (Hechos probados, apartado 2°).

Entre los gastos realizados destaca la concesión de donativos por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Madrid, “arbitrariamente, carentes de la mínima justificación y que encubren subvenciones”. Al respecto el Tribunal señala que suponen actos de liberalidad que sólo pueden existir en el ámbito privado, ya que “en la esfera pública toda disposición de fondos que realizan las distintas Administraciones Públicas a favor de personas o entidades públicas o privadas para promover la consecución de un fin público se canaliza a través de las subvenciones o ayudas públicas, que, a diferencia de los anteriores, requieren para su otorgamiento un acto administrativo reglado, basado en los principios de publicidad, concurrencia y objetividad. Esta concesión exige una contraprestación por parte de los beneficiarios y una justificación del correcto empleo de los fondos recibidos”, que en el supuesto concreto no existió (FJ 7°).

### E) Relaciones interadministrativas

#### a) El deber de colaboración entre Administraciones Públicas y sus límites

La STS de 7 de junio de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9428, desestima el recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra el Decreto del Ayuntamiento de Coria del Río por el que se acordó devolver sin cumplimentar, por falta de personal, la documentación recibida de la Unidad de Recaudación Ejecutiva respecto a 381 expedientes de apremio contra deudores de la Seguridad Social.

En este sentido, la razón de la desestimación del recurso reside en la interpretación del principio de colaboración que debe regir la relación entre las Administraciones Públicas, y que conforme señala la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en su artículo 4 “obliga a facilitar a las otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias y a prestar, en el ámbito propio, la cooperación y asistencia activas que las otras Administraciones pudieran recabar para el eficaz ejercicio de sus competencias”, precisando que, “a dichos efectos las Administraciones Públicas podrán solicitar cuantos datos, documentos o medios probatorios se hallen a disposición del ente que dirija la solicitud”.

Sin embargo, este deber no reviste carácter absoluto, sino que debe exigirse y prestarse en proporción a las posibilidades organizativas de cada Administración Pública y respetando el ejercicio de las competencias correspondientes al ámbito de poder autónomo de cada

una de ellas, tanto desde el punto de vista formal (la colaboración debe pedirse en relación con las materias de su competencia) como material (la actividad necesaria para prestarla colaboración no puede suponer un esfuerzo administrativo desproporcionado en detrimento de las funciones propias del ente colaborador), y ésta es precisamente la razón por la que el citado Ayuntamiento de Coria del Río devolvió los expedientes sin cumplimentar, al no poder hacer frente a los mismos debido a la escasez de personal para la realización de tal actividad.

#### **b) Derecho de un Área Metropolitana a percibir cantidades adeudadas por un Ayuntamiento**

La STS de 26 de julio de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8825, casa y anula la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana que declaró no haber lugar al recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad metropolitana Consell Metropolità de l' Horta frente al impago de cantidades adeudadas por el Ayuntamiento de Paiporta.

La imposibilidad de utilizar los medios de ejecución forzosa de que dispone el Consell Metropolità de l' Horta frente a otra Administración Pública (como apremio sobre el patrimonio, etc.), hacen preciso que el Tribunal Superior de Justicia se pronuncie sobre las cantidades adeudadas y la forma de hacerlas efectivas, como consecuencia del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido también a las Administraciones públicas no territoriales, como el Consell Metropolità de l' Horta.

### **4. COLEGIOS PROFESIONALES**

#### **A) Los actos de instituciones colegiales emanados de un proceso electoral están sometidos al Derecho administrativo**

La STS de 7 de octubre de 2002, Ar. 9272, confirma el Auto del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid por el que se había decretado la suspensión de la ejecución del Acuerdo del Consejo General de Veterinarios por el que se proclamaba presidente a un determinado candidato.

El Consejo General de Consejos Veterinarios de España alega en el recurso de casación planteado abuso de jurisdicción ya que considera que el acuerdo recurrido no es un acto administrativo en sentido estricto y jurídico, sino el acuerdo de una Corporación compuesta por cincuenta vocales. El motivo es considerado por la Sala inadmisibles y, por ende, desestimado.

Según el Tribunal, los actos que afectan a la composición de la corporación, como son los que integran el proceso de elección de sus órganos directivos, están en estrecha relación

## **VI. Organización Administrativa**

con sus funciones administrativas, de las que constituyen un presupuesto, y tienen esta naturaleza. El hecho de que el acuerdo haya sido adoptado con el voto de gran parte de los miembros de la corporación resulta indiferente desde el punto de vista de su naturaleza, pues los actos administrativos de los entes colegiados, sin perder por ello su carácter, se aprueban mediante votación de los miembros del órgano competente, que puede estar constituido por los integrantes de la corporación.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN  
EVA NIETO GARRIDO  
LUIS CESTEROS DAPENA  
PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ



**VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR****Sumario:**

**1. El principio penal de intervención mínima es trasladable al ámbito administrativo sancionador.** **2. Concepto de sanción.** A) Necesidad de que tenga una finalidad represiva. B) No es sanción administrativa. **3. Principio de legalidad: reserva de ley y tipicidad.** A) La reserva de Ley exige que la propia Ley tipifique. B) Principio de reserva de Ley y relaciones de sujeción especial. C) Principio de reserva de Ley y normas sancionadoras en blanco. D) Contenido del principio de tipicidad. E) Prohibición de la interpretación extensiva y de la aplicación analógica. **4. Antijuridicidad.** A) Infracciones administrativas y ejercicio del derecho a la libertad de expresión. B) Utilización del régimen sancionador de una ley con un fin distinto al que le es propio. **5. Elementos subjetivos de la infracción.** A) Prohibición de imponer sanciones “por el mero resultado”. B) El alcoholismo y el retraso mental ligero no excluyen la imputabilidad. C) Concepto de negligencia. D) Exclusión de la culpabilidad por una interpretación errónea pero razonable de las normas. E) Error invencible. F) Inexistencia de confianza legítima. G) No cabe presumir el dolo por las especiales circunstancias que rodeen al sujeto infractor. **6. Competencia sancionadora de los colegios profesionales de abogados: independencia del lugar de comisión de la infracción.** **7. Concurrencia de infracciones frente a la prohibición de doble sanción.** A) Non bis in idem en su vertiente procedimental. B) Non bis in idem en las relaciones de sujeción especial. C) Concurso medial de infracciones. **8. Procedimiento administrativo sancionador.** A) Es obligatorio incoar un procedimiento sancionador para acreditar la realidad de unos indicios. B) Denunciantes e interesados en el procedimiento sancionador. C) En las actuaciones previas al procedimiento sancionador no rigen las garantías o derechos de defensa propios de éste. D) Abstención y recusación. E) Falta de notificación que genera indefensión. F) La necesidad de objetividad del instructor. G) Asistencia de letrado. H) Vinculación entre la resolución y la propuesta de resolución. **9. En especial, prueba y presunción de inocencia.** A) Presupuesto para la invocación de la presunción de inocencia. B) No basta la mera sospecha sobre unos hechos para destruir la presunción de

inocencia. C) Validez de la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica.

D) El parte inequívocamente incriminador dado por un superior que presenció los hechos en un procedimiento disciplinario es una prueba y no una simple denuncia.

E) Valor probatorio de las actas levantadas por los veedores: no es necesario que éstos se ratifiquen posteriormente en su declaración en el procedimiento sancionador para que el acta tenga valor de prueba. F) Significado del valor probatorio de las actas de la

Inspección de Trabajo y Seguridad Social. G) Obtención de pruebas que suponen una limitación de derechos fundamentales. H) La inadmisión de pruebas propuestas sólo

ocasiona la nulidad de la sanción cuando genera indefensión. I) Se presume la imputabilidad mientras no conste ningún hecho o circunstancia con entidad bastante para eli-

minarla. J) Prueba de cargo testifical practicada sin respetar el principio de contradicción: genera indefensión. K) La información reservada no tiene valor probatorio.

**10. Caducidad del procedimiento sancionador.** A) Día inicial y día final del plazo

máximo de duración del procedimiento sancionador. B) Los documentos del procedimiento caducado pueden fundamentar la iniciación e integrar el nuevo expediente sancionador. C) Aplicación supletoria de la LAP a los procedimientos disciplinarios.

**11. Extensión de la sanción procedente en cada caso: proporcionalidad, criterios de graduación, individualización.** A) Diferencia entre proporcionalidad e individualiza-

ción de la sanción. B) Circunstancias que no excluyen la imputabilidad pero que se consideran como atenuantes. **12. Resolución sancionadora: alcance de la motivación.**

## 1. EL PRINCIPIO PENAL DE INTERVENCIÓN MÍNIMA ES TRASLADABLE AL ÁMBITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Lo afirma la STS de 15 de octubre de 2002, Sección Segunda, Ar. 10292.

## 2. CONCEPTO DE SANCIÓN

### A) Necesidad de que tenga una finalidad represiva

Puede contribuir al concepto de sanción en general, y de sanción administrativa en particular, la STC 48/2003, de 12 de marzo, recurso de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. Entre

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

otras cuestiones, el recurrente considera que las medidas de ilegalización y disolución de un partido político son una sanción penal, lo que a su juicio podría suponer una vulneración del *non bis in idem*. Por su parte, el Pleno considera que si bien estas medidas son “una consecuencia jurídica gravosa para el partido mismo, para sus afiliados y, por extensión, también para sus simpatizantes y votantes. Ello no las convierte, sin más, en medidas punitivas”. Para fundamentar esta afirmación, y en la línea mantenida en anteriores sentencias, argumenta que “para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material; pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa (...). No basta, pues, la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada actividad. Es preciso que, de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones, el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho. El restablecimiento de la legalidad infringida deriva siempre en el perjuicio de quien, con su infracción, quiso obtener un beneficio ilícito, del que se ve privado. El carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento sólo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente”.

A partir de estas premisas, concluye que “las causas de ilegalización y disolución previstas en la Ley responden a una finalidad de garantía de que su actuación respete las condiciones definidoras de los partidos políticos, en tanto que asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones (...). No hay, por tanto, componente punitivo alguno. Estamos, pues, ante una sanción reparadora, que cabe incluir entre aquéllas a las que el propio Código Penal niega el carácter de penas (art. 34)”.

### **B) No es sanción administrativa**

- La denegación o revocación de una licencia de armas, pues es “un acto de control administrativo sobre la existencia o subsistencia de las circunstancias, aptitudes o condiciones exigibles para ser titular de aquéllos” (STS de 4 de octubre de 2002, Sección Séptima, Ar. 9120).
- La resolución por la que se impide la utilización de ciertas instalaciones construidas sin autorización en la zona de afección de la carretera (STS de 15 de julio de 2002, Sección Tercera, Ar. 9417).
- La incautación de la fianza definitiva como consecuencia de la resolución del contrato por causa imputable al contratista. La STS de 23 de julio de 2002, Sección Séptima,

Ar. 9473, afirma expresamente que este tipo de incautaciones “no tienen la naturaleza de una sanción administrativa, sino que son consecuencia de las relaciones contractuales entre las partes y de la aplicación de la normativa que las regula”.

- Una liquidación de cuotas al régimen general de la Seguridad Social por un período de ocho meses, tras probar la inspección de trabajo la existencia de unas relaciones laborales no declaradas (STC 34/2003, de 25 de febrero, recurso de amparo), donde, además, se afirma, en línea distinta a la recogida por alguna jurisprudencia ordinaria, que queda fuera del derecho a la presunción de inocencia los actos que carecen de contenido punitivo.
- La pérdida de la condición de funcionario impuesta a un maestro como consecuencia de condena penal por negarse a cumplir la prestación social sustitutoria (STS de 29 de octubre de 2002, Sección Séptima, Ar. 10166).
- El acuerdo de un Colegio de Abogados reprobando la actitud de un colegiado por utilizar el nombre del Decano como moderador de una jornadas (STS de 16 de julio de 2002, Sección Séptima, Ar. 10196).
- La adopción de medidas para la restauración del ordenamiento jurídico infringido y de la realidad alterada, que puede llegar, en su caso, a la demolición de lo construido (STS de 4 de noviembre de 2002, Sección Quinta, Ar. 9913).
- La cancelación de la inscripción en el Registro de Empresas de Seguridad por incumplir la obligación de prestar garantía (STS de 28 de octubre de 2002, Sección Séptima, Ar. 9997).
- Una resolución administrativa que cifra la cuantía de un fraude en el suministro de gas (STSJ de Madrid de 13 de marzo de 2002, Ar. 809).

### 3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

#### A) La reserva de Ley exige que la propia Ley tipifique

De este principio se ocupan las SSTC 50 y 52/2003, de 17 de marzo, ambas en sendos recursos de amparo que tienen su origen en diversas sanciones impuestas sobre la base del Reglamento del Cava (la primera) y de Rioja (la segunda). Como muestra, recogemos los hechos de la primera sentencia, pues aunque éstos son distintos en una y otra, los argumentos son los mismos.

Freixenet había sido sancionada como autora de diversas infracciones tipificadas en el Reglamento del Cava, que es aprobado por Orden Ministerial posterior a la CE. En par-

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

ricular, los pronunciamientos más importantes de la sentencia se producen a propósito de la infracción tipificada por dicha Orden Ministerial consistente en “no respetar la duración mínima del proceso de elaboración” (establecido en nueve meses). Interesa ahora recoger el marco normativo de esta infracción:

– El Estatuto del Vino (norma preconstitucional de rango legal) dispone que “se sancionará la indebida aplicación de las definiciones establecidas en el capítulo II del título preliminar, la de Denominaciones de Origen (...)”.

– El también preconstitucional Reglamento de desarrollo del Estatuto del Vino, tras reiterar esta misma idea, añade que “los reglamentos de cada denominación de origen especificarán las sanciones a aplicar a las infracciones a su Reglamento por los inscritos en los Registros de la misma, clasificando éstas en (...) B) Infracciones a lo establecido en su Reglamento sobre la elaboración y características de los productos amparados (...)”.

Ambas sentencias comienzan con unas consideraciones generales sobre el derecho fundamental enunciado en el art. 25.1 CE, donde reiteran todo lo relativo a la doble garantía que comprende este derecho. A continuación, la primera de ellas afirma que “las habilitaciones ilimitadas a la potestad reglamentaria y las deslegalizaciones realizadas por leyes preconstitucionales, incompatibles con el art. 25.1 CE, deben entenderse caducadas por derogación desde la entrada en vigor de ésta (...) y no cabe, a partir de la Constitución, tipificar nuevas infracciones (...) mediante una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado por otra norma de rango legal (...), con la estricta excepción (...) del supuesto en que una norma reglamentaria sancionadora constituya una reiteración de las reglas sancionadoras establecidas en otras normas más generales, por aplicación a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico de aquéllas”, pues en este último supuesto no cabe hablar propiamente de remisión normativa. Sobre esta cuestión, se pronuncia con mayor claridad la STC 52/2003, que afirma expresamente que nos encontramos ante una habilitación ilimitada a la potestad reglamentaria, proscrita constitucionalmente, y que “a partir de la entrada en vigor de la Constitución toda remisión a la potestad reglamentaria para la definición de nuevas infracciones o la introducción de nuevas sanciones carece de virtualidad y eficacia, pues si el reenvío al reglamento contenido en una norma legal sin contenido material alguno no puede producir efectos, con mayor razón aún debe predicarse la falta de eficacia respecto a la remisión en segundo grado establecida en norma sin fuerza de ley. Y ello, aunque esta última contenga una regulación suficiente, si bien incompleta, de las conductas ilícitas y las sanciones aplicables, ya que tal regulación no sana las insuficiencias atribuibles a la propia Ley que le sirve de cobertura, en atención al cumplimiento de la reserva constitucional de Ley”.

Con estas premisas, el Tribunal Constitucional declara que “la mera afirmación legal de que ‘se sancionará la indebida aplicación de las definiciones establecidas en el Capítulo II del Título preliminar’ (entre las que figura la del cava) (...) no puede considerarse suficiente, por su carácter excesivamente genérico, como cobertura legal del (...) Reglamento del cava, que considera infracción a las normas sobre producción, elaboración y comercialización de los productos amparados ‘el no respetar la duración mínima

del proceso de elaboración' (...). No hay determinación mínimamente individualizada de tal conducta en la Ley, de modo que pueda decirse que se han prefigurado en la misma los elementos esenciales de la infracción y que ésta ha quedado configurada como tal por el legislador. Lo impide la radical abstracción de la descripción legal –cualquier infracción de las condiciones que se establezcan–, que no suministra criterio alguno de gravedad o de antijuridicidad material, ni enumera las condiciones materiales o formales que estima relevantes. La cuestión resulta particularmente clara en un supuesto como el presente en que la sociedad quejosa señala que el cava comercializado tenía –y así se probó– todas las cualidades organolépticas propias del cava”.

Esta sentencia debe suponer una revisión de la jurisprudencia de los tribunales ordinarios que, sobre la base de la existencia de una relación de sujeción especial, han venido admitiendo en este campo una relajación del principio de reserva de ley que ahora se rechaza. Ante esta situación, se hace necesaria la aprobación de una norma con rango legal que establezca un nuevo marco sancionador en este ámbito –algunas Comunidades Autónomas así lo han hecho–, pues el vigente ha quedado en buena medida inoperante.

### **B) Principio de reserva de Ley y relaciones de sujeción especial**

Las ya mencionadas SSTC 50 y 52/2003, de 17 de marzo, también se ocupan, para rechazarla, de la posible flexibilización del principio de reserva de ley como consecuencia de la calificación como relación especial de sujeción de la relación entre las empresas sancionadas y su Consejo Regulador. Ambas sentencias huyen de afirmar o negar la existencia de una relación de sujeción especial y se limitan a advertir que “no existe precepto constitucional alguno que de forma explícita o implícita justifique la limitación de derecho constitucionales en la actividad de producción y elaboración en el que se utiliza la denominación de origen (...), ni tampoco al tiempo de la infracción sancionada estaba vigente ley alguna que modulara el disfrute del derecho fundamental para el que se pide el amparo, por lo que, con independencia de la correcta calificación o denominación de la relación jurídica, no se da fundamento alguno para que la infracción por la que se sanciona a la demandante carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el art. 25.1 CE”.

A pesar de esta jurisprudencia constitucional tan estricta sobre la propia noción de relación de sujeción especial y sus consecuencias jurídicas, la STS de 23 de julio de 2002, Sección Séptima, Ar. 9471, sigue acudiendo a este concepto al referirse a las empresas de auditoría de cuentas, para justificar así que el principio de reserva de ley pierda parte de su fundamento material.

### **C) Principio de reserva de Ley y normas sancionadoras en blanco**

La empresa *Price Waterhouse Auditores* es sancionada por “el incumplimiento de normas de auditoría que pueda causar perjuicio económico a terceros o a la empresa o entidad auditada”. La STS de 23 de julio de 2002, Sección Séptima, Ar. 9471, afirma que se trata de

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

un supuesto norma sancionadora en blanco, cuya validez debe admitirse siempre que concurran los siguientes tres requisitos: el reenvío sea expreso; esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal, y la Ley, además de la sanción, contenga el núcleo esencial de la prohibición. En cuanto al segundo elemento, la Sala considera que la remisión está justificada, pues, siendo necesarias las Normas para dar transparencia y fiabilidad a la actividad de auditoría, el “elevado componente técnico de la actividad de auditoría, su complejidad y la amplia variedad de campos sobre los que se puede proyectar, pone de manifiesto la necesidad de que la regulación de sus pautas rectoras tenga que ser muy detallada, y también que, en razón a la concisión que resulta aconsejable en las normas penales (sancionadoras), no pueda esa regulación ser totalmente reproducida en las Leyes directamente tipificadoras de las infracciones relativas a la actividad de auditoría”.

Finalmente, la Sala considera que el tipo que recogimos más arriba “recoge el núcleo esencial de la prohibición, ya que en dicho precepto aparecen los elementos principales del tipo de conducta reprochable que se acota como constitutiva de la infracción: sujeto activo, funciones en cuyo ejercicio se ha de exteriorizar la acción, y naturaleza y objeto de la inobservancia representativa del disvalor que quiere evitarse mediante la respuesta sancionadora”.

Por su parte, la STS de 22 de octubre de 2001, Sección Cuarta, Ar. 9837 de 2002, declara que las Circulares de un Consejo Regulador no pueden configurar pero sí integrar infracciones administrativas.

### D) Contenido del principio de tipicidad

La STS de 5 de febrero de 2002, Sección Séptima, Ar. 6987, sintetiza el contenido del principio de tipicidad en los siguientes términos: “Tipificación de la infracción, definición y, en su caso, graduación o escala de la sanción (predeterminación normativa de la sanción) y correlación necesaria entre infracción y sanción”. Este último aspecto es el que merece una especial atención en la STS de 2 de octubre de 2002, Sección Tercera, Ar. 8189, que anula las sanciones impuestas a los miembros del Consejo Rector de una cooperativa de crédito, por vulneración del principio de legalidad en su vertiente de *lex certa*. En particular, porque la norma enumera los sujetos responsables “sin concretar qué infracciones son imputables a unos u otros, ni si lo pueden ser a varios órganos o personas” y porque en cuanto a la sanción imponible, la norma se limita a establecer que ésta se “realizará en función de la gravedad de la infracción, apreciando todas las circunstancias que concurran en el caso, con absoluta indefinición de la sanción aplicable a cada tipo de infracción, cuya determinación queda pues al arbitrio del órgano sancionador”.

### E) Prohibición de la interpretación extensiva y de la aplicación analógica

Así lo afirma la STS de 20 de abril de 2002, Sección Segunda, Ar. 5912. En la misma línea, la STS de 29 de julio de 2002, Sección Sexta, Ar. 8643, reitera que “sólo el responsable del fichero y no quien le facilita el dato en virtud de contrato celebrado con él está sujeto al régimen sancionador establecido en la Ley Orgánica de Protección de Datos

Personales (...). No cabe extender (este régimen) a cualquier otra persona, pues, de hacerlo, se incurre en una aplicación extensiva o analógica del régimen sancionador, prohibida por los arts. 25.1 CE y 129.4 de la Ley 30/1992”.

Algo de esto también puede encontrarse en la **STS de 24 de junio de 2002**, Sala de lo Militar, Ar. 5881, donde se anula la sanción impuesta a un guardia civil por posesión de droga para propio consumo, pues se considera que no puede encuadrarse en la infracción disciplinaria consistente en el consumo de drogas durante el servicio o con habitualidad.

#### 4. ANTIJURIDICIDAD

##### A) Infracciones administrativas y ejercicio del derecho a la libertad de expresión

D. Jesús G. y G. fue sancionado por el Comité Español de Disciplina Deportiva con cinco meses de inhabilitación por realizar las siguientes declaraciones:

“la competición está adulterada, el fútbol español es una mierda y estoy hasta las narices de este atajo de impresentables que sólo sabe repartir injusticia (...) estoy hasta el gorro del Comité de Competición ese, y del de Apelación –que yo llamaría de repetición– y de todos los golfos que nos persiguen (...); pero el F. ése es un miserable (...); el fútbol español debe cortar los cordones umbilicales de Gerardo G. porque no dan más que hijos corruptos (...); F. es un desgraciado (...). Está puesto para obedecer órdenes de un comité mafioso y además inquisidor (...). Yo si fuera F. me miraría al espejo y me diría: pero qué asqueroso soy, qué miserable soy, qué sinvergüenza soy, el tenerme que prestar aquí a estas manipulaciones por el Gerardito éste (...)”.

Al respecto, la **STS de 4 de octubre de 2002**, Sección Séptima, Ar. 9263, afirma que estas expresiones “son una amplia sucesión de vocablos que, en cualquier contexto, tienen un inequívoco significado, no ya de menosprecio, sino de claro propósito de hacer aparecer ante la opinión pública a sus destinatarios como personas portadoras de altas cotas de inmoralidad en el desempeño de las responsabilidades que les corresponden en el Deporte español. Por lo cual, no pueden considerarse amparadas en el derecho a la libertad de expresión que reconoce el citado art. 201 CE, en cuanto que, además de ser injustificadamente lesivas (...), resultan innecesarias para el ejercicio de la valoración crítica del Deporte español que, según se dice, a través de ellas quería realizarse”.

Ante un supuesto de hecho bien distinto, otro es el pronunciamiento de la **STS de 1 de julio de 2002**, Sala de lo Militar, Ar. 5885. Un guardia civil es sancionado por hacer manifestaciones contrarias a la disciplina en el curso de un recurso de impugnación de una sanción disciplinaria. Al respecto, la Sala entiende la que si bien “el derecho a la libertad de expresión tiene, en relación con los militares, unas limitaciones cuya legitimidad abstracta ha reconocido la jurisprudencia del TC, la del TEDH y la de esta misma

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

Sala”, tales limitaciones “han de matizarse cuando las expresiones presuntamente constitutivas de infracción disciplinaria (por falta de respeto a los superiores) hayan sido veritadas en el marco de un recurso legalmente establecido (...), porque entonces el militar está también ejercitando su fundamental derecho a defenderse (...). En esas condiciones, la libertad de expresión se ve especialmente reforzada por su inmediata conexión a la efectividad” de tal derecho fundamental.

### **B) Utilización del régimen sancionador de una ley con un fin distinto al que le es propio**

Ante una concentración ciudadana de protesta, la Administración lo sanciona por obstaculizar la circulación rodada en virtud de lo establecido en el Código de Circulación de Vehículos. Sin embargo, entiende la STSJ de Galicia de 21 de junio de 2002, Ar. 836, que se han sancionado hechos “en los que, en su caso, existiría una infracción a los preceptos reguladores del derecho de manifestación, que serían sancionables, si resultara precedente, según la legislación de orden público (Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana)”. La Administración, dice el Tribunal, ha utilizado la potestad sancionadora de que le inviste el Código de Circulación para fines —esto es, para proteger bienes jurídicos— ajenos a los que dicho texto protege.

## 5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA INFRACCIÓN

### **A) Prohibición de imponer sanciones “por el mero resultado”**

La STS de 20 de abril de 2002, Sección Segunda, Ar. 5912, recuerda la doctrina “que proscribe la aplicación de sanciones, en el ámbito tributario, por el mero resultado y que exige la inexcusable concurrencia de (...) culpabilidad”.

### **B) El alcoholismo y el retraso mental ligero no excluyen la imputabilidad**

Lo establecen, respectivamente, la STS de 10 de julio de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 8696 de 2002, y la STSJ de Madrid de 30 de abril de 2002, Ar. 856.

### **C) Concepto de negligencia**

Según la STS de 11 de octubre de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 8702 de 2002, es “un obrar no conforme a derecho que viene a significar descuido, omisión, falta de aplicación o falta de actividad o del cuidado necesario en un asunto por quien no está impedido de tenerlo y debe prestarlo”.

### **D) Exclusión de la culpabilidad por una interpretación errónea pero razonable de las normas**

Respecto de las normas tributarias, lo reiteran, una vez más, las SSTS de 20 de abril, de 29 de junio, de 23 de septiembre y de 15 de octubre de 2002, Sección Segunda, Ar. 5912, 5919, 8083 y 10292, respectivamente, precisando la primera que “es claro que los diferentes puntos de vista entre Administración y contribuyente (se refieren a) temas de

indudable dificultad técnica”.

En el ámbito de las sanciones a empresas de auditoría de cuentas, dice la **STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2001**, Sección Novena, Ar. 783 de 2002, que esta causa de exclusión de la culpabilidad exige que se precisen los concretos puntos polémicos que suscite esa discrepancia, la alternativa interpretativa que en contra del órgano administrativo sancionador se sustente sobre esos puntos, y las argumentaciones jurídicas utilizadas para defender esa interpretación diferenciada.

### **E) Error invencible**

**STS de 16 de mayo de 2002**, Sección Tercera, Ar. 9188. La auditora *Arthur Andersen* había sido sancionada con una sanción de amonestación pública por no haber emitido informe alguno destinado a los accionistas del Banco Europeo de Finanzas para informarles sobre el incumplimiento de los administradores de este banco de su deber de formular las cuentas anuales y entregarlas a los auditores. La entidad auditora alega su falta de culpabilidad por concurrir un error invencible, por cuanto interpretaba la normativa en el sentido de que no estaban obligados a emitir un informe de auditoría cuando la empresa auditada no facilita ni las cuentas anuales ni documento alguno que auditar. Para responder a esta alegación, la muy extensa sentencia, reproduce el siguiente escrito de *Arthur Andersen* relativo a sus relaciones con el Banco Europeo de Finanzas:

“Como en ninguna de dichas reuniones se nos aportara información adicional que nos hiciera reconsiderar nuestra conclusión preliminar sobre las situaciones problemáticas a las que hemos hecho referencia anteriormente, en el mes de mayo intentamos dar por concluida la auditoría de referencia, a cuyo efecto preparamos un borrador de lo que sería el Informe de Auditoría, que hicimos llegar al Presidente del Banco (...). A la recepción del Borrador de Informe, el Presidente del Banco nos comunicó que era inaceptable para la Entidad un Informe de Auditoría en la línea del borrador que le habíamos remitido (...)”

Sobre esta base, la Sala afirma que “en este contexto de relaciones administradores-auditores ciertamente anómalo (el auditor somete a la complacencia o visto bueno del auditado sus propios informes, y es el administrador el que considera *inaceptable* el informe del auditor) no cabe alegar ignorancia de la obligación que ha sido incumplida. No sólo no había ignorancia al respecto sino que, según hemos transcrito, los auditores tenían previsto ‘dar por concluida la auditoría de referencia’ y emitir su informe preceptivo, a cuyo efecto prepararon el borrador correspondiente (...). Eran conscientes, pues, de que su cometido les imponía emitir el tan citado informe, obligación que estaban dispuestos a cumplir aun sin haber recibido las cuentas anuales formuladas por los administradores y, si no llegaron a hacerlo, se debió a circunstancias de otro orden”.

También ante una alegación de error invencible se enfrenta la **STS de 18 de octubre de 2002**, Sala de lo Militar, Ar. 9381. Un Guardia Civil es sancionado como autor de una infracción grave consistente en una falta de respeto y lealtad para con los superiores que

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

se manifestó en el contenido de un recurso. El recurrente alega “la concurrencia de un error en el hecho de haberse fiado del escrito de la Abogada, que firmó y presentó, creyendo *invenciblemente* que el mismo se acomodaba a la legalidad, lo que a su juicio elimina el aspecto culpabilista de la acción”. La Sala advierte que “el promovente no caracteriza como error de tipo o error de prohibición el que pretende que se reconozca en su conducta. Como es sabido, el error de tipo afecta al conocimiento de los elementos sobre los que se construye la infracción punible (...), mientras que el error de prohibición se refiere a la representación equivocada de las consecuencias antijurídicas de la propia conducta, por creer en la ausencia de ilicitud”, aunque afirma que la pretensión parece ir en la línea del error de prohibición, “que exige los siguientes requisitos: (...); b) No es precisa la completa seguridad sobre la antijuridicidad de la conducta, bastando la alta probabilidad de su ilicitud; c) Debe ser probado por quien lo alegue; d) Para formar criterio sobre el conocimiento exigible al sujeto activo, no basta atenerse a sus circunstancias personales y profesionales, sino que también hay que tener en cuenta la posibilidad de acudir al asesoramiento de personas más cualificadas en la materia, que pudieran instruirle sobre la trascendencia jurídica de la acción, y e) su invocación resulta improsperable en aquellas infracciones cuya ilicitud sea notoriamente evidente y de comprensión generalizada”.

Sobre esta base, la sentencia concluye que “no es factible asumir que un profesional de la Guardia Civil con años de servicio ignore las obligaciones (...) en relación al respeto y lealtad para con los superiores” y que “las expresiones que han servido de base para motivar la existencia de la infracción no son de carácter jurídico ni técnico (...), es obvio que denigra imputar desconsideración, falta de respeto, carencia de honorabilidad y de decoro, al margen de describir la conducta del oficial y sus palabras en términos que no se ha demostrado que respondiesen a la realidad”.

Finalmente, también el error de prohibición es alegado por un oficial del Ejército del Aire sancionado disciplinariamente por realizar actividad profesional como piloto de líneas aéreas privadas, encontrándose en la situación de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos. Alega error en la prohibición y ausencia de dolo, por cuanto desconocía que en la situación de excedencia voluntaria siguiera sometido al régimen de incompatibilidades. La **STS de 5 de junio de 2002**, Sala de lo Militar, Ar. 8131, tras insistir en la claridad de la legislación aplicable, concluye que además el recurrente “inició su relación laboral con la compañía aérea Pan Air con anterioridad a la solicitud del pase a la situación de excedencia voluntaria para el cuidado de un hijo, circunstancia que hace difícilmente creíble la supuesta ausencia de dolo”.

### F) Inexistencia de confianza legítima

La **STS de 28 de octubre de 2002**, Sección Tercera, Ar. 9495, rechaza la imputación que la recurrente hace de los hechos (construcción en la zona de dominio público y servidumbre de ferrocarril) a la falta de coordinación entre las Administraciones Públicas. La sentencia deja claro la existencia de culpabilidad al afirmar que a pesar de que se hubiese obtenido licencia municipal de obras y de que el Ayuntamiento hubiera celebrado algunas reuniones con los responsables ferroviarios, no se ignoraba que debía contarse

con la preceptiva autorización de RENFE para tal construcción.

### **G) No cabe presumir el dolo por las especiales circunstancias que rodeen al sujeto infractor**

Lo afirma la STS de 29 de junio de 2002, Sección Segunda, Ar. 5919, refiriéndose, en concreto, a la importancia económica o a la clase de asesoramiento que reciba el sujeto imputado.

## **6. COMPETENCIA SANCIONADORA DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES DE ABOGADOS: INDEPENDENCIA DEL LUGAR DE COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN**

Un Letrado adscrito al Colegio de Abogados de Madrid es sancionado disciplinariamente con la expulsión del colegio por cometer una infracción que resulta moralmente incompatible con el ejercicio de la abogacía (en concreto, por apropiarse de cantidades que un cliente español le encomendó para que le gestionase en Suiza una pensión de invalidez). Alega en su defensa la incompetencia territorial de su Colegio Profesional para sancionarle sobre la base de que las conductas sancionadas habían sido realizadas en Suiza, donde además tiene fijada su residencia al igual que el denunciante, entendiéndose que el Colegio de Abogados de Madrid únicamente es competente para sancionar conductas de sus colegiados realizadas en su ámbito territorial de competencia. No está de acuerdo la STSJ de Madrid de 17 de enero de 2002, Ar. 820: “tratándose de una profesión colegiada que sólo puede ejercerse previa colegiación, la adscripción por un profesional al colegio correspondiente implica (...) el pleno sometimiento a todos los deberes que (ello) conlleva y, entre ellos, el sometimiento a la potestad disciplinaria del Colegio de adscripción”.

## **7. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN**

### **A) *Non bis in idem* en su vertiente procedimental**

Afirma la STS de 21 de diciembre de 2001, Sección Séptima, Ar. 6872 de 2002, que “la suspensión de la tramitación (de un procedimiento disciplinario contra un funcionario público) deberá ser acordada en cualquier momento en que se aprecie (que) la presunta falta originadora del expediente disciplinario puede ser constitutiva de los concretos tipos delictivos (...) cometidos por los funcionarios públicos contra el ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las Leyes, o en el ejercicio de sus cargos, respectivamente tipificados en los títulos II y VII del antiguo Código Penal”.

### **B) *Non bis in idem* en las relaciones de sujeción especial**

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

Una farmacéutica es condenada penalmente por delitos de estafa y falsedad cometida en documento oficial y accesoriamente con la suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio. Además, la Dirección General de Farmacia la sanciona con la inhabilitación para la dispensación de recetas de la Seguridad Social. A la alegación de la recurrente de infracción del *non bis in idem*, responde la **STS de 5 de junio de 2002**, Sección Cuarta, Ar. 8600, que este principio “no impide que en determinadas situaciones de especial supremacía o sujeción quepa aplicar sanciones por vía administrativa con relación a un mismo comportamiento cuando se trata de proteger un bien jurídico distinto del que ha sido objeto de sanción penal”. Por otra parte, “la existencia de una especial relación de sujeción o supremacía no se encuentra estrictamente limitada al campo funcional (...), luego tampoco cabría alegar la falta de condición de funcionario público de la demandante para vetar la imposición de una sanción administrativa (...). La farmacéutica demandante (...) sí se encuentra sometida a una relación específica con la Seguridad Social asumiendo concretos deberes de fidelidad y debido comportamiento”. Más aun, en este ámbito de las relaciones especiales de sujeción, la **STS de 4 de julio de 2001**, Sala de lo Militar, Ar. 8695 de 2002, admite incluso “la posibilidad de una sanción más grave incluso en el ámbito disciplinario que en el penal”.

Finalmente, también con el argumento de encontrarse ante una relación de sujeción especial y de la inexistencia de identidad en el bien jurídico protegido, la **STSJ de Madrid de 17 de enero de 2002**, Ar. 820, admite que un abogado condenado penalmente por los Tribunales suizos por delitos de estafa, falsedad en documento público, abuso de confianza, competencia desleal, etc., sea sancionado disciplinariamente por su Colegio Profesional en España con la expulsión del mismo por “hechos similares”.

### C) Concurso medial de infracciones

El empresario de un casino en España trajo trabajadores (auxiliares administrativos) que tenía en Santo Domingo para desempeñar los puestos de crupieres en una sala de juego, pues estos últimos habían anunciado una huelga. Al empresario se le sanciona por altas indebidas en la Seguridad Social (al hacer figurar indebidamente como trabajadores incorporados a la empresa en España a quienes en realidad desempeñan su tarea en un país extranjero) y por la conducta conocida como “esquirolaje” (sustitución de los huelguistas por otros trabajadores sin cumplir ciertos requisitos). La **STS de 19 de junio de 2002**, Sección Cuarta, Ar. 8203, aun reconociendo “la indudable interrelación entre ambas conductas imputadas” –quizás podríamos decir que entre ambas conductas existe una relación medial–, concluye que se trata de dos infracciones diferentes.

## 8. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

### A) Es obligatorio incoar un procedimiento sancionador para acreditar la realidad de unos indicios

La **STSJ de Madrid de 20 de marzo de 2002**, Ar. 810, ordena la iniciación de un procedimiento sancionador a solicitud del denunciante-víctima de una supuesta infracción cuya denuncia había sido archivada por la Administración. En concreto, la denuncia for-

mulada por la actora se concreta en el desabastecimiento de carburante que había sufrido en su gasolinera por parte del operador CEPSA, manifestándose al respecto por esta última entidad que ello se debió a que no existía producto en esa fecha en toda la Comunidad Autónoma (de Baleares). Según el Tribunal, esta declaración “constituye un indicio serio de infracción (sobre la normativa de existencias mínimas de seguridad según la Ley del Sector Petrolero), sin que al respecto se hubiesen practicado diligencias previas tendentes a acreditar la realidad o no de tales indicios”. Ante ello, la Sala entiende que “sí resulta legalmente exigible la incoación de expediente sancionador con objeto de acreditar en su caso la realidad de los indicios antes expuestos en aplicación de las competencias de control y sancionadoras atribuidas normativamente a la Administración (...), sin prejuizar lógicamente las conclusiones y el resultado que pueda derivarse del citado procedimiento”.

### **B) Denunciantes e interesados en el procedimiento sancionador**

En cuanto a la legitimación del denunciante para impugnar el archivo de su denuncia contra la actuación de los órganos judiciales acordado por el CGPJ, se mantiene la línea jurisprudencial que le niega tal legitimación por considerar que no existe ningún interés legítimo en la imposición de la sanción. Ese mismo argumento es el que utiliza la **STS de 15 de julio de 2002**, Sección Sexta, Ar. 7094, para rechazar la legitimación del denunciante para solicitar la iniciación de un procedimiento disciplinario contra varios abogados [entre otros, “la totalidad (sic) de los miembros que componen el Consejo General de la Abogacía Española”].

Sin embargo, en la línea también recogida en crónicas anteriores, más generosa se muestra la jurisprudencia a reconocer esta legitimación cuando no se pide directamente la imposición de una sanción, sino otras actuaciones. Así, la **STS de 26 de septiembre de 2002**, Sección Séptima, Ar. 9112, anula el archivo del CGPJ sobre una denuncia en la que se exponía un acceso irregular a documentos por parte de funcionarios destinados en un determinado juzgado y la utilización de dichos documentos para su lucro. La Sala admite la legitimación del denunciante para recurrir contra el archivo, anula éste —en lo que, por cierto, pudo influir el hecho de que su motivación nada tuviera que ver con los hechos denunciados— y ordena la apertura de diligencias informativas.

Finalmente, una especial mención merece la **STSJ de Madrid de 20 de marzo de 2002**, Ar. 810. Una empresa titular de la explotación de una estación de servicio de hidrocarburos recurre el archivo de su denuncia contra CEPSA por la falta de suministro de gasolina sin plomo que constituye, a su juicio, una infracción muy grave por incumplimiento de la normativa de existencias mínimas de seguridad (Ley de Ordenación del Sector Petrolero). La Administración alega la falta de legitimación de la denunciante, a lo que la Sala responde que sí concurre el interés legítimo requerido “toda vez que la determinación de la existencia o no de responsabilidad del operador en el desabastecimiento de gasolina sufrida (por la denunciante-recurrente) sí es susceptible de producir un efecto positivo en su esfera jurídica o eliminar una carga o gravamen en la misma derivado de

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

las posibles responsabilidades que para la actora pudiesen derivar de dicho desabastecimiento”.

### **C) En las actuaciones previas al procedimiento sancionador no rigen las garantías o derechos de defensa propios de éste**

Para la STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2001, Sección Novena, Ar. 783 de 2002, el procedimiento de Control Técnico a un auditor de cuentas es una actuación realizada con anterioridad a la iniciación del procedimiento sancionador para comprobar que el auditor ha realizado su trabajo de acuerdo con lo dispuesto en la normativa aplicable. Ello determina “que no pueda hablarse en la práctica (de tal actuación) de interesados ni del ejercicio de los derechos que les correspondería en el procedimiento sancionador”. Es dentro de las actuaciones previas al expediente donde debe encuadrarse este procedimiento de Control Técnico.

En la misma línea, en al ámbito disciplinario militar, la STS de 13 de septiembre de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 8557, sostiene que la información reservada “es un medio ordinario, habitual y ortodoxo desde el punto de vista legal de que dispone el mando para esclarecer unos hechos que pudieran tener trascendencia disciplinaria, suponiendo en gran medida también una garantía contra la precipitación en los casos en los que se considere preciso conocer datos y extremos de los hechos susceptibles de corrección. Tras la citada información y si se inicia la actuación o procedimiento disciplinario a partir de ese momento se habrán de garantizar todos los derechos de los presuntos infractores, a los que hasta el momento de la iniciación no se les sigue procedimiento alguno”. En la misma línea, las SSTS de 14 de mayo y 15 de julio de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 8124 y 8254, añaden que puesto que en ellas todavía no se ha concretado la imputación –que se hace con el pliego de cargos–, no es necesaria la participación del encartado, sin que esto genere indefensión.

### **D) Abstención y recusación**

La STS de 1 de octubre de 2002, Sección Cuarta, Ar. 9450, mantiene la sanción impuesta a un médico por el Pleno de la Junta Directiva de su Colegio profesional, a pesar de que en 2 de los 14 miembros de esta Junta concurría una causa de abstención por haber participado como testigos en el procedimiento disciplinario. La Sala considera que el motivo de abstención no ha tenido una influencia decisiva en la formación de la voluntad del órgano (la sanción se impuso por unanimidad de sus 14 miembros) y porque hubo un recurso de alzada ante otro órgano no afectado por causa de recusación o abstención, que fue el que agotó la vía administrativa y que resolvió sobre el fondo del asunto.

Especial interés, por la particularidad del supuesto, tiene la STS de 28 de febrero de 2002, Sección Séptima, Ar. 6989, donde se afirma que “el eventual vacío normativo sobre cuál habría de ser el órgano que sustituyera al recusado (Rector de la Universidad de Barcelona) no debía impedir la tramitación de la recusación, pues tal vacío, de suscitarse, debía colmarse mediante la aplicación de la analogía”.

### **E) Falta de notificación que genera indefensión**

**STC 54/2003, de 24 de marzo**, recurso de amparo. Una empresa había sido sancionada por incumplir el deber de identificar al conductor de un vehículo infractor de su propiedad. El requerimiento para identificar al conductor, la incoación del expediente sancionador y la sanción se intentaron notificar a su anterior domicilio y al resultar estos intentos infructuosos, se procedió a la notificación mediante edictos. La providencia de apremio sí se dirige al nuevo domicilio. El cambio de domicilio se había inscrito en el Registro Mercantil casi dos años antes de la primera actuación.

“El ejercicio de los derechos de defensa y a ser informado de la acusación en el seno de un procedimiento administrativo sancionador presupone, obviamente, que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa previa a la toma de decisión”. Por tanto, “la Administración, al no emplazar personalmente a la demandante de amparo en el procedimiento administrativo sancionador pese a tener conocimiento o, al menos, evidente posibilidad de adquirirlo, del verdadero domicilio de aquélla, no ha actuado con la diligencia que le era exigible y ha generado a la recurrente en amparo, al impedirle ejercer el derecho de defensa en el procedimiento administrativo sancionador, una situación de indefensión constitucionalmente relevante.”

#### **F) La necesidad de objetividad del instructor**

Dicen las **SSTS de 21 de mayo de 2002**, Sala de lo Militar, Ar. 8512, y **de 2 de julio de 2001**, Sala de lo Militar, Ar. 8694 de 2002, que “yerra el recurrente cuando pretende que se predique del instructor del expediente disciplinario la misma imparcialidad e independencia que se desprende del art. 24 CE en relación con el juez ordinario como autoridad jurisdiccional, porque (...) lo que del instructor de los expedientes disciplinarios cabe reclamar, ex arts. 24 y 103 CE, (es ) que actúen con objetividad (...), es decir, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal”. Recalca además la primera sentencia que “en este tipo de procedimientos el instructor es también acusador en cuanto formula la propuesta de resolución del procedimiento sancionador y (...) la mera condición del instructor de funcionario inserto en un esquema necesariamente jerárquico no puede ser por sí misma una causa de pérdida de la objetividad constitucionalmente requerida”. En la misma línea, la **STS de 20 de septiembre de 2002**, Sala de lo Militar, Ar. 9779 y la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 6 de mayo de 2002**, Ar. 1085.

#### **G) Asistencia de letrado**

No existe paralelismo entre el procedimiento sancionador y el proceso penal en cuanto a la asistencia de letrado, que en aquel procedimiento no resulta preceptiva; “por lo que el asesoramiento jurídico con que quiera contar el encartado, incumbe ante todo a su propia actividad y diligencia, incluida la formulación de quejas o protestas ante el instructor por los posibles incumplimientos procedimentales” (**STS de 27 de septiembre**

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 8701 de 2002).

### H) Vinculación entre la resolución y la propuesta de resolución

La titular de una Administración de Lotería había sido sancionada con el cese como titular de la Administración y cierre de ésta al apreciarse un descubierto. En la propuesta de resolución, se proponía la sanción de multa de 25.000 pesetas y se advertía a la recurrente que la reincidencia en los hechos acaecidos, podría dar lugar a su cese. La resolución sancionadora, como se ha dicho, impone la sanción de cese al apreciar la reincidencia, pues años atrás había sido sancionada por otro descubierto. La STS de 23 de septiembre de 2002, Sección Tercera, Ar. 9419, destaca que “entre un acto y otro no consta diligencia alguna concediendo el trámite de alegaciones sobre la posibilidad de la aplicación de la reiteración y su repercusión en la fijación de la nueva sanción, más grave”.

El Abogado del Estado insiste en que “hay que distinguir entre aquellos hechos que la propuesta de resolución recoge como constitutivos de la infracción y aquellas otras circunstancias que pueden llevar consigo la agravación de la sanción”. Por su parte, tras calificar la apreciación de esa reincidencia como un hecho, la Sala concluye que “la propuesta del instructor es un momento decisivo del expediente sancionador que abre la última vía de defensa efectiva a la que tiene derecho el expedientado frente a los hechos que se dan por probados y frente a la calificación de los mismos. Es equivalente al escrito de calificación definitiva del proceso penal, mientras el pliego de cargos puede equipararse al procesamiento o inculpación. A la vista de los términos de la propuesta, el órgano decisorio para poder desviarse de ella en sentido agravatorio tenía que ofrecer al expedientado la última oportunidad de defenderse del cargo de agravación que se le imputaba y que conllevaba una sanción distinta de la propuesta y responder al análisis de la prueba de dicho cargo y a la eventual graduación de la sanción que pudiera recaer en el mismo”. Algo similar se regula ahora expresamente en el Reglamento estatal sobre Procedimiento Administrativo Sancionador (RPS), que todavía no estaba vigente en la fecha de los hechos.

## 9. EN ESPECIAL, PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

### A) Presupuesto para la invocación de la presunción de inocencia

La infracción de este derecho fundamental tiene como presupuesto la inexistencia de prueba de cargo: 1) respecto de los hechos, 2) participación que en ellos hubiera tenido el sancionado, y 3) culpabilidad del mismo; de manera que la duda de la culpabilidad se torna en declaración de inocencia (STS de 27 de septiembre de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 8701 de 2002, y STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2001, Sección Novena, Ar. 783 de 2002).

### B) No basta la mera sospecha sobre unos hechos para destruir la presunción de inocencia

La STS de 18 de octubre de 2002, Sección Séptima, Ar. 10153, recoge una jurisprudencia quizás algo rigurosa a la hora de determinar qué requisitos han de cumplir las actuaciones policiales para ser consideradas prueba de cargo en los procedimientos sanciona-

dores de expulsión de extranjeros por carecer de medios lícitos de vida, en concreto, por realizar actividad de alterne. Considera el Tribunal que “hay unas diligencias (policiales), extendidas por los funcionarios actuantes, en las que se dice que (la sancionada) entra y sale a una hora determinada del establecimiento, que viste las ropas que la situación requiere para desarrollar la actividad de chica de alterne, que se aloja en un hostel existente en las mismas instalaciones del local y que recibe una contraprestación por el trabajo que realiza, que no es otro que el de alternar con clientes”. Pero lo decisivo es, según la sentencia, que no se expresa si fue constatado directamente por los funcionarios que la sancionada acompañaba en sus consumiciones a los clientes, con tal variedad de éstos y de manera tan reiterada y prolongada en el tiempo, que fuera lógico deducir que realizaba esa actividad con carácter profesional y retribuido. Los únicos hechos demostrados “autorizan la sospecha de ser probable esa dedicación” pero son insuficientes para constituir prueba de cargo que destruya la presunción de inocencia. En idéntico sentido, SSTS de 24 (cuatro), 28 y 31 de octubre de 2002, Sección Séptima, Ars. 9991 a 9993, 10165 y 10238.

### **C) Validez de la apreciación de la prueba conforme a la sana crítica**

Frente a la alegación del Abogado del Estado que sostiene que la apreciación en conciencia constituye un sistema de valoración de la prueba propio del proceso penal no aplicable al procedimiento disciplinario militar, asevera la STS de 16 de septiembre de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 9778, que “no hay oposición alguna entre apreciación de la prueba conforme a la sana crítica y en conciencia (...). No son sistemas valorativos diferentes, sino expresiones afines a un mismo sistema”: el de libre valoración racional de la prueba, frente al sistema de la prueba legal.

### **D) El parte inequívocamente incriminador dado por un superior que presenció los hechos en un procedimiento disciplinario es una prueba y no una simple denuncia**

Así lo entiende la STS de 16 de julio de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 8698 de 2002. Al respecto, la STS de 16 de septiembre de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 9778, matiza que tal doctrina no quiere decir que “lo narrado por el mando fuera atendible siempre, como si existiera una presunción de veracidad (...), pues una cosa es la validez de la narración como medio probatorio y otra su atendibilidad (sic). Porque las manifestaciones sean del propio mando sancionador no dejan de ser valorables. Y valoradas pueden no resultar atendibles y sí las del inferior”.

### **E) Valor probatorio de las actas levantadas por los veedores: no es necesario que éstos se ratifiquen posteriormente en su declaración en el procedimiento sancionador para que el acta tenga valor de prueba**

SSTS de 15 y 22 de octubre de 2001 y 19 de julio de 2002, Sección Cuarta, Ar. 10190 y 9837 de 2002 y Ar. 8808.

### **F) Significado del valor probatorio de las actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social**

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

La STS de 22 de octubre de 2001, Sección Cuarta, Ar. 9878 de 2002, frente a otra línea jurisprudencial de discutible constitucionalidad muy utilizada en este ámbito de la inspección de trabajo, declara que:

“b) el valor probatorio de las actas elaboradas por los servicios administrativos de inspección, con el alcance que le otorga la jurisprudencia, puede ser eficaz para enervar el derecho a la presunción de inocencia, (pero) no debe confundirse con la presunción de validez de los actos administrativos (...). Lo que exige (...) el art. 24 CE no es negar todo valor probatorio a las actas, sino modular y matizar su eficacia probatoria (...). No gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el órgano jurisdiccional forme su convicción sobre una valoración razonada de (todas) las pruebas practicadas (...).

f) En el ámbito de la actividad sancionadora, el art. 38 (del Reglamento de procedimiento sancionador por infracción de Leyes Sociales), así como el art. 52.2 (de la Ley 8/1988, de 7 de abril), no otorgaba(n) a las actas de Inspección de Trabajo una veracidad absoluta e indiscutible, lo que no sería constitucionalmente admisible (...).

g) Así entendidos aquellos preceptos, la presunción de veracidad de las actas no supone, estrictamente, que se invierta la carga de la prueba, sino la necesidad de actuar contra el medio de prueba aportado por la Administración”.

Por el contrario, una muestra de esa otra línea jurisprudencial a la que nos hemos referido más arriba, puede encontrarse en las SSTSJ de Cataluña de 29 de noviembre de 2001, Sección Segunda, Ar. 643 de 2002, y de Aragón, de 23 de enero de 2002, Sección Cuarta, Ar. 661, donde se sigue afirmando que con el acta de inspección “entra en juego la inversión de la carga de la prueba (...), ya que el acta constituye por sí misma un documento de valor privilegiado”.

### G) Obtención de pruebas que suponen una limitación de derechos fundamentales

Un Oficial del Ejército del Aire es sancionado disciplinariamente por realizar actividad profesional como piloto de líneas aéreas privadas, encontrándose en la situación de excedencia voluntaria para el cuidado de hijos. El sancionado alega una vulneración del derecho a la intimidad por una comunicación de datos laborales de la Tesorería de la Seguridad Social dirigida al instructor del procedimiento disciplinario. Al respecto, la STS de 5 de junio de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 8131, reitera una jurisprudencia de interés general:

“la posibilidad de establecer límites a los derechos fundamentales y, concretamente al derecho a la protección de datos, cuando dicha limitación esté justificada en atención a otros derechos y bienes de relevancia constitucional que hay que proteger, (...) superior relevancia que tienen en el presente caso los intereses que afectan a la estructura de las Fuerzas Armadas en su aspecto de disciplina y mejor cumplimiento del desarrollo del ser-

vicio, impidiendo el incumplimiento por un militar de sus obligaciones”.

#### **H) La inadmisión de pruebas propuestas sólo ocasiona la nulidad de la sanción cuando genera indefensión**

Así lo declara, la STS de 13 de septiembre de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 8557. Más aún, la STS de 21 de octubre de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 9499, tras afirmar que una de las pruebas solicitadas por el reclamante en el procedimiento disciplinario era pertinente, aunque fue rechazada por el instructor, concluye que no procede anular la sanción pues no se ha producido una indefensión real y efectiva (los hechos sobre los que versaba dicha prueba, aunque sí aparecían en la propuesta de resolución no fueron tenidos en cuenta en la resolución definitiva).

#### **I) Se presume la imputabilidad mientras no conste ningún hecho o circunstancia con entidad bastante para eliminarla**

Así lo sostienen la STS de 23 de julio de 2002, Sección Séptima, Ar. 9471, y STSJ de Madrid de 13 de diciembre de 2001, Sección Novena, Ar. 783 de 2002.

#### **J) Prueba de cargo testifical practicada sin respetar el principio de contradicción: genera indefensión**

Un funcionario de la Administración local es sancionado disciplinariamente por transportar a cinco menores de edad en un vehículo municipal y facilitarles el acceso a una nave de la misma titularidad careciendo de permiso para ello y sin existir razón objetiva alguna que justificase tal comportamiento. Ha de advertirse la existencia de un proceso penal abierto contra el sancionado por posibles agresiones a estos menores. La única prueba de cargo consiste en una serie de declaraciones testificales de dos concejales y de los menores, de las cuales unas se practicaron antes de iniciarse formalmente el procedimiento y en ausencia del imputado, y las otras ya en el seno del procedimiento, pero sin dar ocasión al sancionado a intervenir a fin de poder preguntar a los testigos que le acusaban. Ante esto, la STSJ de Castilla-La Mancha de 1 de julio de 2002, Ar. 878, anula la sanción impuesta por la indefensión sufrida por el supuesto infractor ya que “un interrogatorio que no sea contradictorio no puede considerarse una prueba válidamente realizada”. “Resulta inconstitucional el que, imputándose una infracción sobre la base fundamental y esencial de determinada prueba testifical, no se permita al interesado intervenir en la práctica de la misma y estar presente a fin de repreguntar a los testigos sobre cuyas imputaciones se sustenta la Administración”.

#### **K) La información reservada no tiene valor probatorio**

Su finalidad es la de determinar si existe base para la incoación del correspondiente expediente sancionador, pero “su contenido, no ratificado, no puede ser utilizado como medio probatorio en el expediente gubernativo ni —es obvio— por el Tribunal juzgador”. STS de 1 de julio de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 8215.

### **10. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### A) Día inicial y día final del plazo máximo de duración del procedimiento sancionador

Reitera la STS de 28 de junio de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 5884, que el *dies a quo* “es aquel en que se dio la orden de proceder”, y que el *dies ad quem* “no es el de la fecha de la resolución sancionadora que pone fin al procedimiento, sino el de la notificación de la misma (al sancionado)”. Lo mismo afirma las SSTS de 15 y 22 de octubre de 2001, Sección Cuarta, Ar. 10190 y Ar. 9837 de 2002, matizando que el día inicial no es “aquel en que el Consejo Regulador ordenó la incoación del expediente, sino aquel en que formalmente se inició el expediente sancionador”.

### B) Los documentos del procedimiento caducado pueden fundamentar la iniciación e integrar el nuevo expediente sancionador

“El acuerdo de reiniciar el expediente puede y debe fundarse en los mismos documentos que, con el valor de denuncia, determinaron la iniciación del expediente caducado”. De otro lado, la caducidad no determina la falta de efectos de las actas, informes y documentos que se incorporarán al nuevo procedimiento, quedando sujetos “al régimen y efectos de éste” (SSTS de 15 y 22 de octubre de 2001, Sección Cuarta, Ar. 10190 y Ar. 9837 de 2002).

### C) Aplicación supletoria de la LAP a los procedimientos disciplinarios

La empresa contratista del servicio público de limpieza urbana de la ciudad de Almería es sancionada por el Ayuntamiento por infracción muy grave del Pliego de Condiciones Particulares consistente en la paralización de la prestación del servicio contratado. Alega la recurrente sancionada la caducidad del procedimiento sancionador, pretensión que es estimada por la STSJ de Andalucía (Granada) de 8 de julio de 2002, Ar. 863, con los siguientes argumentos: “no puede ignorarse el criterio de la plena aplicabilidad (...) del art. 43.4 Ley 30/1992, en su primitiva redacción –aplicable al caso–, ya que nada en contra ha de suponer para ello la dicción literal de la Disposición Adicional Octava de la propia Ley, de la que únicamente se ha de desprender la inaplicabilidad de los dictados de la Ley referidos a la potestad sancionadora, pero no del resto de su normativa general, y, concretamente, del art. 43.4 –que, junto con el art. 42.2, que también considera aplicable el Tribunal– ha(n) de tenerse por supletorio(s)”. No deja de ser llamativo el razonamiento de la Sala, pues la mencionada Disposición Adicional Octava establece expresamente que “los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto (...) de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual se regirán por su normativa específica, *no siéndole de aplicación la presente Ley*” (la cursiva es nuestra). Sólo más tarde, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, establece para los procedimientos disciplinarios del personal al servicio de la Administración del Estado (obsérvese la limitación del ámbito material), que se regirán supletoriamente por las normas de los Títulos Preliminar, I, II, III, IV (aquí el art. 44.2), V, VII, VIII y X.

## 11. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO: PROPORCIONALIDAD,

## CRITERIOS DE GRADUACIÓN, INDIVIDUALIZACIÓN

### A) Diferencia entre proporcionalidad e individualización de la sanción

Existe una línea jurisprudencial que tiende a delimitar el ámbito de actuación de cada una de estas reglas. Así, “La proporcionalidad es cometido que incumbe esencialmente al Legislador en su función creadora del derecho, mientras que la individualización es más propia de los órganos de aplicación de las normas (STS de 24 de septiembre de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 8700 de 2002). Avanzando un paso más, la STS de 23 de septiembre de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 8165, distingue entre la proporcionalidad que “juega como regla de elección de la más adecuada entre las posibles sanciones a imponer a la conducta contemplada, de tal forma que lo determinante de dicha elección será precisamente la entidad y circunstancias de la infracción genéricamente contemplada” y la individualización de la sanción que “no es más que la singularización del caso o especificación de circunstancias humanas, profesionales y ambientales que concurren, ajustando la sanción, ya valorada según criterio de proporcionalidad al caso particularizado”. O dicho de otro modo: “El ajuste entre la sanción y el hecho con relevancia disciplinaria se obtiene —primero— en función de la proporcionalidad, según el catálogo de las sanciones previstas por el legislador eligiendo la que se considere más adecuada para la corrección del hecho; mientras que mediante la individualización se concreta su duración o alcance —cuando éste es modulable—, atendidas las circunstancias (...) subjetivas que afecten al autor (STS de 24 de septiembre de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 8700 de 2002). En parecidos términos, la STS de 4 de julio de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 8695 de 2002.

### B) Circunstancias que no excluyen la imputabilidad pero que se consideran como atenuantes

El alcoholismo (STS de 10 de julio de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 8696 de 2002); el padecimiento de una depresión (STS de 8 de noviembre de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 9863); o el “retraso mental ligero” sufrido por el sancionado, responsable de una infracción muy grave tipificada en la Ley de Protección de los Animales Domésticos, en concreto, el ahorcamiento de un perro (STSJ de Madrid de 30 de abril de 2002, Ar. 856).

## 12. RESOLUCIÓN SANCIONADORA: ALCANCE DE LA MOTIVACIÓN

La STS de 14 de octubre de 2002, Sección Quinta, Ar. 9375, afirma que “(no) se puede equiparar con éxito la motivación de una sentencia judicial con la motivación de un acto administrativo, aunque éste sea sancionador”.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR  
 MANUEL IZQUIERDO CARRASCO  
 MANUEL REBOLLO PUIG

**VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Alcance de la garantía patrimonial.** A) Naturaleza y alcance de las limitaciones impuestas por la legislación de carreteras sobre la propiedad privada a efectos indemnizatorios: doctrina general. **3. Causa y objeto de la expropiación.** A) Análisis del supuesto de incoación *ope legis* del expediente expropiatorio, a instancias del interesado, de conformidad con el art. 69 del TRLS de 1976: inaplicación en este caso del principio *cessante causa cessa effectus* para entender desaparecida la *causa expropriandi*. B) Objeto de la expropiación: para entenderse implícita la necesidad de ocupación el proyecto de obras a ejecutar debe contener una descripción detallada de los bienes y derechos a expropiar que abarque los aspectos materiales y jurídicos de los mismos. **4. Procedimiento expropiatorio.** A) La nulidad del procedimiento expropiatorio por falta de causa acarrea la nulidad de todos los actos subsiguientes. B) Proyecto de obras de construcción de autovía que no fue objeto de información pública ni contenía estudio de impacto ambiental. Consecuencias de la nulidad de las actuaciones que causan indefensión cuando se trata de una obra ya ejecutada: cálculo de la indemnización procedente. **5. Determinación del justiprecio.** A) Análisis de la competencia y del procedimiento para fijar el justiprecio expropiatorio de bienes integrantes del patrimonio histórico-artístico. B) La valoración por mutuo acuerdo no puede ser tenida en cuenta a efectos de fijar el justiprecio de otras fincas como si se tratase de un precio de compraventa a los efectos del artículo 38.2 de la LEF. C) Vocal técnico del Jurado expropiatorio: procedencia del inicialmente designado con independencia de que en el justiprecio hayan de valorarse aspectos accesorios distintos de los que constituyen su ámbito profesional.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Se comenta en esta crónica la doctrina más destacada del medio centenar de pronunciamientos correspondientes a los dos últimos trimestres del año 2002. En esta ocasión no puede decirse que haya doctrina realmente novedosa, aunque sí merecen destacarse los

dos pronunciamientos que cuentan con votos particulares: el que se comenta en relación al procedimiento especial que la LEF contempla para fijar el justiprecio de los bienes que integran el patrimonio histórico-artístico, y el que se comenta al final de la crónica en relación con la composición del Jurado Provincial de Expropiación. El primero de ellos tiene interés en orden a fijar el alcance de las indemnizaciones y la competencia del órgano técnico que designa la LEF para determinar el justiprecio de los bienes con valor histórico-artístico; el segundo porque la argumentación del voto particular se desarrolla sobre un problema procesal de primera magnitud, cual es el alcance de la competencia casacional. Junto a estos pronunciamientos también destaca la sentencia que se comenta en primer lugar de la crónica, en el epígrafe relativo al alcance de la garantía patrimonial, porque es todo un ejemplo de doctrina jurisprudencial en torno a la espinosa cuestión de la procedencia de indemnizar o no las limitaciones que la legislación sectorial impone a las propiedades privadas colindantes con el dominio público.

## 2. ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

### **A) Naturaleza y alcance de las limitaciones impuestas por la legislación de carreteras sobre la propiedad privada a efectos indemnizatorios: doctrina general**

Es habitual que la legislación sobre bienes de dominio público imponga, a fin de proteger y garantizar la integridad de dichos bienes, ciertas “limitaciones y servidumbres” a los terrenos colindantes con los mismos. Como se aprecia en la legislación de aguas, costas, ferrocarriles o carreteras, dichas “limitaciones y servidumbres” consisten, por lo general, en restricciones de uso de la propiedad privada que se gradúan de forma zonificada en función de su mayor o menor proximidad al dominio público. La mayor proximidad al dominio público determina que los terrenos colindantes queden afectados por una “zona de servidumbre” que no supone la imposición, en puridad, de verdaderos gravámenes o derechos reales limitados de servidumbre sino de meras “delimitaciones” no indemnizables del derecho de propiedad que tienen encaje en el art. 33.2 de la CE; lo cual no impide que sobre dichas zonas puedan eventualmente imponerse auténticas servidumbres administrativas (u otras limitaciones, como las ocupaciones temporales) que sí darían derecho a indemnización. Es más, como explicábamos en el núm. 18 de esta Revista (págs. 168 a 170), esta posibilidad potencial es la que explica el verdadero sentido de su designación como “zonas” de servidumbre, es decir, como terrenos especialmente destinados para ser gravados por alguna servidumbre pública que, llegado el caso, necesitará de un acto expreso de constitución. Esta importante precisión semántica es capital para distinguir cabalmente los conceptos de “limitaciones” y “servidumbres” que comúnmente utiliza la legislación demanial, así como para definir cabalmente la naturaleza jurídica de las “verdaderas” servidumbres administrativas y sentar las bases teóricas que permitan encuadrar el problema práctico de la indemnización.

## VIII. Expropiación Forzosa

En este sentido, la STS de 20 de junio de 2002, Ar. 7974, constituye todo un ejemplo doctrinal y un excelente análisis teórico del problema que acaba de apuntarse (no en vano, su ponente es el catedrático de Derecho Administrativo y Magistrado Sr. D. Francisco González Navarro). La sentencia resuelve una reclamación patrimonial planteada a resultas de la implantación de una vía rápida cuyas “zonas de servidumbre y afección” anejas habían mermado, a juicio del reclamante, el valor de la finca afectada, ocasionándole un daño singularizado, real y efectivo que debía ser indemnizado. Pero más allá de la solución del análisis concreto y de la solución alcanzada en el caso, lo más destacable del pronunciamiento que se comenta es el análisis de los términos legales que enmarcan la cuestión y de las consecuencias que de ello se derivan, que constituye la doctrina general que sienta la sentencia y a la que limitaremos nuestro comentario.

Como es sabido, la zona de servidumbre en las carreteras comprende dos franjas de terreno a ambos lados de las mismas, delimitadas interiormente por la zona de dominio público que define el art. 21 de la Ley de Carreteras (cuya extensión es de ocho metros de anchura en autopistas, autovías y vías rápidas y tres metros en el resto de carreteras) y exteriormente por dos líneas paralelas a las aristas exteriores de la explanación a una distancia de veinticinco metros en autopistas, autovías y vías rápidas y de ocho metros en el resto de las carreteras (art. 22.1 de la Ley de Carreteras) medidos desde dichas aristas. Por su parte, la llamada “zona de afección” consiste en sendas franjas de terreno a ambos lados de la carretera que se delimitan interiormente por la zona de servidumbre y, exteriormente, por dos líneas paralelas a la arista exterior de la explanación a una distancia de 100 metros en autopistas, autovías y vías rápidas y de 50 metros en el resto de las carreteras (art. 23.1 Ley de Carreteras). Junto a ello, la Ley de Carreteras prevé el establecimiento de una “línea límite de edificación”, desde la cual queda prohibida cualquier construcción, que se sitúa a 50 metros en autopistas, autovías y vías rápidas y a 25 metros en el resto de las carreteras, y medida, en ambos casos, a partir de la mencionada arista exterior de la explanación.

Tras el análisis pormenorizado de este grupo normativo, la sentencia denuncia la ambigüedad que supone el empleo de los términos “limitaciones y servidumbres” en la Ley y, por ello, eleva el tono teórico del problema para situarlo en sus justos términos y hacer las precisiones conceptuales que resultan necesarias para la adecuada comprensión del problema. Y así se dice que:

“Es necesario distinguir, en efecto, estos conceptos:

a) delimitación: definición o configuración del contenido interno de un derecho, consustancial a la propiedad como a cualquier otro derecho pues no cabe hablar de derechos ilimitados, pues admitir la mera hipótesis de un derecho ilimitado es tanto como admitir la sujeción de todos los demás a ese otro omnipotente y avasallador; b) la limitación *stricto sensu* que es la reducción del contenido normal de un derecho previamente delimitado, definido o configurado; c) la privación de un derecho, que supone un ataque directamente dirigido contra el mismo con el propósito de producir una intervención mutiladora no exigible por no existir una obligación previamente constituida; d) la lesión antijurídica de un derecho derivada de una actuación administrativa cuya finalidad no era la de causar el daño que se produjo a ese derecho.

En el primer caso tenemos la definición, el diseño, la configuración del contenido normal de un derecho; en el segundo caso tenemos una reducción de ese contenido normal; en el tercer caso tenemos un supuesto de expropiación; en el último estamos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial.”

Por lo que se refiere al caso debatido, el Tribunal Supremo afirma que su solución depende precisamente de la calificación que merezca la intervención legal a la que se imputa el daño, para lo cual es clave distinguir si en el supuesto examinado estamos ante una “delimitación” o una “limitación” del derecho de propiedad. En este sentido, la sentencia aclara que:

*“La Ley de Carreteras habla genéricamente de limitaciones (...) pero ese significante tiene en la Ley un doble significado, pues unas veces está designando el contenido normal del derecho de propiedad (no hay derecho a indemnizar) y otras veces está nominando una verdadera limitación que, como tal es indemnizable” (la cursiva es textual).*

Hecha esta importantísima precisión, la sentencia afirma que el establecimiento de las zonas de servidumbre y afección que se opera ministerio legis son supuestos de “delimitación” del derecho no indemnizables. Sin embargo, otras “limitaciones” igualmente previstas en la Ley, como las ocupaciones temporales o los daños y perjuicios que pudiera ocasionar el uso de la zona de servidumbre, sí serían “limitaciones stricto sensu”, reducciones del contenido normal del derecho de propiedad previamente delimitado que por lo tanto serían indemnizables.

Delimitación y limitación son, por tanto, conceptos distintos, pues –como la propia sentencia aclara– el primero engendra indemnización y el segundo no. No obstante, importa destacar que la sentencia señala que ambos conceptos “tienen en común la nota de la generalidad, frente a la expropiación y a la responsabilidad extracontractual que tienen en común entre sí la nota de la singularidad (de ‘privación singular’ habla el art. 1 de la LEF)”. De esta forma, y desde la perspectiva de la intervención legal sobre la propiedad (dejando a un lado la cuestión de los daños que pueda causar la actuación administrativa en el marco del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos), el Tribunal Supremo parece situar la noción de “limitación” como un *tertium genus* entre las delimitaciones legales derivadas de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE) y las privaciones expropiatorias (art. 33.3 CE). *Tertium genus* que, pese a no aparecer en los dos supuestos contemplados en el art. 33 de la Constitución referidos, ha sido detectado por un sector doctrinal como un supuesto indemnizatorio derivado de intervenciones legislativas (de ahí su carácter general) que, sin ser materialmente expropiatorias o mutiladoras de todo o parte del derecho, pueden generar un derecho a indemnización cuando en su aplicación práctica producen un daño singularizado.

## VIII. Expropiación Forzosa

### 3. CAUSA Y OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

#### A) Análisis del supuesto de incoación *ope legis* del expediente expropiatorio, a instancias del interesado, de conformidad con el artículo 69 del TRLS de 1976: inaplicación en este caso del principio *cessante causa cessa effectus* para entender desaparecida la *causa expropriandi*

La regulación urbanística sobre obtención de sistemas dotacionales prevé la posibilidad de que el propietario de los terrenos que hayan de obtenerse por expropiación (por no entrar en las operaciones de equidistribución de cargas y beneficios en la unidad o polígono en el que se encuentren; es decir, cuando se trata de “actuaciones asistemáticas”) pueda instar la expropiación de sus terrenos. A tal fin, los propietarios podrán dirigirse a la Administración competente una vez que transcurran cinco años desde la aprobación del plan correspondiente, manifestando su propósito de iniciar el expediente de justiprecio. Si transcurren dos años más desde que se efectúe esta advertencia sin que la Administración emprenda la expropiación, el citado expediente se entenderá iniciado “por ministerio de la Ley” a partir del momento en que el interesado presente su hoja de aprecio. Transcurridos tres meses sin que la Administración acepte dicho aprecio, podrá el interesado dirigirse directamente al Jurado Provincial de Expropiación para que fije el justiprecio (art. 69 TRLS de 1976, que recobró vigencia tras la anulación del art. 202 del TRLS de 1992 por la STC 61/1997).

La STS de 24 de octubre de 2002, Ar. 10.163, analiza el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra la desestimación en instancia del recurso contencioso-administrativo que dicho Ayuntamiento interpuso frente al acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación que justipreciaba, a instancias del interesado, unos terrenos sujetos al procedimiento del art. 69 del TRLS que acabamos de describir. La pretensión del Ayuntamiento se basa en la desaparición de la *causa expropriandi* (ex arts. 9 y 10 de la LEF), dado que —a juicio del recurrente— la alteración del planeamiento subsiguientemente acordada “elimina los efectos del instituto expropiatorio”.

El Tribunal Supremo rechaza este motivo casacional afirmando que, aun cuando:

“Es cierto que como sostiene la Sentencia de 28 de octubre de 1986, que el recurrente cita, es aplicable al campo del Derecho Administrativo el principio de *cessante causa cessa effectus*, lo que da lugar, entre otros supuestos, en el concreto ámbito expropiatorio, al instituto de la reversión, pero ello no supone que pueda quedar en manos de la Administración la posibilidad de que iniciado por imperio de la Ley el expediente expropiatorio en base al artículo 69 de la Ley del Suelo de 1976 la Administración pueda dejar sin contenido el derecho a ser expropiados de los titulares de un terreno que, con arreglo a su calificación urbanística no sea edificable por los propietarios ni haya de ser objeto de cesión obligatoria, transcurridos tres años desde el inicio del expediente expropiatorio de modo que la expropiación no se lleve a cabo simplemente por la dilación del procedimiento iniciado por ministerio de la Ley y modificando el planeamiento (...)”.

Otra cosa supondría dejar en manos de la Administración la posibilidad de vaciar de contenido el art. 69 del TRLS de 1976, lo que supondría jurídicamente un fraude de Ley;

máxime cuando en el caso de autos el planeamiento que motiva la expropiación era aplicable desde 1982, el propietario manifestó su voluntad de iniciar el expediente expropiatorio en 1984 y, ante la pasividad del Ayuntamiento, dicho expediente se inicia ministerio legis en 1987, mientras que el cambio de planeamiento acontece en 1990. Por lo que, como afirma la sentencia, “la concurrencia de la *causa expropriandi* en casos como el que nos ocupa debe referirse a la fecha de inicio del expediente expropiatorio”.

**B) Objeto de la expropiación: para entenderse implícita la necesidad de ocupación el proyecto de obras a ejecutar debe contener una descripción detallada de los bienes y derechos a expropiar que abarque los aspectos materiales y jurídicos de los mismos**

La STS de 23 de julio de 2002, Ar. 8638, analiza el recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento contra la sentencia de instancia que estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por un propietario frente al Acuerdo municipal por el que se declaraba la necesidad de ocupación de sus terrenos para la apertura de una nueva calle. En la formulación de su recurso, la representación del Ayuntamiento sostiene la excepción procesal fundada en que el acto impugnado era de mero trámite, además de ser firme y consentido. Así, según la Corporación recurrente, el acuerdo que resolvió iniciar el expediente expropiatorio y solicitar a la Comunidad Autónoma competente la declaración de la urgente ocupación no es susceptible de impugnación, por cuanto se trataba de un acto de trámite que se limitaba a disponer la iniciación del expediente expropiatorio de la finca afectada para proceder a su ocupación a fin de ejecutar el proyecto de obra de apertura y urbanización de la mencionada calle, cuya declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación ya estaba implícita en la aprobación de las Normas subsidiarias del planeamiento, por lo que el acuerdo de ejecución era —a juicio de la Corporación recurrente— un acto firme y consentido.

El Tribunal Supremo rechaza la excepción procesal alegada recordando que aunque es cierto que la ley prevé determinadas exclusiones al trámite de la necesidad de ocupación, siendo una de ellas el supuesto de que el proyecto de obras o servicios a ejecutar contemple la descripción detallada de los bienes y derechos a expropiar (art. 17 de la LEF), también es cierto que la jurisprudencia viene reclamando que dicha descripción comprenda tanto los aspectos materiales como jurídicos de dichos bienes y derechos, a fin de que esas declaraciones implícitas de la necesidad de ocupación no puedan entrañar menoscabo de las garantías de los expropiados. Circunstancias que no se dan en el caso enjuiciado, pues el acto impugnado acordó iniciar el expediente expropiatorio respecto de doscientos ochenta metros cuadrados, frente a los doscientos treinta y ocho metros cuadrados previstos en el proyecto de obra que sirvió de base y fundamento de la expropiación cuya causa legitimadora se sustentaba en las Normas Subsidiarias antes mencionadas. Por ello, la sentencia declara que el acuerdo debatido:

“no es ni reproductor de otros anteriores ni es de trámite, pues no sólo la propia Corporación que aduce esas excepciones marcó el camino a seguir al expropiado, instruyéndole de los recursos que contra el mismo procedían, por lo que queda mal parado el

## VIII. Expropiación Forzosa

principio *venire contra factum proprium non valet*, sino que el propio contenido del acuerdo impugnado abona la tesis contraria a la sustentada por la Administración recurrente, pues fija una mayor superficie a la señalada en el proyecto”.

### 4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

#### A) La nulidad del procedimiento expropiatorio por falta de causa acarrea la nulidad de todos los actos subsiguientes

La STS de 27 de julio de 2002, Ar. 8640, reitera la consolidada doctrina jurisprudencial según la cual la impugnación en sede jurisdiccional del acuerdo de fijación del justiprecio de los bienes expropiados puede ser un momento procesal oportuno para aducir, como motivo determinante de la anulación del justiprecio, la nulidad del procedimiento por falta de causa cuestionando el expediente expropiatorio —como sucede en el caso— por razones que afectan al acuerdo de necesidad de ocupación, ya que la nulidad de éste acarrea la de todos los actos subsiguientes realizados a su amparo y, en concreto, la del acuerdo de justiprecio, como se deduce del art. 126.3 de la LEF. En la misma línea, la STS de 18 de octubre de 2002, Ar. 10183, recuerda la aplicación de idéntica doctrina y consecuencia en los casos de impugnación del justiprecio que fundan la nulidad de éste en la falta de la declaración de utilidad pública de la obra proyectada que motivó la expropiación, que es —junto a la necesidad de ocupación— el otro requisito procedimental atinente a la causa de la expropiación.

#### B) Proyecto de obras de construcción de autovía que no fue objeto de información pública ni contenía estudio de impacto ambiental. Consecuencias de la nulidad de las actuaciones que causan indefensión cuando se trata de una obra ya ejecutada: cálculo de la indemnización procedente

En relación también a las consecuencias de la omisión o la nulidad de trámites esenciales merece especial comentario la STS de 29 de octubre de 2002, Ar. 10186, que resuelve el recurso de casación formulado contra la sentencia que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra los acuerdos del Jurado de Expropiación Forzosa que fijaron el justo precio correspondiente a los bienes expropiados para la ejecución de las obras de construcción de un tramo la Autovía de Extremadura en el que había una concesión minera para la explotación de la cantera de granito. La empresa concesionaria de la explotación aducía en el proceso de instancia, sustancialmente y en síntesis, que el procedimiento expropiatorio tramitado incidía en nulidad radical —rechazada por el Tribunal *a quo*—, por cuanto no se había llevado a cabo la información pública preceptiva establecida en el art. 18 de la LEF, para declarar la necesidad de ocupación, ni incorporado al Proyecto de Obras, determinante de la expropiación, el exigido Estudio de Impacto Ambiental por los arts. 9 de la Ley de Carreteras 25/1988, de 29 de julio, y 1 del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, sobre Evaluación de Impacto Ambiental.

A tenor de la gravedad del defecto denunciado, el Tribunal Supremo declara haber lugar a la casación planteada afirmando que:

“La omisión del trámite de información pública del Proyecto de Obras (...) determina la concurrencia en el expediente expropiatorio de un defecto o vicio procedimental trascendente, determinante de la nulidad de actuaciones pretendida en la demanda, pues la aprobación de los Planes y Proyectos, exige la previa información pública, prevista y establecida en tesis general en el artículo 18 de la Ley de Expropiación Forzosa para poder resolver posteriormente en orden a la necesidad de ocupación, cual se determina en el artículo 20 del propio texto legal, pues sólo a través de aquélla tienen los interesados la posibilidad de discutir la localización de la obra efectuada por la Administración y proponer, en su caso, alternativas, sin que la norma inserta en el artículo 52.1ª altere la constatada exigencia legal, reiterada en los artículos 56.1 del Reglamento de la Ley de Expropiación y 10.4 de la Ley de Carreteras 25/1988, de 29 de julio, aplicable al caso actual (...), debiendo finalmente advertir, que el criterio expuesto no es sino reiteración del que venimos uniformemente proclamando en esta Sala y que la doctrina (...) de la ‘moderación con que ha de ser aplicada la teoría jurídica de las nulidades...’, deviene de todo punto inaplicable en supuestos como el presente en que resultan concurrentes defectos ciertamente trascendentes en cuanto susceptibles de causar indefensión, al no poder rebatir la solución adoptada por la Administración, cuya actuación definitiva será por tanto y en suma ilegal y equiparable a la vía de hecho.

En idéntico sentido (...) el artículo 9 de la precitada Ley de Carreteras 25/1988, exige imperativamente para los proyectos de autopistas y autovías que supongan un nuevo trazado –cual ocurre con la Autovía de Extremadura–, la ‘correspondiente evaluación del impacto ambiental’, es de observar además que el artículo tres del Real Decreto Legislativo de 28 de junio de 1986 abunda en idénticas determinación y exigencia, al establecer que ‘el estudio de impacto ambiental será sometido dentro del procedimiento aplicable para la autorización o realización del proyecto a que corresponda y, conjuntamente con éste, al trámite de información pública...’, resultando desde luego y en consecuencia inoperante la evaluación primaria que se hiciera con ocasión del Estudio Informativo, puesto que en todo caso la exigencia destacada se encuentra conectada con relación al verdadero y concreto Proyecto aprobado.”

La estimación del recurso de casación que deriva de lo anterior obliga al Tribunal Supremo a resolver el caso enjuiciado. En este sentido, dado que no resulta procedente la retroacción de las actuaciones anuladas al momento en el que se cometieron los vicios determinantes de la nulidad, pues la autovía estaba ejecutada y en funcionamiento, el Tribunal acuerda la procedencia de compensar a los expropiados mediante una indemnización que ha de abarcar –según doctrina jurisprudencial consolidada– el justo precio de los terrenos ocupados y de los cerramientos, así como la compensación correspondiente por la cantera existente en aquélla, de la cual era concesionaria la sociedad recurrente, y por los perjuicios causados por la división de la finca, y, junto a ello, se reconoce una indemnización de daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la

## VIII. Expropiación Forzosa

ilegal actuación de la Administración (equiparable a la vía de hecho) que, con arreglo a criterios ya establecidos por el Tribunal Supremo, supone incrementar las cantidades fijadas anteriormente con el veinticinco por ciento.

### 5. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

#### A) Análisis de la competencia y del procedimiento para fijar el justiprecio expropiatorio de bienes integrantes del patrimonio histórico-artístico

La STS de 25 de septiembre de 2002, Ar. 9781, resuelve el recurso de casación para la unificación de la doctrina interpuesto por la propietaria de unas parcelas del término municipal de Azuara (Aragón) que resultaron expropiadas como consecuencia del descubrimiento, por parte del aparcerero de las fincas, de determinados objetos y bienes de importante valor artístico, histórico y arqueológico. Dicho descubrimiento llevó más tarde al establecimiento permanente del yacimiento arqueológico denominado “Villa Romana de La Malena” y a la posterior declaración del mismo como Bien de Interés Cultural con la categoría de zona arqueológica (y, por ende, de carácter demanial) por Decreto 31/1992, de 17 de marzo, de la Diputación General de Aragón, en virtud de lo dispuesto por el art. 37.3 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español.

El objeto del recurso contencioso-administrativo cuya resolución judicial dio lugar al recurso de casación fue la resolución del Jurado Provincial de Expropiación Forzosa de Zaragoza que fijó el precio de las parcelas expropiadas pero no del yacimiento que éstas albergaban, por entender el órgano tasador que su competencia se ceñía a la valoración de los terrenos expropiados, sin alcanzar a los bienes de valor arqueológico que, en su caso, deberán ser tasados por la Comisión a que se refieren los arts. 78 y concordantes de la LEF. La sentencia de instancia desestimó el recurso interpuesto contra la resolución del Jurado y, frente a ella, la propietaria plantea la vía casacional extraordinaria para la unificación de la doctrina en la que esgrime tres sentencias de contraste: la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1987, sobre el descubrimiento y valoración de la “Dama de Baza”; la de 17 de enero de 1992, cuyo antecedente fáctico es el hallazgo de un mosaico romano perteneciente a una villa romana, y la de 5 de diciembre de 1990, que revisó el justiprecio expropiatorio de los terrenos y los bienes artísticos del llamado “Palacio de Riquelmo” de Jerez de la Frontera.

A tenor de dichos pronunciamientos, la recurrente sostiene que la sentencia de instancia infringió el art. 44.3 de la Ley de Patrimonio histórico-artístico, según el cual ‘el propietario del terreno donde se encuentren restos arqueológicos tiene derecho a la mitad del valor que en tasación legal se le atribuya’. Sin embargo, el Tribunal Supremo declara no haber lugar a la casación planteada por no darse en el recurso la triple identidad que la Ley demanda entre las sentencias de contraste y la que ahora se recurre, pues si bien ésta versó sobre la expropiación de unas fincas rústicas en las que se halla un yacimiento arqueológico lo cierto es que la parte dispositiva de la sentencia recurrida, en congruencia con lo postulado por la demandante en el ‘petitum’ de su demanda, versó sobre el expe-

diente administrativo seguido por la Diputación General de Aragón para la expropiación de las parcelas afectadas por el yacimiento arqueológico (del que el recurrente denunciaba la ilegalidad de sus fases o piezas separadas, de previa declaración de utilidad pública o interés social, necesidad de ocupación, declaración de urgente ocupación, pago y toma de posesión y fase de justiprecio, que concluyó mediante resolución del Jurado de Expropiación de Zaragoza), pero no sobre la valoración del yacimiento en sí. Por el contrario, las sentencias que sirven como término de comparación a la recurrida trataron sobre el *quantum* indemnizatorio del justo precio señalado por la Comisión pericial a que hace referencia el art. 78 de la LEF, o sobre la desestimación en vía administrativa del recurso deducido por el descubridor al discrepar del premio concedido.

Para el Tribunal Supremo no existe, por lo tanto, antinomia jurídica entre la sentencia recurrida y las que se citan como elemento de contradicción, pues las pretensiones son distintas: en el caso de autos se pretende la nulidad del expediente y se discute el justiprecio establecido por el Jurado para las fincas que albergan el yacimiento; mientras que en las sentencias de contraste se discute la valoración de los bienes históricos o la valoración del premio al descubridor. Esta última cuestión, planteada ahora en casación, es considerada improcedente por el Tribunal Supremo que, sin embargo, señala que “el premio en metálico al descubridor o al propietario del terreno que puede reclamar la recurrente, siempre podrá ser acordado previa la tramitación del expediente especial que contemplan los arts. 76 y siguientes de la Ley de Expropiación Forzosa”, con lo que acaba reenviando al reclamante a dicha vía para solventar esas cuestiones.

La sentencia cuenta con un largo y muy argumentado voto particular que suscribe el Magistrado D. Francisco González Navarro, al que se adhiere el Magistrado D. Ernesto Peces Morate, en el que se discrepa de la solución desestimatoria de la Sala por la que se niega identidad sustancial entre la sentencia impugnada y las de contraste. Frente a la mayoría de la Sala, los Magistrados discrepantes entienden que dicha identidad sí se da en el caso, pues lo que el recurrente ha planteado desde el origen –aunque de forma confusa– es la de que la Diputación aragonesa le abone el justiprecio de lo que constituye el objeto de la expropiación, que es doble: por un lado el yacimiento arqueológico, y por otro la finca en que dicho hallazgo arqueológico se encuentra ubicado, finca que se le expropia precisamente porque en ella existe ese yacimiento.

La identidad sustancial entre la sentencia impugnada y la que dictó el Tribunal Supremo en el caso de “la dama de Baza” les parece a los Magistrados que suscriben el voto particular “clara” y “patente”. En ambos casos se trata del hallazgo en una finca particular de un bien de valor artístico, histórico y arqueológico, que pasa a ser propiedad del Poder público (Administración del Estado en un caso y la Diputación foral de Aragón, en el otro); y tanto en un caso como en otro la parte recurrente solicita que se aplique el procedimiento previsto en los arts. 76 y siguientes de la LEF. Ciertamente es que en este caso, como la Diputación General de Aragón ha expropiado también las fincas en que se encuentra el yacimiento, se ha seguido el procedimiento común o general de la Ley de Expropiación Forzosa a fin de justipreciar las correspondientes parcelas. Pero es cuestión

## VIII. Expropiación Forzosa

que no afecta a la identidad de lo esencial, que es la expropiación de bienes cuyo justiprecio ha de adecuarse al procedimiento especial del Capítulo III, Título III, de la Ley de Expropiación Forzosa. Así, para los que suscriben el voto particular:

“Es claro que la sentencia impugnada debe ser anulada, porque no puede sostenerse su validez –como hacen tanto el Abogado del Estado como el Letrado de la Diputación General de Aragón– con el argumento de que el Jurado no tiene competencia para valorar los bienes arqueológicos de que se trata. Porque, aunque esto es cierto, y el Jurado obró correctamente al declarar (...) que la valoración de material arqueológico existente en las parcelas expropiadas rebasaba los límites de su competencia, ello no implica que la Administración pueda dejar de aplicar la legislación de Expropiación forzosa y la del Patrimonio histórico y que la Administración parezca haber olvidado que si las parcelas se han expropiado es porque en ellas existen esos bienes de valor arqueológico y no al revés.

Y porque esto es así, y porque ello ha supuesto privar a la parte recurrente del terreno del Bien cultural de que se trata y, además y por esa razón, de la finca en la que se halla el yacimiento, la Administración tiene el deber de justipreciar ambas clases de bienes.

De aquí que lo que debió hacerse es tramitar en expediente único el justiprecio de cada una de las dos diferentes clases de bienes, ante el órgano correspondiente en cada caso, notificando luego la resolución conjuntamente conteniendo ambas valoraciones.

Un antecedente de esta técnica de la tramitación unitaria de lo que se dio en llamar expedientes mixtos (técnicamente constituía un supuesto de acumulación obligatoria) lo encontramos en el art. 39 de la hoy derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

Pero es que, además, no se trata de aplicar analógicamente ese precepto, que hoy ya no está vigente, sino de aplicar las normas sobre acumulación de procedimientos administrativos (art. 73 de la Ley 30/1992) que reproduce, con ligeras diferencias de redacción, el art. 73 de la vieja Ley de Procedimiento Administrativo de 1958).

Y que esto tiene que ser así se confirma leyendo los arts. 76 a 81, LEF, en los que se contempla únicamente el procedimiento de justiprecio del bien histórico, artístico o arqueológico, y en los que no se hace mención alguna a la regulación específica para casos, como el que aquí nos ocupa, en que no sólo hay expropiación de un bien de esa naturaleza, sino también de la finca en la que el bien fue descubierto.

Y tampoco es de recibo que –por tramitar las expropiaciones de uno y otro objeto: bien arqueológico y finca que lo contiene– el justiprecio del primero se demore por años, como aquí está ocurriendo.

Hay técnicas en la legislación de procedimiento administrativo –como las dos citadas– que permiten operar de manera razonable. Y lo razonable es tramitar las dos expropiaciones y resolver conjuntamente.

Es necesario llamar la atención acerca de esa *remisión clarísima* que la parte recurrente hace en el *suplico* de su demanda al procedimiento expropiatorio especial previsto en el Título III, Capítulo III, de la Ley de Expropiación Forzosa.

Porque lo que está diciendo es que hay que valorar el hallazgo conforme a lo previsto en los arts. 76 a 80 de dicha Ley que tratan ‘De la expropiación de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico’. Podemos admitir que la redacción que emplea el recurrente no sea modélica, pero lo que pide está bien claro: que en el expediente se incluya el yacimiento arqueológico para ser valorado conforme a lo previsto en ese Capítulo III, es decir, siguiendo el procedimiento especial que allí se regula. Lo que se *está pidiendo es que se haga una valoración completa de los bienes que se expropian*, que no son únicamente los terrenos donde está ubicado el yacimiento, sino, además, ese yacimiento declarado bien cultural. Con la particularidad de que, si ha sido necesario expropiar los terrenos, es precisamente por el descubrimiento del bien arqueológico. Y la prueba de que no se pretende que el hallazgo arqueológico se valore por el Jurado es que se invocan expresamente los arts. 76 y siguientes de la LEF.

Y no cabe admitir que siempre queda abierta la puerta para que pueda tramitarse el oportuno expediente de justiprecio de esos arts. 76 y siguientes de la LEF. Como no basta con decir que en ningún momento la Sala cierra el paso a esa posibilidad con lo que, de hecho, se deja a salvo el principio o regla de la tutela judicial. Porque lo que es claro que esa tutela judicial no puede llamarse eficaz, porque el recurrente –después de haber transcurrido más de diez años desde que se produjo el hallazgo– se vería abocado a tener que iniciar un nuevo pleito” (la cursiva es textual).

Por todo ello, los discrepantes entienden que la sentencia impugnada debió ser anulada y que, en consecuencia, la Sala debió dictar sentencia sustitutoria estimando la pretensión del recurrente y valorando los bienes que conforman el yacimiento.

Esta interpretación más flexible de la legalidad, que economiza la actuación tasadora en un procedimiento expropiatorio especial como el que se dio en el caso, en el que han de intervenir dos órganos periciales de distinta competencia técnica (el Jurado de Expropiación y la Comisión evaluadora a la que se refiere el art. 78 de la LEF), está en línea con la interpretación extensiva que sobre la competencia de dicha Comisión hace la **STS de 16 de julio de 2002**, Ar. 7995. En este caso, referido a la valoración de las ruinas del Monasterio de Santa María de la Moreruela (Zamora), la tasación a efectos del justiprecio realizada por la referida Comisión técnica se extendió a la de los bienes y derechos de naturaleza rústica que formaban parte de la zona monumental expropiada; concretamente a la determinación del valor de los terrenos sobre los que se asentaban las ruinas monacales y de una servidumbre de paso con la que aquéllos estaban gravados. Según el Tribunal Supremo, la actuación de la Comisión está justificada en este caso porque su competencia se apoya en la dicción del art. 96 del Reglamento de la LEF, que extiende dicha peritación “a cuantos elementos, cualquiera que sea su naturaleza, hubieran justificado su peritación”. Siendo así que en el caso los terrenos constituían, junto a

## VIII. Expropiación Forzosa

las ruinas mencionadas, un todo unitario susceptible de valoración conjunta; y la servidumbre, por su parte, también pudo ser objeto de valoración en aplicación de los criterios de valoración de la LEF.

### **B) La valoración por mutuo acuerdo no puede ser tomada en cuenta a efectos de fijar el justiprecio de otras fincas como si se tratase de un precio de compraventa a los efectos del artículo 38.2 de la LEF**

La STS de 19 de septiembre de 2002, Ar. 8457, estima el recurso de casación planteado por un Ayuntamiento que recurrió la sentencia de instancia por entender que ésta infringía la doctrina del Tribunal Supremo —de la que hemos dado cuenta en otras ocasiones— que rechaza que a efectos de determinación del justiprecio pueda acudir a los precios establecidos por mutuo acuerdo en relación con otras fincas, dado que en tales acuerdos se tienen en cuenta consideraciones ajenas al estricto valor de los bienes expropiados según resultaría de la aplicación de las normas de valoración tanto urbanísticas como de la Ley de Expropiación Forzosa. Debe resaltarse, sin embargo, que el Tribunal *a quo* no desconocía tal doctrina jurisprudencial, que incluso llega a citar, aunque finalmente no la aplica al caso de autos por entender que los supuestos de mutuo acuerdo a los que acudió el perito judicial y que la sala de instancia aceptó eran supuestos de venta en los que la Administración actúa como comprador y se trataba, por tanto, de un criterio de valoración de las fincas expropiadas a tenor del art. 38.2 de la LEF.

No obstante, el Tribunal Supremo rechaza esa equiparación que hace la Sala de instancia entre el mutuo acuerdo y el precio de una compraventa para extrapolar dicho precio a efectos de valoración a fincas análogas que resultan expropiadas sin mutuo acuerdo. Así, según expresa la sentencia comentada:

“Es manifiesto que el instituto de la expropiación es radicalmente diferente en su naturaleza al contrato de compraventa, sin que la expropiación pierda tal condición por el hecho de que el justiprecio se fije por mutuo acuerdo. En la expropiación concurren razones de utilidad pública que condicionan o pueden condicionar el actuar de la Administración expropiante que puede encontrarse urgido por la necesidad de satisfacer aquella necesidad y, por otra parte, se da en el expropiado una situación condicionada por la fuerza del expediente expropiatorio que en todo caso determinará que se vea privado de su propiedad. No son, en consecuencia, los justiprecios establecidos por mutuo acuerdo el valor en venta a que se refiere el art. 38.2 de la LEF”.

### **C) Vocal técnico del Jurado expropiatorio: procedencia del inicialmente designado con independencia de que en el justiprecio hayan de valorarse aspectos accesorios distintos de los que constituyen su ámbito profesional**

La STS de 3 de junio de 2002, Ar. 8365, resuelve el recurso de casación interpuesto por una empresa de extracción de áridos contra la sentencia de instancia que estimó parcialmente del recurso que dicha empresa interpuso en su día contra el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación por el que se determinaba el justiprecio correspondiente a la expropiación de los terrenos propiedad de la empresa en los que ésta desarrollaba su actividad.

En uno de los motivos casacionales que estima el Tribunal Supremo, la recurrente alegaba la errónea interpretación que la sentencia de instancia hizo de los arts. 32.1.b) y 33.1 de la LEF en relación con el art. 105 del Reglamento de Carreteras de 1977, así como de la presunción de veracidad y acierto de los acuerdos del Jurado y la doctrina jurisprudencial, según la cual el justo precio en las expropiaciones es aquel que es suficiente para adquirir en el mercado otro bien análogo. La razón de este motivo es que el Tribunal *a quo* anuló el acuerdo valorativo del Jurado Provincial (en el que, entre otras partidas, se fijaba el justiprecio de tres caminos de acceso a la mina y uno a la fábrica), por no haber formado parte del mismo un Ingeniero de Caminos (único competente para valorar dichos caminos, según el Tribunal de instancia), reduciendo significativamente la valoración del Jurado en este punto y aceptando la que había considerado correcta el Jefe del Servicio de Carreteras de la Administración autonómica expropiante (que la sentencia de instancia califica de técnico con idoneidad para valorar caminos y carreteras).

El Tribunal Supremo considera incorrecta la interpretación del Tribunal de instancia porque el objeto de la expropiación era una finca en la que existía una explotación minera, siendo los accesos a ella un elemento accesorio para cuya valoración está plenamente capacitado el Ingeniero de Minas que, como vocal, intervino en el Jurado que fijó el justiprecio. En consecuencia, a juicio del Tribunal Supremo:

“La valoración de los accesos efectuada por el Jurado debería haber sido respetada salvo que la Sala sentenciadora hubiese explicado el error cometido por aquél al así proceder, explicación que en este caso no es otra que ‘la prevalencia del criterio de la Administración demandante’, cuyo técnico había valorado en la vía previa los accesos (...), pero sin tener en cuenta dicha Sala que la entidad titular de los bienes y derechos expropiados había presentado con su hoja de aprecio documentación comprensiva de un proyecto de acceso, elaborado por técnico competente y visado por el preceptivo Colegio, que contradice abiertamente la valoración realizada por el técnico de la Administración.

El Tribunal *a quo*, si consideraba excesivo el precio señalado a los cuatro caminos por el Jurado, debió explicar su razón de ciencia para así decidir, lo que, sin embargo, no hizo para limitarse a declarar erróneamente que del Jurado debería haber formado parte un Ingeniero de Caminos, a pesar de que la participación de un Ingeniero de Minas venía impuesta por los referidos arts. 32.1.b) y 33.1 de la Ley de Expropiación Forzosa.”

La estimación de este motivo de casación lleva al Tribunal Supremo a aceptar la valoración dada por el Jurado Provincial de Expropiación a los accesos, cantidad que debe incrementarse con el cinco por ciento por premio de afección.

La sentencia cuenta con un bien argumentado voto particular que formula el propio ponente, D. Agustín Puente Prieto, al que se adhiere el de D. José Manuel Sieira Míguez. Ambos Magistrados entienden que el motivo de casación que finalmente prosperó en los términos que hemos comentado constituía un mero alegato tendente a demostrar la insuficiencia de la valoración concedida por la Sala de instancia respecto a los accesos a

## VIII. Expropiación Forzosa

la finca. Y es que entendió el recurrente que el pronunciamiento de la sentencia recurrida que aprecia la indebida composición del Jurado es absolutamente conforme a Derecho por aplicación de lo dispuesto en los arts. 32.1.b) y 33.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, disintiendo del criterio de la Sala de instancia en cuanto que estima que no procedía tomar en consideración la valoración contenida en la hoja de aprecio de la Administración expropiante puesto que el Jurado —considera el recurrente— debía realizar una nueva valoración partiendo de su indebida composición original. A tal efecto suplica en su recurso que se retrotraigan las actuaciones para que se integre el Jurado con un vocal técnico Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos. Se trataba por lo tanto de examinar en casación la única cuestión planteada por el recurrente y que no es otra que la de si, como consecuencia de la indebida composición del Jurado, la Sala de instancia venía obligada a retrotraer las actuaciones administrativas reponiéndolas a la fase de fijación del justiprecio por el Jurado Provincial de Expropiación o, por el contrario, podía fijarse el justiprecio en vía jurisdiccional sin necesidad de retrotraer las actuaciones administrativas.

Para resolver esta cuestión, los Magistrados que suscriben el voto particular traen a colación la STC 135/1995, de 25 de septiembre, de la que se infiere que el principio de tutela judicial efectiva exige, en casos como el presente, que la sentencia anulatoria proceda a fijar el justiprecio, pues lo contrario supone provocar dilaciones innecesarias incompatibles con el citado derecho constitucional (criterio que, por otra parte, es el mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en base al principio de plenitud de jurisdicción predicable del orden contencioso-administrativo). Cuestión distinta es la de si el justiprecio fijado por la Sala *a quo*, que asume el establecido por la Administración en su hoja de aprecio, es o no conforme al art. 43 de la Ley de Expropiación Forzosa, pero tal cuestión no cable plantearla por infracción de los arts. 32 y 33 de la LEF que ninguna relación guardan con tal cuestión. A juicio de los Magistrados discrepantes, el tema podría tener la solución que le da la sentencia de casación si el motivo hubiera fundamentado la infracción de los preceptos aplicables al caso en el hecho de que la composición del Jurado, en contra de lo que afirmó la sentencia de instancia, era la correcta. Pero es precisamente la tesis contraria la que mantiene el recurrente en casación (y la que también sostuvo en la instancia), siendo asumido su planteamiento por la Sala *a quo* para dictar una sentencia estimatoria del recurso contencioso. No cabe por tanto sostener, como pudiera inferirse de la sentencia suscrita por la mayoría, que:

“la infracción que invoca el recurrente se deriva de la correcta composición del Jurado, simplemente porque tal afirmación no se ajusta a la realidad, en tanto que mantener que el Acuerdo del Jurado es nulo como consecuencia de su incorrecta composición, tesis esta que es la que sostiene el recurrente en casación, y a la vez afirmar que debe aplicarse la doctrina de presunción de acierto del Jurado y ratificar su acuerdo en cuanto a la valoración, es tanto como afirmar una cosa y la contraria, lo que por absurdo debe ser rechazado”.

En consecuencia, los Magistrados discrepantes consideran que la especial naturaleza del recurso de casación y el principio de especialidad de los motivos de casación reclamaban la desestimación del motivo planteado, sin que ello suponga que el Tribunal Supremo acepte el criterio de la sentencia recurrida por el que se amparó la valoración realizada

por la Administración. Sobre esta cuestión —afirman— la sentencia no debió pronunciarse, pues estaba obligada a atenerse a los concretos motivos casacionales invocados, sin poder revisar el pronunciamiento de instancia tal y como éste fue combatido. Actuando así, los Magistrados discrepantes creen que la sentencia de la mayoría incurre en contradicción con la propia petición del recurrente, al tiempo que desconoce la doctrina jurisprudencial sentada por la STS de 21 de marzo de 2000, Ar. 3689, según la cual el recurso de casación es un recurso extraordinario cuyo objeto viene limitado por los motivos esgrimidos por el recurrente.

Cabe añadir, finalmente, que la razón de fondo que parece animar a los Magistrados que suscriben el voto particular es la constante doctrina que el propio Tribunal Supremo mantiene sobre la inaplicación del principio *iura novit curia* en casación, habida cuenta que el Tribunal de casación no está llamado a buscar de oficio cuáles pueden ser los defectos jurídicos de la resolución impugnada, sino que debe limitarse a juzgar si subsiste el derecho del recurrente a obtener la anulación de la sentencia por los exclusivos defectos denunciados, pues lo contrario sería como anular una sentencia contra la que no se ha recurrido, juzgando una acción diversa de la hecha valer.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

**IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad. Responsabilidad de un Ayuntamiento por no proceder a la ejecución subsidiaria de obras de conservación de inmuebles. Obligación de reembolsar a los vecinos afectados los gastos efectuados para llevarlas a cabo por sí mismos. 3. Objetividad del sistema y nexos de causalidad.** A) Accidentes de menores, omisiones administrativas y falta de causalidad. Rectificación de las apreciaciones de los tribunales inferiores para no convertir el sistema administrativo en un seguro universal. B) Daños hospitalarios. Partos asistidos por matrona con ausencia de facultativo y resultado dañoso: responsabilidad administrativa. C) Concepto de caso fortuito y fuerza mayor. Comparación del sistema civil y el administrativo. **4. Daño indemnizable.** A) Compatibilidad de pensiones extraordinarias e indemnización de daños y perjuicios en daños sufridos por militares en acto de servicio. B) Valoración del perjuicio moral. Componente subjetivo en la apreciación del tribunal de instancia y sus límites. C) Prueba del lucro cesante en actividades empresariales que no han podido emprenderse por causas imputables a la Administración. **5. Acción de responsabilidad y procedimiento. Días a quo en los casos en que se ejercita la acción tras la interposición de un recurso para la anulación del acto administrativo del que deriva el daño: día de la notificación al perjudicado, y no de la posterior declaración de firmeza de la sentencia.** **6. Responsabilidad del poder judicial. Prisión preventiva. Concepto de inexistencia objetiva y subjetiva y diferencia con la falta de prueba.**

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Del conjunto de los pronunciamientos judiciales aquí considerados —que, como es habitual siempre aportan matices interesantes al instituto de la responsabilidad— quizás quepa extraer como cuestión más principal lo relativo a la figura del caso fortuito como supuesto presuntamente anudado a la responsabilidad administrativa, según las explicaciones académicas al uso —lo que no concuerda con la realidad de las soluciones jurisprudenciales— y, desde luego, el viejo problema de su distinción con la fuerza mayor. Dos problemas conexos, aunque en puridad distintos, que se encuentran concernidos en algunas de las sentencias que consideramos en este número.

En cuanto al problema de la distinción caso fortuito-fuerza mayor y sus correlativos presupuestos de partida (interioridad-ajenidad al servicio) dejamos advertida la relatividad de esta aparentemente nítida distinción y, especialmente, la superación de esta dialéctica en los casos donde mayores tensiones ha creado: la inoculación por vía sanguínea en hospitales públicos de enfermedades desconocidas, casos estos en los que se ha acabado imponiendo la tesis de la no antijuridicidad de la actuación administrativa, lo que ha venido a desplazar el problema de situar tales daños en la esfera del caso fortuito generador de responsabilidad o en el de la fuerza mayor exonerante de aquélla.

Más hondura y actualidad presenta la cuestión de si en el sistema de responsabilidad objetiva todo evento dañoso que acaece dentro de la esfera del servicio (interior, pues, al servicio) generan derecho a indemnización, salvo aquellos sucesos absolutamente inevitables o irresistibles. La cuestión de si el caso fortuito, así definido, genera responsabilidad está ligada a otra pieza fundamental del sistema cual es el propio concepto de “servicio público” que se maneje: una interpretación extensiva de tal concepto a efectos de responsabilidad como la que ha terminado asentándose hace insoportable para las arcas públicas la figura del caso fortuito y esta conclusión es la que cabe deducir del conjunto de sentencias comentadas en las que el Tribunal Supremo modera “pro fisco” las soluciones dadas por los tribunales de instancia, ante reclamaciones sobre sucesos que aunque ocurridos en la órbita del servicio no eran racionalmente imputables a las Administraciones titulares de los mismos, todo lo cual conduce a la conclusión de que no todo lo que ocurre en la esfera de un servicio es por ello imputable automáticamente a la Administración, lo que hace adquirir notable fuerza al elemento “imputabilidad” (y con él a un factor de corte culpabilístico) en detrimento de otros elementos ligados a la objetividad del sistema, tales como el nexo de causalidad “servicio-daño” y, desde luego, la figura del caso fortuito. No es otra la conclusión a la que llegan, aun sin decirlo, las sentencias que al respecto se comentan.

## **2. IMPUTABILIDAD. RESPONSABILIDAD DE UN AYUNTAMIENTO POR NO PROCEDER A LA EJECUCIÓN SUBSIDIARIA DE OBRAS DE CONSERVACIÓN DE INMUEBLES. OBLIGACIÓN DE REEMBOLSAR A LOS VECINOS AFECTADOS LOS GASTOS EFECTUADOS PARA LLEVARLAS A CABO POR SÍ MISMOS**

De tanto en tanto encontramos en los repertorios de jurisprudencia reclamaciones de responsabilidad patrimonial dirigidas contra Ayuntamientos por no proceder a la ejecución subsidiaria de obras de rehabilitación o consolidación en inmuebles, cuando el propietario no ha hecho efectivo el requerimiento que a tal efecto le ha cursado previamente la Administración municipal. Es el caso, en el período considerado, de la **STS de 15 de junio de 2002**, Ar. 8613, en que los reclamantes eran los propietarios de inmuebles colindantes con otro en estado de abandono. Ante la situación de grave riesgo de hundimientos, y tras reiterar por escrito ante el Alcalde la necesidad de llevar a cabo las obras de reparación, decidieron costearlas por sí mismos. Posteriormente reclamaron su reembolso al propio Ayuntamiento, que le fue denegado. Contra dicha denegación interpusieron recurso contencioso-administrativo, solicitando su anulación y el pago de dicha

## IX. Responsabilidad Administrativa

cantidad, lo que considera el TS que ha de entenderse como una acción de responsabilidad extracontractual. Estima que ha existido funcionamiento anormal de la Administración, por no proceder a la ejecución subsidiaria, y que los propietarios que efectuaron el desembolso tienen por consiguiente derecho al reintegro del mismo, sin perjuicio de la posibilidad del Ayuntamiento de repetir contra el propietario del inmueble causante de los daños.

### 3. OBJETIVIDAD DEL SISTEMA Y NEXO DE CAUSALIDAD

#### **A) Accidentes de menores, omisiones administrativas y falta de causalidad. Rectificación de las apreciaciones de los tribunales inferiores para no convertir el sistema administrativo en un seguro universal**

El período que abarca esta crónica nos ofrece tres muestras de lo que entendemos como un intento por parte del Tribunal Supremo de reconducir una jurisprudencia de los tribunales inferiores que da muestras de un exceso de generosidad (mal entendida) en la apreciación del nexo causal. Todos los asuntos plantean el alcance del deber de vigilancia que pesa sobre la Administración en determinados sectores, en relación con daños cuyo causante material es el propio interesado o un tercero. El TS subraya que el sistema de responsabilidad no puede “estirarse” sin límites por consideraciones *pietatis causa* (en los asuntos que traemos a colación, se trata del fallecimiento o de graves lesiones sufridas por menores). De lo contrario, y por atendibles que sean estas reclamaciones desde una perspectiva humanitaria, podría llegar a convertirse a la Administración Pública en una aseguradora universal.

– En el supuesto de la **STS de 27 de julio de 2002**, Ar. 8393, un menor sufre pérdida de visión cuando, en el curso de una actividad extraescolar, y bajo la vigilancia de dos profesores, le saltó al ojo derecho un cuerpo extraño cuando se disponía a plantar un árbol. La Sala de instancia había concedido una indemnización en lo que el TS entiende “una decisión que más parece basada en el sentimiento de no dejar desvalido a un menor, que ha sufrido la pérdida de un ojo con todas las secuelas que ello supone, que en la estricta aplicación de lo dispuesto por el art. 139.1 de la Ley 30/1992”, ya que sólo está acreditado que la lesión se produjo durante la realización de dicha actividad, pero no que fuera consecuencia de la misma. Así:

“Consideramos nosotros que la consecuencia derivada de una interpretación laxa del citado precepto hasta el extremo de convertir a las Administraciones públicas en aseguradoras de todos los riesgos sociales, dada la amplitud de los servicios que prestan y de las competencias que ostentan, es la más perturbadora para una correcta realización y progresiva ampliación de tales servicios públicos, pues el principio de solidaridad social, que late en el sistema de responsabilidad patrimonial de la Administración, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas sociales, puede verse frustrado con interpretaciones extensivas del requisito del nexo causal, aunque sea por razones tan atendibles jurídicamente como es la de evitar el desvalimiento de una persona que ha sufrido un grave que-

branto en su salud, para lo que, sin embargo, no está concebido el instituto de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas si no concurren los requisitos para declararla y que debe tener amparo por otras vías no menos eficaces, y, en cualquier caso, más justas para paliar un problema siempre que no concurren todos los requisitos legalmente establecidos para que nazca dicha responsabilidad patrimonial por más que ésta sea objetiva o de resultado (...)"

– La **STS de 13 de septiembre de 2002**, Ar. 8649, resuelve un recurso cuyo presupuesto fáctico es el de un menor que, en el curso de un partido de fútbol disputado en el patio de su Instituto en horas lectivas, recibe un balonazo de fatídicas consecuencias. El tribunal de instancia había otorgado indemnización, pero, recurrida su sentencia en casación para la unificación de doctrina, el TS estima que no es posible anudar causalmente el daño a la actividad administrativa, puesto que no es sino el resultado de un lance de una actividad deportiva que forma parte de una educación integral de la persona, y que se habría producido cualquiera que hubiera sido el grado de vigilancia.

– En la **STS de 28 de septiembre de 2002**, Ar. 8849, un menor es atropellado por una motocicleta que circulaba ilegalmente por una playa. Los padres del menor interpusieron querrela criminal contra el motorista y contra el Jefe de la Policía Local. El primero fue condenado y el segundo absuelto, al considerar el juez penal que no existía prueba ni siquiera indicio de tolerancia policial con el tránsito de ciclomotores en la playa; que había quedado acreditado que existía un servicio policial de vigilancia de la playa, bien que no circunscrita a una zona concreta; y que, en todo caso, la actuación temeraria del motorista era tan relevante y decisiva que eliminaba cualesquiera otras circunstancias como determinantes. Se interpuso entonces demanda de responsabilidad extracontractual contra el Ayuntamiento, que fue estimada por el tribunal de instancia. Por el contrario, el TS considera que “no cabe apreciar nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado de tan funestas y trágicas consecuencias para el niño y su familia, sin que el sentimiento, a fin de paliar económicamente tan lamentables secuelas, pueda ofuscar la razón al momento de resolver el conflicto”.

### **B) Daños hospitalarios. Partos asistidos por matrona en ausencia de tocólogo con resultado dañoso: responsabilidad administrativa**

Traemos a colación dos asuntos que hacen aflorar el problema de la frecuente ausencia de los tocólogos en los partos, y el desempeño de sus funciones por las matronas.

– En la **STS de 27 de mayo de 2002**, Sala de lo Civil, Ar. 7159, una mujer ingresa en el servicio de urgencias de un hospital con síntomas de embarazo a término, acompañada por su marido. La mujer es atendida por las matronas y por el tocólogo de guardia, éste último tras ser requerido por el marido cuando el facultativo se encontraba en la sala de descanso situada a una considerable distancia del paritorio. Tras reconocerla y monitorizarla, sin detectar ninguna anomalía, el tocólogo volvió a la sala de descanso, y el parto fue asistido por la matrona, produciéndose un encajamiento de hombros del feto que

## IX. Responsabilidad Administrativa

obligó a efectuar unas maniobras por parte de la matrona, dos auxiliares y el propio marido, médico de profesión, sin que acudiera el tocólogo. El resultado fue de parálisis branquial permanente del brazo derecho. Las dos instancias anteriores desestimaron la demanda de responsabilidad, al entender que se había actuado conforme a la *lex artis ad hoc*. Por el contrario, el TS entiende que la matrona actuó conforme a la práctica correcta de su misión, e incluso con un loable exceso de celo, pero no cabe que el tocólogo demandado eluda “su ineludible obligación de estar presente y asistir al parto, cualquiera que sean las apariencias de normalidad que presente el mismo, máxime cuando la propia matrona lo avisó de su inminencia”, de lo que deriva asimismo la responsabilidad del INSALUD.

– Por su parte, en la **STS de 31 de julio de 2002**, Ar. 7741, también de la Sala de lo Civil, no se demanda a la Administración, pero su exposición resulta interesante por cuanto ahonda en esta problemática, y porque suscita también en qué medida puede jugar la circunstancia de que una clínica privada tenga un concierto sanitario con la Administración. En el caso de autos, la parturienta informó a la matrona y al tocólogo que era primeriza, había sido diagnosticada por su ginecólogo de estrechez de cuello uterino y que estaba cumplida. Fue explorada y monitorizada el día del ingreso, sin apreciarse anomalía alguna, pero al día siguiente no pudo volver a ser monitorizada, porque el único monitor de que disponía el centro estaba siendo utilizado. Ese mismo día la matrona apreció por vez primera branquicardia y desaceleraciones, muestra de sufrimiento fetal agudo, por lo que decidió concluir rápidamente el parto y ordenó avisar urgentemente al tocólogo de guardia, que no se encontraba en el centro, y quien, cuando llegó, se encontró a la parturienta en el último período expulsivo. El niño acabaría falleciendo a los pocos meses como consecuencia del sufrimiento fetal. El TS desestima el recurso del tocólogo, que alegaba que su contrato de guardia no imponía la presencia física en el centro hospitalario, sino de guardia “localizable”. Afirma el TS que ello cede cuando existe ya un paciente que puede precisar su intervención y que, además, no ha podido ser monitorizado, lo que le lleva a concluir que no prestó a su paciente los cuidados precisos y en su justo momento. En este caso, además, se condena también a la matrona, porque cuando reputó que era necesario avisar al tocólogo era ya demasiado tarde, de forma que aceleró un parto que no fue capaz de terminar. Finalmente, se condena a la clínica privada en que sucedió el luctuoso evento, por tener un solo monitor y por la deficiente organización a nivel de medios técnicos y humanos. Ésta aducía que tenía un concierto con la Seguridad Social que le sometía a una comprobación general y vigilancia de dicho organismo público, que no había considerado que los medios fueran insuficientes. Sin embargo, el TS estima que, con independencia de que no conste en qué consistía tal concierto, ello es totalmente irrelevante.

En este último pronunciamiento, el TS hace un completo repaso a la normativa reguladora de las funciones de las matronas, y deja constancia del problema que subyace en estos asuntos, al señalar que:

“La praxis asistencial de forma constante nos muestra una especie de connivencia entre ginecólogos y matronas, que sirve, no pocas veces, para que aquéllos incumplan sus obligaciones y deberes de cuidado de determinados partos en los centros asistenciales en que

prestan sus servicios, y a las matronas a que intervengan, en ausencias de ginecólogos y con resultados perjudiciales para las gestantes y sus criaturas [...]"

### C) Concepto de caso fortuito y fuerza mayor. Comparación del sistema civil y el administrativo

Los conceptos de caso fortuito y fuerza mayor no se encuentran perfectamente depurados en la jurisprudencia, ni civil ni administrativa.

En la jurisprudencia civil, ha de partirse del dato de que el Código Civil, en su art. 1105, se limita a establecer que: "Fuera de los casos expresamente mencionados en la Ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables". Esto es, no diferencia ambos conceptos. De esta forma, al ser ambos excluyentes de la responsabilidad la jurisdicción civil los maneja habitualmente de forma indiscriminada, puesto que lo decisivo es, precisamente, si el daño puede considerarse imprevisible o, pudiendo preverse, inevitable.

Al respecto, véanse dos muestras en la jurisprudencia dictada en el período considerado referidos a asuntos que involucran a la Administración Pública:

– En el supuesto de la **STS de 12 de septiembre de 2002**, Sala de lo Civil, Ar. 8555, la Administración (RENFE) no es demandada, sino demandante. Toda una concatenación de hechos concluyen con el resultado de un incendio en una estación de ferrocarriles. En unas fechas en que intensas nevadas acompañadas de heladas habían ocasionado una sobrecarga en el peso de las ramas y una debilitación de su resistencia, un fuerte viento arranca una de ellas, que fue a estrellarse contra un cable de alta tensión, provocando su rotura. El cable, al caer, provoca el incendio de la estación. Entiende el TS, en línea con el tribunal de instancia, que se trata de un supuesto de "caso fortuito o de fuerza mayor" debido, no a su imprevisibilidad, sino a su inevitabilidad.

– En la **STS de 4 de octubre de 2002**, Sala de lo Civil, Ar. 9254, una mujer de sesenta y seis años desciende de un tren, portando una maleta. El tren efectúa la detención durante el tiempo reglamentario, pero cuando retoma su marcha, a la referida señora le tiemblan las piernas y cae del andén a la vía, con resultado fatal. Considera el TS, partiendo del relato fáctico de la sentencia de instancia (que, contra lo que pretende el demandante, no puede ser desvirtuado en casación) que se trata del "paradigma del caso fortuito", por cuanto resultaba imprevisible lo que iba a suceder.

A diferencia de lo que ocurre en el sistema civil, la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor sí es trascendental en el administrativo, puesto que la Administración responde del caso fortuito, pero no de la fuerza mayor. Aquí la falta de una construcción convincente acerca de la diferencia entre uno y otro concepto resulta, pues, grave. La jurisprudencia contenciosa ha ido decantando dos criterios, que, en su doctrina más consolidada, aparecen como cumulativos, esto es, deben darse ambos para que un supuesto

## IX. Responsabilidad Administrativa

pueda considerarse incluido en la fuerza mayor: la ajenidad al servicio, y la imprevisibilidad o inevitabilidad del daño. Parecería entonces que la diferencia entre el caso fortuito y la fuerza mayor habría de encontrarse, precisamente, en la nota de la ajenidad o “externidad” al servicio. De esta forma, cualquier daño, incluso imprevisible o inevitable, que se produjera con interioridad al servicio (concepto estos de interioridad y exterioridad de suyo polémicos, todo sea dicho), habría de entenderse constitutivo de caso fortuito y, por tanto, no eximiría de responsabilidad a la Administración, aunque bien es verdad que esa ecuación (interioridad=caso fortuito=responsabilidad) aparece disuelta en la importante Sentencia de la Sala de lo Social de 22 de diciembre de 1997.

No obstante, y como sabemos, la introducción en el art. 141.1 Ley 30/1992 de la cláusula del estado de los conocimientos como excluyente de la responsabilidad por ausencia de antijuricidad, pone en cuestión la afirmación anterior, puesto que podría considerarse que se trata de daños inevitables e interiores al servicio, y, por tanto, incluidos en el caso fortuito que, en una aplicación pura del sistema objetivo, debiera ser indemnizable. Y, sin embargo, lo cierto es que, como bien conoce el atento seguidor de estas crónicas, el TS ha seguido en esto al legislador y ha reputado, con ocasión de las demandas por contagio del SIDA y la hepatitis C por vía transfusional, que en estos casos no hay obligación de indemnizar por no concurrir el requisito de la antijuricidad, superando así el debate doctrinal precedente, tensionado por la dialéctica caso fortuito-fuerza mayor para reconocer o denegar, respectivamente, el derecho a indemnización en estos supuestos. En el período considerado, véanse en este sentido, las SSTs de 23 de septiembre de 2002, Ar. 8671, de 7 de octubre de 2002, Ar. 8733, y de 10 de octubre de 2002, Ar. 9805.

De esta suerte, lo cierto es que, hoy, las bases del sistema (qué sea fuerza mayor; cómo se compatibiliza la inclusión del funcionamiento normal y del caso fortuito con la exigencia de antijuricidad del daño y con la cláusula del estado de los conocimientos) resultan extremadamente endebles, una muestra más de la dificultad de construir las bases de un sistema de responsabilidad sobre bases proclamadamente objetivas.

Traemos aquí a colación un supuesto en que, en el período de referencia, el TS ha considerado que no concurre un caso de fuerza mayor. En el asunto que da origen a la STS de 29 de junio de 2002, Ar. 8799, un visitante de un Jardín Botánico municipal sufre gravísimas lesiones al caérsele encima la rama de un árbol. Se discute si puede considerarse un supuesto de fuerza mayor por tratarse de un hecho imprevisible. El TS reconoce que la concreción de qué supuestos pueden considerarse como tales es extremadamente casuística. En un caso como éste, identifica la nota de la ajenidad al servicio público en el viento que desencadenó la rotura de la rama, y el conflicto queda reducido al requisito de la imprevisibilidad y la inevitabilidad. Respeta en este caso el TS la apreciación del Tribunal de instancia, para el cual la frecuencia de vendavales en la zona hacía el suceso previsible, y podría haberse evitado cerrando las instalaciones. Confirma así, nótese, que la ajenidad y la inevitabilidad son condiciones acumuladas.

#### 4. DAÑO INDEMNIZABLE

##### **A) Compatibilidad de pensiones extraordinarias e indemnización de daños y perjuicios en daños sufridos por militares en acto de servicio**

A lo largo de estos ya cinco años de crónicas hemos abordado en repetidas ocasiones el tema de la compatibilidad entre las indemnizaciones “específicas” derivadas de la aplicación de la normativa sobre clases pasivas, y la indemnización “genérica” en concepto de responsabilidad patrimonial administrativa. En la actualidad, puede considerarse consolidada la doctrina sobre la compatibilidad de ambas, que derivaría de provenir de títulos jurídicos distintos, y de la necesidad de garantizar la reparación integral del daño, lo que no se logra con la indemnización reconocida en la normativa de clases pasivas, que se considera notablemente insuficiente. Esto es, cuando se estima que concurre responsabilidad administrativa, el dañado tiene derecho a una reparación integral, de tal modo que si la obtenida en concepto de indemnización “específica” no la aporta, habrá de ser complementada, por vía de la acción de responsabilidad, hasta cubrir por entero el daño. Al contrario, ello significa que lo obtenido como indemnización “específica” habrá de ser descontado a la hora de calcular la indemnización “genérica”.

En las sentencias que ahora traemos a estas páginas, se plantea, en concreto, la compatibilidad de la indemnización a militares lesionados en acto de servicio contemplada en el Real Decreto 1234/1990, de 11 de octubre, y la derivada de la aplicación de los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992. En todas ellas, el TS reafirma dicha compatibilidad y casa la decisión de los tribunales de instancia, elevando la cifra reconocida como indemnización extracontractual. Ello es así en la **STS de 1 de octubre de 2002**, Ar. 9785, en que la indemnización se eleva de uno a siete millones de pesetas; en la **STS de 16 de octubre de 2002**, Ar. 10146, que de un millón la asciende a treinta millones de pesetas, y la **STS de 23 de octubre de 2002**, Ar. 10230, que la eleva a quince millones.

Como puede comprobarse, el TS (que, por lo demás, en ningún caso cuestiona la concurrencia del nexo causal, dándolo por supuesto en todo daño acaecido con ocasión de maniobras militares) parte de la absoluta insuficiencia de las indemnizaciones establecidas en la normativa de clases pasivas, y reconoce indemnizaciones bastante sustanciosas, en comparación con las otorgadas en otros supuestos de responsabilidad.

##### **B) Valoración del perjuicio moral. Componente subjetivo en la apreciación del tribunal de instancia y sus límites**

En las sentencias comentadas en el punto anterior, el TS reitera que en casos de lesiones físicas con secuelas el daño moral no necesita prueba alguna, y su valoración queda al prudente arbitrio del juez, dado su innegable componente subjetivo. Lo cierto es que, ante la inexistencia de un baremo vinculante para el juez administrativo, la jurisprudencia muestra una disparidad perturbadora en la fijación de las cuantías, como lo prueba la siguiente sentencia, cuyo supuesto, por añadidura, no está vinculado a lesión física alguna.

## IX. Responsabilidad Administrativa

La STS de 13 de julio de 2002, Ar. 7655, contempla el caso de una sanción ilegalmente impuesta a un guardia civil, con pérdida de destino, a resultas de la cual esté cae en una fuerte depresión, que dura unos dos años. El perjudicado recurre en casación la cuantía de la indemnización otorgada en la instancia, de setecientos cincuenta mil pesetas, por considerarla insuficiente. El TS reitera la doctrina general acerca del alto componente subjetivo de la indemnización por el *pretium doloris*, sin que sea revisable en casación siempre que el Tribunal de instancia haya observado los criterios jurisprudenciales de reparabilidad económica del daño moral y de razonabilidad en su compensación, de modo que aunque el tribunal de casación tenga un criterio distinto al de instancia respecto a la cuantía de la reparación de un concreto perjuicio moral, no le está permitido corregir la evaluación que hubiese efectuado el Tribunal sentenciador si éste ha respetado ese único requisito de la razonabilidad y la ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados probados en la instancia. Ahora bien, en este caso (al igual que en los anteriormente comentados) entiende que no se han cumplido dichos requisitos, ya que la indemnización “está en los confines de lo simbólico y lo real, más próxima a lo primero que a lo segundo, de modo que puede calificarse de inusual y desacomunada sin que existan circunstancias que lo justifiquen”, fijando, en concepto de daño moral, una cantidad de cuatro mil quinientas pesetas diarias, esto es, un total de tres millones cincuenta y cinco mil quinientas pesetas.

### **C) Prueba del lucro cesante en actividades empresariales que no han podido emprenderse por causas imputables a la Administración**

En la STS de 15 de julio de 2002, Ar. 7659, una persona solicita de un Ayuntamiento información sobre la conformidad con las normas urbanísticas vigentes de la instalación de una gasolinera en unos determinados terrenos, que le es facilitada con sentido negativo, ante lo cual renuncia a solicitar la autorización. Sin embargo, a posteriori, ésta se le concede a otra persona, que, por su parte, la transmite a un tercero. El TS admite que, en línea de principios, puede dimanar responsabilidad de una información incorrecta, siempre que concurren los requisitos de la responsabilidad administrativa. Sin embargo, estima que la consulta no privó al recurrente de su posible derecho a obtener una licencia, y que la pretensión indemnizatoria se funda en meras expectativas, ya que no está acreditada y probada suficientemente la existencia real y positiva de la efectividad del daño, ni en forma de daño emergente (pues no se prueba que se hiciera desembolso alguno) ni de lucro cesante en forma de ganancias dejadas de obtener, sin que a la transmisión de la licencia obtenida por la otra persona a un tercero pueda otorgársele relevancia alguna a la hora de determinar la existencia de un lucro cesante.

Lo cierto es que la sentencia deja, al menos a estos comentaristas, un cierto sentimiento de insatisfacción, puesto que el resultado final es que un ciudadano que ha emprendido los pasos para instalar un negocio en terrenos de su propiedad, y se ha dirigido a la Administración para obtener información previa, en el ejercicio de un derecho a la consulta reconocido en la normativa urbanística, ha de soportar que una incorrecta información dé al traste con su iniciativa empresarial. Ciertamente, el lucro cesante de una actividad que no se ha llegado a comenzar resulta muy difícil (por no decir imposible) de acreditar y cuantificar, pero ello no obsta para convenir que en un género de activi-

dades como ésta hay una expectativa evidente de beneficios, como muestra la propia transmisión onerosa de la licencia a un tercero por la persona a la que finalmente fue otorgada. En definitiva, leída desde la perspectiva del reclamante, las sucesivas decisiones de los poderes públicos pueden dar la impresión de un cierto desamparo. Repárese que se trata de un ciudadano que en 1989 pretende iniciar una actividad sometida a autorización, se dirige a la Administración pidiendo información, y, confiando en su corrección, renuncia a solicitar autorización. Emprende una batalla legal para finalmente, trece años más tarde, en 2002, recibir como toda respuesta que no tiene derecho a indemnización alguna, pese a admitirse que su iniciativa empresarial se vio frustrada por una información incorrecta proveniente de la misma Administración municipal que más tarde concedió a un tercero la oportuna licencia. Y ello, por no haber acreditado un daño que, conforme a la perspectiva argumental del TS, resulta *de facto* imposible de probar. En suma, la solución dada podrá ser todo lo ortodoxa que se quiera desde el punto de vista formalista pero su efecto material parece inicu y no concorde con la juridicidad.

#### **5. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO. *DIES A QUO* EN LOS CASOS EN QUE SE EJERCITA LA ACCIÓN TRAS LA INTERPOSICIÓN DE UN RECURSO PARA LA ANULACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO DEL QUE DERIVA EL DAÑO: DÍA DE LA NOTIFICACIÓN AL PERJUDICADO, Y NO DE LA POSTERIOR DECLARACIÓN DE FIRMEZA DE LA SENTENCIA**

La STS de 15 de octubre de 2002, Ar. 10144, precisa que cuando el daño trae su causa de un acto posteriormente anulado en vía judicial (en el supuesto de autos, la rescisión de un concierto educativo), el plazo para reclamar indemnización comienza a computarse desde la fecha de notificación de la sentencia definitiva, y no desde la de la diligencia en la que el TS declara la firmeza de la misma. Sobre esta cuestión ha existido una doctrina vacilante que ya dejamos expuesta en números anteriores de esta Revista.

#### **6. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. PRISIÓN PREVENTIVA. CONCEPTO DE INEXISTENCIA OBJETIVA Y SUBJETIVA Y DIFERENCIA CON LA FALTA DE PRUEBA**

Como es sabido, la indemnización por prisión preventiva seguida de libre absolución tiene como requisito que la inexistencia objetiva o subjetiva del delito, esto es, que se haya acreditado que el delito no existió o que el sujeto en cuestión no participó en el mismo, lo que no puede equipararse a una absolución por falta de prueba suficiente con base en el principio de presunción de inocencia.

Traemos aquí dos supuestos que nos sirven como testimonio de la diferencia, no siempre nítida, entre estos conceptos.

## IX. Responsabilidad Administrativa

– En la STS de 17 de octubre de 2002, Ar. 10147, el supuesto es el de una persona que concierne con una prostituta el mantenimiento de relaciones sexuales. Una vez en el lugar acordado, al exigirle la prostituta el pago por adelantado, ésta descubre que su cliente no lleva dinero suficiente, ante lo cual comienza a gritar, lo que provoca que aquél, asustado, salga huyendo, siendo detenido por la policía y sometido a prisión preventiva. Este relato de hechos, establecidos en vía penal, llevan a descartar que se haya producido un delito de violación en grado de tentativa, lo que ha de considerarse un supuesto de inexistencia objetiva, que da derecho a indemnización por el tiempo de prisión preventiva.

– En la STS de 24 de octubre de 2002, Ar. 10162, un sujeto es absuelto de delito contra la salud pública por no haber quedado acreditado que conociera el contenido del producto nocivo en cuya fabricación trabajaba. Se trata aquí de un caso, no de inexistencia subjetiva, sino de absolución por falta de prueba suficiente, que no da derecho a indemnización.

EMILIO GUICHOT

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO



**X. FUNCIÓN PÚBLICA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Competencias estatales y autonómicas. Regulación básica estatal posterior a la normativa autonómica. Inconstitucionalidad sobrevenida de la normativa autonómica. Situaciones administrativas y pérdida de la condición de funcionario.**

**3. Instrumentos de gestión del empleo público.** A) Plantilla orgánica que establece especificaciones propias de la relación de puestos de trabajo. Determinaciones propias de cada uno de estos instrumentos. Naturaleza mixta. B) Oferta de empleo público. Publicidad. Naturaleza. No es necesario que incluya todas las plazas vacantes con dotación presupuestaria. **4. Acceso.** A) Méritos. Deben ser valorados los servicios efectivos prestados en otra Administración mediante contrato temporal de colaboración social. B) La inclusión en listas de aspirantes a plazas de interinidad puede producirse por silencio administrativo. **5. Carrera administrativa.** A) Provisión de puestos de trabajo. a) Concurso específico. Valoración debida del conocimiento de la lengua autonómica como mérito para la provisión del único puesto de trabajo de un órgano administrativo. Atención al público. b) Libre designación. Funciones de confianza y especial responsabilidad. Posible fijación del plazo máximo de permanencia en el puesto provisto por este sistema. **6. Situaciones administrativas. Suspensión provisional de funciones. No puede ser acordada al margen de un procedimiento sancionador. 7. Derechos fundamentales y libertades públicas.** A) Derecho de igualdad. Despido de un trabajador por pertenencia a un partido político. Indicios de actuación contraria al derecho de igualdad. Necesidad de justificación objetiva y razonable que elimine la sospecha del carácter discriminatorio de la decisión del empleador público. B) Libertad sindical. a) Contenido esencial y contenido adicional. Derechos y situación administrativa de los funcionarios que desempeñan cargos sindicales electos tras la anulación del artículo 29.2.1) LMRFP. Eficacia de los derechos establecidos en el artículo 9.1.b) LOLS. b) El derecho a delegado sindical con crédito horario está limitado a centros de trabajo con más de 250 trabajadores. La existencia de Acuerdo Marco impide vincular el concepto de cen-

tro de trabajo a la unidad electoral. **8. Derechos económicos.** A) Retribuciones complementarias. a) Complemento de destino. Funcionarios de las Comunidades Autónomas que tienen derecho a percibir el complemento de destino correspondiente a los puestos de Altos Cargos en la cuantía establecida por la legislación autonómica para los Directores Generales. Aplicación del artículo 33.2 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991. b) Complementos específico y de productividad. No pueden ser reducidos sin causa objetiva. Derecho a percibir un complemento personal y transitorio que garantice el montante económico consolidado por el funcionario. Modificación de la relación de puestos de trabajo. c) Complemento de destino. Derecho a percibir el correspondiente al puesto de trabajo efectivamente desempeñado. Comisión de servicios. **9. Régimen disciplinario. Faltas. Grave desconsideración con los superiores, compañeros o subordinados. Distinción de otras faltas.**

**10. Extinción de la relación funcional. Pérdida de la condición de funcionario derivada de condena de inhabilitación especial. La rehabilitación está condicionada a la valoración de la gravedad del delito cometido y de su incidencia en las funciones encomendadas al funcionario.**

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge un buen número de recientes resoluciones judiciales. Entre las sentencias incluidas, destacan importantes pronunciamientos del Tribunal Constitucional que han tenido lugar en los últimos meses, que contribuyen a precisar el contenido y el alcance de la legislación básica estatal en materia de régimen funcional, y abordan aspectos tan importantes del mismo como el derecho de igualdad o la libertad sindical. Por citar algún ejemplo más, para esta crónica hemos seleccionado también otras sentencias que enjuician cuestiones relativas al acceso al empleo público, al régimen retributivo o a la rehabilitación tras la pérdida de la condición de funcionario.

## 2. BASES DEL RÉGIMEN ESTATUTARIO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS. COMPETENCIAS ESTATALES Y AUTONÓMICAS. REGULACIÓN ESTATAL BÁSICA POSTERIOR A LA NORMATIVA AUTONÓMICA. INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DE LA NORMATIVA AUTONÓMICA. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO

La STC 1/2003, de 16 de enero (Pleno, BOE de 19 de febrero de 2003), resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Nación contra deter-

minados incisos de los arts. 13, 17 y 19 de la Ley de la Asamblea de Extremadura 5/1995, de 20 de abril, de modificación parcial y urgente del texto refundido de la Ley de la función pública de Extremadura (Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de julio). Los incisos legales mencionados regulan las situaciones administrativas de excedencia voluntaria por agrupación familiar y excedencia forzosa que no sea consecuencia de una situación de expectativa de destino, disponiendo que el cese en cada una de estas situaciones lleva aparejada la pérdida de la condición de funcionario, en caso de concurrir el supuesto de hecho previsto en tales preceptos. Es decir, que el funcionario no solicite el reingreso al servicio activo cuando finalice el plazo máximo de permanencia en situación de excedencia voluntaria por agrupación familiar o cuando desaparezcan las causas que motivaron el pase a esta situación, o que se incumpla la obligación de participar en los procedimientos de provisión de puestos de trabajo —cuando se reúnan los requisitos establecidos para su desempeño—, la no aceptación de los destinos provisionales en puestos de características similares o la falta de participación en los cursos de formación que se ofrezcan. Al obrar así, se alega en el recurso de inconstitucionalidad que la legislación extremeña ha invadido la competencia normativa del legislador estatal, a quien corresponde dictar las bases del estatuto de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE) y, por tanto, regular también las causas de pérdida de la condición de funcionario.

Si bien el Gobierno de la Nación aduce que la normativa extremeña ha incorporado dos nuevas causas de extinción de la relación funcional no previstas por la legislación básica del Estado (una norma preconstitucional, como es el art. 37 de la LFCE), debe tenerse en cuenta que la cuestionada regulación autonómica se enmarca dentro de la ordenación de otro aspecto esencial del estatuto funcional, como es el de las situaciones administrativas. Por ello, la STC 1/2003 comienza despejando sucesivamente una serie de cuestiones centrales. En primer lugar, el Tribunal debe aclarar si la normativa estatal sobre situaciones administrativas y extinción de la relación funcional tiene o no carácter básico y, en caso afirmativo, cuál es el alcance de la misma. En segundo lugar, es preciso determinar el grado de disconformidad que existiría entre la normativa estatal y la autonómica. En tercer lugar, y suponiendo que existiese tal disconformidad, la constitucionalidad de la normativa autonómica impugnada habría de ser valorada en contraste con la legislación básica vigente en el momento de resolverse el recurso (SSTC 87/1985 y 154/1988). Pues, con posterioridad a la interposición de este recurso (1995) de inconstitucionalidad, la normativa básica estatal en materia de situaciones administrativas y pérdida de la condición funcional fue modificada parcialmente por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

En cuanto a la primera cuestión, la STC 1/2003 recuerda que las situaciones administrativas y la pérdida de la condición funcional son cuestiones claramente incluidas en el concepto constitucional del régimen estatutario de los funcionarios públicos (SSTC 99/1987 y 37/2002). De este modo, en virtud del art. 149.1.18 CE, corresponde al Estado la competencia exclusiva para el establecimiento de —por lo que ahora interesa— las bases relativas a la pérdida de condición de funcionario y a las situaciones administrativas, mientras que, en este caso, a la Comunidad Autónoma de Extremadura le com-

pete el desarrollo legislativo y la ejecución de dicha legislación básica en el ámbito de la función pública autonómica y local.

Para la concreción de las bases estatales en los dos aspectos del régimen estatutario cuestionados en esta Sentencia, el TC recuerda que el legislador posconstitucional ha regulado de manera aparentemente completa e innovadora las bases del régimen estatutario funcional, y que dichas bases están recogidas, fundamentalmente, en la LMRFP, en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas y en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como en las disposiciones legales que modificaron las anteriores (STC 37/2002). En aplicación de esta doctrina a la regulación de la pérdida de la condición funcional, la STC estima que no es posible concluir sobre la naturaleza básica del art. 37 LFCE, ya que el legislador posconstitucional ha establecido —de forma aparentemente concreta e innovadora, pues ha introducido nuevas causas de extinción de la relación funcional y ha modificado las ya previstas— las bases de esta materia en el art. 33 LMRFP. Ocurre además, que también el legislador posconstitucional (art. 104 de la Ley 13/1996) ha modificado sustancialmente el citado art. 37 LFCE, sin otorgar carácter básico al mismo.

En relación con la ordenación que la legislación extremeña hace de las situaciones administrativas (excedencia voluntaria por agrupación familiar y excedencia forzosa no derivada de una situación de expectativa de destino) objeto de esta STC 1/2003, se impone la consideración de tal regulación desde el punto de vista de la normativa vigente en el momento de la interposición del recurso de inconstitucionalidad que nos ocupa (2 de agosto de 1995) y la que rige en el momento actual de resolución del mencionado recurso. En este sentido, la STC 1/2003 recapitula afirmando que en la fecha de promulgación de la Ley extremeña 5/1995, disponiendo la pérdida de la condición funcional de quienes, encontrándose en las situaciones administrativas referidas, incumpliesen ciertas obligaciones, la legislación básica estatal en esta materia estaba establecida en la LMRFP, modificada por la Ley 22/1993. Esta legislación básica posconstitucional reguló, respecto de la excedencia voluntaria por agrupación familiar, el pase a dicha situación y los plazos de permanencia en la misma, sin ordenar consecuencia alguna para el caso de incumplimiento de la obligación de solicitar —cuando procediese— el reingreso al servicio activo. En el supuesto de la situación de excedencia forzosa tan sólo reguló una modalidad de este tipo de situación, dejando el resto de modalidades —entre ellas, la excedencia derivada de una situación de suspensión firme— en manos de la normativa de desarrollo estatal o autonómica. En definitiva, en el momento de ser interpuesto el recurso de inconstitucionalidad que resuelve la STC 1/2003, la normativa autonómica difería de la estatal tanto en la regulación de las situaciones administrativas como en la de la extinción de la relación funcional, si bien, esta discordancia no podría merecer ningún reproche de inconstitucionalidad, puesto que las disposiciones extremeñas respetaban las bases estatales vigentes en aquella fecha.

## X. Función Pública

Pero, el panorama actual de la legislación estatal reguladora de las situaciones administrativas difiere sensiblemente del que acaba de ser expuesto, pues el Estado ha hecho uso de nuevo de su competencia para fijar las bases del régimen estatutario de la función pública, y ha dado una nueva redacción al art. 29.3.c) LMRFP mediante el art. 104 de la Ley 13/1996. Pues bien, en la actualidad, el art. 29.3.c) LMRFP dispone que la finalización de la causa que haya dado paso a una situación administrativa distinta a la del servicio activo (excedencia voluntaria por agrupación familiar o excedencia forzosa derivada de una situación de suspensión firme, que son las situaciones analizadas por la STC 1/2003) da lugar a la declaración de excedencia voluntaria por interés particular, aun en el supuesto de que los funcionarios incumplan el deber de solicitar el reingreso en el plazo máximo establecido. Por lo demás, según señala la STC 1/2003, el citado art. 29.3.c) LMRFP reúne la doble consideración formal y material esencial a la noción constitucional de “bases”. No hay duda sobre la concurrencia de la vertiente formal de esta normativa básica, pues se trata de una ley votada en Cortes y su carácter básico está proclamado expresamente por el art. 1.3 de la misma Ley. Tampoco puede cuestionarse el carácter materialmente básico del art. 29.3.c) LMRFP, ya que incide de manera frontal sobre dos aspectos esenciales del régimen de la función pública como son las situaciones administrativas y la pérdida de la condición de funcionario, impidiendo la pérdida de la condición de funcionario tras finalizar la permanencia en cualquier situación administrativa distinta del servicio activo. A diferencia de lo dispuesto por la legislación extremeña, la vigente normativa básica estatal no prevé la extinción de la relación funcional como consecuencia derivada de incumplimiento de las obligaciones procedentes en los casos de excedencia voluntaria por agrupación familiar o excedencia forzosa derivada de una situación de suspensión firme. En consecuencia, la inicial conformidad de los preceptos autonómicos con la legislación estatal básica ha dejado de existir con el paso del tiempo.

Por todo lo anterior, concluye la STC 1/2003 declarando la disconformidad sobrevenida de las disposiciones autonómicas recurridas con las nuevas bases en materia de régimen estatutario de los funcionarios dictadas por el legislador estatal tras la promulgación de la Ley extremeña 5/1995 y tras la impugnación de ésta ante el TC. Por ello, el TC concreta que los efectos de la inconstitucionalidad de las disposiciones autonómicas originariamente respetuosas del reparto constitucional de competencias y de la nulidad de las mismas deben estimarse desde la fecha de entrada en vigor de la actual legislación estatal.

Los Sres. Magistrados Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Javier Delgado Barrio y Jorge Rodríguez-Zapata Pérez formulan voto particular a la Sentencia comentada que, en esencia, sostiene que la colisión entre la Ley extremeña y las nuevas bases estatales debió resolverse mediante la simple inaplicación o desplazamiento de la primera, tarea que corresponde realizar a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria. A juicio de los Magistrados disidentes, no resulta procedente la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad de la norma extremeña, sino la solución propuesta por ellos, que deriva de la aplicación de la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE.

### 3. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

#### **A) Plantilla orgánica que establece especificaciones propias de la relación de puestos de trabajo. Determinaciones propias de cada uno de estos instrumentos. Naturaleza mixta. Especialidad de la legislación foral navarra**

En ocasiones, la concreta denominación de alguno de los instrumentos de gestión del empleo público no responde a la auténtica naturaleza del mismo. Así ocurre en el caso enjuiciado por la STSJ de Navarra de 20 de septiembre de 2002, Ar. 1060, que resuelve el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Pamplona que aprobó la plantilla orgánica municipal para el año 2001. Pese a la denominación del Acuerdo recurrido, la Sala aclara que el mismo, además de clasificar —según corresponde a las plantillas orgánicas— las plazas dotadas presupuestariamente, establece también otras determinaciones propias de las relaciones de puestos de trabajo, tales como un listado de puestos de trabajo concretos, incluyendo la mención de los titulares de dichos puestos. La STSJ de Navarra de 20 de septiembre basa su postura en el Estatuto del personal al servicio de la Administración Foral, de cuyas disposiciones no es posible extraer una nítida distinción entre plantilla orgánica y relación de puestos de trabajo.

En todo caso, la naturaleza híbrida del Acuerdo impugnado, no exime al mismo de cumplir los requisitos legalmente establecidos para plantillas orgánicas y relaciones de puestos de trabajo. La Sentencia comentada anula el Acuerdo impugnado porque no recoge todas las plazas dotadas presupuestariamente, mientras que incluye otras carentes de cobertura presupuestaria. Por otro lado, la denominada “plantilla orgánica” no identifica los puestos de trabajo con el debido grado de detalle, ya que en muchos casos tan sólo menciona el nivel de titulación (medio, superior, etc.) exigido para su desempeño, sin añadir datos más concretos sobre la cualificación profesional y los requisitos exigidos para la provisión y ocupación de dichos puestos.

#### **B) Oferta de empleo público. Publicidad. Naturaleza. No es necesario que incluya todas las plazas vacantes con dotación presupuestaria**

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 12 de noviembre de 2002, Ar. 1283, estima el recurso interpuesto por la Junta de Personal del Ayuntamiento de Burgos contra el acuerdo de la Comisión de Gobierno de dicha Corporación que aprobó y convocó la oferta de empleo público para el año 2001.

La nulidad del acuerdo impugnado deriva de la falta de publicación del mismo, tal como viene exigida por el art. 5 del Real Decreto 896/1991, de 7 de junio, por el que se aprueban las Reglas Básicas y los Programas Mínimos a los que deben ajustarse los procedimientos de selección de los funcionarios de la Administración Local. El precepto mencionado exige la publicación de la oferta de empleo público en el Boletín Oficial del Estado o, facultativamente para la Administración local, y dependiendo de los concretos puestos de trabajo que se oferten, en el de la Comunidad Autónoma. En su caso, la ofer-

## X. Función Pública

ta de empleo público podrá publicarse también en el Boletín Oficial de la provincia correspondiente. A falta de constancia de la publicación de la oferta de empleo público aprobada por el Ayuntamiento de Burgos en ninguno de los boletines oficiales mencionados, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 12 de noviembre de 2002, declara la nulidad del acuerdo impugnado. Considerando la oferta de empleo público como una disposición de carácter general, pues se dirige a una pluralidad indeterminada de destinatarios y, además, tiene un contenido normativo claramente vinculante y con proyección de futuro, la Sala estima la nulidad de la misma de la infracción de normas de rango superior (art. 62.3 de la Ley 30/1992). Asimismo, recuerda la STSJ de Castilla y León que la nulidad radical del acuerdo de la oferta de empleo público vicia del mismo modo la posterior convocatoria de pruebas selectivas.

Sin embargo, la Sala rechaza la argumentación de la parte recurrente en cuya virtud la oferta de empleo público debe contemplar la totalidad de plazas vacantes en la Administración correspondiente. El art. 18.4 de la LMRFP (en la redacción actual dada por la Ley 22/1993, de 29 de diciembre, y por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre) no obliga a que la oferta de empleo público contenga necesariamente todas plazas vacantes y dotadas presupuestariamente. Por el contrario, la oferta de empleo público queda supe- ditada a las necesidades de recursos humanos que no puedan ser cubiertas con los efectivos de personal existentes, a la existencia de un plan de empleo que busque la óptima utilización de los recursos humanos disponibles (art. 18.1 LMRFP) y a las exigencias del art. 22.1 de la Ley 13/2002, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2001, en cuya virtud el número de plazas de nuevo ingreso debe ser inferior al 25 por ciento de la tasa de reposición de efectivos.

### 4. ACCESO

#### **A) Méritos. Deben ser valorados los servicios efectivos prestados en otra Administración mediante contrato temporal de colaboración social**

La Base sexta de la convocatoria para el acceso a puestos vacantes del personal funcionario del Cuerpo Técnico, Especialidad Arquitectura Técnica, de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, disponía la valoración de los servicios efectivos prestados en cualquier Administración Pública, siempre que el Cuerpo, Escala, Categoría profesional y Especialidad sean similares al Cuerpo y Especialidad al que se opta, y se trate del mismo Grupo de Titulación. En interpretación de la mencionada Base se excluyó la valoración del mérito acreditado por uno de los aspirantes, que había prestado servicios mediante contrato temporal de colaboración social en la Oficina Técnica de Conservación y Mantenimiento de Edificios Municipales de Sevilla, por entender que no se trataba de un contrato laboral en sentido estricto, ya que los contratados en esta modalidad no dejan de percibir las prestaciones por desempleo (Vid. Real Decreto 1445/1982, de 25 de junio, por el que se regulan diversas medidas de Fomento del empleo, entre las que se encuentran los trabajos temporales de colaboración social).

La STSJ de Extremadura de 17 de octubre de 2002, Ar. 946, estima el recurso interpuesto contra la relación provisional de aprobados y declara el derecho del actor a ser incluido en la lista definitiva de aprobados con la puntuación resultante de valoración del mérito en cuestión, puesto que las bases de la convocatoria no hacen mención alguna a la modalidad en que se hayan de prestar los servicios objeto de valoración. La STSJ de Extremadura rechaza igualmente la alegación de que la contratación en régimen de colaboración social no se ajusta a los principios de igualdad, mérito y capacidad, puesto que, por un lado, el INEM selecciona a estos contratados atendiendo a sus aptitudes profesionales y, por otro lado, en el proceso de selección de empleados públicos únicamente deben ser valorados los méritos por servicios acreditados, sin entrar a considerar la modalidad de acceso a dichos servicios.

### **B) La inclusión en listas de aspirantes a plazas de interinidad puede producirse por silencio administrativo**

Estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de instancia, la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 29 de noviembre de 2002, Ar. 1109, anula dicha resolución y reconoce el derecho de la actora a ser incluida en la lista de interinos para cubrir vacantes de ATS en la Zona Básica de Salud Segovia Rural.

La actora solicitó a la Administración ser nombrada funcionaria interina una vez que quedase vacante la plaza que ella misma había ocupado anteriormente de forma interina. Transcurridos tres meses desde la presentación de dicha solicitud, que entendió desestimada por silencio, interpuso recurso de alzada que tampoco fue resuelto de manera expresa dentro del plazo establecido. Puesto que la falta de resolución expresa del recurso de alzada supone la estimación por silencio de la pretensión previamente denegada también de manera presunta (art. 43.2 de la Ley 30/1992), la interesada interpuso recurso contencioso-administrativo contra la inactividad del Servicio Territorial de Sanidad y Bienestar Social de Segovia, solicitando la ejecución del acto firme producido por silencio.

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Segovia desestimó dicho recurso, señalando que el instituto del silencio administrativo positivo no puede entrar en juego cuando —como es el caso— se trata de un acto nulo de pleno derecho. Sin embargo, la STSJ de Castilla y León de 29 de noviembre de 2002, señala que el silencio positivo se produce aun cuando la pretensión no sea ajustada a derecho. Todo ello, claro está, sin perjuicio de que la Administración pueda proceder a la revisión de oficio del acto presunto. A mayor abundancia, declara la Sala que el acto inejecutado no es nulo de pleno derecho porque, en aplicación del art. 14 de la orden reguladora del procedimiento para el nombramiento del personal interino, la actora tenía preferencia absoluta en la lista de aspirantes a interinos cuando hubo plaza vacante, con independencia de que en aquel momento se encontrase disfrutando de seis semanas de descanso obligatorio por maternidad.

## 5. CARRERA ADMINISTRATIVA

### A) Provisión de puestos de trabajo

#### a) Concurso específico. Valoración debida del conocimiento de la lengua autonómica como mérito para la provisión del único puesto de trabajo de un órgano administrativo. Atención al público

En aplicación de lo dispuesto por la Orden Ministerial de 20 de julio de 1990 y de la Ley Foral 16/1986, del Vasconcelo, la SAN de 2 de octubre de 2002, Ar. 33 de 2003, anula la Orden de 12 de enero de 2001, del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, por la que convoca concurso específico para la provisión de determinados puestos de trabajo de ese departamento. El fallo de nulidad, concretado en relación con el puesto de Jefe de Área-Director de la Oficina de Prestaciones de Santesteban (Navarra), deriva de la falta de mención en la convocatoria del conocimiento del euskera.

La Sala no entra a valorar si el grado de implantación de la lengua autonómica en la Comunidad Foral de Navarra determina o no la necesaria valoración del conocimiento de la misma para la provisión de la plaza mencionada. Pero, dado que la referida Oficina es atendida por una sola persona, necesariamente habrá de atender al público y, por ello, tal como dispone la Orden Ministerial de 20 de julio de 1990, el conocimiento de la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma ha de ser incluido entre los méritos específicos.

#### b) Libre designación. Funciones de confianza y especial responsabilidad. Posible fijación del plazo máximo de permanencia en el puesto provisto por este sistema

Impugnada la Base cuarta de la Orden del Ministerio de Asuntos Exteriores de 27 de junio de 2001, por la que se convocaba la provisión mediante libre designación del puesto de Canciller Representante Permanente de España en el Consejo de Europa, entendiendo la parte recurrente que no se trataba de un puesto susceptible de ser provisto por el sistema de libre designación y que tampoco resultaba ajustada a derecho la determinación de un plazo máximo para el desempeño de dichas funciones, la SAN de 18 de septiembre de 2002, Ar. 31 de 2003, rechaza los citados motivos de impugnación.

No cabe reproche jurídico alguno al sistema de provisión dispuesto por la Orden recurrida, pues la relación de puestos de trabajo del personal funcionario del Ministerio de Asuntos Exteriores contempla la libre designación como sistema de provisión para la Representación Permanente en el Consejo de Europa, y la confianza y la especial responsabilidad que habilitan para el recurso a este sistema (art. 20 LMRFP) derivan de las funciones propias del puesto de trabajo en cuestión (gestión presupuestaria y contable, funciones de contratación, gestión de personal, así como otras funciones que puedan ser encomendadas por el jefe de la representación u oficina consular).

Así mismo, dado que los funcionarios adscritos a un puesto de trabajo por el sistema de libre designación pueden ser removidos del mismo de forma discrecional, tampoco prospera la alegación de la parte actora en el sentido de que la fijación del plazo máxi-

mo de permanencia en el puesto es constitutiva de desviación de poder, por ser contraria a lo dispuesto en el art. 20 LMRFP y al interés público inherente al ejercicio de la potestad discrecional. A juicio de la Sala, la limitación del tiempo de desempeño del puesto resulta ajustada a las previsiones legales (art. 20 LMRFP) y al principio de seguridad jurídica, siendo expresiva de un ejercicio de autolimitación de la potestad discrecional legalmente atribuida a la Administración.

#### **6. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. SUSPENSIÓN PROVISIONAL DE FUNCIONES. NO PUEDE SER ACORDADA AL MARGEN DE UN PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**

La STSJ de Andalucía (Granada) de 21 de octubre de 2002, Ar. 1218, enjuicia la legalidad de una medida provisional de suspensión de funciones acordada tras pronunciarse sentencia condenatoria recurrida por el funcionario imputado y en tanto dicha resolución adquiera firmeza.

Dado que la medida de suspensión provisional de funciones no es —en el caso enjuiciado— consecuencia inevitable en el orden administrativo de otra medida provisional judicial que impida al funcionario el desempeño de sus funciones, según reiterada jurisprudencia constitucional (por todas, STC 108/1984), debe estar basada en “(...) un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida cautelar desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”.

Pues bien, a juicio de la STSJ de Andalucía de 21 de octubre de 2002, la resolución que acuerda la suspensión provisional de funciones carece de motivación relativa a la finalidad perseguida y a las circunstancias determinantes de la misma, por lo que no es posible valorar la proporcionalidad o razonabilidad de dicha medida. No ignora la Sala que el enfrentamiento entre el funcionario recurrente y el Alcalde Presidente de la Corporación puede alterar el normal funcionamiento del Ayuntamiento, pero esta circunstancia no habilita al Alcalde para suspender provisionalmente al funcionario, de manera unilateral y al margen de un procedimiento disciplinario.

De este modo, la STSJ de Andalucía de 21 de octubre de 2002 concluye afirmando que es contraria a Derecho la suspensión provisional acordada por el Alcalde, sin más trámites que la mera notificación al funcionario, después de que éste recurriese en vía contencioso-administrativa la sanción previamente impuesta y de que por los mismos hechos haya recaído condena penal (por la comisión de un delito continuado de falsedad en documento público) pendiente de firmeza.

### 7. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

#### **A) Derecho de igualdad. Despido de un trabajador por pertenencia a un partido político. Indicios de actuación contraria al derecho de igualdad. Necesidad de justificación objetiva y razonable que elimine la sospecha del carácter discriminatorio de la decisión del empleador público**

Es doctrina constitucional reiterada la que señala la obligación del trabajador despedido de aportar indicios razonables sobre posibles motivos ocultos determinantes de la extinción de la relación laboral, de manera que resulte posible deducir de los mismos la alegada vulneración de derechos fundamentales. Una vez satisfecho este deber por el trabajador, corresponde al empresario –parte demandada– probar que su decisión responde a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio al derecho de que se trate (por todas, SSTC 38/1981, 90/1997, 207/2001, 29/2002).

La STC 49/2003, de 17 de marzo, Sala Primera, (BOE de 16 de abril de 2003), estima el amparo solicitado por el actor, trabajador del INSS, que alegó que la finalización de su relación laboral –por amortización de la plaza ocupada– fue debida a su militancia sindical y política en un partido distinto del gobernante.

La STC 49/2003 considera fuera de toda duda que la militancia del actor en el PSOE era conocida en el INSS, y que la incorporación en 1996 del nuevo equipo directivo del citado Instituto se tradujo en una continua reducción de funciones y en una progresiva modificación peyorativa de sus condiciones laborales, hasta llegar a su despido. Esta conexión temporal entre el conocimiento de la tendencia política del trabajador y las medidas adoptadas por el INSS es indicativa de la probabilidad de una actuación discriminatoria por parte de la Administración.

Conviene recordar, tal como hace la STC 49/2003, que la prohibición de discriminación opera de forma más intensa cuando –como en este caso– se trata de un empleador público. En este sentido, para alejar la sospecha de vulneración de un derecho fundamental, no es suficiente esgrimir la cobertura legal de la ruptura contractual. Para demostrar la ausencia de cualquier intención lesiva de derechos fundamentales, la Administración ha de acreditar que sus decisiones discrecionales en materia de organización de los servicios resultan razonables y proporcionadas a las circunstancias del caso concreto. En el caso enjuiciado por la STC 49/2003, la Administración no logró desvirtuar los indicios de probable lesión de derechos fundamentales aportados por el trabajador despedido. El INSS se limitó a esgrimir el posible apoyo legal de la ruptura de la relación contractual, pero, atendidas las circunstancias específicas y singulares del caso, no aportó una justificación objetiva, razonable y proporcionada que eliminase la sospecha sobre la vinculación de su decisión a un derecho fundamental del trabajador.

Tampoco las sentencias recurridas (Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 de Madrid y Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid) cumplieron con la carga de probar que la decisión litigiosa no encerraba propósito alguno de vulneración del derecho fundamental a no ser discriminado por razón de la ideología política, pese a que admitieron que el INSS quería desprenderse de un trabajador en el que no tenía confianza. Por

tanto, la STC 49/2003 declara la nulidad del despido del recurrente en amparo por vulneración del art. 14 CE.

## B) Libertad sindical

### a) Contenido esencial y contenido adicional. Derechos y situación administrativa de los funcionarios que desempeñan cargos sindicales electos tras la anulación del artículo 29.2.1) LMRFP. Eficacia de los derechos establecidos en el artículo 9.1.b) LOLS

La STC 18/2003, de 30 de enero (Pleno, BOE de 5 de marzo de 2003) estima el recurso de amparo interpuesto contra la STSJ de Madrid de 9 de junio de 1999 y la Resolución de 13 de octubre del Subdirector General de Gestión de Personal del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos, que denegó al actor –cargos sindicales en un sindicato de los más representativos– el pase a la situación regulada en el art. 9.1.b) de la Ley Orgánica 11/1985 (LOLS) por entender que, tras la anulación del art. 29.2.1) LMRFP por la STC 99/1987, no está prevista esta situación en la normativa reguladora del régimen jurídico del personal funcionario.

Para resolver sobre el recurso, la STC 18/2003 comienza señalando que el derecho establecido en el art. 9.1 LOLS forma parte del contenido adicional de la libertad sindical y, de la misma manera que el contenido esencial de la citada libertad, es también tutelable en amparo (por todas, STC 18/2001). Aclarado este aspecto, la cuestión se centra, en primer lugar, en determinar si el art. 9.1 LOLS recoge un derecho perfecto en sí mismo, o si sólo se trata de una norma incompleta que precisa ser completada por el ordenamiento funcional. En este último caso, tal complemento habría desaparecido tras la anulación del art. 29.2 LMRFP por la STC 99/19987, de modo que el art. 9.1 LOLS habría quedado privado de eficacia. De la comparación de ambos preceptos se extrae que sus contenidos coinciden sustancialmente. Por lo que respecta a la situación administrativa de los funcionarios que ostentan un cargo sindical, la única diferencia apreciable es que el art. 29.2 LMRFP se refiere expresamente al pase a servicios especiales, mientras que el art. 9.1 LOLS no incluye una concreta denominación de la situación, pero sí regula el contenido de la misma. También el contenido de la situación de los funcionarios que desempeñan cargos representativos coincide en la regulación de los dos preceptos. Sin perjuicio de la distinta redacción de cada uno de ellos, los arts. 9.1 LOLS y 29.2 LMRFP garantizan la reserva del puesto de trabajo, de destino y el cómputo de la antigüedad durante el tiempo que permanezcan en el ejercicio del cargo sindical. Puesto que, según ha quedado expuesto, el art. 9.1 LOLS establece por sí mismo el contenido de los derechos de la situación de los funcionarios que ocupan cargos sindicales electivos, la referencia del mismo a “la excedencia forzosa o a la situación equivalente en el ámbito de la función pública” no puede entenderse en el sentido de que la efectividad de tales derechos quede condicionada a la regulación que el ordenamiento funcional haga de la situación ya aludida. Sostener lo contrario, señala la STC 18/2003, supondría condenar a la ineficacia la parte más directamente ordenadora del art. 9.1 LOLS. Ciertamente, tras la anulación del art. 29.2 LMRFP por la STC 99/1987, el ordenamiento jurídico vigente

## X. Función Pública

habría ganado en coherencia si el legislador hubiese modificado en consecuencia la LMRFP, la LOLS o ambas normas. Pero, la falta de una intervención normativa en tal sentido, y el hecho de que tampoco el Reglamento de Situaciones Administrativas (RD 365/1995) prevea la situación propia de los funcionarios que se encuentran en el supuesto del art. 9.1 LOLS, no afectan a la vigencia actual de dicho precepto que, sin lugar a dudas, reconoce a los funcionarios el derecho a reserva del puesto de trabajo y al cómputo de la antigüedad mientras dure el ejercicio de su cargo representativo.

Tras el pronunciamiento sobre la plena eficacia del art. 9.1 LOLS, la STC 18/2003 analiza en segundo lugar las consecuencias de la declaración de inconstitucionalidad del art. 29.2 LMRFP (STC 99/1987) sobre el contenido del citado precepto de la LOLS. Concluir, como hacen la resolución administrativa y la sentencia recurridas, que la falta de previsión en la normativa funcional de la situación administrativa correspondiente a los cargos sindicales implica el vaciamiento de contenido del art. 9.1 LOLS, supondría trasladar a este precepto la declaración de inconstitucionalidad que la STC 99/1987 hizo del art. 29.2 LMRFP. Aunque la Administración no haya previsto los mecanismos adecuados para permitir la plena efectividad de los derechos regulados por el art. 9.1 LOLS, y admitiendo la restricción de los mismos que ello comporta, no es posible privar a los funcionarios de tales derechos. Por tanto, el sentido y la vigencia actual del art. 9.1 LOLS obligan a la Administración a reconocer a los funcionarios el derecho a optar a una situación administrativa que el legislador (de la LOLS) ha recocado como garantía del libre desenvolvimiento de su derecho fundamental a la libertad sindical. De no ser así, los funcionarios tendrían que compaginar el cargo sindical con el servicio activo, o bien pasarían a la situación de excedencia voluntaria, con los consiguientes perjuicios que ello acarrearía para sus carreras profesionales, viéndose coartados en dicha libertad y, por consiguiente, limitados en el ejercicio de sus derechos.

### **b) El derecho a delegado sindical con crédito horario está limitado a centros de trabajo con más de 250 trabajadores. La existencia de Acuerdo Marco impide vincular el concepto de centro de trabajo a la unidad electoral**

El sindicato de Trabajadores de la Administración concurrió a las elecciones sindicales en el organismo autónomo Correos y Telégrafos, Jefatura provincial de Alicante, obteniendo una representación de dos miembros en la Junta de personal, por lo que solicitó el reconocimiento de un delegado sindical del personal funcionario con derecho a crédito horario. Dicha petición fue denegada por la citada Jefatura Provincial, puesto que el art. 10 LOLS vincula dicho derecho a “las empresas o, en su caso, los centros de trabajo que ocupen a más de 250 trabajadores”, mientras que en el ámbito de la Jefatura de Alicante no existe ningún centro de trabajo que supere esta cifra. La denegación se ampara también en el Acuerdo Marco de Relaciones Laborales de Correos y Telégrafos, en cuya virtud, a los efectos de los arts. 8 y 10 LOLS, deben equipararse al centro de trabajo las dependencias y oficinas de Correos “(...) que tengan ubicación independiente, cualquiera que sea su rango, siempre que tengan más de 250 trabajadores”.

Frente al criterio de la sentencia de instancia, que considera vinculante la definición de “centro de trabajo” pactada por las partes en el Acuerdo Marco ya referido, la STS de 28

de diciembre de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 598 de 2003, parte de diferenciar la representación sindical que se expresa en los comités de empresa y en las juntas de personal y la posibilidad de que determinadas secciones sindicales puedan elegir delegados sindicales. Esta posibilidad deriva del hecho de que un sindicato haya obtenido representación en comités de empresa o juntas de personal y del complemento de otras circunstancias, por ello la Disposición Adicional Quinta de la Ley 9/1987 limita el concepto de centro de trabajo a las elecciones sindicales, sin mencionar la procedencia de nombrar delegados sindicales.

Es evidente la relación existente entre el resultado de las elecciones sindicales y una de las condiciones precisas para disfrutar de delegados, por lo que, a falta de pacto expreso, se interpreta que la exigencia de tratarse de un centro de trabajo que ocupe a más de 250 trabajadores ha de vincularse a la “totalidad de establecimientos dependientes del departamento u Organismo de que se trate, que radiquen en una misma provincia” (Disposición Adicional Quinta de la Ley 9/1987). Pero, existiendo, como en este caso, un Acuerdo Marco, no es posible establecer una equiparación entre el centro de trabajo y las unidades electorales, ya que este criterio supondría un desequilibrio de delegados sindicales, y crearía una situación de desigualdad entre los trabajadores públicos y los que prestan sus servicios en la esfera privada. Todo lo expuesto lleva a la STS de 28 de diciembre de 2002 a considerar ajustado a derecho el aludido Acuerdo marco y a estimar el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de instancia.

## 8. DERECHOS ECONÓMICOS

### A) Retribuciones complementarias

**a) Complemento de destino. Funcionarios de las Comunidades Autónomas que tienen derecho a percibir el complemento de destino correspondiente a los puestos de Altos Cargos en la cuantía establecida por la legislación autonómica para los Directores Generales. Aplicación del artículo 33.2 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991. Administración del Principado de Asturias**

En virtud del art. 33.2 de la Ley 31/1990, de 17 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, “(...) los funcionarios de carrera que, durante más de dos años continuados o tres con interrupción, desempeñen o hayan desempeñado a partir del 5 de julio de 1977 puestos en la Administración del Estado o de la Seguridad Social, comprendidos en el ámbito de aplicación de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre Incompatibilidades de Altos Cargos, exceptuados los puestos de Gabinete con categoría inferior a la de Director General, percibirán desde su reincorporación al servicio activo y mientras se mantengan en esta situación el complemento de destino correspondiente

## X. Función Pública

a su grado personal incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino que la Ley de Presupuestos del Estado fije anualmente para los Directores Generales de la Administración del Estado”. La legislación del Principado de Asturias no establece una disposición similar a la que acaba de ser referida. No obstante, la STSJ de Asturias de 26 de septiembre de 2002, Ar. 986, estima el recurso contencioso-administrativo dirigido contra la resolución administrativa que desestimó la solicitud de los actores sobre reconocimiento del derecho a percibir, desde su reincorporación al servicio activo, el complemento de destino correspondiente a los Altos Cargos en la cuantía establecida por el Principado de Asturias para los Directores Generales.

Para reconocer el derecho de los recurrentes –tras su reincorporación al servicio y en tanto se mantenga esta situación– a percibir el complemento de destino correspondiente a su grado personal incrementado en la cantidad necesaria para igualarlo al valor del complemento de destino que la Ley de Presupuestos del Principado de Asturias fije anualmente para los Directores Generales de esta Administración autonómica, la STSJ de Asturias de 26 de septiembre de 2002, realiza una interpretación sistemática y finalista (ya realizada por una Sentencia de la misma Sala de 10 de noviembre de 2002 y por otra STS de 24 de septiembre de 1997) del art. 33.2 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991, concluyendo que dicho precepto es aplicable a todos los funcionarios del sector público, pues la voluntad de esta norma es compensar a los funcionarios que han estado sometidos al régimen de incompatibilidades, manteniendo la igualdad cuantitativa de las retribuciones para cada grupo de funcionarios en todas las Administraciones. En definitiva, el reconocimiento del derecho en cuestión no depende de la Administración en que se hayan prestado los servicios tenidos en cuenta para incrementar la cuantía del complemento, sino de la efectiva equivalencia de los niveles retributivos o del estatuto jurídico de la figura de Alto Cargo.

### **b) Complementos específico y de productividad. No pueden ser reducidos sin causa objetiva. Derecho a percibir un complemento personal y transitorio que garantice el montante económico consolidado por el funcionario. Modificación de la relación de puestos de trabajo**

La potestad organizativa que ejercen las Administraciones Públicas a través de las relaciones de puestos de trabajo y la discrecionalidad que ostentan en la determinación de las retribuciones complementarias no pueden suponer menoscabo del montante consolidado de dichas retribuciones. La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 11 de octubre de 2002, Ar. 876, estima el recurso de la actora, que ocupaba la plaza de Jefe de Sección de Obras y siguió ocupando ese mismo puesto de trabajo tras la modificación de la relación de puestos de trabajo que creó una Gerencia de Urbanismo. Sin motivación alguna, y a pesar del aumento de trabajo, la modificación de la relación de puestos de trabajo determinó la disminución de los complementos específico y de productividad de la actora. Ciertamente los funcionarios no pueden invocar derechos adquiridos para el mantenimiento de una determinada estructura de retribuciones, pero tampoco éstas pueden ser reducidas sin justificación objetiva. Por ello, acudiendo a las previsiones de la Disposición Transitoria Décima de la LMRFP y a la aplicación de las mismas realizada por el Tribunal Supremo (SSTS de 17 de febrero de 1988, 1 de julio de 1988 y 12 de julio de 1991), la

STSJ de Castilla y León, de 11 de octubre de 2002, reconoce el derecho de la actora a un complemento personal y transitorio –absorbible por un futuro aumento– que le garantice la percepción del mismo montante económico consolidado en su puesto de trabajo.

**c) Complemento de destino. Derecho a percibir el correspondiente al puesto de trabajo efectivamente desempeñado. Comisión de servicios. Personal al servicio de la Administración de Justicia**

El complemento de destino, en todos sus componentes (incluido lógicamente el relativo al “carácter de la función”) debe ser el correspondiente al puesto de trabajo realmente desempeñado. Por ello, la STSJ del País Vasco de 6 de septiembre, Ar. 980, reconoce el derecho del recurrente –Secretario judicial de Tercera Categoría– a percibir el complemento de destino asignado al puesto de Secretaria Segunda Categoría que desempeña en comisión de servicios.

**9. RÉGIMEN DISCIPLINARIO. FALTAS. GRAVE DESCONSIDERACIÓN CON LOS SUPERIORES, COMPAÑEROS O SUBORDINADOS. DISTINCIÓN DE OTRAS FALTAS**

La actitud insolente o descarada hacia un superior no puede ser sancionada como falta grave de desconsideración. En principio, las conductas incorrectas o irrespetuosas serán calificadas como faltas leves de “incorrección con el público, superiores, compañeros o subordinados” [art. 8.c) del Real Decreto 33/1986]. Para que pueda apreciarse grave desconsideración con los superiores, según señala la SAN de 15 de noviembre de 2002, Ar. 18 de 2003, es necesaria la concurrencia de otras circunstancias que pongan de manifiesto la “(...) clara intención de menospreciar a la autoridad ejercida y desconocer el respeto debido al superior colocándolo en una situación de apreciable descrédito y desprestigio en su condición”.

**10. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL. PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO DERIVADA DE CONDENA DE INHABILITACIÓN ESPECIAL. LA REHABILITACIÓN ESTÁ CONDICIONADA A LA VALORACIÓN DE LA GRAVEDAD DEL DELITO COMETIDO Y DE SU INCIDENCIA EN LAS FUNCIONES ENCOMENDADAS AL FUNCIONARIO**

La LFCE –en la redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre– habilita a las Administraciones Públicas para resolver sobre las solicitudes de rehabilitación formuladas por funcionarios condenados a la pena principal o accesoria de inhabilitación, atendiendo a las circunstancias y a la entidad del delito cometido. Por su parte, el Real Decreto 2669/1998, de 11 de diciembre, establece una serie de criterios de apreciación de la entidad y de las circunstancias del delito cometido (art. 6), entre los que destaca la incidencia del delito en el puesto ocupado por el funcionario condenado.

## X. Función Pública

Este último criterio mencionado es determinante para resolver sobre las solicitudes de rehabilitación, de ahí que la STS de 30 de diciembre de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 601 de 2003, desestime el recurso planteado por un funcionario del Cuerpo de Auxiliares Postales y de Telecomunicación, que había sido condenado como autor de un delito de infidelidad en la custodia de documentos. La STS de 30 de diciembre de 2002 señala la evidente relación que existe entre el hecho castigado por la jurisdicción penal y las concretas funciones desempeñadas por el recurrente, concluyendo sobre la incidencia más que razonable de tal conducta ilícita en el ejercicio de las tareas propias de su puesto de trabajo, pues se trata de funciones similares a las que el funcionario fue manifiestamente infiel.

Según afirma la Sala, constatados los aspectos básicos de la gravedad del delito, de su relación con las funciones desempeñadas por el funcionario y de la falta de desaparición de los elementos desencadenantes de la conducta delictiva, a efectos de la decisión final sobre la solicitud de rehabilitación es irrelevante el juicio positivo que pueda derivar de la consideración de otros criterios establecidos por el Real Decreto 2669/1998, pues éstos tienen un mero carácter complementario de los anteriores.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN  
BELÉN MARINA JALVO



**XI. URBANISMO****Sumario:**

**1. Planeamiento urbanístico: formación y aprobación de los planes.** A) La Ley del Suelo no exige la intervención de arquitectos como técnicos idóneos para la redacción de los Planes Municipales. B) La reducción de la densidad en suelo apto para urbanizar en el acto de aprobación definitiva no es una modificación sustancial que requiera un nuevo período de información pública. C) El cambio del sistema de ejecución previsto para una unidad de actuación en el acto de aprobación definitiva no es una modificación sustancial que requiera un nuevo período de información pública. D) La clasificación del suelo como urbanizable o rústico es una decisión discrecional del ente local cuya modificación por la autoridad autonómica debe basarse en razones de legalidad o tutela de intereses supralocales. **2. Régimen urbanístico del suelo.** A) Los órganos jurisdiccionales pueden otorgar una calificación urbanística a un terreno sólo cuando no haya otra alternativa posible. B) Nulidad del presupuesto municipal por falta de consignación del 5 por ciento con destino al Patrimonio Municipal del Suelo. **3. Ejecución del planeamiento.** A) Convenios Urbanísticos: interpretación de sus cláusulas. B) Obras de urbanización: Aval en garantía. **4. Intervención administrativa en la edificación y uso del suelo.** A) Otorgamiento de la licencia de obras. a) Condicionamiento de la licencia a la cesión del 15 por ciento del aprovechamiento. b) Concurrencia de licencias. B) ordenes de ejecución de obras de seguridad, salubridad y ornato público. a) Concreción de las obras de seguridad, salubridad y ornato público. b) Responsabilidad de los Ayuntamientos por no ordenar la ejecución de obras de seguridad en los edificios. **5. Protección de la legalidad urbanística.** A) Competencia del Ayuntamiento para declarar ilegales las obras por él autorizadas en suelo urbano situado en los límites de carreteras estatales. B) Construcciones realizadas con evidente ruptura de la armonía del paisaje. C) Orden de demolición. D) Ejercicio de la acción pública.

## **1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO: FORMACIÓN Y APROBACIÓN DE LOS PLANES**

### **A) La Ley del Suelo no exige la intervención de arquitectos como técnicos idóneos para la redacción de los Planes Municipales**

Recordando la doctrina reiterada al respecto, la STS de 19 de diciembre de 2002, Ar. 2003/222, admite que en la redacción de los planes urbanísticos pueda prescindirse de los arquitectos. Según la sentencia de instancia, en la elaboración de las NNSS en cuestión sólo habían intervenido un economista y varios geógrafos:

“(…) esta Sala ha declarado repetidamente que el artículo 31.2 de la Ley del Suelo de 1976, al aludir genéricamente a los ‘facultativos competentes’, como técnicos idóneos para la redacción de los Planes Municipales está descartando cualquier tipo de monopolio profesional en esta materia y, desde luego, la propia redacción del precepto excluye que la intervención de arquitectos sea imprescindible”.

### **B) La reducción de la densidad en suelo apto para urbanizar en el acto de aprobación definitiva no es una modificación sustancial que requiera un nuevo período de información pública**

El Tribunal de instancia había anulado el acuerdo de la Comisión Provincial de Urbanismo que aprobó definitivamente la revisión de unas NNSS, ordenando la retroacción de actuaciones para un nuevo período de información pública, al tomar como modificación sustancial la reducción de la densidad en el suelo apto para urbanizar (de 70 a 55 viviendas por hectárea).

Según la STS de 11 de diciembre de 2002, Ar. 2003/182, no es éste el criterio que mantiene la jurisprudencia a la hora de interpretar lo que son “cambios sustanciales en los criterios y soluciones del Plan” (art. 130 RP):

“La modificación de que se trata se refiere a un solo parámetro urbanístico (la densidad de viviendas por hectárea) y ni siquiera a todo el suelo apto para urbanizar, pues la reducción afecta sólo al suelo de Ordenanza 6ª (residencial intensiva) y no al suelo de Ordenanza 7ª (residencial extensiva). No hay otros parámetros urbanísticos afectados, por ejemplo, la clasificación del suelo, ni su calificación, ni el sistema viario, ni los sistemas generales, etc. En estas condiciones no se puede decir que el cambio se refiera a la estructura general y orgánica de la ordenación del territorio, y por ello el motivo debe ser estimado.”

### **C) El cambio del sistema de ejecución previsto para una unidad de actuación en el acto de aprobación definitiva no es una modificación sustancial que requiera un nuevo período de información pública**

En este otro caso, la sentencia de instancia había anulado el acto de aprobación provisional de un PERI y ordenado una nueva fase de información pública, por entender que, al

## XI. Urbanismo

cambiar el sistema de ejecución previsto para la unidad de actuación (cooperación en lugar de expropiación), se había producido una alteración sustancial respecto del plan aprobado inicialmente. Abundando en la misma doctrina que acaba de reseñarse, la **STS de 25 de octubre de 2002**, Ar. 9715, considera, por el contrario, que tal modificación no afecta en absoluto a la estructura orgánica de la ordenación del territorio:

“Buena prueba de ello es que la determinación del sistema de ejecución puede no estar establecida en el plan, en cuyo caso su determinación se llevará a cabo con la delimitación del polígono o unidad de actuación (artículo 119.3 de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976), según el procedimiento establecido en el artículo 38 del Reglamento de Gestión Urbanística, en el que se establece un trámite de información pública posterior a la aprobación inicial e inmediatamente anterior a la resolución definitiva, pero en el que no existe una previsión semejante a la del artículo 130 RP, cuando esta decisión definitiva, en vista de todos los datos obrantes en el expediente adopte un sistema distinto del que se contemplaba en el acuerdo de aprobación inicial.”

### **D) La clasificación del suelo como urbanizable o rústico es una decisión discrecional del ente local cuya modificación por la autoridad autonómica debe basarse en razones de legalidad o tutela de intereses supralocales**

El ámbito y alcance del control a ejercer por las autoridades autonómicas sobre los planes que les elevan las entidades locales para su aprobación definitiva es un tema que aparece en los repertorios de jurisprudencia de forma recurrente. En esta ocasión, la **STS de 21 de noviembre de 2002**, Ar. 10353, confirma la nulidad del acuerdo de aprobación definitiva, que cambió a rústicos unos terrenos clasificados como suelo urbanizable en la aprobación provisional.

Recuerda la Sentencia que tal apreciación es una decisión típicamente discrecional que corresponde al ente local actuante, mientras que la intervención autonómica ha de venir siempre respaldada por razones de legalidad o de defensa de los intereses supralocales. Careciendo de esta justificación, la modificación introducida incurría en desviación de poder.

## **2. RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUELO**

### **A) Los órganos jurisdiccionales pueden otorgar una calificación urbanística a un terreno sólo cuando no haya otra alternativa posible**

Siguiendo la doctrina jurisprudencial que admite la posibilidad del otorgamiento de una calificación urbanística por los tribunales cuando sólo haya una alternativa posible, la **STS de 19 de noviembre de 2002**, Ar. 10965, corrige la decisión de instancia, pues tal cosa no sucedía en el asunto de autos:

“La ilegalidad de lo pretendido por la Administración no faculta, por sí sola, a los Tribunales para imponer una solución urbanística no querida por la Administración. Con independencia de no aparecer clara en la sentencia que la única solución posible para resolver el problema urbanístico es la adoptada en el fallo, pues la afirmación que en tal

sentido se contiene en ella es de naturaleza exclusivamente apodíctica, es evidente que la Administración todavía disponía de una alternativa más: renunciar al planeamiento iniciado. La sentencia de instancia ha desconocido esta opción de la Administración al entender que la inedificabilidad de dos parcelas es la única posibilidad que es compatible con la finalidad confesada de modo categórico, explícito y terminante por el autor del planeamiento: mejora y protección del paisaje desde el Paseo de Sant Antoni. Lo que aquí está en juego no son determinaciones urbanísticas específicas, sino la concepción global del planeamiento cuestionado.

Es sabido que el ejercicio de las potestades urbanísticas está intensamente teñido de discrecionalidad. Esta discrecionalidad comienza por la decisión de poner en marcha el procedimiento de elaboración del planeamiento. La discrecionalidad urbanística del proceso de elaboración del planeamiento no pierde este carácter por la circunstancia de que la opción urbanística elegida por la Administración sea equivocada, o legalmente improcedente.

Desde esta perspectiva, y partiendo de la base que la sentencia de instancia proclama, en el sentido de que las determinaciones aprobadas son incompatibles con las finalidades anunciadas por el autor del planeamiento, la única decisión que puede imponerse es la de anular el planeamiento aprobado, pero no imponer otro, que es lo que en la realidad hace la sentencia recurrida.

La Administración no puede ser obligada a adoptar un planeamiento que no quiere y unas soluciones urbanísticas que no aparece acreditado que sean las únicas posibles para resolver el estado de cosas existente pues ello supondría privar al planeamiento urbanístico de una de sus características esenciales: la discrecionalidad.

La sentencia de instancia se extralimita al imponer a la Administración Urbanística un modelo de planeamiento que ésta no había asumido.”

## **B) Nulidad del presupuesto municipal por falta de consignación del 5 por ciento con destino al Patrimonio Municipal del Suelo**

Son innumerables las sentencias del Tribunal Supremo que se han ocupado de la institución del Patrimonio Municipal del Suelo. A ellas se remite la **STS de 7 de noviembre de 2002**, Ar. 10310, para reiterar la obligación municipal de consignar el 5 por ciento del presupuesto ordinario con dicho destino y la prohibición de que los ayuntamientos conviertan el PMS en fuente de financiación de cualesquiera otras necesidades. En particular, se refiere esta última sentencia a la obligación de reinvertir los ingresos procedentes de las enajenaciones de aprovechamiento urbanístico y de bienes del PMS en la conservación y ampliación del mismo.

### 3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

#### A) Convenios urbanísticos: interpretación de sus cláusulas

La STS de 4 de septiembre de 2002, Ar. 8646, versa sobre un convenio urbanístico suscrito por la actora con un Ayuntamiento por el cual se acordaba el desalojo inmediato y la clausura de una granja porcina situada en el término municipal de dicho Ayuntamiento, comprometiéndose éste, entre otras cosas, a facilitar la obtención de cuantas licencias fueran necesarias para la modificación puntual de las normas subsidiarias de planeamiento de la localidad, a fin de convertir el terreno donde se ubicaba la granja en terreno urbanizable, extremo que según la actora no se había cumplido. Es decir, se buscaba la colaboración entre ambas partes para la clausura y traslado de la granja.

Afirma a este respecto la parte actora, que el Ayuntamiento no obró de buena fe ni en la redacción del convenio ni al dictar la orden de cierre de la granja, pues éste se comprometía, a su entender, a iniciar los trámites para la modificación puntual de las normas subsidiarias del Municipio en la zona afectada, sin advertir a la actora de la necesidad de firmar previamente alguna instancia o solicitud instando a que aquél cumpliera sus obligaciones contractuales.

En este sentido, el TS indica que no puede admitirse, por presumible que sea que el Ayuntamiento tenga un mejor conocimiento de la normativa urbanística que los particulares, que por ello el Ayuntamiento deba introducir en sus convenios con particulares advertencias o consejos sobre el contenido de las normas aplicables a cada supuesto concreto, hasta el punto de que, en caso de ausencia, se puede calificar su actuación de viciada o de mala fe, ya que es la actora la que, por sí o con el oportuno asesoramiento jurídico, la que debe conocer las normas que regularán las consecuencias jurídicas del convenio que suscriba, sin que pueda desplazar esta carga sobre los hombros de la contraparte.

Esta argumentación desembocó en la desestimación del recurso interpuesto por la parte actora.

#### B) Obras de urbanización: Aval en garantía

La STS de 3 de octubre de 2002, Ar. 8734, gira en torno a la forma en que debe ser satisfecho el coste de las obras de urbanización a una empresa urbanizadora y las consecuencias jurídicas de ello. En el supuesto concreto, dicho coste no debía ser pagado por la Junta de Compensación y luego repercutido mediante cuotas giradas a los propietarios, que es el sistema normal, según los arts. 176.1 y 181.2 RGU de 1979, sino que ha de ser pagada directamente por los miembros de la Junta a la empresa urbanizadora.

A este respecto, ya la Sala de instancia indicó, y así lo acepta el TS, que el hecho de que la empresa adjudicataria de la urbanización aceptara girar los pagos de forma directa a cada uno de los componentes de la Junta no suponía que ésta dejara de ser la responsable final de los gastos de urbanización, ya que la Junta sigue siendo la última responsa-

ble ante la Administración competente de la urbanización completa de la unidad de ejecución, según el art. 160.1 TRLS de 1992.

En este sentido, el TS indica que lo importante en este supuesto no es la forma en que se acordara que los propietarios debían de pagar las obras de urbanización, bien directamente a la empresa urbanizadora, bien mediante cuotas a la Junta, sino si el concepto que se reclama es o no una obra de urbanización de las que responde la Junta. Y a este respecto, según el TS, no existe ninguna duda, ya que la obra en cuestión es la realización del Centro de Transformación de Energía Eléctrica al servicio de la unidad de actuación, lo que constituye una típica obra de urbanización de la que responde la Junta.

Y sigue el TS señalando que:

*“desde el punto de vista material, esta deuda está cubierta por los avales que fueron prestados para garantizar la ejecución de las obras de urbanización, y éste es el dato que importa. El que la deuda hubiera de ser pagada por la Junta y luego repercutida mediante cuotas giradas a los propietarios (...) o hubiera de ser pagada directamente por los miembros de la Junta a las empresas urbanizadoras (...) constituye sólo un aspecto formal que no puede hacer variar la conclusión apuntada: la deuda está materialmente cubierta por los avales prestados y constituye en realidad una deuda del propietario deudor con la Junta, porque sólo a la Junta puede la Administración actuante pedir responsabilidades por la falta de urbanización” (FJ 5°).*

Por ello, concluye el TS, las cantidades percibidas aplicando el procedimiento de apremio por parte de la Administración actuante a petición de la Junta, según se prevé en el art. 130. 2 TRLS de 1976, se deben entregar por aquélla a ésta, sin perjuicio de que luego la Junta entregue dichas cantidades al que resulte ser acreedor.

Esta argumentación concluyó con la desestimación del recursos de casación interpuesto.

#### **4. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO**

##### **A) Otorgamiento de la licencia de obras**

##### **a) Condicionamiento de la licencia a la cesión del 15 por ciento del aprovechamiento**

Las SSTs de 20 y 24 de septiembre de 2002, Ar. 8467 y Ar. 8288, siguiendo el criterio seguido en numerosa jurisprudencia, señalan la nulidad de las licencias que exigen para su otorgamiento la cesión del 15 por ciento del aprovechamiento lucrativo, al haber sido declarada la norma que servía de cobertura a esta condición, la Disposición Transitoria Primera TRLS de 1992, nula por la STC 61/1997, de 20 de marzo.

### **b) Concurrencia de licencias**

El Tribunal Supremo, en la **STS de 3 de octubre de 2002**, Ar. 8722, desestima el recurso interpuesto por una entidad mercantil contra la resolución de un Ayuntamiento por la que se le denegó una licencia municipal para el movimiento de tierras. La recurrente basaba su pretensión en la existencia de una autorización expedida por la autoridad minera para la realización de dichas obras.

Sin embargo, la fundamentación jurídica de la sentencia considera que en este caso se trata de licencias concurrentes, con ámbitos de actuación diferentes y que preservan intromisiones independientes, razón por la que no se puede invocar con éxito el cumplimiento de la Ley de Minas frente a la actuación municipal en el ejercicio de sus competencias propias.

Por su parte, la **STS de 22 de octubre de 2002**, Ar. 9301, considera innecesario, en el concreto supuesto sometido a su consideración: la concesión de una licencia de demolición de un edificio sobre el que existía en trámite un expediente para su declaración como bien de interés cultural, contar con la previa autorización del Organismo competente al que alude la Ley de Patrimonio Histórico Español de 1985, ya que en este caso dicha autoridad, la Dirección General de Cultura, es la misma que solicitó la licencia para el desmantelamiento de la edificación, por lo que carece de sentido exigir una previa autorización de este mismo órgano.

### **B) Órdenes de ejecución de obras de seguridad, salubridad y ornato público**

#### **a) Concreción de las obras de seguridad, salubridad y ornato público**

El Tribunal Supremo, si bien destaca la doctrina consolidada conforme a la cual las órdenes de ejecución han de precisar suficientemente las obras que se ordenan, no siendo válidos los mandatos genéricos e indefinidos, considera, sin embargo, que en el supuesto fallado en la **STS de 9 de octubre de 2002**, Ar. 8740, tal definición no es necesaria, dada la simplicidad de las anomalías que en este concreto caso se advierte.

#### **b) Responsabilidad de los Ayuntamientos por no ordenar la ejecución de obras de seguridad en los edificios**

En la **STS de 15 de junio de 2002**, Ar. 8613, se estima un supuesto de responsabilidad patrimonial frente a la pasividad del Ayuntamiento en ordenar la ejecución de las obras de seguridad necesarias en un edificio que, finalmente, sufrió importantes derrumbes, originando daños al edificio contiguo, reclamándose la indemnización de los perjuicios operados en este inmueble por la Comunidad de Propietarios del mismo.

El Supremo entiende que, cuando a pesar de la existencia de requerimiento municipal, no se cumpliesen en el plazo señalado las obras de conservación pertinentes, el Ayuntamiento tiene el deber de incoar el correspondiente expediente sancionador con imposición de multa, en cuya resolución procede requerir al propietario para que ejecute las obras al

efecto y, en caso de incumplirlo, el Ayuntamiento debe llevar a cabo las mismas con cargo al obligado, a través del procedimiento de ejecución subsidiaria (FJ 7º).

El incumplimiento por parte del Ayuntamiento de sus deberes y el consiguiente funcionamiento anormal del servicio público municipal determinan la obligación reparatoria que incumbe al mismo.

## 5. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

### A) Competencia del Ayuntamiento para declarar ilegales las obras por él autorizadas en suelo urbano situado en los límites de carreteras estatales

La STS de 15 de noviembre de 2002, Ar. 9543, desestima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra la decisión judicial de instancia que declaraba la validez de los actos administrativos acordados por la Delegación del Gobierno de Castilla-La Mancha por los que se ordenaba la paralización de las obras de construcción de una nave industrial y la demolición de parte de la misma por estar situada en la franja determinada por la línea límite de edificación, concretamente a una distancia de 37 metros de la arista exterior de la calzada más próxima a la autovía.

La Sala a quo señala que, dado que el Ayuntamiento había concedido al actor licencia para la construcción de la nave industrial, las actuaciones necesarias para velar por la legalidad urbanística, comprendiendo dentro de la misma si la edificación se ajusta a las limitaciones derivadas de la Ley de Carreteras, corresponden al Ayuntamiento.

Esta misma tesis es avalada por el Tribunal Supremo, para quien el art. 27 de la Ley de Carreteras otorga al Delegado del Gobierno la facultad de paralizar y demoler las obras y usos, incluso las situadas en suelo clasificado como urbano, solamente cuando las mismas no estén autorizadas. Por el contrario, si un Ayuntamiento, en uso de las competencias que le atribuye al propia Ley de Carreteras para autorizar obras y usos en terrenos urbanos colindantes con los tramos de carreteras estatales, adopta un acuerdo válido de esta naturaleza, mientras subsista su validez no cabe considerar a aquellas obras o usos como “carentes de autorización” y, por tanto, susceptibles de las medidas de policía previstas en el mencionado precepto.

### B) Construcciones realizadas con evidente ruptura de la armonía del paisaje

La STS de 23 de octubre de 2002, Ar. 10062, estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Piélagos contra la sentencia del Tribunal de Justicia de Cantabria que anula una licencia de construcción y decreta la demolición de lo edificado a su amparo, por entender que la edificación se había realizado con evidente ruptura de la armonía propia del paisaje, desfigurando las perspectivas de dos playas.

## XI. Urbanismo

Para el Tribunal Supremo, sin embargo, tal violación invocada de lo dispuesto en el art. 138.B) TRLS de 1992 no se da en el caso ante el mismo cuestionado, ya que, en atención a una consolidada jurisprudencia, cuando existe un planeamiento previo que ha previsto una regulación para el terreno en cuestión, es necesario que los supuestos de hecho de la norma se acrediten con mucho rigor y precisión, lo que no ha sucedido en esta ocasión.

Por otro lado, el mismo fallo aborda la cuestión del reconocimiento de la calificación del suelo urbano que se encuentra consolidado por la edificación, señalando que, si bien existe una conocida doctrina conforme a la cual las facultades discrecionales que como regla general han de reconocerse al planificador para la calificación del suelo en la forma en que estime más conveniente, dichas competencias tienen su límite en el suelo urbano, pues necesariamente ha de reconocerse esa categoría a los terrenos que dispongan de los servicios urbanísticos. No obstante, la referida calificación de urbanos no se puede otorgar a unos terrenos que han sido urbanizados conforme a un plan ilegal.

### C) Orden de demolición

Las SSTs de 2 y 21 de octubre de 2002, Ar. 8858 y Ar. 10107, resuelven sobre la validez de sendas órdenes de demolición acordadas por dos Municipios frente a obras ejecutadas ilegalmente, señalando algunos caracteres importantes de las mismas.

En la primera, siguiendo una abundante jurisprudencia dictada por la misma Sala, se mantiene la innecesariedad del trámite de requerimiento de legalización previo la orden de demolición en los supuestos en los que la ilegalidad de la obra aparece de forma clara o es imposible su legalización.

En la segunda se analiza el contenido del principio de proporcionalidad que debe presidir la actuación administrativa para la corrección de la infracción advertida, estimando que este axioma opera en dos tipos de supuestos:

“a) con carácter ordinario, en aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir entre varios medios utilizables; y

b) ya con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aún existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado (...)”

En el caso enjuiciado en esta decisión, en el que la Administración está obligada a restaurar la realidad física alterada por medio de la acción ilegal, no le asiste posibilidad de elegir entre dos o más medios distintos, por lo que no resulta de aplicación dicho principio o procede acordar la orden de demolición.

**D) Ejercicio de la acción pública**

La STS de 25 de septiembre de 2002, Ar. 8843, resuelve un recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la misma, que entendió que el ejercicio por parte de dicha Comunidad Autónoma de la acción prevista en el art. 65 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local para impugnar los actos y acuerdos de las Corporaciones locales tiene un plazo de ejercicio de dos meses, y no el de cuatro años previsto en el Texto Refundido de la Ley del Suelo para ejercitar la acción pública frente a las ilegalidades urbanísticas.

El Tribunal llega a esta conclusión en su Fundamento Jurídico 3º, conforme al cual:

“Como ya dijimos en nuestra Sentencia de 5 de mayo de 1998, confirmando un criterio ya manifestado en las de 18 de julio y 19 de septiembre de 1996, no cabe hablar de una interpretación integradora del artículo 65 LRBRL, en atención a los artículos 235 y 187 TRLS de modo que los plazos de impugnación que establece aquel precepto queden sin efecto en materia urbanística, hasta tal punto de prevalecer el de cuatro años previsto en este último. No cabe aceptar este criterio, porque no se trata de integrar algún elemento de la norma sino el de sustituir el plazo claramente establecido en ella por otro, que se supone aplicable a una situación, como es el de las ilegalidades urbanísticas, que se considera no prevista en aquélla.”

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

CONSUELO ALONSO GARCÍA

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

RUBÉN SERRANO LOZANO

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

**XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Bienes locales.** A) Mutación demanial de los bienes de las Entidades locales. Irretroactividad de las reglas contenidas en el RBEL de 1986. B) Enajenación de bienes de las Entidades locales. Necesidad de coordinar la legislación sectorial y de régimen local. C) Enajenación de bienes de las Entidades locales. Requisitos subjetivos para realizar cesiones gratuitas. D) Enajenación de los bienes de las Entidades locales. Condiciones para permutar un bien. E) Potestades administrativas. Recuperación de oficio. Necesidad del deslinde previo del objeto que se pretende recuperar y de probar la posesión. **3. Aguas continentales.** A) Abastecimiento a poblaciones: concesión. No afección a derechos de tercero. B) Aguas privadas: inscripción en el Catálogo. C) Aprovechamientos hidroeléctricos: caducidad de concesiones y rehabilitación. Responsabilidad administrativa como consecuencia de decisiones de la Administración. D) Autorización antigranizo. Contenido discrecional. Razones de la denegación. E) Comunidades de Regantes: flexibilidad en la apreciación de los requisitos para su constitución. F) Riegos: modulación de caudales para evitar el mal uso de las aguas. Otorgamiento de concesiones por adecuación al Plan Hidrológico de Cuenca. G) Sanciones: extracción de áridos sin autorización. H) Sequía y medidas extraordinarias adoptadas dentro de la cuenca: no hay necesidad de Ley. **4. Aguas marítimas.** A) La potestad de recuperación de oficio no requiere deslinde previo y justifica la retirada de las instalaciones ilegales. B) El deslinde pretende declarar demanio marítimo lo que por naturaleza es tal, independientemente de actuaciones erróneas públicas y privadas. Se impone la prosecución de un procedimiento administrativo acorde con el común. Es susceptible de recurso contencioso-administrativo, sin intervención en cuestiones de propiedad. C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: la categorización como suelo urbano de la zona de servidumbre de tránsito impone su clasificación en los planes urbanísticos. D) Los usos privativos del demanio marítimo necesitan concesión, temporalmente limitada y condicionada por su clausulado. La reducción del

término concesional conlleva indemnización. Las concesiones de desecación de marismas otorgadas al amparo de la normativa anterior determinan la desafectación demanial de las zonas desecadas. Los usos comunes especiales requieren autorización administrativa, acompañada de su correspondiente estudio económico. E) Las edificaciones sin título habilitante constituyen infracciones administrativas, a sancionar por instancias estatales o autonómicas en función de la servidumbre afectada. Las sanciones deberán ser proporcionales, viniendo acompañadas del mandato imprescriptible de reparación de daños. F) Puertos. Su naturaleza demanial determina la aplicación de las reglas propias de las propiedades públicas: autorización para la prestación de los servicios de consigna de buques y de transporte marítimo internacional; autorización temporalmente limitada para ocupaciones transitorias de terrenos portuarios. La eliminación administrativa unilateral de ayudas al transporte marítimo ya presupuestadas no enerva el derecho de los solicitantes a percibirlos. Tarifas portuarias: su naturaleza jurídica de tasa las sujeta al principio de reserva legal en materia tributaria. G) Pesca marítima: la normativa comunitaria determina la modificación acorde del ordenamiento interno, sin que quepa apelar al principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables para salvaguardar derechos adquiridos. **5. Carreteras.** A) Autopistas de peaje: modificación de concesión. B) Accesos a carreteras: reordenación incorrecta. C) Autorizaciones en zona de afección. D) Autorizaciones en tramos urbanos y travesías: competencia municipal. E) Limitaciones al derecho de propiedad. **6 Minas.**

**7. Patrimonio cultural.**

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi correspondiente a 2003 desde la 6861 a la 9855 (cuadernillos 32 al 44) y se ha revisado la del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 1/2003, de 16 de enero, hasta la 86/2003, de 8 de mayo.

### 2. BIENES LOCALES

#### A) Mutación demanial de los bienes de las Entidades locales. Irretroactividad de las reglas contenidas en el RBEL de 1986

La mutación demanial conlleva una modificación del fin que cumplen los bienes, sin que por ello pierdan su calificación como bienes de dominio público. Dicha mutación puede ser de dos tipos: mutación demanial en la que se produce un cambio del titular del bien (mutación intersubjetiva) y mutación por alteración del fin al que se destina el bien sin conllevar un cambio de su titular (mutación demanial intrasubjetiva). La STS de 7 de junio de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8605, se pronuncia sobre la aplicación retroactiva de los requisitos establecidos en el RBEL de 1986 en este segundo caso de mutación demanial intrasubjetiva.

En la Sentencia citada se parte de que la mutación demanial intrasubjetiva estaba regulada en el RBCL de 1956 y, en particular, que esa mutación se producía una vez aprobado un proyecto de obras que cumpliera determinadas condiciones. Dichas condiciones no se han respetado en el caso enjuiciado, por lo que la mutación demanial no se ha producido. Tales defectos no han quedado subsanados con posterioridad a la aprobación del proyecto como consecuencia de la modificación de la regulación de las condiciones previstas en el nuevo RBEL de 1986.

La posibilidad de subsanar los defectos que tuviera el proyecto es rechazada expresamente por el Tribunal en la Sentencia citada, puesto que se infringiría con ello el principio de irretroactividad de los reglamentos. Así, en ella se afirma que la jurisprudencia tiene declarado que la regla general de la irretroactividad de las leyes que, salvo expresa disposición en contrario, proclama el art. 2.3 del Código Civil es transplantable todavía con rigor más absoluto a las normas reglamentarias, hasta el punto de que en ciertos sectores se ha cuestionado seriamente la mera posibilidad de aplicación de dicha retroactividad, atendiendo tanto a que la potestad reglamentaria de la Administración ha de ejercerse con proyección a un futuro previsible, como a la aplicación del principio *inclusio unius, exclusio alterius* (si se incluye un cosa se excluye lo demás) que se desprende del mismo art. 2.3 citado (Sentencias de esta Sala de 21 de julio de 1989, 8 de noviembre de 1991 y 16 de septiembre de 1998, entre otras).

Este principio, sigue diciendo la Sentencia, deriva de la regla general contenida en el art. 9.3 de la Constitución y de lo preceptuado en el art. 57.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Este artículo se refiere a los actos administrativos y no al ejercicio de la potestad reglamentaria; sin embargo, la doctrina más autorizada y la jurisprudencia se muestran conformes con la identidad de la motivación que justifica, en uno u otro caso, la limitación de retroactividad en dichos procedimientos, con la que se pretende evitar enojosas intromisiones en la actividad de los administrados (Sentencia de 21 de julio de 1989).

Esa general irretroactividad de la eficacia de los reglamentos u ordenanzas no es absoluta y admite determinadas excepciones, tanto cuando se limitan a favorecer el ejercicio de

derechos o intereses legítimos sin perjuicio para tercero (aplicación del principio de retroactividad “in bonam partem”) como a regular materias de procedimiento u organización que resultan inocuas para los ciudadanos, e incluso cuando vengán a sustituir a otras normas reglamentarias, siempre que se respeten los límites previstos por el artículo 57 de la Ley antes citada.

Aplicando tales consideraciones al caso concreto, el Tribunal afirma que la convalidación del proyecto de obras en aplicación de una norma reglamentaria posterior supone reconocerle virtualidad para producir una mutación demanial automática aun en el caso de que no cumpla los requisitos para ello con arreglo a la norma vigente en el momento de su aprobación. Con ello se incurre en una aplicación retroactiva del RBEL de 1986. Ello no puede ser aceptado por infringir el principio de irretroactividad de los reglamentos al que se ha hecho referencia.

En el caso examinado la interpretación efectuada por la Sala conduce a atribuir a un hecho anterior al Reglamento derogado (la aprobación del proyecto de obras) los efectos jurídicos de demanialización que reconoce el nuevo Reglamento, en perjuicio del interés público vinculado a la existencia del camino público y del derecho de los ciudadanos a su uso.

### **B) Enajenación de bienes de las Entidades locales. Necesidad de coordinar la legislación sectorial y de régimen local**

Las normas de enajenación de los bienes de las Entidades locales se aplican a todos los supuestos de enajenación de patrimonio local, sin perjuicio de lo previsto en la normativa sectorial. Teniendo en cuenta esta excepción, resulta de aplicación prioritaria la normativa eléctrica en los casos en que nos encontremos ante el establecimiento de instalaciones eléctricas sobre propiedades públicas municipales. Normas específicas en las que se contempla primero el acuerdo voluntario con las Entidades afectadas y, en caso de no producirse, la ocupación forzosa de los mismos.

La STS de 16 de octubre de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 9124, se pronuncia sobre el órgano competente para autorizar voluntariamente el paso de un cable de alta tensión sobre una finca municipal. Dicho órgano competente es el Pleno del Ayuntamiento, dado que conforme a los arts. 21 y 22 de la LRRL de 1985 las facultades de disposición sobre el patrimonio municipal no corresponden al Alcalde sino al Pleno del Ayuntamiento.

### **C) Enajenación de bienes de las Entidades locales. Requisitos subjetivos para realizar cesiones gratuitas**

En la STS de 8 de julio de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 7986, se examinan los requisitos que se exigen a las instituciones privadas para ser destinatarios de una cesión gratuita de bienes por parte de las Entidades locales. En concreto, en ella se afirma que el art. 79.2 del TRLRL de 1986 dispone que los bienes inmuebles patrimoniales no podrán

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

cederse gratuitamente salvo a entidades o instituciones públicas y para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a las instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro. Este principio es corroborado por el art. 109.2 del RBEL de 1986.

La calificación como instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro, sigue diciendo la Sentencia, no está vinculada a la declaración de utilidad pública de la asociación (prevista en el art. 4 de la Ley de Asociaciones) cuando la cesionaria constituye una persona jurídica de esta naturaleza. En efecto, la expresión utilizada por la legislación local es un concepto jurídico indeterminado cuya concreción debe realizarse en el momento de la apreciación por la Entidad local competente de la concurrencia de los requisitos exigidos por la Ley para la viabilidad de la cesión gratuita de sus bienes patrimoniales y no excluye que puedan entenderse comprendidas en la calificación expresada asociaciones que, sin haber obtenido la declaración de utilidad pública, se estime que por su actividad y fines realizan una labor de interés público, o bien otras instituciones privadas, que, sin tener naturaleza asociativa, cumplan los requisitos de relevancia para el interés público y ausencia de ánimo de lucro.

Aplicando tales consideraciones al caso concreto, el Tribunal afirma que la sentencia impugnada no infringe la interpretación que acaba de ser expuesta cuando deduce de los Estatutos de la asociación cesionaria, y especialmente de la relación de fines contenida en los mismos, que es una institución privada de interés público sin ánimo de lucro, sin hacer referencia alguna al hecho de que disfrute o no de la declaración de utilidad pública.

### **D) Enajenación de los bienes de las Entidades locales. Condiciones para permutar un bien**

En la STS de 2 de julio de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9468, se examinan los requisitos necesarios para que la permuta pueda admitirse y, en particular, la necesidad de un expediente administrativo. En ella se dice que la exigencia del expediente que el art. 112.2 del RBEL establece para, a través de la permuta, excepcionar la regla general de la subasta, únicamente podrá considerarse cumplida cuando, no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a la permuta no ya como una conveniencia sino como una necesidad. Y eso último lo que exigiría, a su vez, será dejar constancia de los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata; de las razones por la que para dicha atención son más convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta; y de la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y no por otros medios, circunstancias concurrentes en la cuestión examinada sobre la que en parecidos términos se expresó esta Sala y Sección en la Sentencia de 31 de enero de 2000.

Por otra parte, entre el valor de los bienes permutados no puede existir una diferencia superior al 40 por ciento, según se establece en el art. 112 del RBEL de 1986, tal y como se indica en la STS de 1 de octubre de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9449. A los efectos de determinar los valores, tratándose de una parcela destinada a uso industrial, la

valoración realizada por el arquitecto municipal puede resultar más ajustada o adecuada que la efectuada por el perito procesal, ingeniero técnico agrícola, conforme a reiterada doctrina de esta Sala.

### **E) Potestades administrativas. Recuperación de oficio. Necesidad del deslinde previo del objeto que se pretende recuperar y de probar la posesión**

En relación con las condiciones para el ejercicio de la potestad de recuperación de oficio, en la STS de 2 de enero de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9840, se afirma que esta Sala tiene declarado que, para que proceda la recuperación de oficio, debe existir una completa identidad entre lo poseído por la Corporación y lo usurpado por el particular (Sentencias de 23 de febrero de 1957, 10 de marzo de 1977 y 1 de diciembre de 1987) y que para la recuperación en vía administrativa, cuando no existe confusión de límites, no es necesario un deslinde previo (Sentencia de 23 de noviembre de 1998); de ello se desprende *a sensu contrario* (por inversión lógica) que sí es menester que se produzca dicho deslinde previamente a la recuperación posesoria cuando dicha confusión existe y no está acreditada la completa identidad entre lo usurpado y lo poseído por la Corporación.

Por otra parte, la posesión que se pretende recuperar debe haberse probado por la Entidad local, quedando sujeta la valoración de dicha prueba al control de los tribunales. Así, en la STS de 11 de septiembre de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9102, se afirma que es necesaria la prueba previa de la posesión municipal para encontrar justificada la recuperación posesoria del pretendido camino municipal. El Tribunal debe llevar a cabo una valoración conjunta de la prueba, para lo que tiene facultades suficientes. Desde esta perspectiva, en el caso concreto, ha de entenderse que esa valoración de la prueba es correcta, pues el informe pericial emitido en vía administrativa es más que dudoso, frente a la claridad de la prueba pericial practicada en autos; por otra parte, los testimonios de los vecinos no excluyen la posibilidad de que en su día existiese, atravesando la finca rústica, un camino o más bien un paso que el público usase por mera tolerancia de los propietarios.

## **3. AGUAS CONTINENTALES**

### **A) Abastecimiento a poblaciones: concesión. No afección a derechos de tercero**

La STS de 21 de octubre de 2002, Ar. 9492, entiende conforme a derecho la concesión de aguas públicas otorgada a un Ayuntamiento con destino al abastecimiento de varias poblaciones. No puede prosperar el argumento de dos particulares que se oponen a dicho otorgamiento, pues a pesar de que apelan a la Disposición Transitoria Primera de la Lag. de 1985, no han conseguido demostrar en qué título fundan su derecho a las aguas para riego que resulte perjudicado por el de la mencionada concesión de abastecimiento.

### B) Aguas privadas: inscripción en el Catálogo

Siguiendo jurisprudencia anterior [así, STS de 20 de septiembre de 2001 –crónica XII.3.A) del núm. 16 de esta Revista–] proclive a una interpretación de la normativa aplicable –Disposición Transitoria Cuarta Lag. de 1985– en favor de la inscripción en el Catálogo de aguas privadas, se encuentra la **STS de 17 de junio de 2002**, Ar. 9553. En esta ocasión la CH del Tajo había denegado la inscripción registral en el mencionado Catálogo respecto de siete aprovechamientos de aguas subterráneas, aduciendo paralización del expediente por causa imputable al interesado, por lo que cabía –desde esa perspectiva– la caducidad a que aludía el art. 99 de la LPA de 1958. Pero el TS, confirmando la Sentencia de primera instancia, señala que la Administración hidráulica indujo a error al interesado al realizar un segundo requerimiento para que aportase más datos, que éste entendió voluntario, ya que no se trataba de datos esenciales en relación con los ya aportados en el expediente.

### C) Aprovechamientos hidroeléctricos: caducidad de concesiones y rehabilitación. Responsabilidad administrativa como consecuencia de decisiones de la Administración

Cuando un aprovechamiento está sin explotar durante un determinado período de tiempo y se incoa un expediente de caducidad, una de las resoluciones posibles es la rehabilitación del mismo en determinados casos que permite el art. 165 del RDPH. El supuesto analizado en la **STS de 12 de marzo de 2002**, Ar. 9013, versa sobre un asunto de rehabilitación que se decide al hilo de la tramitación de un expediente de transmisión de un aprovechamiento hidroeléctrico que no estaba en funcionamiento en aquel momento (art. 148 RDPH). La oposición formulada por dos particulares que pretendían que se declarase la caducidad y a continuación se tramitase nueva concesión instada por ellos mismos no es atendible, puesto que la solicitud de la empresa fue primera en el tiempo.

También sobre la incoación de un expediente de caducidad trata la **STS de 29 de mayo de 2002**, Ar. 7746, sin embargo en esta ocasión, se plantea a la vez la apertura de un procedimiento de revisión de la concesión hidroeléctrica. El TS entiende así incorrecta la resolución de la Administración hidráulica que denegó la solicitud de una Asociación de protección de la naturaleza que pretendía que se incoase expediente de caducidad y revisión de la concesión otorgada a un particular en 1989. Las razones que aduce la Asociación para sostener esto último es que debía averiguarse si el incumplimiento de plazos que es causa de caducidad se debió a la voluntad del particular o no (arts. 64 Lag. de 1985 y 155 RDPH), y asimismo si se había producido cambio de circunstancias desde que se otorgó [art. 156.1.a) RDPH], dado que el aprovechamiento se ubicaba en una zona contenida en el Plan de Espacios Naturales Protegidos de Castilla y León, lo que justificaba la apertura del procedimiento de revisión.

La **STS de 10 de octubre de 2002**, Ar. 8743, confirma la Sentencia de instancia, por cuanto esta última consideró que debía indemnizarse a la empresa hidroeléctrica por haber soportado una decisión administrativa que le perjudicaba. En efecto, la resolución de la CH del Norte que condicionó a una demora de 3 meses la autorización de reparación del

canal de la central hidroeléctrica que había solicitado con urgencia la empresa, originó que se rompiera el canal. El argumento que adujo la Administración hidráulica en torno a que el abastecimiento de agua de un Ayuntamiento dependía de que el canal de desagüe de la central siguiese aportando agua, y que por eso se había sometido la autorización de reparación a unas condiciones no es aceptado por el TSJ de Asturias, pues dado que el canal de derivación presentaba graves deterioros y filtraciones, no podía hacerse esperar su reparación, ni supeditar al abastecimiento, pues éste debería haberse valido de otra toma de aguas alternativa para permitir la reparación.

#### **D) Autorización antigranizo. Contenido discrecional. Razones de la denegación**

Conforme al art. 3 del RDPH, la fase atmosférica del ciclo hidrológico sólo puede ser modificada artificialmente si se obtiene la autorización correspondiente, poniéndose de relieve en el apartado 3 que cuando su fin sea evitar precipitaciones en forma de granizo será discrecional y sólo podrá tener una duración por 12 meses. La **STS de 6 de mayo de 2002**, Ar. 8509, resuelve por primera vez en la jurisprudencia contencioso-administrativa, el conflicto planteado apelando a ese precepto, y decide que fue correcta la denegación de la CH del Júcar en relación a la autorización solicitada por una Sociedad Agraria de Transformación. Llega a esa conclusión porque del expediente no resultaba garantizada la eficacia del sistema a utilizar con las técnicas en ese momento existentes, o la inocuidad respecto de los terrenos colindantes.

#### **E) Comunidades de Regantes: flexibilidad en la apreciación de los requisitos para su constitución**

Partiendo de lo dispuesto en el art. 216.3.c) del RDPH, es competencia de la Junta General de la Comunidad de Usuarios la redacción de los proyectos de Ordenanzas de la Comunidad, correspondiéndole al Organismo de cuenca su aprobación definitiva (art. 201.8 del RPDH). La **STS de 4 de marzo de 2002**, Ar. 9545, decide en un caso en el que se discute sobre la validez de la constitución de la Comisión Gestora creada para la elaboración de unas Ordenanzas, que debe interpretarse de manera flexible lo contenido en el apartado a) del art. 201.8 del RDPH, pues el defecto que existió en la designación de esa Comisión Gestora en el sentido de nombrar a quien no era comunero ni propietario, no evitó que se llegase al fin previsto, como fue la elaboración de las mencionadas Ordenanzas, por lo que estamos ante un vicio de anulabilidad convalidable, y no de nulidad.

#### **F) Riegos: modulación de caudales para evitar el mal uso de las aguas. Otorgamiento de concesiones por adecuación al Plan Hidrológico de Cuenca**

En la **STS de 17 de julio de 2002**, Ar. 7230, se estima válida una Resolución de la CH del Ebro que obligaba a una Comunidad de Regantes a adecuar los caudales concedidos al uso real, coincidente con el período de suspensión de riegos. No se trata de una modificación del título concesional, ni de una expropiación sin indemnización, sino de aplicar los arts. 48.4 Lag. de 1985 y 211 del RDPH que prohíben el desperdicio o mal uso de las aguas.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Por otro lado, la STS de 4 de noviembre de 2002, Ar. 9812, considera correcta la denegación de una concesión para riego por goteo, puesto que del dictamen del Ingeniero Jefe de la Oficina de Planificación Hidrológica de la CH del Guadalquivir resultaba que la solicitud controvertida no era compatible con las directrices del Plan Hidrológico de Cuenca, por lo que la resolución denegatoria no contravino el interés público, sino que aplicó el art. 108 del RDPH.

### G) Sanciones: extracción de áridos sin autorización

La STS de 20 de mayo de 2002, Ar. 7409, confirma la Sentencia de la AN objeto de impugnación, que entendió prescrita la multa de 10 millones de pesetas impuesta a una empresa por extracción de áridos sin autorización, debido a que transcurrieron más de dos meses a que aludía el art. 327 del RDPH (en su redacción originaria). También se acoge el otro extremo sentado por la AN, como es el relativo a que debido a que el plazo de prescripción en relación a la reparación de daños causados es distinto, en concreto es de 15 años, la cantidad económica a que se condenó a esa misma empresa debe mantenerse, ya que quedó acreditado el daño al ecosistema debido a dicha extracción.

### H) Sequía y medidas extraordinarias adoptadas dentro de la cuenca: no hay necesidad de Ley

Según el art. 56 Lag. de 1985 (actual art. 58 del TR de Lag. de 2001) en circunstancias de sequías extraordinarias, o en similares estados de necesidad o urgencia, el Gobierno mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros podrá adoptar cuantas medidas sean necesarias para paliar la situación. Este precepto es objeto de interpretación por la STS de 23 de noviembre de 2001, Ar. 7181, para resolver el caso que se discute. El TS afirma que las resoluciones de la CH del Júcar por las que se decidió dotar durante el verano de 1992 con carácter extraordinario de un riego de socorro de 20 Hm<sup>3</sup> a determinados regadíos ubicados en el ámbito territorial de dicha Confederación no vulneran el ordenamiento jurídico, pues en aplicación del art. 56 Lag., se aprobó el RD 531/1992, de 22 de mayo, encomendándose por el Gobierno a los Organismos de cuenca la adopción de cuantas medidas fuesen precisas para superar la situación de extrema sequía. No puede prosperar el argumento que defendía la necesidad de ley para llevar a cabo la actuación, pues no se realizó un trasvase en el sentido del art. 43 Lag. de 1985, sino que se utilizaron exclusivamente aguas de la cuenca del Júcar.

## 4. AGUAS MARÍTIMAS

### A) La potestad de recuperación de oficio no requiere deslinde previo y justifica la retirada de las instalaciones ilegales

Las ocupaciones sin título de bienes del demanio marítimo obligan a la Administración del Estado –como titular que es de los mismos– al ejercicio en cualquier tiempo de la potestad de recuperación de oficio. Para ello no es preciso practicar antes un nuevo deslinde, en la medida en que éste no afecta en nada a la naturaleza de unos terrenos que presentan, per se, todas las características demandadas a aquél. Asimismo, y precisamente

por la ausencia de título citada, es procedente la retirada o demolición de todas las instalaciones que se hubiesen realizado sobre los bienes usurpados (SSTS de 19 de diciembre y 27 de mayo y 12 de junio de 2002, Ar. 7119, 9190 y 9550, FJ 2º).

**B) El deslinde pretende declarar demanio marítimo lo que por naturaleza es tal, independientemente de actuaciones erróneas públicas y privadas. Se impone la prosecución de un procedimiento administrativo acorde con el común. Es susceptible de recurso contencioso-administrativo, sin intervención en cuestiones de propiedad**

El ejercicio de la potestad administrativa de deslinde tiene como pretensión la de acotar los límites del dominio público marítimo-terrestre (de acuerdo con la relación de bienes enumerada por los artículos 3 a 5 de la Ley de Costas, SSTS de 17 de julio de 2002 y 24 de diciembre de 2001, Ar. 7380 y 9406 de 2002, FJ 5º) con el fin de diferenciarlo física y jurídicamente de los terrenos limítrofes. Y es que, en ocasiones, lo que por naturaleza es tal, se intenta mantener al margen utilizando al efecto métodos artificiales. Éste era el supuesto analizado por la STS de 14 de octubre de 2002, Ar. 8755, en el que la aprobación del deslinde implicaba la declaración de demanialidad de unos terrenos naturalmente inundables cuya anegación por efecto de las mareas era impedida a través de un relleno periódico de tierra con fines urbanísticos. En otras ocasiones, sin embargo, es una errónea realización del deslinde la que genera los problemas. Tal es el caso contemplado en STS de 9 de octubre de 2002, Ar. 8737, en que un deslinde posterior alteró parcialmente los límites fijados en el anterior, como consecuencia de la comprobación inexacta de los datos contenidos en el expediente. Ante supuestos de este tipo, no puede defenderse una desnaturalización de tal carácter de los bienes teóricamente excluidos del demanio a causa de ese deslinde incorrecto, dado que no existe la necesaria desafectación expresa de los mismos.

Ese ejercicio citado demanda la prosecución de un procedimiento específico, basado en el general regulado en la legislación básica de procedimiento administrativo. De acuerdo con esto último, el deslinde podrá incoarse de oficio por la propia Administración con el solo fin de cumplimentar su obligación de definir los límites del dominio público marítimo-terrestre (STS de 24 de enero de 2002, Ar. 9842), de igual forma que deberá darse audiencia al interesado —so pena de nulidad procedimental—, en la medida en que este trámite se constituya en esencial y su ausencia pudiera acarrear indefensión (lo que no sucede en los supuestos resueltos por SSTS de 15 de julio de 2002, 24 de diciembre de 2001 y 24 de enero de 2002, Ar. 7656, 9406 de 2002 y 9842, FJ 4º).

Es de destacar que el deslinde, como acto administrativo que es, puede ser recurrido ante la jurisdicción contencioso-administrativa, que verá limitada su intervención a la resolución de las controversias planteadas en torno a la naturaleza de los terrenos, quedándole vetadas las cuestiones de propiedad (STS de 6 de mayo de 2002, Ar. 9063).

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### **C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: la categorización como suelo urbano de la zona de servidumbre de tránsito impone su clasificación en los planes urbanísticos**

La existencia de limitaciones sobre la propiedad privada contigua al demanio marítimo es habitual en la normativa costera, y ello con las finalidades de cumplimentar necesidades públicas y de permitir su salvaguardia. Tal es el caso de la servidumbre de tránsito prevista en el art. 27.1 de la Ley de Costas y que, con el fin de asegurar el paso público peatonal y de los vehículos de vigilancia y salvamento, se extiende a una franja de terreno de 6 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar. En esta zona, por principio, están prohibidas las edificaciones. Sin embargo, esto último no es obstáculo a la categorización urbanística del suelo afectado por la servidumbre como suelo urbano, siempre que cumpla las características exigidas al mismo. Si así sucede —como en el supuesto resuelto por la STS de 2 de julio de 2002, Ar. 7484—, se impone su clasificación con esta condición en el planeamiento municipal.

### **D) Los usos privativos del demanio marítimo necesitan concesión, temporalmente limitada y condicionada por su clausulado. La reducción del término concesional conlleva indemnización. Las concesiones de desecación de marismas otorgadas al amparo de la normativa anterior determinan la desafectación demanial de las zonas desecadas. Los usos comunes especiales requieren autorización administrativa, acompañada de su correspondiente estudio económico**

La realización de un uso privativo del demanio costero requiere la obtención previa de una concesión administrativa, título temporal *per natura* al venir referido a unos bienes imprescriptibles e inalienables. Y ello pese a que el ordenamiento anterior amparase las concesiones a perpetuidad o por períodos superiores a treinta años. En la actualidad, dichas concesiones han de entenderse limitadas, como máximo, a este plazo indicado —en virtud de lo dispuesto en las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas (STS de 21 de octubre de 2002, Ar. 9383)—, cabiendo indemnización a favor del concesionario por los daños y perjuicios —concretados adecuadamente— derivados de esta reducción del término concesional (STS de 1 de julio de 2002, Ar. 7637).

Supuesto especial es el referido a las concesiones de desecación de marismas otorgadas al amparo de la legislación precedente, a las que ya se ha hecho referencia en anteriores números de esta Revista. En efecto, la normativa decimonónica (Ley de Puertos de 1880) regulaba expresamente tales concesiones de desecación en favor de particulares; desecación que, una vez realizada, produciría como efecto jurídico la inserción del bien en la esfera patrimonial del concesionario, en detrimento de su anterior naturaleza demanial. La Ley de Costas de 1988 respeta estas situaciones, reconociendo en su Disposición Transitoria Segunda que “los terrenos ganados o a ganar en propiedad al mar y los desecados en su ribera, en virtud de cláusula concesional establecida con anterioridad a la promulgación de esta Ley, serán mantenidos en tal situación jurídica, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre continuarán siendo de dominio público en todo caso”. Nuevamente se manifiesta sobre estas cuestiones la STS de 15 de julio de 2002, Ar. 8311, en la que, además, se vuelve a salvaguardar el derecho de los propietarios de terre-

nos adquiridos de esta manera a efectuar edificaciones sobre los mismos, sin que la Administración, en ningún caso, pueda decidir su paralización.

En cualquier caso, no sólo el transcurso del tiempo es causa de caducidad de las concesiones, siendo también el incumplimiento de sus condiciones motivo determinante de la misma (STS de 21 de octubre de 2002, Ar. 9382).

Por supuesto, prescindir absolutamente del título indicado cuando se efectúa un uso privativo constituye una infracción administrativa. Tal sería la ejecución, sin concesión, de obras sobre zonas declaradas demanio marítimo en virtud de deslinde o sobre zonas sujetas a servidumbre. Ante uno de estos supuestos puede intentarse la reconducción de las mismas a la legalidad y, en caso de no ser posible (como las contempladas en SSTS de 19 de diciembre de 2001, y 24 de junio y 16 de octubre de 2002, Ar. 7119 de 2002, 7057 y 9559), se procederá a su demolición y a la reposición de las cosas a su estado originario (STS de 12 de junio de 2002, Ar. 9550).

Por su parte, los usos comunes especiales del dominio público marítimo –tales como los servicios de temporada en las playas– vienen sujetos a la expedición de una autorización administrativa, de acuerdo con el procedimiento fijado al efecto en el Reglamento de Costas. Uno de sus trámites consiste en la presentación de un estudio económico-financiero del uso; estudio cuya ausencia –en la medida en que se considera trámite esencial para garantizar el correcto funcionamiento de los servicios y detectar posibles afecciones perjudiciales al demanio– determina la nulidad del acto autorizador (STS de 23 de octubre de 2002, Ar. 9392).

**E) Las edificaciones sin título habilitante constituyen infracciones administrativas, a sancionar por instancias estatales o autonómicas en función de la servidumbre afectada. Las sanciones deberán ser proporcionales, viniendo acompañadas del mandato imprescriptible de reparación de daños**

De acuerdo con lo establecido en la vigente Ley de Costas, la realización, sin título administrativo habilitante, de edificaciones sobre bienes integrantes del demanio marítimo o sobre terrenos colindantes afectados por las servidumbres de tránsito y protección constituye una infracción administrativa sancionable. En estos últimos casos, la imposición de la sanción corresponderá, según consolidada jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo, a las instancias estatales en caso de afección a la servidumbre de tránsito (STS de 10 de junio de 2002, Ar. 8606, FJ 6º), y a las autonómicas en caso de afección a la servidumbre de protección, atendiendo en este supuesto a su competencia exclusiva –estatutariamente asumida– en materia de ordenación del litoral, y sin que esto suponga, en ningún caso, menoscabo de las potestades estatales en defensa de la integridad del demanio (SSTS de 28 de mayo y 24 de junio de 2002 y 17 de diciembre de 2001, Ar. 7745, 7057, FJ 4º y 9838 de 2002).

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

La cuantía de la sanción habrá de guardar siempre proporcionalidad con el daño causado al dominio público, calculado en el caso de obras ilegales mediante valoración económica de las mismas (STS de 15 de julio de 2002, Ar. 7229). A dicha sanción acompañará, también en todo caso, el mandato —per se no sancionador— de reparar los daños y reponer las cosas a su primitivo estado, lo que puede conllevar perfectamente la demolición de las edificaciones indebidamente realizadas (SSTS de 10 de junio y 7 de octubre de 2002, Ar. 8606, FJ 2º y 9424). Este mandato ha de entenderse imprescriptible, porque imprescriptible es, asimismo, el dominio público que trata de preservar (STS de 1 de abril de 2002, Ar. 7333, FJ 4º).

**F) Puertos. Su naturaleza demanial determina la aplicación de las reglas propias de las propiedades públicas: autorización para la prestación de los servicios de consigna de buques y de transporte marítimo internacional; autorización temporalmente limitada para ocupaciones transitorias de terrenos portuarios. La eliminación administrativa unilateral de ayudas al transporte marítimo ya presupuestadas no enerva el derecho de los solicitantes a percibirlos. Tarifas portuarias: su naturaleza jurídica de tasa las sujeta al principio de reserva legal en materia tributaria**

La categorización de los puertos como bienes demaniales determina la aplicación a los mismos de los principios y reglas jurídicas inherentes a las propiedades públicas. En este sentido, la realización de cualquier actividad que los tenga como basamento físico requiere del correspondiente título administrativo.

Es el caso de la prestación del servicio de consignatario de buques, que exige previa autorización expedida por la autoridad portuaria y sometida a las condiciones bajo las que fue otorgada. Una de estas condiciones es la obligación del consignatario de pagar las liquidaciones a que dé lugar la estancia de los buques en el puerto, so pena de suspensión temporal, sin que quepa efectuar de oficio baja forzosa del censo de tal actividad si previamente no se ha reclamado la deuda por vía ejecutiva o de apremio (STS de 4 de noviembre de 2002, Ar. 9673).

Asimismo, es el caso de las autorizaciones de ocupación temporal de parcelas del demanio portuario, nunca identificables como concesiones (y en consecuencia, nunca beneficiarias de las regulaciones jurídicas establecidas para éstas), y cuya caducidad viene determinada por el transcurso del tiempo para el que fueron otorgadas (STS de 31 de octubre de 2002, Ar. 9665).

Por último, también es el caso del servicio de líneas regulares de transporte marítimo internacional, igualmente demandante de autorización administrativa. Y ello en todo caso, sin que quepa 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. De hecho, y según la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de febrero de 2001, “la libre prestación de servicios como principio fundamental del Tratado puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida”, siendo la normativa española de puertos clara en este sentido, y sin distinguir si el servicio con-

siste en navegación interior, de cabotaje o exterior. No se plantean, pues, problemas de compatibilidad entre la actividad a llevar a cabo y el meritado título administrativo (STS de 20 de junio de 2002, Ar. 9555). Por cierto que, en relación al servicio de transporte marítimo, han sido previstas ayudas administrativas con el fin de modernizar la flota destinada al mismo; ayudas a las que el solicitante tiene derecho siempre que presente su solicitud conforme y en plazo, y sin que la decisión unilateral de la Administración de reducir la cuantía destinada a las mismas lo enerve. Reconocer lo contrario sería defraudar la confianza legítima del destinatario y atentar contra la seguridad jurídica (STS de 10 de junio de 2002, Ar. 8607).

La concesión de uso del demanio portuario lleva anudado, a modo de contraprestación pecuniaria, el devengo de una figura tributaria (cánones diversos en función del tipo de uso). 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 vuelve a manifestarse en este sentido la STS de 31 de mayo de 2002, Ar. 7570. Y, asimismo acerca de esta cuestión, se ha pronunciado recientemente el Tribunal Constitucional que, en su STC 63/2003, de 27 de marzo (BOE núm. 91, de 16 abril), declara contrarios a la norma suprema el art. 9 y la Disposición Transitoria de la Ley 18/1985, de 1 de julio, de modificación de la Ley 1/1966, de 28 de enero, sobre régimen financiero de los puertos, precisamente por apreciar en los mismos una vulneración de la reserva de ley en materia tributaria. En efecto, en la medida en que estos preceptos dejan en manos gubernativas, y con carácter absoluto, la fijación del quantum de la contraprestación (elemento esencial del tributo), incumplen la reserva antecitada, sobredimensionando un papel (el del Reglamento), que debe ceñirse exclusivamente a la colaboración con la Ley en términos de subordinación, desarrollo y complementariedad (FJ 4º).

**G) Pesca marítima: la normativa comunitaria determina la modificación acorde del ordenamiento interno, sin que quepa apelar al principio de irretroactividad de las disposiciones desfavorables para salvaguardar derechos adquiridos**

La importancia económica de la actividad pesquera determina la existencia de abundante normativa referida a la misma; normativa dentro de la cual cobra especial relevancia la procedente de las instancias europeas. Es el caso del Reglamento 3954/1992, de 19 de diciembre, de regulación de la actividad de las flotas de pesca comunitarias al amparo del Acuerdo CEE/Marruecos en la materia que, como tal Reglamento comunitario, es directamente aplicable en nuestro país desde su entrada en vigor. Por esta razón, la modificación de la normativa española preexistente para su adecuación a este texto comunitario era obligatoria, sin que el establecimiento de nuevas regulaciones acordes con aquél —concretamente, la alteración del régimen de categorías de prelación de buques— deba enten-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

derse como una restricción de derechos. Como declara una consolidada jurisprudencia constitucional, el principio de irretroactividad contemplado en el art. 9.3 de la Constitución concierne sólo a las Leyes sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, sin que pueda confundirse con la doctrina de los derechos adquiridos. Esto determina que, fuera de aquellos ámbitos, nada impide al legislador dotar a la norma del ámbito de retroactividad que considere oportuno, entre otras cosas “porque la interdicción absoluta de cualquier tipo de retroactividad conduciría a situaciones de congelación o petrificación del ordenamiento jurídico” (STS de 7 de junio de 2002, Ar. 9429).

### 5. CARRETERAS

#### A) Autopistas de peaje: modificación de concesión

En este apartado, es muy importante la STS de 29 de abril de 2002, Ar. 9413, donde el Tribunal Supremo desestima los recursos contencioso-administrativos interpuestos por varios Entes Locales catalanes contra el RD 2346/1998, de 23 de octubre, por el que se modificaban determinados términos de la concesión de la empresa ACESA (“Autopistas, Concesionaria Española, Sociedad Anónima”).

El RD impugnado (que también dio lugar en su día a la STS de 30 de abril de 2001, Ar. 4719, véase crónica en *Justicia Administrativa*, núm. 15) contenía el convenio suscrito por el Ministerio de Fomento, la Generalitat catalana y la empresa concesionaria (al ser ACESA concesionaria de autopistas de titularidad de ambas Administraciones, el convenio fue suscrito por estas tres partes).

Tanto en esta Sentencia como en la mencionada (de 30 de abril de 2001) se analiza en el fondo si las modificaciones introducidas en el régimen jurídico de la modificación de las concesiones de autopistas tras las Leyes 13/1996 y 66/1997 (en concreto, en los arts. 24, 25 y 25bis de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de autopistas en régimen de concesión) son o no conformes a Derecho, en relación con su aplicación a un caso concreto, como es aquí el de una modificación de una concesión específica (la de la empresa ACESA).

La modificación concesional consistió, esencialmente, en la prórroga del plazo de la concesión a cambio, entre otros extremos (y otras mejoras a introducir por la concesionaria), de la rebaja en las tarifas a aplicar en determinados tramos de las autopistas gestionadas por ACESA.

Pues bien, el TS considera que como no se trata de un reglamento, sino de un acto de aprobación de un convenio, no es necesario seguir el procedimiento de elaboración de disposiciones generales que regula la Ley 59/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Tampoco es preceptivo el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como otros informes. Igualmente, no se vulnera lo establecido en el Decreto 215/1973, de 25 de enero, que aprueba el Pliego de cláusulas generales en materia de autopistas, pues cabe que las partes contratantes acuerden modificaciones concesionales concretas, como aquí ha sucedido.

Por otra parte, los recurrentes alegaban que el convenio suscrito entre ACESA y las dos Administraciones firmantes alteraba el equilibrio económico-financiero de la concesión, al ampliar el plazo de la concesión y otorgar otra serie de contraprestaciones a la empresa. Sin embargo, el TS, al igual que en la antes citada STS de 30 de abril de 2001, estima (tras examinar las pruebas practicadas en el proceso —entre ellas una pericial—) que no se ha producido tal vulneración del equilibrio económico-financiero de la concesión, pues no queda acreditado (según el TS) que se produjera tal alteración.

Por último, no se vulnera el art. 60 de la Ley General Presupuestaria, pues el RD no supone la adquisición de compromisos de gasto en el sentido expuesto en el mencionado precepto; tampoco se infringe el régimen de ayudas públicas que se contiene en el Tratado de la Comunidad Europea (esto último, porque el RD aquí impugnado sí respeta, como antes se ha mencionado, el equilibrio económico-financiero de la concesión); y el régimen de peajes establecido por la Resolución del Ministerio de Fomento de 23 de octubre de 1998 (también impugnada en este recurso) es, según la Sala Tercera, también correcto.

### **B) Accesos a carreteras: reordenación incorrecta**

Destaca aquí la STS de 30 de octubre de 2002, Ar. 9654, en donde se confirma la decisión del TSJ de Cataluña, que dio la razón a una empresa de producción eléctrica que había solicitado a la Administración la obligación de acondicionar los accesos a una central.

El TS, al igual que el Tribunal de instancia, considera que la reordenación de los accesos no ha sido correcta, pues no ha mejorado la seguridad vial, por lo que la Administración debe ejecutar los accesos en las condiciones en que fueron autorizados con anterioridad.

Por ello, no se han aplicado correctamente los arts. 95 y 102, entre otros, del Reglamento de Carreteras de 1977, y tampoco el art. 28.3 de la Ley estatal de Carreteras de 1988.

### **C) Autorizaciones en zona de afección**

Por otra parte, en la STS de 15 de julio de 2002, Ar. 9417, se confirma la decisión del TSJ de Castilla-La Mancha, que dio la razón a la Administración del Estado, que impidió definitivamente unos usos que no habían sido autorizados (en aplicación del art. 23.4 de la Ley de Carreteras de 1988), en la zona de afección de una carretera nacional (en concreto, la instalación de un depósito de gasoil y la construcción de una caseta, así como el relleno de una cuneta para acceso).

Según el art. 27.1 de la Ley de Carreteras de 1988 y los arts. 88 y siguientes del entonces vigente Reglamento de Carreteras de 1977, se decretó la paralización de las obras y la suspensión de los usos no autorizados.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

La Administración, en suma, no ha aplicado una disposición sancionadora, sino una medida cautelar, según el TS.

### D) Autorizaciones en tramos urbanos y travesías: competencia municipal

Por otra parte, debe mencionarse la **STS de 15 de noviembre de 2001**, Ar. 9543 de 2002, que confirma la decisión del Tribunal de instancia, que anuló la decisión de la Administración de decretar la paralización de unas obras de construcción de una nave industrial y la demolición de la parte de aquéllas que se encontraba dentro de la línea límite de edificación de una carretera nacional. Todo ello, en aplicación de los arts. 25 y 31.4.a) de la Ley de Carreteras de 1988.

Sin embargo, tanto el TSJ de Castilla-La Mancha como el TS estiman que como la edificación se ubicaba dentro de suelo urbano, no existe la obligación de obtener autorización de la Administración competente en materia de carreteras, bastando con la autorización municipal, que en este caso sí se otorgó (según lo establecido en el art. 39.2 y 3 de la Ley de Carreteras, al ser una *travesía* o, en todo caso, un *tramo urbano* —el art. 37.2 Ley de Carreteras define a ambos—).

### E) Limitaciones al derecho de propiedad

Sobre esta materia, destaca la **STS de 20 de junio de 2002**, Ar. 7974, que confirma la Sentencia de la Sala de instancia y estima conforme a Derecho la denegación a una empresa de la solicitud de indemnización como consecuencia de la construcción de un tramo de carretera nacional en Asturias.

Con independencia de los argumentos que el TS expone en relación con las normas sobre responsabilidad patrimonial, nos interesan en este apartado las referencias que se hacen a la Ley de Carreteras y a sus artículos (20 y siguientes) en los que se regulan las distintas zonas de las carreteras (de dominio público, de servidumbre y de afección) y las limitaciones a la propiedad existentes en ellas.

Pues bien, en el presente caso el TS considera que no existen motivos para considerar que exista derecho a indemnización, pues la situación del terreno donde se encuentran las instalaciones de la empresa recurrente no da lugar a derecho a indemnización alguna, según los artículos antes mencionados de la Ley de Carreteras de 1988.

## 6. MINAS

En este punto, la **STS de 21 de noviembre de 2001**, Ar. 9544 de 2002, se refiere a un supuesto donde la Junta de Andalucía había cancelado un expediente de concesión directa de una explotación de yeso. La concesión se solicitó de acuerdo con la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de Minas de 1973, que exigía presentar la solicitud en los dos años posteriores; poseer una explotación reconocida con anterioridad a la entrada en vigor de la mencionada Ley y también se establecía un límite en cuanto a las cuadrículas a solicitar.

Pues bien, aunque el TS considera que la Sentencia de instancia (TSJ andaluz) desestimó incorrectamente algunos motivos alegados por los recurrentes, sin embargo éstos no acreditaron que la explotación que se venía efectuando antes de la entrada en vigor de la Ley de Minas de 1973 estuviera enclavada dentro de las 96 cuadrículas mineras ahora solicitadas.

Por ello, el TS considera que los recurrentes no tienen derecho a que se les otorgue la concesión, por lo que deben conformarse con otra concesión (en este caso de 12 cuadrículas mineras) ya reconocida por la STS de 30 de septiembre de 1994, sobre los mismos terrenos.

## 7. PATRIMONIO CULTURAL

En este apartado, destaca en esta ocasión la **STS de 22 de octubre de 2002**, Ar. 9301, en donde se confirma la STSJ de Navarra, que en 1998 consideró conforme a Derecho el otorgamiento por el Ayuntamiento de Pamplona al Gobierno de Navarra de licencia de obras de desmantelado, desescombro y demolición en algunas zonas de un Palacio situado en la mencionada ciudad.

Se trata de una licencia de demolición regulada en el art. 16.1 de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985, de un edificio sometido a expediente de declaración de bien de interés cultural (por Decreto Foral de 1995 se declaró aquel edificio como Monumento).

Al existir razones de urgencia para realizar las obras y haber sido solicitada licencia al Ayuntamiento, el TS estima que no es preciso que la Administración autonómica se pronuncie también.

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.** A) Residuos: problemática jurídica del traslado o exportación y calificación como valorización o eliminación. El concepto de utilización o finalidad “principal” de la incineración como medio para proporcionar energía es el determinante. La existencia de normas nacionales interpretativas de las comunitarias y la posibilidad de dividir las operaciones en fases distintas y las consecuencias sobre su calificación. B) Exportación de residuos y la exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana a la exportación. El llamado “fondo de solidaridad” en la República Federal de Alemania considerado contrario al derecho comunitario. C) Directivas de aves y de conservación de los recursos naturales: el papel de Convenios internacionales para la efectiva recepción de principios de derecho comunitario. La publicidad adecuada de la normativa interna y el principio de seguridad jurídica. Los informes científicos y su validez para la clasificación de zonas. No pueden tenerse en cuenta exigencias económicas ni recreativas en la clasificación. D) Incumplimiento de España y de Bélgica de las obligaciones de transposición de la Directiva 98/81/CE del Consejo, de 26 de octubre de 1998, por la que se modifica la Directiva 90/219/CEE relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente. E) Gestión como combustible de los aceites usados: incumplimientos del derecho comunitario por parte de Portugal. **3. Actividades clasificadas.** A) El requisito de audiencia previa a la clausura de una actividad tolerada es esencial salvo en casos de peligro o riesgo que exijan una decisión administrativa urgente. B) La obtención de una licencia de obras sin disponer de la previa de actividad no condiciona el otorgamiento de ésta. C) Una licencia para una actividad temporal de venta de bebidas en un quiosco no ampara el ejercicio de una actividad de bar disco-pub. D) No opera el principio de protección de confianza legítima por el mero hecho de la falta de requerimiento de legalización de una situación irregular. E) El artículo 45 de la Constitución confiere cobertura para limitar el derecho de propiedad y el de libertad de empresa al determi-

nar el emplazamiento de actividades clasificadas. F) Efectos de la falta de notificación personal a los propietarios contiguos a una estación de servicio. G) La ampliación de una actividad clasificada requiere de nueva licencia para su funcionamiento. H) En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o el planeamiento urbanístico. **4. Evaluación de impacto ambiental.** A) No se exige estudio de impacto ambiental para el proyecto de ejecución de una estación depuradora de aguas residuales. B) Las subestaciones eléctricas como elementos de la red eléctrica de transporte están sujetas a evaluación de impacto ambiental. **5. Aguas continentales.** A) Vertidos: autorización no conforme a derecho por no disponer de medidas correctoras. B) Régimen económico-financiero: adecuación a la legalidad del ordenamiento jurídico reglamentario del canon de vertido. **6. Vías pecuarias.**

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo aparecida desde el 13 de febrero hasta el 10 de abril de 2003; la ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la sentencia núm. 6861 a la 9855 del RA (cuadernillos 32 a 44) y la Constitucional desde la Sentencia 1/2003, de 16 de enero, hasta la 86/2003, de 8 de mayo.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

**A) Residuos: problemática jurídica del traslado o exportación y calificación como valorización o eliminación. El concepto de utilización o finalidad “principal” de la incineración como medio para proporcionar energía es el determinante. La existencia de normas nacionales interpretativas de las comunitarias y la posibilidad de dividir las operaciones en fases distintas y las consecuencias sobre su calificación**

Diversas Sentencias se han ocupado durante este período de la problemática jurídica del traslado o exportación de residuos debiendo haberse enfrentado, entonces, a la necesidad de clarificar los siempre problemáticos conceptos de valorización o eliminación, dadas las importantes consecuencias de régimen jurídico anudadas a ellos.

Posición relevante en esta cuestión la ocupa la STJCE de 13 de febrero de 2003, Sala Quinta, recaída en el Asunto 458/00, que enfrenta a la Comisión de las Comunidades Europeas con el Gran Ducado de Luxemburgo que aparece apoyado por la República de Austria. La Comisión Europea interpuso un recurso basado en el art. 226 TCE, destinado

### XIII. Medio Ambiente

a conseguir la declaración de que el Gran Ducado de Luxemburgo habría incumplido las obligaciones que le incumben según distintos preceptos del Reglamento (CE) 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993 relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad, en relación a ciertos preceptos de la Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos (modificada por la Decisión 96/350/CE de la Comisión, de 24 de mayo de 1996), al formular objeciones injustificadas a ciertos traslados de residuos hacia otro Estado miembro para su utilización principal como combustible.

Efectivamente, las autoridades luxemburguesas se opusieron al traslado de unos residuos domésticos producidos en Luxemburgo a una instalación de incineración en Francia debido a que, en su opinión, la finalidad del traslado era su eliminación mientras que la empresa que solicitaba la autorización, había calificado la operación como valorización en cuanto destinada a producir energía. La postura de Luxemburgo implicaba que los residuos debían ser eliminados en instalaciones del país y sólo podrían ser trasladados fuera si se demostraba la imposibilidad de hacerlo allí. Esa capacidad de oponerse al traslado cuando la calificación de la operación fuera incorrectamente hecha, fue asentada por el Tribunal en su importante **STJCE de 27 de febrero de 2002, en el Asunto C-6/00**, comentada en estas Crónicas en el número 16 de 2002 de la Revista y Sentencia a la que se remite la que ahora comentamos.

El núcleo del asunto consiste, pues, en la calificación como eliminación o valorización de la incineración proyectada. Para la Comisión era una valorización porque la operación iba a producir un excedente de energía recuperándose una proporción sustancial contenida en los residuos incinerados para ser utilizada. Para el Gobierno luxemburgués sólo sería valorización si, en los términos de los preceptos aplicables de las normas citadas, la utilización principal de los residuos fuera como combustible u otro medio de generar energía. Para el Tribunal, que decide, la esencia de la valorización es la recuperación de energía, que los residuos sustituyan el uso de otros materiales que hubieran debido emplearse para desempeñar ese cometido “lo que permite preservar los recursos naturales”. Insistiendo en ello se dice que “la combustión de residuos constituye, por tanto, una operación de valorización, cuando su objetivo principal es que los residuos puedan desempeñar una función útil, como medio de generar energía, sustituyendo el uso de una fuente de energía primaria que habría debido utilizarse para desempeñar esta función” (punto 37 de la Sentencia) y, al contrario, “cuando la recuperación del calor producido por la combustión constituye únicamente un efecto secundario de una operación cuya finalidad principal es la eliminación de residuos, no puede poner en entredicho la calificación de esta operación como operación de eliminación” (punto 43 de la Sentencia).

Esa mención a la utilización “principal” aparece en el art. 3.1.b) y en el epígrafe R I del anexo II.B de la Directiva 75/442/CE y va a ser decisiva en la resolución del supuesto que nos ocupa pues el Tribunal indica que la Comisión no ha conseguido probar que el objetivo principal de la operación fuera la valorización de residuos en el sentido indicado. Tenía razón, pues, Luxemburgo al oponerse al traslado de los residuos.

También en el plano de la distinción conceptual entre valorización y eliminación se desarrolla la **STJCE de 13 de febrero de 2003, Sala Quinta, recaída en el Asunto C-228/00**, y que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Federal de Alemania. Las normas objeto de tratamiento son las mismas que en la anterior Sentencia y la pretensión de la Comisión europea es que se declare que la República Federal de Alemania ha incumplido sus obligaciones al formular objeciones injustificadas a ciertos traslados de residuos a otros Estados miembros, en concreto hacia Bélgica y para utilizar los residuos como combustible mediante su incineración en hornos para la producción de cemento.

La variación en el caso en relación a la anterior Sentencia es que los Ministerios de algunos Länder implicados en el tema, aprobaron circulares en desarrollo de una Ley alemana conteniendo criterios para distinguir entre operaciones de valorización y de eliminación. En concreto, para que una operación se clasificara como de valorización se debía cumplir un valor calorífico mínimo de 11.000 kJ/Kg y un determinado porcentaje de producción de calor.

Pues bien, el Tribunal, basándose en la Sentencia de 13 de febrero de 2003, Asunto C-428/00, supra comentada, continúa con la distinción establecida entre eliminación y valorización indicando como criterio de ésta que el objetivo “principal” es que los residuos puedan desempeñar una función útil, como medio de generar energía, sustituyendo el uso de una fuente de energía primaria que habría debido utilizarse para desempeñar esta función. En estas circunstancias el Tribunal considera que la incineración en hornos de cemento de los residuos constituye una operación de valorización por el objetivo principal que cumple sin que deban tener aplicación las circulares concretas aprobadas por los Länder alemanes.

En la misma tónica se mueve la **STJCE de 3 de abril de 2003, Sala Quinta, recaída en el Asunto C-116/01**, mediante el que se pretende del Tribunal el establecimiento de una decisión prejudicial, conforme a lo previsto en el art. 234 TCE, en un determinado litigio pendiente ante un órgano judicial en los Países Bajos.

En el caso, el Ministro de la Vivienda, de Ordenación del Territorio y del Medio Ambiente holandés, había supeditado algunas autorizaciones de traslado de residuos solicitadas por una empresa privada al cumplimiento de determinados requisitos. En concreto un Plan plurianual holandés sobre residuos peligrosos fijaba como criterio distintivo, la producción calorífica. Así, para que haya valorización se requeriría un valor calorífico mínimo de 11.500 kJ/Kg para los residuos peligrosos que contienen, como máximo, un 1 por ciento de cloro, y, para los residuos peligrosos con un contenido en cloro superior al 1 por ciento, un valor calorífico mínimo de 15.000 kJ/kg (nótese que algunas cifras coinciden con las de las circulares de los Länder alemanes examinadas con ocasión del comentario de la anterior Sentencia si bien la variante, en este caso, es la de la existencia de cloro).

Pues bien, el asunto llega finalmente a un órgano judicial holandés que es quien plantea la decisión prejudicial. En el caso se pretende el traslado de los residuos a unos hornos

de incineración en Bélgica para la producción de cemento. La “operación” tendría dos fases: en la primera, los residuos sirven de combustible en los hornos para la fabricación de cemento y la energía obtenida de estos residuos sustituye a la que normalmente se obtiene de materias primas. En la segunda fase y una vez que los residuos han servido de fuente de energía, sus cenizas sustituyen parcialmente a las materias primas necesarias para el proceso de producción de clínquer en las fábricas de cemento. La cuestión estriba en si estas dos fases deben juzgarse separadamente, o no, a los efectos de la calificación como eliminación o valorización.

Tras oír a las partes y a otros intervinientes en el proceso, el Tribunal establece que cada fase debe calificarse por separado y a efectos de la aplicación del Reglamento comunitario 259/93 “solamente es pertinente para determinar la finalidad del traslado de dichos residuos la calificación de la primera operación a que éstos son sometidos después de su traslado”. Es el órgano jurisdiccional competente quien deberá juzgar, entonces, dejando el Tribunal de Justicia bien sentado –conforme a la Sentencia de 13 de febrero de 2003 reseñada con anterioridad– que “el criterio del valor calorífico de los residuos no es pertinente para determinar si una operación de incineración de residuos constituye una operación de valorización” y que las normas interpretativas nacionales sólo tendrán valor si se adecuan a los principios establecidos en las normas comunitarias.

#### **B) Exportación de residuos y la exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana a la exportación. El llamado “fondo de solidaridad” en la República Federal de Alemania considerado contrario al derecho comunitario**

Comentamos una nueva cuestión en relación a la exportación de residuos. La STJCE de 27 de febrero de 2003, Sala Quinta, recaída en el Asunto C-389/00, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Federal de Alemania, va a versar sobre la adecuación al derecho comunitario originario (arts. 23 y 25 TCE) de la Ley alemana relativa a la vigilancia y al control de los traslados transfronterizos de residuos, de 30 de septiembre de 1994, por la que, entre otras cosas, se creó un fondo de solidaridad para la reintroducción de residuos y se obligó a los exportadores de residuos, en especial hacia otros Estados miembros, a contribuir al citado fondo. El resultado final es la declaración de inadecuación al derecho comunitario del fondo de solidaridad creado por dicha Ley. Veamos cómo se hace ello.

El discurrir del Tribunal versa en torno al Reglamento (CEE) 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea. Dicho Reglamento da ejecución, en particular, a las obligaciones contraídas por la Comunidad y por los Estados miembros en su calidad de Partes del Convenio sobre el control de los movimientos transfronterizos de los residuos peligrosos y su eliminación, firmado en Basilea el 22 de marzo de 1989. Este Convenio fue celebrado en nombre de la Comunidad mediante la Decisión 93/98/CEE del Consejo, de 1 de febrero de 1993. Además de la Comunidad, todos los Estados miembros son partes del Convenio de Basilea. Pues bien, algunas de las prescripciones del Convenio de Basilea llegan a diversos artículos del Reglamento 259/93 que establece la obligación de la autoridad de expedición de velar por la rein-

roducción de los residuos dentro del Estado de origen cuando no pueda llevarse a cabo lo previsto en el contrato y en la autorización del traslado. Por eso los traslados se someten a la constitución de una fianza o seguro equivalente que cubra los gastos de transporte, así como los de eliminación o valorización. La idea es que los gastos de reintroducción corran a cargo del responsable de su original traslado, y si esto no es posible, de las autoridades competentes afectadas.

En función de las anteriores prescripciones, la Ley alemana que antes hemos indicado creó un fondo de solidaridad que se cubría con aportaciones de quienes deseaban trasladar los residuos. Con este fondo se debían cubrir los gastos de reintroducción de los residuos. Una vez transcurridos tres años, se devolvían al notificante del traslado. La contribución al fondo se devengaba con la obligación de notificar los residuos que debían trasladarse fuera de la República Federal Alemana. La cuestión que debate la Comisión es que este fondo es una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana a la exportación y, por tanto, prohibido por los arts. 23 y 25 TCE. Además, dice la Comisión, este fondo no está previsto por el Reglamento 259/93.

La clave para decidir va a estar en si ese fondo de solidaridad entra dentro de una de las condiciones que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido para justificar que una medida nacional no constituya una exacción equivalente. Así, según la Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Comisión/Alemania, Asunto 18/87, este fondo escaparía a dicha calificación si formara “parte de un sistema general de cánones internos aplicables sistemáticamente, con los mismos criterios, a los productos nacionales y a los productos importados y exportados, si constituye la remuneración de un servicio efectivamente prestado al operador económico, de un importe proporcional a dicho servicio, o aún, en ciertas ocasiones, si corresponde a controles efectuados para cumplir obligaciones impuestas por el Derecho comunitario”.

La Sentencia examina detenidamente el cumplimiento de estas condiciones encontrando que el fondo de solidaridad está fuera de ellas. Consiguientemente, se declara la inadecuación del mismo al derecho comunitario.

**C) Directivas de aves y de conservación de los recursos naturales: el papel de Convenios internacionales para la efectiva recepción de principios de derecho comunitario. La publicidad adecuada de la normativa interna y el principio de seguridad jurídica. Los informes científicos y su validez para la clasificación de zonas. No pueden tenerse en cuenta exigencias económicas ni recreativas en la clasificación**

Agrupamos ahora una serie de Sentencias aparecidas en este período y relativas todas ellas a la materia especificada en la rúbrica.

Así, la STJCE de 12 de febrero de 2003, Sala Sexta, Asunto C-75/01, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas con el Gran Ducado de Luxemburgo, decide el incumplimiento por este país de muy diversas obligaciones incluidas en la Directiva

92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres.

En concreto se indica por el Tribunal que los Lugares de Importancia Comunitaria no quedan sometidos automáticamente al régimen de protección establecido en diversos apartados del art. 6 de la Directiva, sin que las simples prácticas administrativas luxemburguesas –parece que orientadas en esa dirección– sean elemento contrario a dicha decisión. Tampoco la normativa luxemburguesa obliga a realizar en todos los casos una evaluación de las repercusiones de determinadas actuaciones sobre los lugares protegidos (art. 6.3). De la misma forma la normativa de este país no obliga a aplicar las disposiciones del art. 6 de la Directiva a las zonas de protección especial que se declararon en virtud de la Directiva de aves (79/409/CEE del Consejo). En algunos casos –y ello creo que es un elemento importante– se considera que la firma por Luxemburgo del Convenio relativo a la conservación de la vida silvestre y del medio natural de Europa, firmado en Berna el 19 de septiembre de 1979, sirve a los efectos del cumplimiento del derecho comunitario establecido.

La **STJCE de 27 de febrero de 2003, Sala Sexta, recaída en el Asunto C-415/01**, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Bélgica, constata el incumplimiento de este país de diversas prescripciones de las Directivas de aves (79/409/CEE del Consejo) y de hábitats (92/43/CEE). Como en otras ocasiones sucede en la relación de Bélgica con la Comisión, son incumplimientos concretos de una de sus Regiones, la Flamenca, los que sirven para condenar al Reino de Bélgica. En concreto se va a constatar que no está garantizado que el régimen de protección de las Zonas de Protección Especial de la Directiva 92/43/CEE se apliquen a las anteriores Zonas de Protección (Directiva 79/409/CEE del Consejo).

De especial interés nos parece la discusión en torno a un problema jurídico capital. La Comisión indica, así, que los mapas geográficos que delimitan las Zonas de Especial Protección en la Región Flamenca no están adaptados a la Directiva sobre las aves porque carecen de fuerza frente a terceros dado que no han sido publicados en el diario oficial (*Moniteur belge*). Bélgica indica que según el derecho interno belga no siempre es necesaria la publicación para que exista la fuerza vinculante pues siempre que se demuestre que la normativa ha llegado a conocimiento de tercero, se entiende suplida la publicación. En el caso estos mapas habían sido publicados en las casas consistoriales de los municipios afectados. La Comisión estima, sin embargo, que el principio de seguridad jurídica exige dar una publicidad adecuada y que no basta con la publicación referida en las casas consistoriales.

La **STJCE de 6 de marzo de 2003, Sala Sexta, recaída en el Asunto C-240/00**, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas con la República de Finlandia, condena a este país por no haber clasificado de forma completa y definitiva las Zonas de Protección Especial a que se refiere el art. 4 de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres. Como elemento resaltable puede indicarse que el Tribunal acepta que una lista que en la fecha indicada por el dictamen motivado –preámbulo obligado al recurso por incumplimiento– se considera

ra por el Gobierno finlandés como provisional, en cuanto susceptible de adiciones o sustracciones de lugares por estimación de recursos jurisdiccionales pendientes, no sirva para fundamentar un incumplimiento de clasificación en todos los casos. Pero el incumplimiento estribaría —en abstracto— en que sólo se había concluido “definitivamente” la clasificación en quince zonas, lo que era muy poco en relación a las susceptibles de clasificación según estudios científicos existentes (Informe Birdlife) no desmentido con informes científicos contradictorios por el Gobierno finlandés.

La **STJCE de 20 de marzo de 2003, Sala Sexta, recaída en el Asunto C-378/01**, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana, constata el incumplimiento de este país al no haber clasificado como Zonas de Protección Especial (art. 4 de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres) un número suficiente de espacios esenciales para las aves mencionadas en el Anexo I de la Directiva y las Aves Migratorias. Elemento importante para la condena a Italia es que no ha respetado lo establecido en el “*Inventory of Important Bird Areas in the European Community de 1989*” sin haber aportado elementos científicos para ello. Frente a algunas argumentaciones italianas, el Tribunal señala también que ni las exigencias económicas ni las recreativas pueden tenerse en cuenta al elegir y delimitar las Zonas Especiales de Protección.

Finalmente, la **STJCE de 20 de marzo de 2003, Sala Sexta, recaída en el Asunto C-143/02**, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas con la República Italiana, constata el incumplimiento de este país de las obligaciones que le incumben en virtud de los arts. 5 a 7 de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativos a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre. El incumplimiento consiste en la aprobación por el Gobierno italiano de un Reglamento que excluye de la evaluación de las repercusiones sobre el medio ambiente a los proyectos que aun teniendo impacto sobre los Lugares de Importancia Comunitaria no estén contemplados en la legislación italiana por la que se adapta el derecho interno a las normas comunitarias sobre evaluación de impacto ambiental. Igualmente ese Reglamento no prevé la aplicación de medidas de conservación a los Lugares de Interés Comunitario. El Gobierno italiano reconoce las insuficiencias del Reglamento mencionado pero hace valer —infructuosamente— que existen problemas de delimitación competencial con las regiones no solventados a la hora de modificar el texto.

**D) Incumplimiento de España y de Bélgica de las obligaciones de transposición de la Directiva 98/81/CE del Consejo, de 26 de octubre de 1998, por la que se modifica la Directiva 90/219/CEE relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente**

En dos Sentencias se constata tal incumplimiento. La **STJCE de 13 de marzo de 2003, Sala Segunda, recaída en el Asunto C-333/01**, que opone a la Comisión de las comunidades Europeas contra el Reino de España constata, simplemente, que ha transcurrido el plazo de 18 meses fijado en la Directiva sin que la transposición haya tenido lugar. Cosa semejante hace la **STJCE de 13 de marzo de 2003, Sala Segunda, recaída en el**

### XIII. Medio Ambiente

Asunto C-436/01, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Bélgica.

#### **E) Gestión como combustible de los aceites usados: incumplimientos del derecho comunitario por parte de Portugal**

La STJCE de 10 de abril de 2003, Sala Sexta, recaída en el Asunto C-392, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Portuguesa, establece diversos incumplimientos de Portugal en lo relativo a la Directiva 75/439/CEE del Consejo, de 16 de junio de 1975, relativa a la gestión de los aceites usados en su versión modificada por la Directiva 87/101/CEE del Consejo de 22 de diciembre de 1986. En concreto se reprocha a Portugal que no haya establecido en su normativa interna la obligación de los poderes públicos de cerciorarse, antes de otorgar la autorización a las empresas que regeneren aceites usados o los usen de combustible, de que estas empresas protegen adecuadamente la salud y usan de la mejor tecnología disponible que no implique costes excesivos. Igualmente en el derecho portugués no se han cumplido las exigencias de seguridad de los residuos de combustión de los aceites usados. Tampoco se prevé en el derecho portugués un control periódico de las empresas que regeneren aceites usados o los usen como combustible ni el examen de la tecnología y/o del medio ambiente con miras a la revisión, en su caso, de las autorizaciones concedidas a dichas empresas. Igualmente Portugal ha incumplido los deberes de comunicación a la Comisión relativas a los conocimientos técnicos, experiencias y resultados que se desprendan de la aplicación de lo previsto en las Directivas citadas.

### **3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS**

De las 18 sentencias examinadas hemos extraído la siguiente doctrina.

#### **A) El requisito de audiencia previa a la clausura de una actividad tolerada es esencial salvo en casos de peligro o riesgo que exijan una decisión administrativa urgente**

Para la clausura de una actividad que se viene ejerciendo sin licencia de forma notoria, siendo tolerada por el Ayuntamiento desde hace años, es requisito esencial la previa audiencia del titular de la misma, salvo en casos de peligro o riesgo que exijan una decisión administrativa urgente, como reconoce el TS en su STS de 28 de septiembre de 2002, Ar. 8415, reiterando la jurisprudencia constante de la Sala. Audiencia previa que se justifica por cuanto se va alterar una situación jurídica preexistente.

#### **B) La obtención de una licencia de obras sin disponer de la previa de actividad no condiciona el otorgamiento de ésta**

La mera concesión de una licencia de obras no puede equipararse a una concesión de una licencia de actividad. Licencia esta última que debe obtenerse con anterioridad a la de obras a través del procedimiento específico destinado al efecto. Sin que el otorgamiento

de la de obras determine el derecho de indemnización si no se otorgara después la de actividad, conforme mantiene el TS en la STS de 1 de octubre de 2002, Ar. 9353.

**C) Una licencia para una actividad temporal de venta de bebidas en un quiosco no ampara el ejercicio de una actividad de bar disco-pub**

Carece de licencia para el ejercicio de la actividad de bar disco-pub quien dispone de una licencia temporal de venta de bebidas en un quiosco, según doctrina reiterada del TS en su STS de 17 de septiembre de 2002, Ar. 8073.

**D) No opera el principio de protección de confianza legítima por el mero hecho de la falta de requerimiento de legalización de una situación irregular**

No puede prosperar la invocación del principio de protección de confianza legítima, admitido por el TS en relaciones jurídicas que no entran dentro del ámbito del Derecho comunitario europeo, como un colorario del principio de seguridad jurídica consagrado en el art. 9.3 de la CE, por el mero hecho de que el Ayuntamiento no haya requerido al recurrente para que legalizase una actividad clandestina como la de chatarrería y quema de materiales para la que carece de licencia. Máxime cuando, como dirá el Tribunal Supremo en la STS de 8 de julio de 2002, Ar. 7277, se trata de una actividad clasificada para la que se exige previa solicitud de licencia y de un procedimiento en el que resulta imprescindible para que opere el silencio positivo la doble denuncia de mora conforme al art. 33.4 del Reglamento de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, conforme, por otra parte, con la doctrina reiterada de dicho Tribunal.

**E) El artículo 45 de la Constitución confiere cobertura para limitar el derecho de propiedad y el de libertad de empresa al determinar el emplazamiento de actividades clasificadas**

El art. 45.1 de la Constitución confiere cobertura mediante el art. 25.2.f) de la Ley de Bases de Régimen Local, para la intervención de la Administración Local en la actividad de los ciudadanos con el fin de garantizar el derecho a disfrutar por la comunidad en general de un medio ambiente adecuado. Así lo reconoce el TS en su STS de 19 de enero de 2002, Ar. 7324, al resolver el recurso interpuesto contra la sentencia de la primera instancia sobre denegación de licencia para la instalación de una actividad de bar-restaurante, que no cumple con la normativa de protección del medio ambiente sobre la emisión de ruidos y vibraciones.

En dicha sentencia el Alto Tribunal entiende, además, que el derecho de propiedad y el de libertad de empresa se hallan condicionados a los otros derechos establecidos en la Constitución, y limitados, en ese caso, por los arts. 4 y 30.c) del Reglamento de actividades clasificadas en el que se habilita a la Administración Municipal para el emplazamiento de estas actividades con arreglo a lo dispuesto en particular en una ordenanza sobre los efectos auditivos.

### **XIII. Medio Ambiente**

#### **F) Efectos de la falta de notificación personal a los propietarios contiguos a una estación de servicio**

Considera el TS en su STS de 22 de octubre de 2002, Ar. 9303, que la falta de citación de los recurrentes, que son propietarios contiguos a la instalación de una estación de servicio cuyo otorgamiento de licencia es objeto de impugnación, se convierte en irrelevante, a pesar de su exigencia por el art. 30 del Reglamento de actividades clasificadas, cuando han podido actuar en el procedimiento de autorización y formular reclamaciones para la defensa de sus derechos.

El TS se pronuncia también en el sentido de que no es aplicable como medida correctora la distancia mínima de 2.000 metros que prescribe el art. 4 del mencionado reglamento por cuanto que la mencionada prohibición viene referida a las industrias fabriles. Manteniendo en esta ocasión un criterio distinto al sustentado en anteriores sentencias en las que se había pronunciado en el sentido de que dicha medida podía extenderse a actividades que, sin tener la condición de fabriles, pudieran calificarse como insalubres o peligrosas.

#### **G) La ampliación de una actividad clasificada requiere de nueva licencia para su funcionamiento**

La ampliación de una actividad clasificada requiere de nueva licencia para su funcionamiento, así lo confirma el TS en las SSTS de 19 de junio y 9 de julio de 2003, Ar. 7430 y 7376, en relación a la denegación de las licencias para ejercer el ejercicio de la actividad de taller de pintura en un local en el que se desarrolla la actividad taller de reparación de coches y respecto a la ampliación de un hotel. Entendiendo que el otorgamiento de una licencia para una actividad a desarrollar en un determinado local no sirve para sucesivas actividades que se pretendan ejercer en la misma ni para la ampliación de la primera.

#### **H) En ningún caso se entenderán adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la legislación o el planeamiento urbanístico**

Reiterando la doctrina sentada en anteriores sentencias, el TS en la STS de 15 de octubre de 2002, Ar. 9377, sostiene que no puede entenderse concedida por efecto del silencio positivo la licencia de actividades al no poder ser legalizados por esta vía actos contrarios al ordenamiento jurídico, cuando, como sucede en el caso cuestionado, las normas subsidiarias de Planeamiento prohíben actividades extractivas en un área inferior a 1 kilómetro de núcleos de población.

### **4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL**

#### **A) No se exige estudio de impacto ambiental para el proyecto de ejecución de una estación depuradora de aguas residuales**

El TS en la STS de 27 de julio de 2002, Ar. 8640, en la que se debate sobre si la legislación aplicable en materia de evaluación de impacto ambiental exige o no el estudio de

impacto ambiental en relación a las estaciones depuradoras de aguas residuales, llega a la conclusión de que no hay que confundir los “lugares para depositar lodos”, respecto a los cuales sí se exige en el Anexo II, epígrafe 11, otros proyectos, letra d), de la Directiva del Consejo 85/337/CEE, con las estaciones depuradoras de aguas residuales para las que en los años 1992 y 1993, fecha de los acuerdos impugnados, no se exigía el estudio de evaluación de impacto ambiental. Estudio que, según la letra d) de la Disposición Adicional del RD 1131/1988, de 30 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento para la ejecución del RD Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, venía prescrito sólo para las actividades clasificadas contempladas en el Anexo del RD Legislativo 1302/1986.

### **B) Las subestaciones eléctricas como elementos de la red eléctrica de transporte están sujetas a evaluación de impacto ambiental**

Dos son las decisiones objeto de comentario en las que el TS va a resolver en relación a la posibilidad de exigir la evaluación de impacto ambiental en la declaración de utilidad pública de la ampliación de una subestación que pasa de 220 kV a un nuevo parque de 400 kV, y éstas son la STS de 1 de abril de 2002, Ar. 9410 y el Auto TS de 10 de julio de 2002, Ar. 9220.

En la primera el Tribunal partiendo de que en la fecha en que se dictó el acto impugnado estaba en vigor la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, cuya Disposición Duodécima amplía la lista de obras, instalaciones y actividades sometidas a evaluación de impacto ambiental contenida en el RD Legislativo 1302/1986 de evaluación de impacto ambiental, incluyendo la “construcción de líneas aéreas de energía eléctrica con una tensión igual o superior a 220 KV y una longitud de 15 kilómetros”, entiende que esta inclusión implica un reconocimiento de la afeción de estas instalaciones respecto al medio ambiente.

Por otro parte interpreta que dado que la fecha límite para la transposición de la Directiva 1997/11/CE de 3 de marzo, por la que se modifica la Directiva 1985/337/CEE, era el 14 de marzo de 1999, la 97/11/CE es aplicable al acto recurrido de 31 de marzo de 2000. Desplazando la transitoriedad de la Ley del Sector eléctrico a los proyectos anteriores a su vigencia y resultando exigible, en consecuencia, la evaluación de impacto ambiental respecto a una subestación de 400 KV como la que se pretende instalar.

El Auto de 10 de julio de 2002, antes citado, al resolver un incidente de actuaciones, abundará en las anteriores manifestaciones de la sentencia, que no desconoce, y ampliará éstas añadiendo que la Directiva 97/11/CE es interpretativa de la 85/337/CEE y, en consecuencia, por mor del principio de la retroactividad de la norma interpretativa, debe ser aplicada esta última conforme a la interpretación auténtica que le da la Directiva 97/11/CE. Considerando además que las subestaciones, aunque ahora no figuren entre los elementos de la red eléctrica de transporte (art. 35 de la Ley 54/1997, del Sector

Eléctrico, como antes sí aparecían expresamente en el art. 34 de la Ley 40/1994, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional), de sus términos claramente se deduce que sí son elementos de la misma y como tal sujetas a este tipo de evaluación.

#### 5. AGUAS CONTINENTALES

##### **A) Vertidos: autorización no conforme a derecho por no disponer de medidas correctoras**

En la **STS 18 de enero de 2002**, Ar. 9841, se considera incorrecta la autorización provisional de vertido de aguas residuales otorgada a una fábrica de papel por la CH del Ebro. El art. 251.f) del RDPH dispone que en las autorizaciones de vertido se han de concretar las actuaciones y medidas que, en casos de emergencia, deban ser puestas en práctica por el titular de la autorización, y como en el presente supuesto no se especificaba ninguna medida a adoptar para evitar una eventual contaminación de las aguas por los vertidos generados en la industria ante posibles fallos de la misma, no puede hablarse de la validez de la autorización controvertida.

##### **B) Régimen económico-financiero: adecuación a la legalidad del ordenamiento jurídico reglamentario del canon de vertido**

Como en Sentencias anteriores [v.gr. SSTS de 1 de marzo, 29 de abril y 27 de mayo de 2002; crónica XII.3.D) del núm. 18 de *Justicia Administrativa*] en la **STS de 17 de julio de 2002**, Ar. 7303, se vuelve a reiterar la idea de que la liquidación del canon de vertido (en este supuesto girado a una empresa papelera) es conforme a derecho, sin que pueda prosperar el argumento de que el art. 295 del RDPH va en contra del principio de legalidad tributaria al contradecir el art. 105 de la Lag. de 1985. Cuando se determina en el art. 295.3 del RDPH que el valor de unidad de contaminación es con carácter transitorio el de 500.000 pesetas, no se contraviene lo dispuesto en el art. 105 de la Lag. vigente en aquel momento, pues según este último precepto, 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”, significa que a falta de dicha concreción, podrán seguirse cobrando cánones de vertido –resulten de autorizaciones provisionales o definitivas–, basándose la Administración hidráulica en otro tipo de especificaciones.

En sentido similar se encuentran las SSTS de **18 de julio de 2002**, Ar. 7309, y de **27 de septiembre de 2002**, Ar. 8290.

Fuera de ello, en la **STS de 26 de julio de 2002**, Ar. 8264, se llega a la conclusión de que las liquidaciones giradas a una empresa en concepto de canon de vertido relativas a los años 1987, 1988 y 1989 son correctas, no pudiendo salir adelante lo aducido por dicha empresa acerca de que para la determinación de la carga contaminante debió utilizarse el criterio de interpretación de valores del coeficiente *K*, establecido en la Orden Ministerial de 19 de diciembre de 1989, en lugar de los medios de valoración previstos en el art. 294 del RDPH. Así, no cabe sostener la retroactividad que se pretende, pues se trata de una norma posterior a las liquidaciones que se discuten.

## 6. VÍAS PECUARIAS

Sobre esta materia, debe mencionarse la **STS de 26 de julio de 2002**, Ar. 8824, en la que el TS confirma la STSJ de Aragón de 1997, que declaró conforme a Derecho el Decreto autonómico 198/1994, que regula el movimiento pecuario en la Comunidad Autónoma de Aragón. Los recurrentes fueron el Colegio de Veterinarios de Zaragoza y el de Teruel, que estimaban que se había vulnerado la legislación sobre epizootias (Ley de 20 de diciembre de 1952, Decreto de 4 de febrero de 1955 y RD 66/1994, de 21 de enero, de transposición de normativa comunitaria en este ámbito).

El TS considera que el Decreto autonómico impugnado sí respeta las garantías sanitarias (en cuanto a control veterinario, traslado de animales, etc.), y que sí fue aprobado de acuerdo con el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas existente en relación con esta materia.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

**XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO****Sumario:**

- 1. Consideración preliminar. 2. Agricultura.** A) Ayudas. Competencia autonómica. B) Ayudas. Requisitos. **3. Comercio. 4. Crédito. 5. Defensa de la competencia.**
- 6. Denominaciones de origen.** A) Régimen sancionador y principio de legalidad. B) Potestad normativa de los Consejos Reguladores. C) Reglamento de la denominación específica Brandy de Jerez. **7. Electricidad. 8. Industria.** A) Ayudas. Grandes áreas de Expansión Industrial. B) Ayudas. Planes Concertados de Investigación. **9. Precios y tarifas.** A) De los medicamentos suministrados a través de las oficinas de farmacia. B) Precios regulados. Petróleo. C) Tarifas de servicios públicos. **10. Puertos. 11. Seguros. 12. Telecomunicaciones. 13. Transporte marítimo.** A) Línea regular de pasaje. Autorización administrativa. B) Ayudas. **14. Tribunal de Defensa de la Competencia.** A) Abuso de posición de dominio. Internet. Servicios ADSL. B) Administración pública. Cabildo insular. Organización de cursos. Competencia desleal. C) Administración pública. Administración local. Actividades deportivas. Competencia desleal. D) Autorización singular. Intercambio de información. Publicación de anuario. E) Autorización singular. Reparación de averías eléctricas. Recomendación de precios. F) Entidades financieras. Autorización singular. Tarjetas de pago Iberia. G) Escuelas de esquí. Abuso de posición de dominio. Aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. H) Exportaciones paralelas. Concepto de acuerdo. Negativa de suministro. I) Gas. Abuso de posición de dominio. Negativa de suministro de información.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

En el presente número se incluyen las Sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas desde la STC 191/2002, de 28 de octubre, a la STC 64/2003, de 27 de marzo, las Sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos Aranzadi 37 a 47 de 2002 y las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de los meses de enero a junio de 2002.

## 2. AGRICULTURA

### A) Ayudas. Competencia autonómica

La impugnación del Decreto 137/1993, de 7 de septiembre, por el que la Junta de Andalucía estableció la regulación de los procedimientos para el otorgamiento de ayudas a la agricultura, fue estimado en primera instancia al entender que había sido dictado por entidad incompetente. Recurrida la Sentencia del TSJ de Andalucía con sede en Granada, fue casada por el Tribunal Supremo en la **STS de 4 de febrero de 2002**, Ar. 9881, sentencia que contiene doctrina de interés en relación a cuestiones de orden competencial.

Al haberse cuestionado la competencia autonómica para fijar los plazos de resolución y el valor del silencio en el procedimiento de otorgamiento de ayudas, el Tribunal Supremo aborda como primera cuestión la determinación del alcance de la competencia autonómica en materia de procedimiento administrativo. Con esta finalidad, partiendo de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la distinción entre procedimiento administrativo común y *ratione materiae*, el TS reconoce a la Comunidad Autónoma la competencia para regular el procedimiento en materia de ayudas a la agricultura, siempre que esta normativa respete lo establecido en el procedimiento administrativo común. Para el Tribunal Supremo, dado que la materia agricultura es competencia autonómica, la norma procedimental enjuiciada, dictada y vinculada a esta competencia sectorial, corresponde a la competencia autonómica. Dentro de este mismo razonamiento, se rechaza que la competencia sectorial aplicable sea la de ordenación general de la competencia, en cuyo caso la competencia correspondería al Estado.

Por otro lado, también se reconoce la competencia autonómica para la inscripción en el Registro de Industrias Agrarias. En este caso el Tribunal Supremo sale al paso del argumento según el cual los RRDD de transferencias reconocieron en su día que la competencia pertenecía al Estado. Para el TS los RRDD de transferencias no son aptos para determinar el alcance de las competencias autonómicas, por lo que concluye reconociendo que la competencia ejecutiva de inscripción corresponde a la Comunidad Autónoma.

### B) Ayudas. Requisitos

Publicado en el BOE de 19 de enero de 2001 el RD 3482/2000, de 29 de diciembre, por el que se regula la indemnización compensatoria en determinadas zonas desfavorecidas, se impugnó su artículo 3.1.c), precepto que imponía como condición para recibir la ayuda el residir en el término municipal en que radicara la explotación o en alguno de los municipios limítrofes enclavados en zonas desfavorecidas.

Los recurrentes alegan la falta de razonabilidad de la previsión reglamentaria, así como el hecho de no estar la misma prevista en el Reglamento comunitario 1257/1999/CE. El Tribunal Supremo, en la **STS de 17 de junio de 2002**, Ar. 8202, rechaza ambos argu-

mentos. Por un lado afirma que la falta de previsión del requisito en el Reglamento comunitario no impide su inclusión en la norma interna. Y, por otro, afirma que dada la finalidad de la norma es coherente con la misma imponer el requisito que se discute.

### 3. COMERCIO

#### Etiquetado de productos

La regulación del etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios ha sufrido en nuestro país un proceso de continuos cambios. El RD 212/1992 traspuso la Directiva 79/112 y estableció que las indicaciones obligatorias del etiquetado de los productos alimenticios que se comercializarán en España se expresarían necesariamente al menos en la lengua oficial del Estado. Las indicaciones obligatorias eran las del artículo 3 de la Directiva.

Este RD fue sustituido y derogado por el RD 1268/1997, de 24 de julio, limitando a sólo tres supuestos la mención obligatoria en castellano de las especificaciones del etiquetado. Este RD fue declarado nulo por STS de 17 de enero de 2000 por falta de Dictamen del Consejo de Estado. Posteriormente, y estando en vigor la nueva Directiva 97/4/CE de 27 de enero, se aprobó el RD 1334/1999, de 31 de julio.

Pues bien, este último RD fue impugnado directamente por la Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas al entender que vulneraba el contenido de la Directiva 97/4/CE. En concreto, se impugnó la Disposición Adicional, en la medida en que establece que la obligación de etiquetar “al menos en lengua castellana” se limita a la lista de ingredientes. En relación directa con la impugnación anterior también se impugnó el apartado 2 del artículo 18, a tenor del cual la obligación de etiquetar en “al menos lengua castellana” no será de aplicación a los productos tradicionales elaborados y distribuidos exclusivamente en el ámbito de una Comunidad Autónoma con lengua oficial propia.

Para la entidad recurrente la norma estatal vulnera la Directiva, ya que la misma contenía un listado de 9 especificaciones que deben figurar en el etiquetado, señalando además la Directiva que estas indicaciones deberían expresarse en una lengua fácilmente inteligible para el consumidor. Por ello, concluye la recurrente, todas estas especificaciones deberían constar al menos en lengua castellana. Se añade, además, que de acuerdo con la STC 147/1996 al Estado corresponde fijar los datos que deben constar en los productos alimenticios. Al limitarse el RD a fijar tres especificaciones, ha dejado a las CCAA la regulación de las restantes.

El TS en la **STS de 4 de junio de 2002**, Ar. 9067, rechaza el recurso. Por un lado estima que el Estado ha ejercitado su competencia al fijar las especificaciones que deban fijarse al menos en lengua castellana. Por otro, entiende que no se ha vulnerado la Directiva comunitaria, ya que la misma exige una lengua fácilmente comprensible para los consumidores, y ésta puede ser tanto el castellano como la lengua oficial autonómica. Es

conforme con la Directiva establecer que sólo las tres menciones más importantes y más relacionadas con la sanidad se expresen en castellano.

La Sentencia cuenta con un voto particular en el que se sostiene que la Directiva comunitaria exigía que las menciones del etiquetado en ella recogidas lo fueran en una o varias lenguas oficiales de la Comunidad Europea, condición que no tienen las lenguas propias regionales españolas.

#### 4. CRÉDITO

##### Banco privados. Autorización de modificación estatutaria

Solicitada la adaptación de los estatutos sociales por una determinada entidad bancaria, el Secretario de Estado de economía, en aplicación del artículo 1.4 del RD 1144/1988, denegó parcialmente la aprobación de algunos preceptos estatutarios. Recurrido el acuerdo, fue desestimado por la Audiencia Nacional. El Tribunal Supremo, mediante la STS de 19 de abril de 2002, Ar. 8593, confirmó la sentencia recurrida en casación.

El recurrente cuestionó en primer lugar el acuerdo por el hecho de estar basado en un reglamento, cuando, a su juicio, y dado que imponía límites a la libertad de empresa, debía tener cobertura en una norma con rango legal.

El Tribunal Supremo rechazó este argumento al entender que la misma ley que exige la intervención administrativa para aprobar los Estatutos sociales legitima la intervención para aprobar las modificaciones estatutarias. Sobre este argumento vuelve el Tribunal al final de su sentencia.

También rechaza el Tribunal que el artículo 1.4 del RD 1144/1988 contradiga el artículo 55 de la Ley de ordenación bancaria de 31 de diciembre de 1946, así como que se hubieran aprobado los Estatutos por silencio positivo.

Por último, niega también la existencia de desviación de poder, al haber utilizado la Administración su potestad de acuerdo con los fines para los que le fue atribuida.

#### 5. DEFENSA DE LA COMPETENCIA

##### Concentraciones

Dos sentencias del Tribunal Supremo se han ocupado de enjuiciar los Acuerdos del Consejo de Ministros por los que, en aplicación de la legislación en materia de defensa de la competencia, se decidía sobre determinados procesos de fusión entre empresas.

#### XIV. Derecho Administrativo Económico

En la primera de dichas sentencias el supuesto de hecho fue el siguiente: de conformidad con el Informe del TDC, el Consejo de Ministros, en aplicación del art. 17.1.c).2 de la Ley 16/1989, acordó declarar improcedente una operación de concentración entre dos empresas dedicadas al transporte regular de viajeros. Impugnada dicha Resolución del Consejo de Ministros, el TS, en la **STS de 1 de abril de 2002**, Ar. 9951, estimará el recurso.

Para fijar su criterio, el TS parte del examen de la evolución de la regulación legal en materia de concentraciones de empresas, tanto en sus aspectos sustantivos como procedimentales, evolución que ha sufrido importantes modificaciones, algunas de las cuales se produjeron mientras se producía el proceso de fusión enjuiciado.

Entrando en el examen de los hechos, se pone de manifiesto que las dos empresas que tratan de fusionarse actúan respectivamente como concesionarias del servicio de transporte, en régimen de monopolio, y que las respectivas concesiones expiran los años 2008 y 2013.

Para el TDC con la concentración ambas empresas se harían en la práctica con la totalidad del servicio de transporte regular interurbano en la isla, por lo que propone declarar improcedente la operación. Existe un voto particular según el cual, al tratarse de dos concesionarias con contratos en vigor hasta los años 2008 y 2013, la concentración no producirá efectos negativos sobre la competencia ya que la competencia no existe. Al concluir las concesiones, se abrirá la competencia.

Expuesta la normativa y los hechos objeto de análisis, el Tribunal se plantea las dos cuestiones jurídicas en las que se basa el recurso. En primer lugar, la existencia de vicios procedimentales en la adopción del acuerdo. Concretamente, la recurrente entiende que la autorización de la concentración se había producido por silencio. Tras un detallado análisis de las incidencias surgidas en el procedimiento autorizatorio, el Tribunal entiende que efectivamente se había obtenido la autorización de la fusión. Consecuentemente estima el recurso sin entrar a analizar la cuestión sustantiva planteada.

En la segunda de las sentencias, **STS de 2 de abril de 2002**, Ar. 9844, el supuesto de hecho fue el siguiente: el Consejo de Ministros decidió subordinar una operación de fusión entre empresas dedicadas a seguridad a que la empresa adquirente no pudiera incrementar los precios de los servicios de transporte y manipulado de fondos aplicados a los clientes de la empresa adquirida por encima de la previsión oficial de incremento anual del IPC durante tres años. Dicha condición no había sido establecida por el TDC.

La empresa adquirente recurrió la imposición de esta cláusula alegando que el acuerdo carecía de motivación, vulneraba el principio de proporcionalidad e imponía un sacrificio innecesario del derecho de propiedad y una excesiva restricción de la libertad empresarial.

El Tribunal Supremo analiza en profundidad la exigencia de motivación de este tipo de Acuerdos del Consejo de Ministros, destacando la singularidad de los mismos. Para el

Tribunal la motivación es especialmente necesaria cuando, como en el caso enjuiciado, el Consejo de Ministros introduce determinaciones propias o al margen del criterio del TDC, y cuando impone condiciones que limitan derechos subjetivos o intereses legítimos. Concluye acordando que el Acuerdo impugnado careció de la motivación suficiente.

También estima el recurso en relación a la alegación de falta de proporcionalidad y restricción innecesaria de la libertad empresarial, al haber impuesto una prohibición de alza de los precios durante tres años, lo que juzga como una condición de comportamiento excesiva. El Tribunal Supremo aplica el test de la proporcionalidad y concluye que:

“el mismo efecto o finalidad de la medida restrictiva impuesta se conseguía, como también apreció el Tribunal de Defensa de la Competencia, con otra menos rigurosa cual era la de comunicar al Servicio de Defensa de la Competencia, durante tres años, las modificaciones de los precios que, tras la concentración, ‘Prosegur, SA’ pretendiera fijar para los antiguos clientes de ‘Blindados del Norte’ en Navarra y Guipúzcoa. Esta comunicación obligada permitiría a aquel Servicio verificar si el eventual incremento de los precios respondía a razones objetivas o era mero fruto de la posición de dominio de la nueva empresa y discriminaba a los clientes que carecieran de poder real de negociación”.

## 6. DENOMINACIONES DE ORIGEN

### A) Régimen sancionador y principio de legalidad

Las SSTC 50/2003 y 52/2003, de 17 de marzo, ponen de manifiesto la falta de cobertura legal suficiente del régimen sancionador de las denominaciones de origen, debido en parte al sistema de remisiones de la normativa reglamentaria preconstitucional, como el reglamento del vino, por ejemplo, hacia otras normas reglamentarias, como son las de cada denominación de origen, o la reglamentación del cava.

En virtud de lo anterior, el Tribunal Constitucional estima –en uno de los casos, parcialmente– los recursos de amparo planteados por vulneración del artículo 25.1 CE, anulando las cuantiosas multas impuestas.

La fragilidad de los medios de tipificación de las infracciones pone de manifiesto la necesidad de una reformulación del sistema normativo sancionador en este ámbito económico de gran relevancia.

### B) Potestad normativa de los Consejos Reguladores

Una circular del Consejo Regulador de la Denominación de Origen calificada Rioja dispuso en su apartado primero “prohibir la utilización de cualquier tipo de referencia o alusión a las expresiones barrica y madera en la comercialización, propaganda y etiquetado de los vinos genéricos (sin crianza)”.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

Impugnado el citado apartado fue anulado por el TSJ del País Vasco al entender que la circular introducía un mandato imperativo nuevo, sin cobertura legal. Al carecer el Consejo Regulador de potestad normativa *ad extra*, el apartado debía ser declarado nulo de pleno derecho.

El TS casará dicha Sentencia tras examinar la naturaleza de la circular y concluir que en razón de su contenido la misma no es una norma, sino un acto administrativo general. Así, afirma el TS en la STS de 2 de julio de 2002, Ar. 8800, FJ 3º, que:

“Las anteriores valoraciones, obligan a estimar el motivo de casación aducido, pues si el Consejo Regulador, estaba facultado, para velar por el régimen del etiquetado y para la defensa de la denominación de origen, fomento y control de la calidad del vino y de la aplicación del Reglamento, y si como se ha visto los términos barrica y madera, además de ser frecuentemente utilizados, en las normas relativas al envejecimiento del vino, adquieren singular importancia en los conceptos de crianza, Reserva y Gran Reserva, es claro, que cuando el Consejo Regulador, prohíbe la utilización de tales términos en vinos genéricos (sin crianza), por un lado, está ejerciendo las competencias que le son propias, en el régimen del etiquetado y en la defensa y control de los vinos de Denominación de Origen, y evitando cualquier confusión al consumidor, y por otro, no está innovando el Ordenamiento, pues está explicitando lo que en las normas está implícito, y ellas mismas ya exigían y lo hace, dictando la Circular para que está autorizado, al tratarse de un acto dirigido a una pluralidad de destinatarios, y no de una disposición general.”

### C) Reglamento de la denominación específica Brandy de Jerez

Por Orden de 23 de junio de 1993 de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía se modificaron algunos artículos del Reglamento de la Denominación específica Brandy de Jerez. La Orden fue impugnada y anulada en primera instancia por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ con sede en Sevilla al entender el Tribunal que la Consejería carecía de competencia para aprobar un Reglamento con eficacia *ad extra*.

El TS, en la STS de 2 de octubre de 2002, Ar. 9454, casa la Sentencia del TSJ, al estimar que la normativa de trasposos de competencia y preceptos concordantes había habilitado a la Consejería para dictar un Reglamento en materia de denominaciones de origen.

Rechazado el argumento principal de oposición a la validez de la norma impugnada, se entra a analizar los restantes argumentos alegados en pro de la anulación de determinados artículos de la Orden de 1993, argumentos que se rechazan con una notable dureza. Así, el Tribunal niega que la norma sea arbitraria o vulnere la seguridad jurídica, niega que otorgue al Consejo Regulador un arbitrio totalmente discrecional, reconoce que la posibilidad de reducir la graduación alcohólica se establece de conformidad con la normativa comunitaria y según el procedimiento allí establecido y por último se admite la validez de permitir el embotellado en plantas pertenecientes a bodegas no inscritas.

## 7. ELECTRICIDAD

### Tarifa eléctrica

La impugnación de la tarifa eléctrica para el año 2000, establecida en el RD 2066/1999, permitió al TS, en su STS de 20 de marzo de 2002, Ar. 9014, analizar dos tipos de cuestiones, formales y sustantivas, en relación a este tipo de norma reglamentaria.

Como cuestión formal de más relevancia el recurrente alegó la falta del preceptivo Dictamen del Consejo de Estado. El TS no discute el carácter normativo del RD 2066/1999 (si bien contiene sobre este punto afirmaciones algo contradictorias) pero entiende que no se trata de un Reglamento ejecutivo, al no desarrollar una norma legal previa y limitarse a la aplicación de previsiones y cálculos de naturaleza esencialmente económica a un marco jurídico ya establecido. Por ello, concluye que no es de aplicación lo establecido en el art. 22.3 de la LOCE, precepto referido a disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes.

El tema sustantivo le viene planteado por la alegación de la entidad recurrente según la cual la norma aprobada posee un contenido arbitrario, al no responder los precios fijados a criterios de objetividad y racionalidad.

Frente a tal alegación el TS reiteró una línea argumental que suele aparecer cuando se impugnan normas económicas por razón de su contenido, alegando el recurrente su falta de fundamento, de objetividad y arbitrariedad. El Tribunal, ante la dificultad de revisar un articulado de contenido técnico, suele aceptar la corrección de lo establecido por la Administración. Concretamente en la sentencia citada, siguiendo esta pauta general a la que nos hemos referido, el Tribunal afirma lo siguiente:

“La impugnación se condensa, en suma, en el argumento de que aquellas disposiciones son arbitrarias, carentes por tanto de toda razonabilidad. Sin embargo, semejante conclusión no es la que resulta de lo actuado en el proceso, en el que tan sólo llegan a detectarse decisiones administrativas que se mueven dentro de los márgenes inherentes al carácter eminentemente técnico de la materia sobre la que recaen. Hay en ésta un espacio abierto a la decisión discrecional de la Administración, cuyo control, a través de las técnicas habilitadas en nuestro ordenamiento para ello, no arroja en el caso de autos la conclusión de que aquellas decisiones sean contrarias a Derecho.”

## 8. INDUSTRIA

### A) Ayudas. Grandes áreas de Expansión Industrial

Dentro de la muy abundante jurisprudencia que se ha ocupado de los litigios derivados del proceso de otorgamiento y control de ayudas económicas en Grandes áreas de Expansión Industrial, la STS de 30 de octubre de 2002, Ar. 9488, tiene como objeto el

## XIV. Derecho Administrativo Económico

recurso frente a la denegación del cambio de titularidad para la obtención de una determinada ayuda. La razón fundamental de la denegación del cambio de titularidad solicitado es que se habían producido previamente diversas modificaciones de titularidad que incidían en el expediente y que no se habían puesto en conocimiento de la Administración.

El Tribunal Supremo rechaza el argumento de falta de motivación de la resolución denegatoria, así como la alegación consistente en que la Administración debió haber dado un plazo para subsanar la falta de comunicación de los cambios de titularidad. Por último, también se rechaza el argumento de la desproporción de la consecuencia que se deriva de la denegación de cambio de titularidad, dado que, alegaba la entidad recurrente, se habían cumplido las restantes obligaciones exigidas para tener derecho a la ayuda por lo que el mero incumplimiento de una obligación de comunicar tenía como consecuencia una medida muy grave.

Por su parte, la **STS de 20 de mayo de 2002**, Ar. 9845, confirma la sentencia de primera instancia que a su vez había confirmado la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda acordando denegar los beneficios solicitados dentro de una Zona de Promoción económica por incumplimiento de las condiciones.

Para el Tribunal Supremo la denegación estuvo suficientemente motivada “y si bien el acto originario pudo adolecer de falta de motivación, el recurso resolutorio del recurso de reposición es lo suficiente explícito” ( con cita de la Sentencia de 4 de julio de 2001, Ar. 5405, relativa a un caso idéntico).

Por otra parte se entiende que la Resolución se ajustó a lo dispuesto en la norma que ampara la concesión de ayudas, sin que la existencia de informes favorables al otorgamiento de la ayuda solicitada vinculen a la Administración, la cual podrá denegar de forma motivada la petición de ayuda. Así, se afirma, reiterando doctrina anterior, que:

“la Administración tendrá que valorar las diferentes propuestas presentadas, dando preferencia a aquellas que de forma más clara cumplan los objetivos previstos y rechazando aquellas otras en que sea difícil, si no imposible, cumplir tales objetivos, ya que en esta valoración cuenta la Administración con una discrecionalidad que sólo puede ser revisada jurisdiccionalmente en casos de arbitrariedad o manifiesto error”.

### **B) Ayudas. Planes Concertados de Investigación**

La actividad industrial también puede recibir otro tipo de ayudas diversas de las comentadas en el apartado anterior (y que sin duda son las que mayor litigiosidad han generado). Dentro de este otro tipo de ayudas se encuentran las previstas en los Planes Concertados de Investigación. Estas ayudas tratan de fomentar innovaciones prácticas que contribuyan a la mejora de los mercados interiores y al aumento de las exportaciones. Con este fin se otorgan unos préstamos que, una vez hayan permitido a la empresa poner en marcha su actividad innovadora y obtener de esta forma ingresos, deberán ser reembolsados.

La STS de 23 de septiembre de 2002, Ar. 8119, tiene como objeto un conflicto surgido en relación a este tipo de ayudas. Concretamente el conflicto surge cuando la Administración, de acuerdo con la regulación de este tipo de ayudas, exige el reembolso de la cantidad entregada a la empresa como anticipo. La empresa beneficiaria de la ayuda se opone a dicho reembolso afirmando que su proyecto de innovación fracasó, razón por la cual no puede devolver lo recibido.

Planteada la cuestión en estos términos el pleito se reduce a una cuestión de hecho, determinar la viabilidad o no del proyecto, ya que de la misma deriva en principio la obtención de unos beneficios que son los que justificarían la exigencia de devolución de la cantidad adelantada.

Al tratarse de un recurso de casación el Tribunal Supremo manifiesta que no puede volver sobre los hechos probados, que determinaron que la empresa recurrente obtuvo con el proyecto unos beneficios económicos que justifican que se le exija el reembolso de lo recibido. Por tanto, desestima el recurso, confirma la sentencia recurrida y la obligación de devolver lo que se reclama por la Administración.

## 9. PRECIOS Y TARIFAS

### A) De los medicamentos suministrados a través de las oficinas de farmacia

Los precios de la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia se establecen mediante un concierto entre el INSALUD y el Consejo General de Colegios de Farmacéuticos. En el concierto firmado el año 1994 se estableció una bonificación a favor del INSALUD en caso de pronto pago.

Impugnado el concierto, la STS de 28 de junio de 2002, Ar. 9432, desestimó el recurso. De la sentencia merecen ser destacadas algunas consideraciones.

En primer lugar, la sentencia justifica la intervención administrativa en la fijación de los precios de este servicio afirmando que “la intervención de la Administración en materia de dispensación de medicamentos a cargo de la Seguridad Social se produce para la gestión de un servicio público esencial, como es la dispensación de productos farmacéuticos en el marco de la sanidad pública”. Además, la intervención tiene su cobertura normativa en el artículo 107 de la Ley General de la Seguridad Social y en el artículo 90 de la Ley General de Sanidad.

En segundo lugar, se reconoce al Consejo General la capacidad para concertar con el INSALUD las condiciones de la prestación farmacéutica, recordando a estos efectos la Sentencia del propio TS de 4 de mayo de 1994, Ar. 4136. En relación con este punto, a nuestro juicio, se resuelve rápidamente y sin excesiva fundamentación una cuestión compleja, ya que si bien el Consejo puede negociar unas condiciones comunes, es más discutible que las

## XIV. Derecho Administrativo Económico

mismas deban ser después de obligado cumplimiento para todos los colegiados y que, por ejemplo, se les pueda imponer también el acuerdo sobre bonificaciones por pronto pago.

En tercer lugar, se califica el servicio de prestación farmacéutica en el marco de la sanidad pública como servicio público esencial. Esta característica justifica la intervención pública y su poder de ordenación y limitación sobre la actividad de los farmacéuticos. Los límites que se imponen se compensan por el hecho de realizar la dispensación de medicamentos en un régimen que limita la competencia. Esto es, aunque no se dice en estos términos, se trata de un ordenamiento sectorial dentro del cual se obtienen ventajas e inconvenientes. Concretamente, el Tribunal Supremo afirma que:

“se advierte que dicha aportación resulta de un concierto con los representantes de la profesión cerrado con el apoyo de una autorización legal cuyo fundamento es favorecer la gestión de un servicio público esencial mediante la reducción de costes a cargo del poder público compensada por los beneficios que supone para los profesionales afectados la realización de dicha dispensación en un régimen de intervención administrativa que limita la competencia por razones de interés público”.

### B) Precios regulados. Petróleo

El principio general de libre determinación de los precios tiene algunas excepciones. Por razón de su especial importancia económica, algunos precios privados son precios regulados. Uno de estos bienes con precio intervenido es el petróleo, según lo establecido en la Ley de 17 de julio de 1947. Este precio, en determinadas condiciones, podrá ser exigido por CAMPSA.

En efecto, si el Estado fija el precio en origen, repercutiendo el coste del porte a los usuarios, CAMPSA estará obligada a cobrar este precio de transporte a los usuarios por cuenta del Estado.

Pues bien, en la **STS de 5 de junio de 2002**, Ar. 8598, se suscitó el conflicto entre los usuarios y CAMPSA. Aquéllos impugnaron el precio exigido por CAMPSA, y la Audiencia Nacional estimó su recurso al entender que no existía contrato alguno entre CAMPSA y los recurrentes en virtud del cual éstos debieran satisfacerle el precio de transporte.

El TS casa la Sentencia tras exponer la naturaleza del precio fijado por el Gobierno, afirma que CAMPSA no puede sustraerse a las obligaciones de recaudación de un precio fijado por el Gobierno, obligación recaudatoria que le impone el artículo 10 de la Ley 17 de julio de 1947. Consecuentemente el TS confirmó la validez de la resolución del Delegado del Gobierno exigiendo el pago de las deudas.

### C) Tarifas de servicios públicos

Las SSTS de 13, 23 y 30 de septiembre de 2002, Ar. 8279, 8476 y 8681, reiterando una jurisprudencia abundante y uniforme, insiste en la distinción entre potestad tarifaria,

propia del titular del servicio público, y potestad para intervenir sobre la fijación de tarifas en ejercicio de la potestad de ordenamiento general de precios. También diferencian los conceptos de tasa y tarifa o precio del servicio público.

A partir de esta distinción se reconoce la competencia de los Ayuntamientos para fijar las tarifas de los servicios públicos de su competencia, pero a su vez se afirma que esta competencia debe ejercerse con respeto de la normativa general y de las competencias de otras Administraciones implicadas.

La **STS de 24 de mayo de 2002**, Ar. 8788, se pronuncia también, en primer término, sobre las competencias para fijar las tarifas de los servicios públicos de acuerdo con la doctrina jurisprudencial antes citada. Pero a esta doctrina añade una cuestión nueva. Esto es, si la Comisión Regional de Precios debe pronunciarse no sólo sobre la tarifa que deberá pagar el usuario, sino también sobre la “tarifa” de equilibrio financiero, es decir, la cuantía a satisfacer por la Administración titular del servicio al concesionario.

Para el TS no hay duda de que la intervención en base a la política general de precios se limita a las tarifas que deben satisfacer los usuarios.

El debate sobre las competencias para fijar las tarifas de los servicios públicos municipales vuelve de nuevo a estar presente en la **STS de 30 de septiembre de 2002**, Ar. 8682. En este caso el Ayuntamiento de Vitoria/Gasteiz cuestiona la intervención de la Comunidad Autónoma, amparado en el Decreto 230/1988, para intervenir en la fijación de las tarifas del servicio de transporte urbano en autobús. Para la entidad Municipal recurrente la fijación de las tarifas era de su exclusiva competencia y no precisaba de autorización por la Comisión Autonómica de Precios, al tratarse de un servicio y de unas tarifas de ámbito estrictamente municipal.

El TS, recordando de nuevo la abundante y uniforme doctrina antes citada, diferencia entre la potestad tarifaria y la de ordenación de precios, y justifica la intervención de la Comunidad Autónoma al haberse ejercitado por la misma su potestad de ordenación de precios. Potestad que, recuerda también el TS, deberá limitarse a examinar la tarifa desde las directrices de la política de precios, sin imponer un modelo tarifario, potestad que corresponde al ente municipal.

También vuelve sobre esta misma cuestión general (potestad tarifaria y de ordenación general de precios), la **STS de 24 de mayo de 2002**, Ar. 8788.

En este caso se afirma la competencia municipal para resolver sobre la tarifa de equilibrio del servicio en base a lo cual debía abonarse la subvención a la empresa. Subvención sobre cuya cuantía la Comisión de Precios se manifiesta incompetente.

Para el TS esta actuación fue correcta, al no afectar la tarifa a lo que deben pagar los usuarios.

### 10. PUERTOS

#### Cánones por concesiones y autorizaciones

La **STC 63/2003, de 27 de marzo**, se refiere una vez más al alcance de la reserva de ley en materia tributaria y de prestaciones patrimoniales de carácter público. En esta ocasión, en relación con los cánones que perciben las autoridades portuarias por la concesión de la utilización de los espacios de dominio público portuario. La Sentencia anula el artículo 9 y la Disposición Transitoria de la Ley 18/1985, que modificaba la Ley 1/1966, sobre el régimen financiero de los puertos, derogada ya por la Ley de Puertos y de la Marina Mercante de 1992, que también fue modificada en este punto por la Ley 62/1997. Dicho precepto establecía que “las tarifas por servicios generales y específicos y los cánones por concesiones y autorizaciones administrativas se fijarán y actualizarán anualmente con sujeción a la política económico-financiera y a las tarifas portuarias determinadas por el Gobierno, y a la normativa general y objetivos anuales de gestión que, en ejecución de esta política, se establezcan por el Ministerio de Obras Públicas y urbanismo”, debiendo establecer dicho departamento “los límites máximos y mínimos de las tarifas correspondientes”.

El Tribunal Constitucional entiende, en efecto, que esta regulación, que no incluye en la ley un límite máximo de la prestación de carácter público, y que atribuye al poder ejecutivo un amplísimo margen de apreciación, implica una habilitación reglamentaria tan indeterminada que incumple las exigencias de la reserva de ley en la materia.

Es de señalar que la Sentencia hace expresamente la salvedad de que la declaración de inconstitucionalidad y la nulidad de los preceptos citados se refiere sólo a las concesiones administrativas por ocupación del dominio público, pero no a las tarifas por los servicios portuarios generales y específicos, que no habían sido cuestionadas, pero sobre las cuales se ha planteado la duda de si también deberían cumplir con las exigencias legales citadas, por el eventual carácter obligatorio de su recepción que se les ha querido atribuir por algunos.

### 11. SEGUROS

#### Cláusulas abusivas

El TS, en la **STS de 4 de mayo de 2002, Ar. 9408**, confirma la sentencia recurrida en casación y en consecuencia confirma también la legalidad de la Resolución de la Dirección General de Seguros por la que se derogó una cláusula de rescisión por riesgo en una póliza de seguro de “Protección del Hogar”. Denegación basada en la vulneración de la Ley 5/1980, por colocar al asegurado en situación de indefensión y ser abusiva.

El TS entiende que la Administración, al impedir que se incluyera la cláusula debatida, ejercitó su obligación de proteger la libertad de los asegurados y actuó en el marco de la

Ley 26/1984 General para la defensa de los Consumidores. Dentro de este marco de actuación se entiende así mismo que la cláusula era ciertamente abusiva al dejarse al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos.

Siguiendo una línea argumental parecida, la **STS de 4 de mayo de 2002**, Ar. 9409, confirmó también la validez de la denegación de la inclusión de una cláusula de rescisión por riesgo en una Póliza de Seguro obligatorio de Viajeros, modalidad ramo de accidentes.

## 12. TELECOMUNICACIONES

La intervención administrativa en relación a las operaciones societarias en que se encuentra vinculada la transmisión de títulos administrativos plantea el problema del alcance de dicha intervención, así como del alcance de la potestad revisora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa sobre la actuación de la Administración.

La **STS de 25 de febrero de 2002**, Ar. 10192, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estas cuestiones.

El supuesto de hecho es la impugnación por una determinada entidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de diciembre de 1998 por el que se autorizó a Telefónica la transmisión de los títulos habilitantes para la prestación del servicio de telecomunicaciones básicas a Telefónica de España SAU.

El Acuerdo impugnado se enmarcaba en la operación societaria mediante la cual “Telefónica, SA” constituía, mediante segregación de ramo de actividad, la nueva entidad, telefónica de España SAU, a la que transfería los títulos habilitantes antes citados. Por tanto, de hecho se incoaron dos procedimientos administrativos, uno relativo a la cesión de activos, y otro concerniente a la transmisión de los títulos habilitantes para la prestación de los servicios de telecomunicaciones. Este segundo finalizó con la autorización, si bien con la exclusión de la prestación de las telecomunicaciones por cable. Este Acuerdo es el que fue objeto de impugnación.

La primera cuestión que resuelve la Sentencia es la relativa a si la entidad recurrente tenía o no derecho a participar en el procedimiento que dio lugar a la autorización impugnada. El TS reconoce este derecho, si bien, añade, dado que posteriormente pudo defender su posición en sede contenciosa, no se le ha causado indefensión.

Entrando ya en el fondo, la recurrente cuestiona la legalidad de la autorización para transmisión de títulos porque entiende no se ha acreditado la solvencia económica y financiera de la nueva entidad a la que se ceden los títulos, lo que vulneraría el artículo 115 de la Ley de Contratos. Alegación que basa en las irregularidades del proceso de escisión-segregación.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

Ante tales argumentos el TS manifiesta que no le corresponde examinar la regularidad con la que los órganos de las SA adoptan sus acuerdos, pero sí la legalidad de los Acuerdos del Consejo de Ministros, lo que le obliga, en este caso, a examinar algunos aspectos internos de las sociedades mercantiles. Concretamente, si se da o no la falta de solvencia que alega la actora.

Llegados a este punto el TS analiza los argumentos de la recurrente y el conjunto del expediente, para concluir que no se ha acreditado “falta de solvencia económico-financiera de la compañía por haberla colocado en una situación de infracapitalización”. Falta de prueba que, añade el Tribunal, podía haberse superado con la proposición de una pericia, cosa que no hizo el recurrente.

Concluye, pues, desestimando el recurso.

### 13. TRANSPORTE MARÍTIMO

#### A) Línea regular de pasaje. Autorización administrativa

La Autoridad portuaria de Alicante denegó el atraque de un determinado buque con el que se pretendía efectuar el servicio de línea regular de pasaje y carga entre Alicante-Nador-Alicante. Dicha resolución fue impugnada, desestimándose el recurso en primera instancia. Posteriormente el Tribunal Supremo, en la STS de 20 de junio de 2002, Ar. 9555, desestimó también el recurso de casación.

La cuestión de fondo que se planteó en vía judicial es si de acuerdo con el Reglamento comunitario 4055/1986 y con el Convenio bilateral de 29 de diciembre de 1979, de transporte marítimo entre Marruecos y España, la realización de la actividad de transporte reseñada requería o no autorización administrativa previa por parte de las autoridades españolas.

Para el Tribunal Supremo dicha autorización tiene cobertura en el ordenamiento español y no contradice la normativa comunitaria. La cobertura interna se encuentra en el artículo 86 de la Ley 27/1992, precepto que si bien no se refiere expresamente a los servicios exteriores entre países, interpretado correctamente incluye también este tráfico marítimo.

Por lo que se refiere al derecho comunitario la sentencia afirma que:

“La cuestión de saber hasta qué punto esta libertad comunitaria es compatible con un sistema de autorización administrativa se ha planteado ya ante esta Sala, bien que referida a la navegación de cabotaje y no a la navegación exterior. En efecto, en los recursos acumulados números 704, 711, 712 y 715/1997, interpuestos por la Asociación Profesional de Empresas Navieras de Líneas Regulares (Analir) y otros contra la Administración del Estado, en los que se cuestionaba la validez del Real Decreto 1466/1997, de 19 de septiembre, sobre el régimen jurídico de las líneas regulares de cabotaje marítimo y de las

navigaciones de interés público, remitimos al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas la pertinente cuestión prejudicial (que daría lugar al recurso C-205/1999) sobre la que recayó sentencia de 20 de febrero de 2001. Hecho este que hace innecesario el reenvío prejudicial en el presente recurso de casación, dada la similitud de cuestiones en juego.

La sentencia del Tribunal de Justicia, al interpretar los artículos 1, 2 y 4 del del Reglamento CEE número 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) concluyó afirmando, en síntesis, que no era contrario a aquel principio y Reglamento un sistema normativo como el establecido por el Real Decreto (en línea con la Ley 27/1992), sistema que, bajo determinadas condiciones y en aras a la consecución de determinados objetivos, supedita la prestación de servicios de cabotaje marítimo a la obtención de una autorización administrativa previa.”

Finalmente el Tribunal examina si la exigencia de autorización, en el caso concreto enjuiciado, respondía a alguno de los supuestos permitidos por el derecho comunitario. El Tribunal concluye que al haberse planteado el recurso de forma general, negando por principio la posibilidad de autorización, no le es posible examinar si se daban o no las condiciones que justificaban la exigencia de autorización. Concluye, por ello, denegando el recurso y confirmando la validez de la autorización.

## B) Ayudas

Las SSTS de 10 y 27 de junio de 2002, Ar. 8607, 9330 y 8618, vienen a resolver, en los mismos términos que sentencias anteriores (SSTS de 17 de junio de 1999, Ar. 5478, y 27 de febrero de 2002, Ar. 1395) los recursos interpuestos frente a la denegación, por silencio administrativo, de las ayudas solicitadas por empresas navieras cuyos buques realizaban transporte de mercancías.

Las ayudas solicitadas lo fueron en base a la Orden Ministerial de 7 de octubre de 1988, según la cual, las empresas antes citadas podían obtener determinadas ayudas si cumplían los requisitos objetivos establecidos en la norma y si existía partida presupuestaria.

La negativa, justificada a posteriori tras las denegación por silencio, se funda en la discrecionalidad de la Administración y en la no existencia de fondos en el momento de tener que conceder lo solicitado.

El TS casó la Sentencia de primera instancia, que confirmó el acto denegatorio, siguiendo el criterio de las Sentencias de 17 de junio de 1999, 11 y 27 de febrero de 2002. El Tribunal afirma que no existe una potestad discrecional, sino deber de reconocer la ayuda si se cumplen los requisitos objetivos y existen fondos. Al haberse cumplido los requisitos y existir fondos cuando se solicitó la ayuda (año 1998, cuestión diversa es que no existieran cuando debió efectuarse el pago), la Administración debió otorgar la ayuda pedida.

### 14. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

#### A) Abuso de posición de dominio. Internet. Servicios ADSL

La Resolución del TDC de 29 de abril de 2002 (Expte. 518/01 Internautas/Telefónica) determina que “Telefónica, SA” ha incurrido en abuso de posición de dominio al privilegiar temporalmente el acceso indirecto de su filial Telefónica Data al bucle local y al incluir en el contrato del servicio Megavía ADSL cláusulas contrarias a la normativa vigente que podían injustificadamente inducir a que los clientes prefiriesen ese servicio al prestado por sus competidores en el mercado de servicios de acceso a internet. La resolución impone una sanción de 900.000 euros.

La resolución, entre otras cuestiones, es relevante desde la perspectiva de los sectores regulados con empresas con posición de dominio. En especial, en momentos de modificaciones normativas donde es precisa una mayor atención desde la óptica de las normas de competencia.

Es importante advertir el mercado relevante definido en la Resolución:

“El mercado de referencia es, en este expediente, el de servicios de acceso a internet, a través de las telecomunicaciones, dentro del cual pueden distinguirse los siguientes escalones: el servicio de acceso o servicio porteador; el servicio de los proveedores de servicios de información (PSI), que se ocupan de gestionar, soportar y facilitar el acceso a los usuarios finales de internet y el mercado de transmisión de datos por paquetes o circuitos, que realiza fundamentalmente una función de concentración y transporte de tráfico a nivel mayorista, permitiendo al PSI que carece de infraestructura propia la prestación de servicios homogéneos en todo o parte del territorio nacional.”

La regulación del servicio ADSL se encontraba en dos Órdenes del Ministerio de Fomento de 26 de marzo de 1999, que establecen las condiciones para la provisión del acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica fija. Entre otros aspectos, se establecía que los operadores dominantes de redes públicas telefónicas fijas debían proveer el acceso indirecto al bucle del abonado, incorporando tecnologías de Línea de ADSL. Específicamente se indicaba que Telefónica como operador dominante debe respetar el principio de neutralidad en relación con las condiciones económicas, operativas y comerciales, en particular, frente a operadores de redes y servicios de telecomunicación que puedan requerir este acceso.

La resolución estima que Telefónica abusó de su posición de dominio en la red de telefonía fija al conceder a su filial una ventaja temporal en la provisión de acceso al bucle local. En esencia, se facilitó el acceso a su filial con carácter previo al resto de competidores.

Igualmente, se considera que existió abuso de posición de dominio en la incorporación en el contrato Megavía ADSL una previsión de que su filial se atribuía la propiedad, el

suministro y el mantenimiento del splitter. Esta previsión, aunque luego se acredita como incorrecta, pretendía aparentar una ventaja que ningún competidor podía ofrecer.

### **B) Administración pública. Cabildo insular. Organización de cursos. Competencia desleal**

La Resolución del TDC de 12 de junio de 2002 (Expte. r485/01, Embarcaciones Recreo Lanzarote) estima el recurso interpuesto por “Conjunto Volcán, SL” contra el acuerdo del SDC de archivo y le interesa a que investigue la posible afectación al mercado y la posible lesión al interés público que podría seguirse de la oferta subvencionada de cursos de preparación básica del título de Patrón de Embarcaciones de Recreo.

El conflicto se inicia por la denuncia de un operador acerca de que el Cabildo insular de Lanzarote organiza e imparte cursos de preparación básica del título de Patrón de Embarcaciones de Recreo con precios a un precio muy debajo de los costes. El denunciante entiende que eso supone la realización de actos de competencia desleal.

El SDC, como en casos similares, archivó la denuncia en base a la afirmación de que no existía ningún tipo de subvención para la impartición de cursos (aspecto que el TDC estima no se ha profundizado con la atención debida) y que no existe acto de competencia desleal que distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que esa distorsión afecte al interés público (condiciones artículo 7 LDC).

Las consideraciones del TDC son relevantes, ya que pueden implicar una extensión de la aplicación de las normas de competencia en casos de actividades de administraciones públicas.

La Resolución indica:

“El Tribunal entiende que ese juicio del Servicio no es concluyente. Debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que el mercado que se analiza tiene, por su misma naturaleza, un ámbito geográfico muy restringido ya que no parece probable que aquellas personas que no disponen de algún tipo de sede geográfica en la isla de Lanzarote asistan a unos cursos de náutica que se imparten en dicha isla. Dentro del reducido mercado que supone la isla, parece claro que los cursos que proporciona el Cabildo absorben un porcentaje muy importante de la demanda, de tal forma que sólo queda para el recurrente una demanda puramente residual; en este sentido, si se analiza el mercado del lado de la demanda, parece claro que la actuación del Cabildo distorsiona gravemente las condiciones de competencia del mercado. Esa distorsión se produce no sólo por lo estrecho del mercado afectado por la conducta, sino también por la sensible diferencia de precios existente entre los precios a que puede ofrecer los cursos subvencionados el Cabildo y los que ofrece Volcán. La fuerte diferencia de precios (15.000 ptas. los primeros, 60.000 ptas. los segundos) se encuentra documentada en el expediente y, por sí, y por poco elevada que sea la elasticidad-precio de la demanda, parece suficiente para explicar el que la práctica totalidad de la demanda se transfiera de una escuela a otra. La ventaja de precios que aparece en el expediente parece, *prima facie*, claramente significativa en el sentido del art. 7 LDC.”

## XIV. Derecho Administrativo Económico

En cuanto a la afectación del interés público, el TDC recupera la doctrina establecida en su anterior Resolución de 26 de noviembre de 2001 (Expte. R477/01, Centro Deportivos Alzamora) relativa a la cobertura legal de determinados cursos impartidos por autoridades municipales. No concluye el tema y requiere al SDC para que investigue la posible afectación al mercado y la posible lesión al interés público.

### C) Administración pública. Administración local. Actividades deportivas. Competencia desleal

La Resolución del TDC de 19 de junio de 2002 (Expte. r493/01, Centros Deportivos Castellón) aborda la temática de la organización y desarrollo por parte de Ayuntamientos de actividades deportivas. Esta temática, que ya ha sido objeto de anteriores resoluciones del TDC, obliga a atender al muy aplicado artículo 2 LDC y a la cobertura normativa de la actuación pública.

De forma muy resumida el conflicto se centra en el ofrecimiento por parte del Ayuntamiento de Villareal de cursos de aeróbic, en instalaciones públicas, a precios supuestamente predatorios instrumentados mediante tasas y en horarios similares a los practicados por centros deportivos privados del mismo municipio.

El enfoque del TDC, aunque en fase de estimación de recurso, es el siguiente:

“En efecto, la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, en su art. 25.2.m), faculta genéricamente a los Ayuntamientos para organizar, directa o indirectamente, actividades deportivas y los arts. 20.4.o) y 58 de la Ley 39/1988, reguladora de las Haciendas Locales, para cobrar tasas por la enseñanza y la utilización de instalaciones deportivas municipales. Pero esa constatación no es bastante para confirmar la cobertura legal de la conducta municipal denunciada. Porque lo que se denuncia es un conjunto amplio de cursos de aeróbic ofrecidos por el Ayuntamiento de Villareal, presuntamente en horarios atractivos similares y mucho más baratos que los que vienen ofertando desde hace tiempo distintos gimnasios privados de la localidad y de municipios contiguos. De lo que se trataría, pues, en primer término, es de considerar si esos particulares cursos es razonable considerarlos englobados dentro de la genérica facultad municipal de organizar actividades deportivas.”

Además, el TDC afirma que:

“téngase en cuenta, además, que la Constitución Española consagra en su art. 38 el sistema de libre empresa en el marco de la economía de mercado. Ciertamente, en un sistema económico como éste, la prestación de bienes y servicios por los poderes públicos debe sujetarse al ‘principio de subsidiariedad’, el cual exigiría a éstos no prestar servicios (o proporcionar bienes) que, sin ser de interés público, estén atendidos por la iniciativa privada”.

El TDC estima que el SDC no ha efectuado una verdadera labor instructora, que pueda esclarecer con certeza que la conducta denunciada disponga de una efectiva cobertura legal. Sostiene la Resolución que:

“para poder esclarecer de qué naturaleza son las actividades municipales denunciadas, es preciso circunstanciarlas de un modo completo. Y este Tribunal considera que o hay, a la hora actual, elementos de juicio suficientes para poder señalar si el Ayuntamiento denunciado actuó en el uso del *ius imperii*, en cuyo caso podría tener cobertura legal, o si lo hizo como un operador económico más, en abierta (y habría que investigar si desleal) competencia con la iniciativa privada. Se trata de enmarcar la conducta denunciada en el contexto de circunstancias económicas y sociales del caso. No hay que olvidar que el carácter de venta a pérdida invocado por la denunciante no ha sido rechazado por nadie, ni siquiera por el Ayuntamiento denunciado y que tampoco ha sido contestada la interpretación que el denunciante hace del presupuesto de ingresos y gastos por actividades deportivas del Ayuntamiento de Villarreal, según la cual podrían reflejar el denunciado propósito predatorio del Ayuntamiento. A esclarecer estos aspectos de la denuncia debe encaminarse también la investigación que corresponde hacer al Servicio”.

#### **D) Autorización singular. Intercambio de información. Publicación de anuario**

La Resolución del TDC de 9 de abril de 2002 (Expte. A 296/01, Anuario Videográfico) concede la autorización singular solicitada por la Unión Videográfica Española para la elaboración y publicación de un Anuario del sector videográfico español. La resolución es relevante desde la perspectiva del intercambio de información entre empresas competidoras.

El análisis sobre el intercambio de información entre empresas competidoras estará en función de la estructura de mercado.

Son interesantes las aproximaciones que efectúa la Resolución acerca de la doctrina comunitaria:

“Entre estos criterios destacan los referentes a la estructura del mercado y a la naturaleza de la información compartida. Con respecto a la estructura del mercado la Comisión ha prohibido los intercambios de información en mercados oligopolísticos y con una demanda estancada y caracterizada por una elevada fidelidad a la marca (caso UK Agricultural Tractor Registraton Exchange, 1992). Por lo que se refiere a la naturaleza de la información que se intercambia, del estudio de la práctica comunitaria se obtienen criterios como los siguientes: la información sobre actividades pasadas resulta menos perjudicial que el intercambio de previsiones futuras; se ha declarado anticompetitivo desvelar de forma acordada planes futuros de inversión (casos Re Cimbel, 1972, Zinc Producer Group, 1984); el acceso generalizado a la información recogida es preferible al acceso exclusivo de quienes la intercambian pues, en este caso, la transparencia del mercado mejora únicamente para los que pactan el intercambio (caso Genuine Vegetable Parchment Association, 1978); cuanto más antigua sea la información menor impacto tendrá sobre la competencia; cuanto más frecuente y ágil sea el intercambio, mayor puede ser su efecto perjudicial (caso Steel Beams, 1994).”

## XIV. Derecho Administrativo Económico

En el caso concreto, el grado de concentración no es excesivo y el producto, continuamente cambiante, “dista mucho de ser homogéneo y su aceptación por el mercado no depende de la lealtad de los consumidores a una marca determinada”. La información objeto de difusión será en exclusiva datos estadísticos de períodos anteriores sin referencia a estimaciones u orientaciones sobre precios futuros. Asimismo, es valorada positivamente la periodicidad anual ya que no representa una frecuencia excesiva que favorezca el ajuste de estrategias empresariales; la difusión generalizada del anuario para permitir una máxima transparencia en el mercado; el compromiso de que la información comercialmente sensible será tratada en exclusiva y de forma estrictamente confidencial por el Secretario de la Asociación; la libertad de las partes del acuerdo de separarse del mismo en cualquier momento.

En estas condiciones, el TDC concede la autorización solicitada.

### **E) Autorización singular. Reparación de averías eléctricas. Recomendación de precios**

La Resolución del TDC de 29 de abril de 2002 (Expte. A289/00, Instalectra) deniega la autorización singular solicitada por la Asociación Autónoma de Empresarios de Instalaciones y Reparaciones Eléctricas de la Provincia de Pontevedra para dar publicidad a una tarifa orientativa de precios sobre los servicios de reparación de averías.

La Asociación, que agrupa a más de 180 operadores, requiere la autorización para establecer unos parámetros objetivos en que basar los honorarios y para dar información y garantía al consumidor, que generalmente se queja por el desconocimiento a priori de las tarifas.

El TDC rechaza por completo las argumentaciones de los solicitantes. Después de exponer el criterio del TDC en la materia, en especial establecido en la Resolución de 25 de junio de 1990 (Expte. 9/90 Fina Ibérica), afirma:

“Pues bien, en el presente caso, es claro que no se cumplen estos requisitos, ya que las tarifas cuya publicación se pretende ni son datos meramente estadísticos ni se refieren a hechos realmente acaecidos, no siendo posible, por tanto, conceder la autorización solicitada, puesto que dichas tarifas, al limitar la competencia creando un ámbito de colisión para fijar precios y condiciones, no sólo no permiten a los usuarios y clientes potenciales participar de sus ventajas y ello, pese a que es cierto que la Asociación ‘A Xuntanza’ no se ha opuesto sino que les puede perjudicar notablemente puesto que dichas tarifas propician que las empresas partícipes tengan la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los servicios contemplados siendo, por tanto, contrario a los criterios que deben inspirar la conducta de las empresas en el marco de la libre competencia, dado que la publicación de dichas tarifas sólo persigue la elaboración de un índice de precios de referencia que limite el libre fluctuar de los precios.”

**F) Entidades financieras. Autorización singular. Tarjetas de pago Iberia**

La Resolución del TDC de 9 de enero de 2002 (Expte. A 305/01 Tarjetas Pago Iberia/Bancos) concede una autorización singular a Iberia, Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, Grupo Banco Popular y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid), para constituir una empresa en común cuya actividad consistirá en la emisión y comercialización de medios electrónicos de pago y, especialmente, de determinadas tarjetas de pago.

En nuestra opinión, la presente resolución es ilustrativa respecto de la complejidad que supone el análisis del carácter concentrativo o no de las empresas conjuntas.

Las partes en el acuerdo notificaron, en fecha 14 de junio de 2001, al Servicio de Defensa de la Competencia el proyecto de creación de una empresa en participación para distribuir tarjetas de pago relacionadas con servicios de transporte aéreo. Dicha notificación la realizaron las partes por considerar que se cumplía lo dispuesto en el artículo 14 de la LDC, es decir, que se estaba ante una operación de concentración fundamentándose en que la empresa en común desempeñaba con carácter permanente las funciones de una entidad económica independiente y no tenía por objeto o efecto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continuaban siendo independientes.

Discrepando del análisis realizado por las Partes, la Subdirección General de Concentraciones del Servicio de Defensa de la Competencia consideró que la operación no respondía a una operación de concentración, sino que se trataba de un acuerdo entre empresas, toda vez que la nueva empresa desarrollaría su actividad en el mismo mercado que las entidades financieras matrices. En este sentido, por resolución del Director General, de fecha 10 de julio de 2001, se dio traslado del Expediente a la Subdirección General de Prácticas Restrictivas del Servicio de Defensa de la Competencia. A resultas de tal resolución, las partes en el acuerdo decidieron presentar una solicitud de autorización singular para la creación de la empresa en común.

La cuestión de calificar la operación como concentración económica o como un acuerdo horizontal entre empresas deviene relevante por cuanto el procedimiento de autorización de la operación es diferente, tanto en los fundamentos de análisis como en cuestiones procedimentales. Así, respecto de estas últimas, es preciso indicar que una operación de concentración que no pueda obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado será, en principio, autorizada por la Administración en el plazo de un mes. Por el contrario, si el acuerdo se somete al régimen de autorizaciones singulares no existe un plazo concreto para la resolución del asunto, si bien cabe la aplicación provisional del mismo en el supuesto de que el Tribunal de Defensa de la Competencia no se haya pronunciado en sentido contrario en un plazo de tres meses después de la presentación de la solicitud.

El Tribunal de Defensa de la Competencia reitera en la resolución la teoría general aplicable a la concesión de autorizaciones singulares. Así, señala que para que el Tribunal

## XIV. Derecho Administrativo Económico

pueda otorgar una autorización singular, la misma ha de referirse a un acuerdo prohibido por el artículo 1.1 de la LDC en el que, concurriendo los requisitos del artículo 3.1 de la propia norma, los positivos efectos que de tal concurrencia se deriven deban de prevalecer frente a las consecuencias contrarias a la libre competencia que justificarían su general proscripción.

En concreto, el Tribunal de Defensa de la Competencia estima que el proyecto contiene acuerdos restrictivos de la competencia prohibidos por el artículo 1 LDC, tales como (i) un pacto de limitación de la producción y la distribución al fijarse en el Plan de Negocios de la nueva sociedad el número total de tarjetas que la misma emitirá en cada uno de los cinco primeros años, cifra que se reparte entre las empresas distribuidoras, y (ii) un acuerdo de fijación de precios al encomendarse a la nueva sociedad la determinación del precio máximo de los pagos que debe realizar el usuario de la tarjeta.

Finalmente, el Tribunal, tras realizar un análisis sistemático de las condiciones del artículo 3.1 LDC (mejoras de la producción o comercialización o contribución al progreso económico, permitir que los usuarios participen de forma adecuada de sus ventajas, no imponer restricciones no indispensables para la consecución de los objetivos y no permitan eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios considerados) entiende que concurre un cumplimiento de las mismas y, en consecuencia, procede a otorgar una autorización singular.

### **G) Escuelas de esquí. Abuso de posición de dominio. Aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes**

La Resolución del TDC de 6 de marzo de 2002 (Expte. 509/01, Esquí Navacerrada) declara acreditada la existencia de un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de “Defensa de la Competencia, consistente en la práctica desarrollada por la sociedad “Deporte y Montaña, SA” de conceder precios discriminatorios favorables en los pases de temporada a una escuela en detrimento del resto de los competidores sin que exista justificación para ello.

De entre las cuestiones que destacamos del presente asunto destaca el hecho de que la empresa denunciada y, a la postre, sancionada es una empresa de capital mayoritariamente público, en el que la Comunidad de Madrid poseía el 94’98 por ciento. Dicha sociedad, “Deporte y Montaña, SA” tenía la concesión para la explotación de los remontes mecánicos y demás actividades conexas con el uso de las instalaciones y pistas de esquí en la estación de invierno del Puerto de Navacerrada.

En relación con lo anterior, es preciso señalar que la aplicabilidad de la LDC se extiende no sólo a los empresarios sino a todas aquellas personas físicas o jurídicas que intervienen en el mercado. Así, no cabe, como punto de partida, excluir directamente la aplicabilidad de la LDC a las empresas públicas por la concurrencia de dicho carácter.

En este sentido, el criterio fundamental para determinar la aplicabilidad de la LDC lo constituirá el carácter mercantil o no de la actividad concreta de que se trate. En el caso de las empresas públicas, lo esencial para dilucidar si las mismas pueden convertirse en sujetos de las conductas prohibidas por las normas reguladoras de la libre competencia es el hecho de que se actúe o no como operador económico. Se entiende que actúa como operador económico cuando actúa e incide en el mercado, es decir, cuando realiza actuaciones que afectan al mercado de la misma manera en que puede hacerlo cualquier agente económico de naturaleza jurídica privada. En tal caso, dicha conducta está sometida a la LDC al igual que lo está la que efectúen los empresarios privados.

Las conductas que se le imputaban a la sociedad “Deporte y Montaña, SA” eran la violación del artículo 6 de la Ley 16/1989 por atribuir en exclusiva a la Escuela Madrileña de Deportes de Invierno (EMDI) la impartición de clases de esquí en las promociones de la Estación del Puerto de Navacerrada en las temporadas 97/98 y 98/99, a la que no ha cobrado el “abono de temporada” en los años 96/97 y 97/98 estableciendo, con ello, ciertos privilegios en la enseñanza del esquí a favor de dicha Escuela, en detrimento de la denunciante, sin existir justificación objetiva para ello.

En el análisis de las conductas eventualmente constitutivas de un abuso de posición de dominio, es paso previo y complejo frecuentemente la determinación del mercado relevante. En este asunto, es especialmente significativo poner de relieve que los mercados relevantes para el caso en cuestión fueron “la prestación de servicios de enseñanza de esquí en la estación del Puerto de Navacerrada” y el mercado de “las condiciones de autorización para la prestación de servicios de enseñanza de esquí en la estación del Puerto de Navacerrada”. Como puede observarse, el mercado geográfico determinado es especialmente reducido, siendo éste coincidente con el de la estación de esquí en cuestión. Sin entrar en profundidad en la materia, sí podemos indicar que asuntos como éste serán previsiblemente de competencia autonómica, a partir de la plena aplicación de lo dispuesto en la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia.

#### **H) Exportaciones paralelas. Concepto de acuerdo. Negativa de suministro**

La Resolución del TDC de 17 de enero de 2002 (Expte. 510/01, Fujifilm) declara que las prácticas comerciales desarrolladas por Fujifilm no constituyen una infracción del artículo 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) al no haberse acreditado la existencia de acuerdo alguno.

El expediente se inició como consecuencia de una denuncia presentada por un distribuidor no exclusivo de Fujifilm contra “Fujifilm España, SA”, por considerar que existía una concertación entre Fuji Europa y algunos de sus distribuidores exclusivos europeos para impedir las exportaciones paralelas, existiendo, por tanto, una vulneración del artículo 81 del TCE.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

Finalizada la tramitación del expediente sancionador por parte del Servicio de Defensa de la Competencia, éste imputó dos cargos a Fujifilm España que consistían en la realización de prácticas restrictivas, centradas en condicionar el suministro al conocimiento del destinatario final, para limitar las exportaciones paralelas desde España a otros países de la UE de los productos para radiografía de la marca Fuji, dentro de la relación comercial mantenida entre Fujifilm España y la denunciante.

Con carácter previo, es preciso señalar que la fundamentación jurídica de la denuncia estriba en la violación, no de un precepto de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, sino del artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea. Dicha cuestión no es más que una manifestación de la descentralización de la aplicación de la normativa comunitaria de defensa de la competencia que ya se recoge en el artículo 25.c) de la Ley 16/1989 cuando, entre las funciones propias del Tribunal de Defensa de la Competencia, cita la de “aplicar en España los artículos 85.1 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea y de su Derecho derivado”.

En este punto, el Tribunal reitera cuáles son los parámetros de análisis de una eventual infracción del artículo 81 del TCE. Así, señala que deben analizarse las siguientes cuestiones “a) la existencia de un acuerdo entre, por lo menos, dos empresas o un supuesto similar, como una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada entre empresas; b) que pueda afectar al comercio intracomunitario, y c) que tenga por objeto o por efecto la restricción sensible de la competencia”.

Como puede apreciarse, es requisito necesario de la infracción la existencia de un acuerdo entre empresas. El Tribunal contradice en este punto al Servicio de Defensa de la Competencia y entiende que no existe ninguna prueba documental directa ni indirecta de que haya habido acuerdo alguno, ni siquiera tácito, entre Fujifilm España y la denunciante, en relación con la limitación o reducción de las exportaciones de los productos en cuestión.

Estamos pues, de nuevo, ante la problemática que se suscita en el marco de las estrategias comerciales adoptadas por determinados fabricantes que procuran evitar las exportaciones no deseadas de sus productos y para ello imponen restricciones a sus distribuidores. Serán elementos claves para el análisis de dichas conductas determinar la posición de mercado que posee el fabricante y, además, la posición del distribuidor respecto de la práctica que el fabricante desea imponer. Así, como el Tribunal de Justicia Europeo ha afirmado en su Sentencia de 11 de enero de 1990, “un fabricante, siempre y cuando lo haga sin abusar de una posición dominante, o cuando no exista ninguna concordancia de voluntades con sus mayoristas, puede adoptar la política de suministros que estime necesaria, aun cuando la aplicación de dicha política pueda dar lugar a restricciones de competencia y afectar a los intercambios entre Estados miembros”.

En consecuencia, para determinar la comisión de una infracción será necesario, en primer término, determinar la posición de mercado que posee el fabricante y, en el supuesto de estimar que el mismo no posee posición de mercado, analizaremos si ha existido

o no una “concordancia” expresa o tácita de voluntades, pues en caso negativo estaremos ante una conducta unilateral no susceptible de ser sancionada.

### **l) Gas. Abuso de posición de dominio. Negativa de suministro de información**

La Resolución del TDC de 7 de marzo de 2002 (Expte. 513/01, Tubogas/Repsol) declara acreditada la realización por “Repsol Butano, SA” de una conducta restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 6 de la LDC consistente en negar a las empresas instaladoras de gas asociadas en ASEINGAS la información esencial sobre el mercado de revisiones obligatorias periódicas que transmite a las empresas franquiciadas de Servicio Oficial Repsol, competidoras en dicho mercado. A resultas de dicha infracción, el Tribunal impuso a Repsol Butano una sanción de 300.000 euros.

La resolución del Tribunal trae causa de una denuncia de la sociedad “Tubogas, SL” contra “Repsol Butano, SL” y el Servicio Oficial Repsol Butano por supuestas conductas prohibidas por los artículos 6 y 7 LDC consistentes en la explotación abusiva por parte de Repsol Butano de la información que posee como empresa suministradora en beneficio de sus Servicios Oficiales y en competencia desleal por confusión ejercida por Repsol Butano y su Servicio Oficial, al enviar avisos, al término de los plazos de revisión obligatoria de las instalaciones, que inducen a considerar al Servicio Oficial Repsol Butano como la única alternativa posible para la prestación del servicio.

Repsol Butano, en sus alegaciones, discrepaba de la definición de mercado relevante realizada por el Servicio de Defensa de la Competencia que, en la propia resolución, el Tribunal de Defensa de la Competencia ratifica. Así, el Servicio y el Tribunal consideraron que el mercado de referencia era el mercado de revisión de instalaciones de gases licuados del petróleo (GLP) con una dimensión coincidente con la Península Ibérica. Para proceder a tal delimitación, las autoridades atendieron exclusivamente al criterio de sustituibilidad de la demanda.

En este punto, es preciso recordar que la doctrina del TDC dispone que para determinar si ha existido una infracción del artículo 6 LDC es preciso, con carácter previo, delimitar el mercado relevante, a continuación determinar si en dicho mercado existe una posición de dominio y, finalmente, analizar si las conductas del encausado merecen ser calificadas como abusivas. En consecuencia, no existirá ilícito por infracción del artículo 6 si la empresa no goza de una posición de dominio en el mercado relevante en cuestión.

Una vez afirmada la posición de dominio de Repsol Butano, el Tribunal procede a analizar si los comportamientos que se le imputan son constitutivos de un abuso de la referida posición. Así, el Tribunal considera que Repsol Butano, actuando en el mercado de las revisiones periódicas como franquiciador de una red de 388 empresas y obteniendo una parte de los ingresos totales de dicho mercado en concepto de canon de franquicia (2 por ciento de la facturación de las revisiones realizadas), discrimina el acceso a esta

#### **XIV. Derecho Administrativo Económico**

información, negándosele a los competidores de sus empresas franquiciadas en beneficio exclusivo de éstas y de sus propios ingresos mediante el canon de franquicia.

El Tribunal, en su resolución sobre el caso, reiteró la vigencia de la doctrina que considera que constituye un abuso de posición dominante el negar algo necesario (uso de infraestructuras, productos, servicios o información, incluso protegida por derechos de propiedad) a un competidor en un mercado conexo. En aplicación de dicha doctrina, el Tribunal consideró que Repsol Butano, al ignorar, desde su posición dominante en el mercado de distribución, la solicitud de la Asociación Aseingas para tener acceso a la información esencial de que disponen sus competidores del Servicio Oficial Repsol Butano en el mercado conexo de las revisiones periódicas, ha cometido un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 6 LDC, al mantener una información privilegiada para sus empresas franquiciadas en detrimento de sus competidores, distorsionando la competencia en dicho mercado conexo al mercado de distribución de GLP en el que tiene posición dominante.

**LLUIS CASES**

**TOMÁS FONT**

**JAVIER MENOR**

**JOAQUÍN TORNOS**



**XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD****Sumario:**

**1. Consumo.** A) Publicidad engañosa y requisitos para la licitud de la publicidad comparativa. B) Control de productos alimenticios y admisibilidad de análisis como prueba de un contraperitaje. **2. Deporte.** A) ¿Los llamados “Comunitarios B” tienen derecho a obtener licencia deportiva en igualdad de condiciones de trabajo que los comunitarios? B) ¿La disciplina deportiva está sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa? **3. Educación.** A) No universitaria. a) Conciertos educativos: su renovación requiere encontrarse al corriente de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social. B) Universitaria. a) Planes de Estudio: las directrices generales propias de cada titulación deben respetar las directrices generales comunes. **4. Extranjeros.** A) Exigencias constitucionales para la extradición pasiva. B) Permiso de trabajo y de residencia. C) Expulsión. D) Asilo y refugio. E) Nacionalidad. **5. Sanidad.** A) Asunción de gastos de hospitalización y tratamiento en un Estado miembro distinto del de residencia. B) Necesidad de audiencia del Colegio de Farmacéuticos en la elaboración de una disposición autonómica de autorización de establecimientos de óptica. C) Régimen autorizador de centro de herboristería donde se practica iridología, naturopatía y fitoterapia.

**1. CONSUMO****A) Publicidad engañosa y requisitos para la licitud de la publicidad comparativa**

La **STJCE de 8 de abril de 2003 (C-44/01)** tiene por objeto responder a una cuestión prejudicial en relación con la interpretación de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, modificada por la Directiva 97/55/CEE del Parlamento y el Consejo, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. Los hechos suceden en Austria y en la primera cuestión debatida se discute si en la publicidad comparativa es preciso hacer o no referencia a la marca de los productos. El Tribunal de Justicia concluye que: “el artículo 3 bis, apartado 1, letra a), de la Directiva 84/450 debe interpretarse en el sentido de que, si bien, en principio, el anunciante puede libremente indicar o no en la publicidad comparativa la marca de los productos que compitan con los suyos, corresponde, no obstante, al juez nacional verificar si, en circunstancias particulares, caracterizadas por la importancia de la marca en la elección del comprador y por la considerable diferencia, en cuanto a su

reputación, entre las marcas respectivas de los productos comparados, la omisión de la marca más renombrada puede resultar engañosa”.

Respecto a la segunda cuestión debatida el Tribunal de Justicia sostiene que la Directiva 84/450 no se opone a que los productos comparados se compren a través de canales de distribución distintos, por lo que las diferencias en la manera de conseguir un producto en nada cambia sus características, ya que el objetivo de la publicidad comparativa consiste en dar a los consumidores la posibilidad de obtener el máximo beneficio entre productos aparentemente iguales.

Por último, respecto al resto de cuestiones planteadas, el Tribunal de Justicia concluye que, el artículo 3 bis de la Directiva mencionada, no se opone a que el anunciante realice una compra piloto a un competidor incluso antes de lanzar su propia oferta, siempre que se cumplan los requisitos para que la publicidad comparativa esté permitida y, además, una comparación de precios no implica el descrédito de un competidor, a efectos del artículo 3 bis, apartado 1, letra e), de la Directiva, ni debido a que la diferencia de precios, entre los productos comparados sea superior a la diferencia media de precios, ni por el número de comparaciones efectuadas. Asimismo, la Directiva no se opone a que, además del nombre del competidor, la publicidad comparativa reproduzca su logotipo y una imagen de la fachada de su establecimiento, siempre que tal publicidad cumpla los requisitos de licitud establecidos por el Derecho comunitario.

### **B) Control de productos alimenticios y admisibilidad de análisis como prueba de un contraperitaje**

La STJCE de 10 de abril de 2003 (C-276/01) responde a varias cuestiones prejudiciales planteadas por un Tribunal alemán en la que la cuestión principal radica en interpretar la Directiva 89/397/CEE del Consejo, relativa al control oficial de los productos alimenticios.

En concreto, el Tribunal de Justicia concluye que el artículo 7, apartado 1, párrafo segundo, debe interpretarse en el sentido de que un fabricante puede invocar contra las autoridades competentes de un Estado miembro el derecho a un contraperitaje cuando las citadas autoridades cuestionen la conformidad de sus productos con la normativa nacional sobre los productos alimenticios sobre la base del análisis de muestras de los citados productos recogidas en los comercios al por menor.

De forma complementaria señala el Tribunal de Justicia que corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar, considerando todos los elementos de hecho y de Derecho que obren en su poder, si deben o no admitirse los resultados de los análisis de las muestras de los productos de un fabricante como medio de prueba de una infracción de la normativa nacional de un Estado miembro sobre los productos alimenticios cometida por el citado fabricante, cuando este último no haya podido ejercer su derecho a un contraperitaje, previsto por el artículo 7, apartado 1, párrafo segundo, de la Directiva.

A este respecto, incumbe al órgano jurisdiccional nacional comprobar si las normas nacionales en materia de práctica de la prueba aplicables en el marco de un recurso de esta naturaleza no son menos favorables que las referentes a recursos de carácter interno (principio de equivalencia) y si no hacen prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad). Además, el órgano jurisdiccional nacional debe examinar si procede excluir este medio de prueba con el fin de evitar medidas incompatibles con el respeto de los derechos fundamentales, en particular, el principio del derecho a un juicio justo ante un tribunal, tal como se halla consagrado por el artículo 6, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

### 2. DEPORTE

#### A) ¿Los llamados “Comunitarios B” tienen derecho a obtener licencia deportiva en igualdad de condiciones de trabajo que los comunitarios?

La STJCE de 8 de mayo de 2003 (C-438/00, caso *Kolpak*) zanja definitivamente la cuestión de los “Comunitarios B”, porque la doctrina del Tribunal de Justicia no deja duda alguna en relación con el derecho que ostentan los deportistas profesionales de los países con Acuerdo de Asociación con la Unión Europea a que se proscriba su discriminación por razón de nacionalidad en “las condiciones de trabajo” respecto de los nacionales comunitarios, siempre que el Acuerdo de Asociación así lo establezca.

El Tribunal de Justicia concluye que los citados Acuerdos tienen efecto directo y vinculan a toda norma adoptada por una Federación deportiva que pretenda tratar como “no comunitarios en las condiciones de trabajo” a los nacionales de países con Acuerdo de Asociación, a partir del momento en que obtengan los permisos correspondientes de trabajo o se hallen trabajando legalmente en un país comunitario.

En resumen, en el caso concreto de *Kolpak* (jugador eslovaco), a quien la Federación alemana de balonmano sólo le tramitaba la licencia deportiva como extranjero, se concluye que el Acuerdo de Asociación entre la República Eslovaca y las Comunidades Europeas debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación a un deportista profesional de su nacionalidad, contratado de manera regular por un club establecido en un Estado miembro, “una norma adoptada por una federación deportiva del mismo Estado en virtud de la cual los clubes sólo están autorizados a alinear en los partidos de Liga y de Copa un número limitado de jugadores procedentes de países terceros que no formen parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”.

Lo que en otras palabras significa que los deportistas profesionales “Comunitarios B”, en adelante, desde el momento que estén legalmente contratados por un club de fútbol o baloncesto, tendrán derecho a obtener una licencia deportiva en igualdad de condicio-

nes de trabajo que los comunitarios, de tal suerte que se proscriben para ellos las licencias deportivas de extranjero.

### **B) ¿La disciplina deportiva está siempre sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa?**

La STS de 4 de octubre de 2002, Ar. 9263, confirma la respuesta afirmativa a la cuestión planteada, porque toda decisión del Comité Español de Disciplina Deportiva (CEDD) —como órgano de naturaleza administrativa— está sujeto al control jurisdiccional contencioso-administrativo.

Desde tal punto de partida resulta secundario conocer sobre qué versa la resolución del CEDD, porque con independencia del asunto: una tarjeta amarilla, cierre de un estadio, o unas declaraciones de un Presidente de una Sociedad Anónima Deportiva,... todo absolutamente todo puede ser a continuación controlado por la jurisdicción contencioso-administrativa.

En el presente caso se trata de la sanción disciplinaria impuesta, a la sazón Presidente del Atlético de Madrid, por unas declaraciones que en su opinión eran “una manifestación exagerada y caricaturizada de la realidad que se pretendía denunciar”, mientras que la Sala —que reproduce sus declaraciones— entiende como “sucesión de vocablos que, en cualquier contexto, tienen un inequívoco significado, no ya de menosprecio, sino de claro propósito de hacer aparecer ante la opinión pública a sus destinatarios como personas portadoras de altas cotas de inmoralidad en el desempeño de las responsabilidades que les corresponden en el Deporte español”. Por lo que se confirma como firme la sanción impuesta de cinco meses de inhabilitación.

## **3. EDUCACIÓN**

### **A) No universitaria**

#### **a) Conciertos educativos: su renovación requiere encontrarse al corriente de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social**

La STS de 21 de octubre de 2002, Ar. 10160, ratifica la exigencia del requisito mencionado en el encabezamiento para que una entidad educativa se beneficie de las ventajas derivadas del sistema de conciertos educativos.

### **B) Universitaria**

#### **a) Planes de Estudio: las directrices generales propias de cada titulación deben respetar las directrices generales comunes**

La STS de 14 de junio de 2002, Ar. 9069, establece —en lo que aquí más interesa—, con fundamento en el principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos, que los

reales decretos que establecen las directrices generales propias de cada titulación deben respetar el Real Decreto 1497/1987 que estableció las directrices generales comunes a todas las titulaciones universitarias.

### 4. EXTRANJEROS

#### A) Exigencias constitucionales para la extradición pasiva

Ante un recurso de amparo presentado por un kurdo frente a un Auto del Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional sobre su extradición a Turquía, la **STC 32/2003, de 13 de febrero**, realiza importantes consideraciones sobre los requisitos para el otorgamiento de una extradición, que aquí resultaría muy extenso recoger, pero que deben quedar consignados inexcusablemente.

#### B) Permiso de trabajo y de residencia

Han sido bastantes las resoluciones del Tribunal Supremo que se han ocupado de las condiciones legales establecidas para el otorgamiento de este tipo de permisos. Extraeremos ahora los aspectos que pudieran resultar más destacables.

Así, la **STS de 17 de septiembre de 2002**, Ar. 9440, citando anteriores Sentencias de 29 de junio de 1999, Ar. 6333, de 26 de octubre de 1999, Ar. 9334, y de 19 de marzo de 2001, Ar. 6603, declara que la venta ambulante, cuando se acredita en forma que permite la subsistencia del interesado, es una actividad lucrativa continuada (a efectos de integrar las exigencias establecidas por el Consejo de Ministros, en 1991, para la regularización de la estancia de extranjeros en España). Esta interpretación se ratifica, asimismo, en la **STS de 18 de diciembre de 2002**, Ar. 536 de 2003.

Por su parte, la **STS de 24 de octubre de 2002**, Ar. 10065, efectúa un importante esfuerzo argumental en lo relativo a la delicada cuestión –sobre todo en un caso, como el que le ocupaba, de denegación de una renovación de permiso de trabajo– de a quién compete la prueba en un supuesto de acreditación del mantenimiento (o alteración) de las circunstancias que, en su momento, determinaron el otorgamiento de dicho permiso (esta interpretación será posteriormente ratificada de manera expresa por la **STS de 14 de enero de 2003**, Ar. 343). Y la **STS de 16 de diciembre de 2002**, Ar. 527 de 2003, realiza un esfuerzo de clarificación también en lo relativo a la carga de la prueba, aunque en este caso sobre el plazo inexcusable de tres meses que, tras la denegación del asilo, se exige para la solicitud del permiso de trabajo.

Hay un grupo de sentencias, asimismo, en el que se interpreta la circunstancia de la existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad para la que se solicita el permiso de trabajo, como motivo de su denegación. Así, sobre el requisito de que la Administración cuente con dichos datos (**STS de 17 de septiembre de 2002**, Ar. 9442;

y de 30 de octubre de 2002, Ar. 10002); sobre la necesidad de que se adecue la mencionada oferta a las características concretas del puesto de trabajo que ha de desempeñar el solicitante extranjero (STS de 30 de octubre de 2002, Ar. 10004); sobre la situación de iberoamericanos, que a estos efectos no tiene relevancia (STS de 11 de diciembre de 2002, Ar. 180 de 2003); o sobre si se trata de actividades no cualificadas (STS de 19 de diciembre de 2002, Ar. 221 de 2003).

Finalmente, la STS de 17 de diciembre de 2002, Ar. 10996, en un supuesto en el que se discutía una denegación de permiso de trabajo en un empresa de seguridad privada a un ciudadano peruano, afirma que cabe una legislación especial y singular –para casos justificados, como son los de vigilancia y seguridad privada– que exija la nacionalidad española e interpreta que el Convenio de doble nacionalidad entre España y Perú, aunque concede a los peruanos el derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles, no otorga sin más la nacionalidad española a todos los peruanos (lo que está sujeto a los trámites y requisitos de los artículos 17 y siguientes CC).

### C) Expulsión

Sobre esta materia también ha habido algunas decisiones destacables del Alto Tribunal. Así, la STS de 8 de octubre de 2002, Ar. 9804, señala que la omisión de la comunicación al Ministerio de Asuntos Exteriores y al Consulado del respectivo país legalmente prevista no vicia de invalidez el acuerdo de expulsión.

La aplicación del principio de presunción de inocencia en los procedimientos de expulsión de extranjeros ha tenido su reflejo en diversos pronunciamientos. Así, una STS de 18 de octubre de 2002, Ar. 10153 y varias SSTS de 24 de octubre de 2002, Ar. 9991, 9992 y 9993; de 25 de octubre de 2002, Ar. 9615; de 28 de octubre de 2002, Ar. 10165, y de 31 de octubre de 2002, Ar. 10238, establecen que, cuando las actuaciones policiales reflejan o expresan determinados hechos (justificativos de la posterior expulsión) que se consideran demostrados como resultado de sus averiguaciones, habrán de cumplir con las siguientes exigencias: a) precisar los concretos medios personales o materiales que, a lo largo de esas averiguaciones, han llevado al conocimiento de tales hechos, y b) describir esos hechos objeto de prueba de manera circunstanciada, señalando con claridad el tiempo y el lugar en que ocurrieron e identificando de manera inequívoca a la persona a que se refiere.

Por su parte, la STS de 20 de diciembre de 2002, Ar. 111 de 2003, señala que no tiene propiamente carácter de sanción la expulsión basada en el art. 26.1.a) y b) LO 7/1985: 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 tal permiso (y deja pasar, además, la acción para recurrir tal denegación), pueda continuar en tal situación indefinidamente.

Finalmente, la STS de 25 de octubre de 2002, Ar. 10298, siguiendo jurisprudencia anterior (SSTS de 24 de febrero de 1997, Ar. 1543, y de 20 de noviembre de 2000, Ar. 146 de 2001) declara que la llamada actividad de “alterne” no puede ser reputada ilegal a los efectos de configurar el específico supuesto de expulsión que contemplaba el artículo 26.1.f) LO 7/1985.

### D) Asilo y refugio

La STS de 28 de septiembre de 2002, Ar. 9783, ratifica la legalidad de la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo; pero, por razones humanitarias (contempladas, asimismo, en la Ley de Asilo vigente), reconduce su situación autorizando al recurrente su permanencia en España en el marco del ordenamiento general de extranjería.

La STS de 18 de octubre de 2002, Ar. 10158, interpreta que la omisión del preceptivo informe del ACNUR posibilita pero no obliga a interrumpir la tramitación del expediente.

Finalmente, la STS de 9 de diciembre de 2002, Ar. 519 de 2003, reitera la interpretación consistente en que, para este tipo de solicitudes, bastan los indicios, sin que sean exigibles pruebas concluyentes.

### E) Nacionalidad

La STS de 5 de octubre de 2002, Ar. 8873, con apoyo en jurisprudencia del Tribunal Constitucional y suya propia, reitera que la cancelación de los antecedentes penales impide que las conductas que determinaron los mismos puedan ser tenidas en cuenta para denegar permisos o licencias administrativos. Pero, por otro lado, también afirma que la cancelación de los antecedentes penales tampoco es suficiente para tener por acreditado el requisito de la buena conducta cívica (exigido para la concesión de la nacionalidad) y han de tenerse en cuenta todas las pruebas aportadas. A su vez, el Tribunal Supremo distingue los siguientes supuestos: la adquisición por residencia no puede confundirse con la que se lleva a cabo *por carta de naturaleza*, pues mientras ésta constituye un genuino derecho de gracia, en que el requisito de la solicitud tiene el significado de ocasión o motivo, pero no de causa jurídica de la misma, la adquisición *por residencia* no puede concederse o denegarse sino cuando concurran las circunstancias legalmente previstas, de manera que no se trata de una concesión *stricto sensu*, sino de un reconocimiento por concurrencia de los requisitos exigibles, aunque pueda denegarse por motivos de orden público o de interés nacional suficientemente razonados.

## 5. SANIDAD

### A) Asunción de gastos de hospitalización y tratamiento en un Estado miembro distinto del de residencia

La STJCE de 25 de febrero de 2003, As. IKA, C-326/00, viene a resolver una cuestión prejudicial sobre un problema que cada vez se está produciendo con mayor asiduidad y es el relativo a los tratamientos –sobre todo, de tipo hospitalario– recibidos en otros países de la Unión Europea y las condiciones para el reembolso de los gastos originados en aplicación de los regímenes de Seguridad Social. Así, recogiendo ahora sólo la parte más interesante de su interpretación, el Tribunal de Luxemburgo ha estimado que el derecho a disfrutar las prestaciones en especie garantizadas por la normativa comunitaria (fundamentalmente, se trataba del Reglamento 1408/1971, modificado en 1983 y 1995) a los titulares de pensiones que se hallen en un Estado miembro distinto de su Estado de residencia no está sujeto al requisito de que la enfermedad que ha requerido la asistencia apareciese de manera repentina durante tal estancia, haciendo inmediatamente necesaria dicha asistencia (con lo que puede tratarse de una patología preexistente y conocida, como una enfermedad crónica), ni supeditarse a un procedimiento de autorización previo. Por lo demás, el servicio y la asunción de las prestaciones sanitarias han de realizarse normalmente de conformidad con las disposiciones del Reglamento comunitario citado.

### B) Necesidad de audiencia del Colegio de Farmacéuticos en la elaboración de una disposición autonómica de autorización de establecimientos de óptica

La STS de 11 de abril de 2002, Ar. 7295, interpretando: a) que el Decreto 1387/1961, de 20 de julio, permite instalar una sección de óptica en las farmacias; b) que el RD 1419/1990, de 26 de octubre, establece estudios de óptica en la Licenciatura en Farmacia, y c) que el RD 2207/1979, de 13 de julio, regula la profesión de óptico y le otorga la representación plena y exclusiva de la profesión (pero no implica que otras organizaciones profesionales no deban ser oídas), anula una Orden de la Comunidad Autónoma Valenciana y ordena retrotraer las actuaciones administrativas hasta el momento del procedimiento de elaboración de la disposición reglamentaria en que debía haber sido oída la organización farmacéutica colegial.

### C) Régimen autorizador de centro de herboristería donde se practica iridología, naturopatía y fitoterapia

La STS de 18 de noviembre de 2002, Ar. 398 de 2002, en la que se discutía una denegación de autorización (por parte de la Administración Autonómica) para el funcionamiento de un centro destinado a realizar actividades de Iridología-Naturopatía-Fitoterapia, realiza unas interesantes consideraciones sobre el marco jurídico en el que se desarrollan este tipo de actividades (en ocasiones en los límites de la indefinición y con el consiguiente riesgo para los ciudadanos). Para resolver la cuestión y tras un detenido

análisis del alcance de la licencia administrativa requerida para este tipo de actividad, el Alto Tribunal llegará a las conclusiones siguientes: a) no se puede supeditar el otorgamiento de una autorización administrativa, para el ejercicio del “diagnóstico” por el iris o para la “naturopatía”, a la posesión de un título oficial, en tanto no se establezca tal exigencia en una norma del suficiente rango; b) no se puede pretender obtener la autorización para centro o establecimiento sanitario (prevista en el art. 29 LGS) para aquellos centros en los que se practica medicina experimental, a través de la solicitud de una autorización para establecimiento de herboristería, aunque en él se practiquen las mencionadas actividades, con el riesgo consecuente de confusión para los eventuales pacientes entre la medicina respaldada por las titulaciones académicas oficiales y algunas de las llamadas “medicinas alternativas”, y c) la Administración, a través del control permanente o de funcionamiento de los centros ha de velar por que los “actos médicos” se realicen sólo por los que tienen la correspondiente titulación médica.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA  
EDORTA COBREROS



**XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES****Sumario:**

**Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo.** A) Jurisdicción. a) Jurisdicción Contencioso-Administrativa. a') Segregación de montes vecinales en mano común. b') Requerimiento de ingreso de cantidad en concepto de capitalización de pensión vitalicia por incapacidad derivada de accidente de trabajo. b) Jurisdicción Social. a') Prestaciones por causa de accidentes laborales. c) Jurisdicción Civil. a') Adjudicación y adquisición de una finca subastada por la Tesorería General de la Seguridad Social. B) Sujetos. a) Personalidad civil extinguida con la muerte previa a la interposición. C) Objeto. a) Actos inimpugnables; resolución administrativa dictada en cumplimiento de una sentencia. b) Límites en la impugnación directa de disposiciones de carácter general. D) Procedimiento. a) Protección jurisdiccional de derechos fundamentales y libertades públicas; extemporaneidad en caso de silencio administrativo. b) Extemporaneidad en los supuestos de nulidad de pleno derecho. E) Sentencia. a) Incongruencia de la sentencia basada en la existencia de una motivación distinta a la alegada por la parte. F) Medidas cautelares. a) Suelo y ordenación urbana: es suficiente en materia de obras de urbanización el ocasionar daños al interés público y a terceras personas. b) En el proceso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona la suspensión no tiene carácter automático. c) Examen de la suspensión en actos de materia tributaria sin exigencia de garantía. G) Costas procesales. a) Rectificación intempestiva de la minuta una vez realizada la primera tasación, tratando de alterar sustancialmente el sentido, la cuantía y los destinatarios de una ya practicada. **2. Recurso de casación ordinario.** A) Procedimiento. a) Necesidad de interponer el recurso contra el fallo de la sentencia y no contra lo razonado en los fundamentos de Derecho. b) Defectos formales en el escrito de interposición; formulación en términos genéricos. B) Inadmisión. a) Cuantía. a') Impuesto sobre Bienes Inmuebles; el valor de la pretensión viene fijado por el importe de la cuota tributaria. b') Suspensión temporal de actividad de sala de fiesta; criterio de notoriedad. **3. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Requisitos. a) Sólo pueden invocarse como senten-

cias comparadas aquellas que sean firmes. **4. Recurso de casación para el interés de la ley.** A) Fundamento. a) Es requisito necesario la formulación de la doctrina legal cuya declaración se solicita. b) Pretensión sin ninguna relación con el fallo de la sentencia.

## INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de septiembre de 2002 a diciembre 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 los relativos a la legitimación de los Colegios Profesionales para impugnar actos dictados por las Administraciones Públicas Territoriales, la ejecución provisional de sentencias no firmes y la extensión a terceros de efectos de sentencias firmes según el procedimiento previsto en el artículo 110 LJ.

### 1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### A) Jurisdicción

##### a) Jurisdicción Contencioso-Administrativa

###### a') Segregación de montes vecinales en mano común

La competencia para conocer de este tipo de acuerdos corresponde al orden contencioso-administrativo, **STS de 21 octubre de 2002**, Ar. 9173, toda vez que el debate jurídico en la constitución de un coto de caza a partir de la segregación de un monte vecinal en mano común, “gira no sobre derechos de propiedad u otros derechos reales relacionados con los terrenos cinegéticos –por utilizar expresiones del art. 6 de la Ley de Caza– sino ante Resoluciones de la Administración en el ejercicio de sus competencias, competencias que, según la tesis de la parte recurrente, habrían sido ejercidas siguiendo un procedimiento administrativo distinto del previsto en la Ley. A fin de cuentas, se reconoce la presencia de la Administración y su competencia para modificar, a través de la segregación, los cotos constituidos en ejercicio de competencias típicamente administrativas. Con lo cual deja sin base el alegato sobre exceso de jurisdicción, que no existe porque ha juzgado cabalmente el orden jurisdiccional al que la LOPJ (art. 9.4) se lo atribuye”.

###### b') Requerimiento de ingreso de cantidad en concepto de capitalización de pensión vitalicia por incapacidad derivada de accidente de trabajo

La competencia para conocer de este tipo de acuerdos corresponde al orden contencioso-administrativo, **STS de 6 de noviembre de 2002**, Ar. 10013, ya que “Con carácter general se ha venido declarando que el acto de liquidación del capital coste únicamente puede

ser combatido en vía administrativa –incluyendo el Tribunal Económico– y luego en vía contenciosa jurisdiccional cuando se impugna la cuantificación del mismo; es decir, cuando se impugna estrictamente el procedimiento administrativo de liquidación y recaudación de los recursos de la Seguridad Social [artículo 3.º1.b) del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 7 de abril de 1995 (RCL 1995\1144, 1563)]. Por el contrario, si se trata de disentir del acto que impone la obligación de pagar el importe del capital coste, o de imputar subjetivamente esa obligación a un sujeto determinado, de impugnar, en fin, la legalidad y validez del acto determinante de las prestaciones acordadas por el Instituto Nacional de Seguridad Social, la competencia vendrá atribuida a la Jurisdicción de este mismo orden, según el artículo 2.b) del mismo Texto Refundido.

### b) Jurisdicción Social

#### a') Prestaciones por causa de accidentes laborales

La difícil delimitación competencial entre el orden contencioso-administrativo y el social tiene una fiel muestra en la **STS de 29 de octubre de 2002**, Ar. 9643, en la que el Tribunal Supremo atribuye a la Jurisdicción Social el conocimiento de un acto relativo a la revisión de prestaciones por causa de accidentes laborales, precisando que “en definitiva que la cuestión ahora debatida fue inicialmente residenciada en la Magistratura Especial de Ejecuciones Gubernativas de Vizcaya ante la que se siguieron las restantes actuaciones”, y en base a esa declaración de la sentencia, de la que esta Sala ha de partir en casación, cuando, además, no sólo no ha sido cuestionada, sino incluso admitida por las partes, es claro que la competencia corresponde a la Jurisdicción Social, conforme a reiterada doctrina de esta Sala.

### c) Jurisdicción Civil

#### a') Adjudicación y adquisición de una finca subastada por la Tesorería General de la Seguridad Social

En la **STS de 28 de junio de 2002**, Ar. 9431, se efectúa un interesante análisis de la competencia jurisdiccional para conocer de las cuestiones relativas a la propiedad, declarando que “Es numerosa la jurisprudencia que remite las cuestiones sobre propiedad a la jurisdicción civil. La idea matriz de la que parte toda la doctrina jurisprudencial es que todo cuanto afecte al derecho de propiedad queda reservado, con carácter exclusivo, al conocimiento de los Juzgados y Tribunales del orden civil. Así se invoca “la constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala que establece la competencia de la jurisdicción ordinaria para el conocimiento de las cuestiones relativas al derecho de propiedad, aunque se produzcan por consecuencia de actos ejecutados por la Administración Pública”. La competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para resolver sobre temas de propiedad por vía prejudicial debe limitarse, por ello, a supuestos en los que el contenido de la acción ejercitada está lejos de implicar una acción reivindicatoria. El contenido del acto administrativo ha de ser ajeno o claramente separable de la titularidad del bien, de tal suerte que sobre ésta pueda decidirse definitivamente de manera independiente sin

que ello afecte de modo sustancial a la actuación administrativa llevada a cabo. Cuando está en juego la nulidad de la actuación administrativa sobre un bien, la cual depende en todo o en parte de su titularidad –como ocurre en el supuesto enjuiciado–, la jurisprudencia sólo admite entrar en el examen de esta cuestión a título prejudicial en supuestos extremos de vía de hecho, vinculando la competencia prejudicial de esta jurisdicción al carácter manifiesto de la irregularidad cometida, al resolver, a efectos de si había o no vía de hecho, sobre una pretendida adquisición por usucapión del terreno ocupado por la Administración.

## **B) Sujetos**

### **a) Personalidad civil extinguida con la muerte previa a la interposición**

La STS de 11 de junio de 2002, Ar. 9549, ha examinado la incidencia que sobre un proceso tiene el fallecimiento del actor antes de la interposición del recurso contencioso-administrativo, es decir, tramitándose el mismo sin la existencia física del demandante que ejercitara la acción procesal, situación irregular que tiene como efecto jurídico “la nulidad de pleno derecho de todas las actuaciones procesales desde su inicio, incluida, por lo tanto, la sentencia que era objeto de este recurso de casación. Es así porque la falta de ejercicio de la acción procesal determina o acarrea propiamente una falta de jurisdicción, permitiendo la aplicación al caso de la norma que se contiene en el artículo 238.1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Ni el principio de economía procesal, ni el derecho a la tutela judicial efectiva, que son los argumentos esgrimidos por quien representa en estas actuaciones a quien dice ser heredero de doña Asunción R. F., pueden evitar el efecto anunciado, dada su inoperancia en un proceso que, como antes dijimos, ni tan siquiera nació al faltarle uno de sus presupuestos esenciales.

## **C) Objeto**

### **a) Actos inimpugnables; resolución administrativa dictada en cumplimiento de una sentencia**

La STS de 18 de noviembre de 2002, Ar. 9869, nos plantea un supuesto singular de inadmisibilidad de recurso contencioso-administrativo. Así, en el presente caso no nos encontramos ante una actuación administrativa autónoma, sino ante una resolución dictada en cumplimiento de una sentencia, la cual, por otra parte, en nada modificó la posición jurídica de la recurrente, en lo que se refiere a las obras a realizar en una, toda vez que lo declarado judicialmente no es sino la obligación de cumplir lo que resulta de actos firmes de la Administración, tal como se preocupó de advertir la misma sentencia de 18 de marzo de 1992. Por eso, la circunstancia de que no fuera emplazada en el proceso en que se dictó no le produce la indefensión que aduce, ni origina la infracción de los preceptos legales invocados, pues sus obligaciones son anteriores e independientes de ese pronunciamiento judicial. Únicamente en el supuesto de que el requerimiento que se le ha dirigido se separara de lo que conforme a esa actuación administrativa firme resulta,

podría el recurrente combatirlo jurisdiccionalmente, pero habría de hacerlo en el contexto de la ejecución incoada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y en tanto se le estuviera reclamando algo diferente de lo que debe hacer.

### **b) Límites en la impugnación directa de disposiciones de carácter general**

El artículo 71.2 de la actual Ley de 1998, dispone expresamente que los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados. Por ello la **STS de 10 de abril de 2002**, Ar. 9412, ha puesto de manifiesto tal limitación al exponer que “en su suplico, la Corporación recurrente no pretende la nulidad de la norma mencionada, sino la inclusión en la misma de los Ingenieros Técnicos Navales”. Es decir, la ilegalidad que se imputa al reglamento no es por lo que dice, sino por lo que no dice. La pretensión así formulada no tiene acogida en el sistema actual de nuestro contencioso-administrativo, en el que, conforme a lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Jurisdiccional, caso de ser estimado el recurso, la sentencia “anulará, total o parcialmente la disposición”, y se añade que “los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen”, prescripción que viene impuesta por lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución, conforme al cual corresponde al Gobierno el ejercicio de la potestad reglamentaria. En estos casos, la defensa de los derechos de los interesados ha de lograrse mediante la impugnación de los actos de aplicación singular, de tal forma que frente a la negativa de la Administración a dar acceso a los Ingenieros Técnicos Navales a la condición de Inspectores Cualificados, cabe su impugnación, correspondiendo a los órganos judiciales competentes decidir, por vía de interpretación de la norma, si en ella están incluidos tales profesionales.

### **D) Procedimiento**

#### **a) Protección jurisdiccional de derechos fundamentales y libertades públicas; extemporaneidad en caso de silencio administrativo**

En la **STS de 11 de octubre de 2002**, Ar. 9287, se efectúa un interesante análisis del ya derogado artículo 8.1 de la Ley 62/1978, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, declarando “que el cómputo del plazo para interponer el recurso jurisdiccional por el cauce del procedimiento especial de la Ley 62/1978 debe entenderse modificado por este último texto legal respecto de lo dispuesto en la LJCA 1956, y que no son de aplicación las normas de la Ley 30/1992, sobre el acto presunto, como no lo eran las de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958. También se ha dicho que esto significa, en caso de desestimación por silencio administrativo del recurso administrativo que haya sido interpuesto, que tal desestimación presunta debe entenderse producida transcurridos veinte días desde que se interpuso el recurso administrativo, y que a partir del transcurso de dicho plazo deberá contarse el de diez días señalado en ese mencionado art. 8.1 de la tan repetida Ley 62/1978.

**b) Extemporaneidad en los supuestos de nulidad de pleno derecho**

Nos encontramos en la **STS de 4 de octubre de 2002**, Ar. 9477, un supuesto concreto donde se examinan las posibilidades que el ordenamiento brinda para la impugnación de actos nulos de pleno derecho, declarando que “la reacción frente a los actos nulos de pleno derecho, cuando han transcurrido ya los plazos legalmente establecidos para utilizar frente a ellos los ordinarios medios de impugnación, ha de hacerse instando en la vía administrativa su revisión o anulación y no acudiendo directamente al órgano jurisdiccional. Así se ha venido a manifestar la sentencia de 29 de junio de 2000 de la Sección Quinta de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo. En ella, tras reconocerse que sobre la cuestión han existido vacilaciones jurisprudenciales, se afirma que la última jurisprudencia de este Tribunal Supremo ha declarado que la nulidad de pleno derecho puede ser esgrimida en cualquier tiempo (art. 109 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958), pero ha de hacerse en vía de petición y no de recurso. También declara que los plazos para impugnar los actos administrativos están señalados como obligatorios en la Ley de Procedimiento Administrativo y en la Ley Jurisdiccional, que no distinguen a estos efectos entre nulidad y anulabilidad, y de suerte que la nulidad absoluta debe hacerse valer no impugnando el acto ya firme, sino solicitando de la Administración el procedimiento de revisión del acto previsto el antes mencionado art. 109 de la LPA de 1958 (y actualmente en el art. 102 de la Ley 30/1992).

**E) Sentencia****a) Incongruencia de la sentencia basada en la existencia de una motivación distinta a la alegada por la parte**

Nos encontramos en la **STS de 22 de mayo de 2002**, Ar. 9427, un supuesto de incongruencia por exceso de una sentencia, defecto que se fundamenta “Partiendo del reconocimiento de que la actora basa su demanda de anulación, como único motivo de fondo, en el abuso de derecho –art. 7.2 del CC– que ha supuesto excogitar el puesto por ella desempeñado para ser objeto de la regulación de empleo con la consiguiente extinción de su contrato de trabajo, incide en incongruencia *extra petita* la Sala sentenciadora que, sin hacer uso de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 43 de la Ley Jurisdiccional, efectúe un pronunciamiento anulatorio del acto impugnado por una motivación distinta a la alegada por la parte.

**F) Medidas cautelares****a) Suelo y ordenación urbana: es suficiente en materia de obras de urbanización el ocasionar daños al interés público y a terceras personas**

Es doctrina reiterada, oportunamente recordada por la **STS de 24 de octubre de 2002**, Ar. 9306, que la suspensión del acto impugnado podrá acordarse en materia de suelo y ordenación urbana cuando el mismo “puede ocasionar daños al interés público (el inte-

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

rés de que la urbanización se ultime) y también daños a terceras personas. Es por ello razonable que la Sala de instancia haya exigido una caución, porque así lo prevé el art. 133.1 de la Ley 29/1998. Y frente a ello no puede alegarse que las obras no son esenciales y que, además, se encuentran ya ejecutadas, porque al razonar así se pretende que se examine la cuestión de fondo, lo que está vedado en este trámite de medida cautelar. Respecto de la cuantía de la caución, se trata de una cuestión de la soberanía de la Sala de instancia, que no puede ser revisada en casación.

### **b) En el proceso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona la suspensión no tiene carácter automático**

En la STS de 26 de junio de 2002, Ar. 9466, se contempla un estudio del ya derogado art. 7.4 de la Ley 62/1978, descartando el Tribunal Supremo el automatismo en la concesión de la medida cautelar solicitada, aduciendo que si bien el citado precepto establece como regla general la de la suspensión de la ejecución del acto impugnado, “salvo que se justifique la existencia o posibilidad de perjuicio grave para el interés general”, lo que limita de manera importante el principio de ejecutividad de los actos administrativos, pero no implica que la interposición de un recurso por el procedimiento especial y sumario de la Ley 62/1978 suponga la suspensión automática del acto combatido, siendo necesario en todos los casos tomar en cuenta los perjuicios que la ejecución puede generar al interesado en relación con los que la falta de ejecución puede producir para el interés general.

### **c) Examen de la suspensión en actos de materia tributaria sin exigencia de garantía**

La STS de 19 de octubre de 2002, Ar. 9591, examina las posibilidades que se brindan a los órganos jurisdiccionales de suspender actos de contenido tributario sin la presencia de caución para garantizar el cobro de la deuda, “doctrina que es perfectamente compatible con la consideración de que, en el caso a que se contrae el presente recurso, la decisión de la Sala de instancia, accediendo a la suspensión por hallarse la interesada en la imposibilidad de prestar un aval bancario que garantizara la totalidad de la deuda –la imposibilidad demostrada de obtenerlo arrastra a los otros dos medios que ofrece el precepto del art. 81.4, es decir, depósito de dinero o fianza solidaria de dos contribuyentes–, así como la existencia de perjuicios de reparación imposible o difícil de llevarse a cabo la ejecución del acto tributario, resulta ajustada a las circunstancias del caso y a lo previsto en el precepto que se dice infringido por la representación del Estado”.

## **G) Costas procesales**

### **a) Rectificación intempestiva de la minuta una vez realizada la primera tasación, tratando de alterar sustancialmente el sentido, la cuantía y los destinatarios de una ya practicada**

El ATS de 31 de octubre de 2001, Ar. 9327, afirma que “El art. 425 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es claro y taxativo al disponer que hecha y presentada la tasación de costas no se admitirá la inclusión o adición de partida alguna. Es evidente que la presen-

tación de nueva minuta de honorarios y derechos, y todo lo actuado indebidamente por esta Sala en el incidente con relación a la segunda tasación infringe, en forma manifiesta, el citado precepto, como se acaba de razonar, y afecta a los derechos de las partes, ya que se multiplica por tres el importe de la minuta presentada originariamente y se varían sus destinatarios después de que la parte que pide tal rectificación haya consentido la primera tasación practicada y no haya recurrido la providencia de 2 de noviembre de 2000, que dio vista de la tasación a cada uno de los tres condenados.

## 2. RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO

### A) Procedimiento

#### a) Necesidad de interponer el recurso contra el fallo de la sentencia y no contra lo razonado en los fundamentos de Derecho

La STS de 17 de diciembre de 2001, Ar. 9839, nos recuerda que el carácter extraordinario del recurso de casación hace que el mismo haya de dirigirse contra el fallo de la resolución recurrida, y no contra lo razonado en los fundamentos de Derecho si no trasciende a la parte dispositiva.

#### b) Defectos formales en el escrito de interposición; formulación en términos genéricos

Se produce en la STS de 18 de septiembre de 2002, Ar. 9445, el rechazo del recurso de casación al carecer de virtualidad la argumentación expuesta en términos de absoluta genericidad, que de suyo lo hacen inidónea para sustentar un recurso de esta naturaleza para combatir con éxito la sentencia de instancia. En los dos motivos indicados la parte recurrente se ha limitado a reiterar la titularidad dominical que corresponde a la Mutua sobre su patrimonio histórico —cuestión que en absoluto ha sido negada por dicha resolución— y a poner en tela de juicio la suficiencia del razonamiento desarrollado en el informe de Auditoría, y en la misma sentencia del Tribunal Superior, para justificar que las irregularidades apuntadas suponían un exceso en las atribuciones de la Mutua que afectaban a la integridad del patrimonio de la Seguridad Social.

### B) Inadmisión

#### a) Cuantía

##### a') Impuesto sobre Bienes Inmuebles; el valor de la pretensión viene fijado por el importe de la cuota tributaria

En los supuestos de impugnación de la liquidación practicada por concepto de Impuesto sobre Bienes Inmuebles existe una jurisprudencia consolidada, entre otras STS de 9 de

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

octubre de 2002, Ar. 10046, que viene declarando que en estos asuntos “el valor de la pretensión –que es el criterio a tener en cuenta ex art. 50.1 de la Ley de esta Jurisdicción– no puede venir determinado por el nuevo valor catastral, que es la base imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, sino por el importe de la cuota fijada en el acto administrativo recurrido”.

### b') Suspensión temporal de actividad de sala de fiesta; criterio de notoriedad

La STS de 30 de octubre de 2000, Ar. 10003, nos recuerda la aplicación del criterio de notoriedad en el recurso de casación en un supuesto de suspensión temporal de actividad de sala de fiesta ya que si bien en un principio se estableció la cuantía del recurso como indeterminada, como ha quedado expuesto, ésta puede ser revisada en cualquier momento, incluso de oficio, y, en el supuesto que nos ocupa, en manera alguna puede alcanzar la cifra de 6.000.000 de pesetas, que constituye el límite cuantitativo para la viabilidad del recurso conforme a lo dispuesto en el art. 93.2.b) de la Ley de la Jurisdicción aquí aplicable.

## 3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

### A) Requisitos

#### a) Sólo pueden invocarse como sentencias comparadas aquellas que sean firmes

Como ha señalado la STS de 11 de octubre de 2002, Ar. 10057, el recurso de casación para la unificación de doctrina requiere la constancia de ser firmes los fallos opuestos como contradictorios al que es objeto de impugnación; requisito ahora incorporado a la Ley de la Jurisdicción 29/1998, de 13 de julio, en el núm. 2 de su art. 97 y que estaba y está justificado por la razón elemental de que la doctrina que como más correcta se enfrenta a la de la sentencia recurrida, no ha de estar sometida a la posible rectificación en vía de recurso. Pues bien, en el caso de autos dicha mención de firmeza no aparece recogida en las certificaciones suscritas por el Secretario de la Sala, correspondientes a la sentencias afectadas para su contradicción con la aquí impugnada, sin que esa irrecurribilidad pueda presumirse, al no tratarse de fallos del Tribunal Supremo.

## 4. RECURSO DE CASACIÓN PARA EL INTERÉS DE LA LEY

### A) Fundamento

#### a) Es requisito necesario la formulación de la doctrina legal cuya declaración se solicita

La naturaleza extraordinaria de este remedio procesal hace que uno de los requisitos a los que se debe sujetar su interposición es el que se estime gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada. De ello se deriva, según la STS de 11 de octubre de 2002, Ar. 10056, otra causa de desestimación y es que la parte recurrente ha

limitado el escrito de interposición del recurso a hacer una crítica de la sentencia impugnada, pero no ha formulado la doctrina legal cuya declaración solicita, incumpliendo abiertamente el art. 100.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción, que preceptúa que en el escrito de interposición “se fijará la doctrina legal que se postule”.

#### **b) Pretensión sin ninguna relación con el fallo de la sentencia**

El recurso de casación en interés de la ley requiere, entre otros requisitos, que se pretenda fijar la doctrina correcta en cuanto a la interpretación y aplicación de normas del Estado que hayan sido determinantes del fallo recurrido. Ello supone, según la **STS de 20 de febrero de 2002**, Ar. 9425, que la doctrina propuesta haya sido desconocida o negada en la sentencia impugnada, careciendo de virtualidad este remedio procesal cuando postula el establecimiento de un criterio legal de aplicación del Derecho que no ha sido tenido en consideración ni forma parte de los razonamientos que han conducido al fallo recurrido.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

JAVIER FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA

# Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

**L. ESTEBAN DELGADO DEL RINCÓN**

**Constitución, poder judicial y responsabilidad**

[Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2002, 601 páginas]

ALFREDO ALLUÉ BUIZA

En este libro el autor analiza el régimen jurídico de una institución, la responsabilidad de los jueces, desde una perspectiva eminentemente constitucionalista, sin perjuicio de que, por su carácter complejo y pluridisciplinar, se hayan tenido en cuenta también las aportaciones realizadas desde otras ramas del Derecho que tradicionalmente se han ocupado del tema, como el Derecho Procesal o el Derecho Administrativo.

Así, en el capítulo primero, se parte de una explicación sucinta acerca del significado jurídico-constitucional de los conceptos de Justicia, Poder Judicial y Administración de Justicia, entendidos en sus dimensiones axiológica, orgánica y funcional. También se efectúan ciertas precisiones conceptuales sobre el principio constitucional de la responsabilidad judicial: su derivación del principio genérico de la responsabilidad de los poderes públicos, su consideración como mecanismo de sometimiento a control del Poder judicial y su interrelación complementaria con el principio de la independencia judicial.

El capítulo segundo se centra en el examen de algunas cuestiones relacionadas con la posible exigencia en nuestro ordenamiento

jurídico de una responsabilidad política y social del Poder judicial. Responsabilidad política que se excluye en el ejercicio de la función judicial, dada la adopción en nuestro ordenamiento de un sistema de responsabilidad jurídica o legal. Sin embargo, se analizan algunas manifestaciones de lo que se ha considerado como una responsabilidad política del Poder judicial en su dimensión orgánica o institucional. De otro lado, y como consecuencia del interés que actualmente suscita la denominada responsabilidad política difusa o social del Poder judicial, el autor se refiere también a uno de sus principales problemas: la crítica de la opinión pública sobre el ejercicio de la función judicial por los jueces y magistrados.

En el capítulo tercero se ofrece un estudio exhaustivo de uno de los tipos de responsabilidad judicial personal que más notoriedad ha alcanzado en los últimos años: la responsabilidad disciplinaria. Así, se analizan de forma casuística y detallada cada uno de los ilícitos disciplinarios previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Para ello se ha tenido en cuenta la interpretación que sobre dichos ilícitos ha realizado la Sala Tercera del Tribunal Supremo, como consecuencia de los recursos contencioso-administrativos que los jueces y magistrados sancionados disciplinariamente han formulado contra los acuerdos sancionatorios adoptados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial. Asimismo, el autor se detiene en el examen de algunos aspectos problemáticos inherentes al procedimiento legalmente previsto para la exigencia de la responsabilidad judicial disciplinaria; o también en la implantación de ciertos sistemas de evaluación de la “productividad judicial”, como el sistema de “módulos”, que pueden determinar el inicio de la actividad inspectora y la apertura de un procedimiento disciplinario judicial.

Finalmente, el capítulo cuarto de esta obra versa sobre la responsabilidad judicial civil. En nuestro Derecho se mantiene un sistema dual de responsabilidad civil: la personal o subjetiva de los jueces por actos dolosos o culposos y la objetiva y directa del Estado por error judicial, funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y prisión provisional indebida o ilícita. Por lo que respecta a la primera, la responsabilidad civil individual, el autor examina de modo detallado la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, interpretando los requisitos materiales y procesales previstos en las Leyes (LOPJ y LEC) para hacer efectivo este tipo de responsabilidad.

Por lo que se refiere a la segunda, la responsabilidad objetiva del Estado, el autor analiza e interpreta el significado del artículo 121 CE y su desarrollo normativo por la LOPJ en sus artículos 292 y siguientes. Para

ello, se examinan detalladamente cada uno de los títulos de imputación de este tipo de responsabilidad: los constitucionales relativos al error judicial y al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y el legal de la prisión provisional indebida o ilícita. Examen que se realiza acudiendo, una vez más, a las sentencias dictadas en la materia por el Tribunal Supremo, así como también a las del Tribunal Constitucional (para los supuestos de errores judiciales de relevancia constitucional con lesión del derecho del artículo 24.1 CE y para los casos de vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del artículo 24.2 CE) y las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en los casos de violación del derecho a un proceso dentro de un plazo razonable del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, cuya jurisprudencia ha sido acogida por nuestro Tribunal Constitucional).