



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:

DOCTRINA:

- [5] **El procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada**
M^a. CONSUELO ALONSO GARCÍA
- [27] **La impronta de la cuantía en el proceso. Algunas reflexiones en el ámbito de la LEC y la LJCA**
FERNANDO CORDERO LOZANO
- [51] **La corrección de desequilibrios en el sector comercial: El nuevo impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales y las ayudas al pequeño comercio**
HELENA VILLAREJO GALENDE

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [75] **I. DERECHO COMUNITARIO**
L. ORTEGA ÁLVAREZ
- [101] **II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS**
J. GARCÍA ROCA
- [113] **III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS**
J. GARCÍA ROCA
- [137] **IV. FUENTES DEL DERECHO**
A. MENÉNDEZ REXACH
- [151] **V. ACTOS ADMINISTRATIVOS, PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS**
A. MENÉNDEZ REXACH
- [163] **VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**
M. SÁNCHEZ MORÓN
- [171] **VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**
M. REBOLLO PUIG
- [193] **VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**
E. LÓPEZ MENUDO
- [205] **IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**
F. LÓPEZ MENUDO
- [219] **X. FUNCIÓN PÚBLICA**
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [235] **XI. URBANISMO**
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [241] **XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**
A. EMBID IRUJO
- [253] **XIII. MEDIO AMBIENTE**
A. EMBID IRUJO
- [265] **XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**
J. TORNOS MAS
- [287] **XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD**
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
- [293] **XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**
G. FERNÁNDEZ FARRERES

[319] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

El procedimiento de otorgamiento de la autorización ambiental integrada

M^a. CONSUELO ALONSO GARCÍA

Profesora Titular de
Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. Introducción: El significado de la autorización ambiental integrada. II. Regulación del procedimiento de concesión de la autorización integrada. A) El procedimiento autorizatorio ambiental integrado en la Directiva 96/61, de 24 de septiembre. B) Regulación nacional.

III. Trámites procedimentales para la concesión de la autorización integrada. A) Solicitud de autorización. a) Contenido. b) Presentación. B) Información pública. a) Regulación legal. b) Propuesta de nueva Directiva sobre medidas para la participación del público.

C) Informes. a) Tipología de Informes. b) Consecuencias del retraso o incumplimiento de este trámite por el órgano informante. c) Vinculatoriedad del informe negativo para el órgano autonómico. d) Régimen jurídico de impugnación de los informes. D) Propuesta de resolución y trámite de audiencia. E) Resolución del expediente. a) Plazo de resolución y ausencia de resolución expresa. b) Contenido de la resolución. F) Notificación y publicación.

G) Renovación y modificación.

I. INTRODUCCIÓN: EL SIGNIFICADO DE LA AUTORIZACIÓN AMBIENTAL INTEGRADA

La autorización ambiental integrada (AAI en adelante) es una técnica preventiva ambiental cuya finalidad es controlar las emisiones que las actividades potencialmente más contaminantes puedan realizar en la atmósfera, el agua y el suelo, –incluidos los residuos–, supeditando su instalación y funcionamiento a la obtención de un permiso en el que se fijen las condiciones requeridas para evitar, o al menos reducir, los efectos nocivos que las mismas pudieran ocasionar a los elementos citados.

Este instrumento de protección del medio ambiente se regula en nuestro Derecho en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrado de la Contaminación (Ley IPPC en adelante), que, a su vez, transpone al Ordenamiento jurídico español la Directiva 96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre¹, la cual, según indica la Exposición de Motivos de la norma nacional, constituye una de las actuaciones más ambiciosas que se han puesto en marcha en el seno de la Unión Europea para la protección del entorno desde la óptica de uno de los principios más importantes que inspiran su sistema: el de prevención (artículo 174.2 TCEE).

La caracterización de este nuevo mecanismo como “integral”² va a tener una importancia significativa en nuestro sistema de protección medioambiental, ya que la implantación del mismo va a permitir la racionalización del régimen de autorización ambiental existente en la actualidad, centrado en la presencia de numerosos permisos, dispersos y desconectados entre sí, expedidos por autoridades administrativas diversas, ubicadas en Administraciones públicas territoriales diferentes.

El logro de este enfoque integral se produce a través de una doble vía: Primera, aglutinando una serie de actuaciones ambientales y trámites que se incluirán en la nueva AAI, —como la declaración de impacto ambiental, la autorización de vertidos al mar, la autorización de vertidos a aguas continentales, la imposición de los valores límite de emisión de contaminantes a la atmósfera, el permiso para la gestión de residuos, etc.—, y, segunda, sustituyendo otras exigencias ambientales que pasan ahora a ser consideradas una reiteración innecesaria, —como el informe ambiental que opera en materia de actividades clasificadas—.

La puesta en marcha de este nuevo dispositivo supondrá, evidentemente, un importante esfuerzo de coordinación, cooperación e información mutua entre las diferentes Administraciones públicas implicadas³, pero revertirá considerablemente en la mejora del sistema, tanto en lo que se refiere a la protección ambiental como en la simplificación, eficacia y transparencia procedimental, lo cual beneficiará de manera notable a los promotores de las actividades e instalaciones.

(1) Sobre esta Directiva, vid. R. MARTÍN MATEO, *Tratado de Derecho ambiental*, Vol. I, Trivium, 2ª ed., págs. 179 y ss. F. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO y A. RUIZ DE APODACA ESPINOSA, *La autorización ambiental integrada: estudio sistemático de la Ley 16/2002, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación*, Civitas, Madrid, 2002; P. POVEDA GÓMEZ, “Comentarios sobre el Proyecto de Ley de Prevención y Control Integrados de la Contaminación”, *La Ley*, 5426 (26 de noviembre de 2001), págs. 1 y ss.; F. FUENTES BODELÓN, *El nuevo régimen de licencia en la Directiva 96/61 sobre Prevención y Control Integrado de la Contaminación*, Comares, Granada, 1999 y “Comentarios a la Directiva sobre prevención y control integrados de la contaminación”, *Revista de Derecho ambiental*, 19, 1977, págs. 43 y ss. y F. DELGADO PIQUERAS, “La Directiva 96/61/CE, de prevención y control integral de la contaminación”, *Justicia administrativa*, 7, 2000, Págs. 15 y ss.

(2) Nuestra norma utiliza, tanto para referirse al control como a la autorización, la expresión “integrada”. Hubiera sido más lógico utilizar el término “integral” para caracterizar esta nueva técnica ambiental, ya que, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, esta palabra define lo “global”, lo “total”, que es, precisamente, el objetivo que persigue el enfoque que se da a la misma.

(3) La necesidad de colaboración mutua entre las distintas Administraciones públicas y sus organismos internos entre sí en materia ambiental ha sido resaltada por L. ORTEGA ÁLVAREZ como un mandato exigido por el Tribunal Constitucional, entre otras, en las Sentencias 227/1988, 103/1989 y 13/1998, y que se expresa hoy en nuestro Derecho, además de en otras actuaciones, en el enfoque integrado que persigue la autorización prevista en la nueva Ley 16/2002 (“La organización administrativa del medio ambiente”, *Lecciones de Derecho del Medio Ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 3ª ed, 2002, pág. 113).

La autorización ambiental integrada

El núcleo más importante sobre el que pivota esta nueva técnica creada por la Ley IPPC es la articulación del procedimiento necesario para la obtención de la AAI, que incorpora algunos elementos ciertamente novedosos, como el valor de los informes cuando son emitidos fuera de plazo, el singular régimen de impugnación de los mismos si son vinculantes, el carácter desestimatorio del silencio administrativo o la posibilidad de modificación de oficio de la autorización concedida, sin indemnización.

No obstante, la disposición legislativa no se limita exclusivamente a este aspecto, sino que establece, asimismo, un importante régimen sancionador, en el que, además de haberse tipificado un imprescindible elenco de infracciones y sanciones en materia medioambiental, —entre las que cabe destacar alguna particularmente eficaz en este campo, como la reposición de la situación alterada al estado anterior a la producción de la agresión o el pago de la correspondiente indemnización por los daños y perjuicios irrogados—, se añaden otros mecanismos de coacción, como la cuantificación de la sanción en atención al beneficio obtenido por el contaminador o la facultad de imponer multas coercitivas en caso de incumplimiento.

II. REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE CONCESIÓN DE LA AUTORIZACIÓN INTEGRADA

A) El procedimiento autorizatorio ambiental integrado en la Directiva 96/61, de 24 de septiembre

En aplicación del principio de subsidiariedad en la ejecución de los objetivos de acción de la Unión Europea, la Directiva 96/61 señala, en el punto 11, de su Exposición de Motivos, la obligación de los Estados miembros de adoptar las disposiciones necesarias para que quede garantizado que el titular de una instalación potencialmente contaminante ajusta el funcionamiento de la misma a los principios generales de determinadas obligaciones fundamentales.

Para la consecución de esta finalidad, las autoridades nacionales deben asumir las siguientes responsabilidades:

1. El sometimiento de determinadas instalaciones (las que figuran en el Anexo I de la norma) a la concesión de un permiso para su explotación en el que se integren todas las condiciones que garanticen que las mismas cumplan los requisitos previstos en la Directiva.
2. El establecimiento de las medidas necesarias para coordinar plenamente el procedimiento y las condiciones de autorización impuestas cuando en el mismo intervengan varias autoridades competentes, desde un enfoque ambiental integrado.
3. La fiscalización por parte de las autoridades competentes de que las instalaciones nuevas y las existentes sean explotadas con la debida autorización, revisando, en su caso, las condiciones de funcionamiento acordadas o actualizándolas, en su caso.
4. La comunicación a la Comisión de los datos representativos sobre los valores límite disponibles y de las mejores técnicas disponibles.

La Directiva deja un importante margen de apreciación a los poderes públicos nacionales para fijar las actuaciones necesarias para obtener la autorización de funcionamiento exigida, pero impone, no obstante, una serie de trámites y requisitos que han de respetarse en todo caso. Concretamente, los siguientes:

1. La necesidad de que la autorización se exprese por escrito (artículo 8).
2. La fijación de determinados datos como contenido esencial y mínimo tanto de la solicitud como de la resolución, entre los que destaca la previsión de que las condiciones impuestas en el artículo 9 de la Directiva fijan atención al empleo de las mejores técnicas disponibles (artículos 6 y 10).
3. La revisión periódica y la actualización de los permisos (artículos 12 y 13).
4. El cumplimiento de ciertos deberes en materia de intercambio y acceso del público a la información. Concretamente, la imposición al titular de la instalación del deber de manifestar a la autoridad competente aspectos relativos al funcionamiento de la instalación (artículo 14), garantizar el acceso a la información y la participación del público en el procedimiento de concesión de permisos (artículo 15), comunicar concretos datos a las instituciones de la Unión Europea (artículo 16) y comunicar y hacer partícipes en el procedimiento de concesión de la autorización a los Estados miembros que pudieran verse afectados por los posibles efectos contaminantes transfronterizos de la instalación (artículo 17).

B) Regulación nacional

La regulación del procedimiento de concesión de la AAI se encuentra en el Título III de la Ley 16/2002, titulado “Régimen jurídico de la Autorización Ambiental Integrada”, siendo de aplicación supletoria al mismo la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de 26 de noviembre de 1992 (LAP en adelante).

El sistema previsto presenta un carácter complejo, agrupando en un solo acto de intervención administrativa toda una serie de permisos ambientales que impone nuestro Derecho, concretamente, el necesario para la producción y gestión de residuos, la autorización de vertidos a las aguas continentales y desde tierra al mar, la imposición de niveles de emisión de contaminantes a la atmósfera, así como otros incluidos en la legislación sectorial, como los referidos a los compuestos orgánicos volátiles (Directiva 1999/13, de 11 de marzo⁴). También deben incorporarse a la misma la Declaración de impacto ambiental y las medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas, exigidas por el Real Decreto 1254/1999, de 16 de julio. A su vez, la AAI se considera como requisito previo para la obtención de las licencias administrativas de carácter sustantivo definidas en el artículo 3.b) de la Ley, como son las previstas

(4) Respecto de las mismas, la Disposición Final Quinta de la Ley habilita al Gobierno para que: “... determinadas categorías de actividades distintas de las enumeradas en el anejo 1 queden sometidas a notificación y registro por parte de la Comunidad Autónoma competente. En tal caso, las normas que establezcan la anterior exigencia determinarán igualmente los requisitos a los que deberá ajustarse el funcionamiento de dichas actividades y si se produjeran incumplimientos por parte de los titulares se aplicará el régimen sancionador establecido en esta Ley, con excepción de los preceptos relativos a la exigencia de la autorización ambiental integrada”.

La autorización ambiental integrada

en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industrias, en la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, la establecida en la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos y en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana en lo referente a las instalaciones químicas para la fabricación de explosivos (artículo 11.2).

La nueva norma se considera legislación básica estatal, según establece su Disposición Final Séptima, siendo de aplicación a las actividades incluidas en el Anejo 1 de la misma, –con excepción de las instalaciones o partes de las mismas utilizadas para la investigación, desarrollo y experimentación de nuevos productos y procesos–, de lo que se deduce que, de acuerdo con el sistema de reparto constitucional de competencias en la materia, las Comunidades Autónomas podrán establecer normas adicionales de protección integrando nuevas instalaciones en el ámbito de aplicación de la norma.

La aplicación de esta regulación se exceptúa de forma transitoria para las instalaciones ya existentes⁵, que podrán adaptarse a la misma antes del 30 de octubre de 2007, fecha en la que deberán contar con la pertinente AAI (Disposición Transitoria Primera). Asimismo, los procedimientos de autorización iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley se registrarán por lo dispuesto en la legislación aplicable (Disposición Transitoria Segunda)⁶.

III. TRÁMITES DEL PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN AMBIENTAL INTEGRADA

A) Solicitud de autorización

a) Contenido

La documentación mínima que se exige en la presentación del proyecto que acompañará la solicitud de AAI se detalla en el artículo 12.1 de la Ley IPPC, siguiendo en este punto lo previsto en el artículo 6 de la Directiva 96/61; Concretamente, los documentos que deben incluirse son:

1. Proyecto básico, en el que se contendrán los aspectos expresados en el precepto.
2. Informe del Ayuntamiento en cuyo territorio se ubique la instalación, acreditativo de la compatibilidad del proyecto con el planeamiento urbanístico.
3. Documentos de autorización de vertido a las aguas continentales y al mar exigidos por la legislación de aguas y costas, respectivamente.

(5) En atención al artículo 3.d) de la Ley IPPC se considera instalación existente “cualquier instalación en funcionamiento y autorizada con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la presente Ley, o que haya solicitado las correspondientes autorizaciones exigibles por la normativa aplicable, siempre que se ponga en funcionamiento a más tardar doce meses después de dicha fecha”.

(6) La Directiva preveía como fecha límite de transposición el 30 de octubre de 1999. El incumplimiento de este plazo por España dio lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 7 de marzo de 2002 (asunto C-299/01). La norma comunitaria establece la obligación de que todas las instalaciones existentes afectadas por el ámbito de aplicación de la norma cuenten con la autorización integrada a más tardar, ocho años después de la fecha de ejecución de la Directiva, aunque determinados requisitos podrán ser exigidos a partir de la fecha de la puesta en aplicación de la norma (artículo 5).

4. Determinación de los datos que, a juicio del solicitante, gocen de confidencialidad de acuerdo con las disposiciones vigentes. Estos mismos datos quedarán excluidos del trámite de información pública.
5. Cualquier otra documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos establecidos por la legislación sectorial aplicable, incluida, en su caso, la referida a fianzas o seguros obligatorios que sean exigibles de acuerdo con aquella legislación⁷.
6. Cualquier otra documentación e información que se determine en la normativa aplicable.
7. Un resumen no técnico de todas las indicaciones especificadas en los párrafos anteriores para facilitar su comprensión a efectos del trámite de información pública.
8. El Estudio de Impacto Ambiental⁸. En este sentido, el artículo 11.4 de la Ley, en desarrollo del punto 8 de su Exposición de Motivos, establece que las Comunidades Autónomas dispondrán lo necesario para posibilitar la inclusión en el procedimiento de otorgamiento de la AAI de las actuaciones en materia de Evaluación de impacto ambiental y las medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas.

Sobre los mecanismos de conexión y coordinación de los diversos procedimientos y autorizaciones ambientales diseñados por la nueva norma para hacer posible el principio de control integral volveremos más adelante.

b) Presentación

Teniendo en cuenta que la Administración pública competente para el otorgamiento de la AAI es la autonómica [artículo 3.h)], el artículo 13 de la Ley establece que la solicitud de AAI se presentará ante el órgano designado por la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial se ubique la instalación. Para el supuesto de que el mismo no haya aún sido señalado específicamente, ésta habrá de dirigirse a aquel que ostente las competencias en materia de medio ambiente. Asimismo, se podrá entregar a través del procedimiento previsto en el artículo 38.4 de la LAP (presentación ante la Oficina de Correos).

La Ley no menciona la posibilidad de dar cauce de participación en el sistema autorizador a aquellas Comunidades Autónomas en las que, aún sin ubicarse la instalación proyectada, pudieran verse

(7) La exigencia de una fianza o caución con carácter previo al ejercicio de la actividad es un requisito contemplado, entre otras, por la normativa de actividades clasificadas de Baleares (Ley 8/1995, de 30 de marzo), Navarra (Ley Foral 16/1989, de 5 de diciembre) y Galicia (Ley 1/1995, de 2 de enero).

(8) Aunque el precepto se refiera al “estudio de impacto ambiental” entendemos que el elemento que debe constar en la solicitud no es éste, que consiste en un documento técnico que presenta el titular del proyecto para su aprobación (Anexo I del RD 1131/1988, de 30 de septiembre, que desarrolla el RD Legislativo de EIA), sino en la “Declaración de impacto ambiental”, que es el documento administrativo en el que se expresa el pronunciamiento de la autoridad ambiental competente acerca de las condiciones que deben imponerse a la instalación para su correcto y legal funcionamiento. Por otra parte, avala esta conclusión el hecho de que el resto de referencias que el texto legal efectúa a esta técnica lo es a la “declaración”, no al “estudio”.

La autorización ambiental integrada

afectadas por los efectos de la misma. La solución a este problema pasa por dar cobertura a los principios de colaboración e información mutua que debe presidir esta materia⁹, y cuya utilización se arbitra por la propia Ley que analizamos en los casos en los que el funcionamiento de la proyectada instalación pudiera tener efectos ambientales negativos y significativos en otro Estado miembro de la Unión Europea (artículo 27.1).

Finalmente, entendemos que aunque la Ley no contemple expresamente el trámite de subsanación de deficiencias que asiste al interesado, será de aplicación supletoria en este tema el artículo 77 de la Ley 30/1992. Sí, en cambio, está previsto esta posibilidad en el supuesto de que se haya de solicitar autorización de vertidos a aguas continentales. En este caso, el artículo 12.1.c) de la Ley dispone que el Organismo de cuenca debe recibir del órgano autonómico la correspondiente documentación prevista en la solicitud de la autorización a fin de que, entre otros datos, manifieste si es preciso requerir al solicitante para que subsane la falta de algún documento o acompañe aquellos que resulten perjudiciales.

Con relación al cómputo de los plazos, se sigue la norma general de que el procedimiento administrativo se entiende iniciado desde la entrada de la solicitud en el registro administrativo correspondiente (artículo 42.3 LAP), momento a partir del cual comienza a establecerse el lapso temporal de los diez meses de los que dispone la Administración autonómica para dictar la correspondiente resolución.

B) Información pública

a) Regulación legal

La regulación de esta fase procedimental se encuentra en el artículo 16 de la Ley, que sigue en este punto lo establecido en el artículo 15 de la Directiva 96/61. El precepto se refiere exclusivamente a dos aspectos de este trámite:

En primer lugar, el período de tiempo durante el cual debe darse cauce a esta intervención ciudadana, que no podrá ser inferior a treinta días (artículo 16.2), advirtiendo que dicho plazo será común para aquellos procedimientos cuyas actuaciones se integran en la AAI, así como, en su caso, para los procedimientos de autorizaciones sustantivas de las industrias señaladas en el párrafo b) del artículo 3 (artículo 16.3).

Esta última previsión plantea el problema de si debe entenderse o no cumplimentado dicho trámite para aquellas actuaciones sometidas a AAI para las que se haya exigido previamente declaración de impacto ambiental. En principio, y dado que el legislador español ha optado por separar ambos procedimientos, –opción que le permitía la Directiva 97/11/CE, de 3 de marzo de 1997, de modificación de la Directiva 85/337/CEE, de Evaluación de Impacto Ambiental–, y entendiendo que entre los vínculos que desde el Derecho comunitario europeo conectan ambas técnicas no se prevé ninguno que permita unificar el trámite de participación pública previsto en

(9) La STC de 12 de noviembre de 1999 permite que en los supuestos en los que la contaminación atmosférica realizada en una Comunidad Autónoma pudiera repercutir negativamente en otra, sean los propios territorios afectados los que procedan, de manera conjunta y coordinada, a formular la respectiva declaración de “zona de atmósfera contaminada”.

ambos¹⁰, hemos de entender que dicha fase habrá de individualizarse en cada uno de ellos, en contra de los principios de eficacia y simplificación administrativa que aconsejan lo contrario.

Segundo, y sobre los datos que hayan de proporcionarse al público interesado, la Ley sólo considera, para excepcionarlos del expediente, aquellos que, de acuerdo con las disposiciones vigentes, gocen de confidencialidad (artículo 16.3)¹¹. En todo caso, y dado que entre los documentos que acompañan a la solicitud de AAI debe incluirse un resumen no técnico de todas las indicaciones especificadas en el artículo 12 de la norma, con el objeto de facilitar su comprensión a los efectos de la información pública, se entiende que, como mínimo, debe presentarse éste.

Esta insuficiente regulación habrá de ser completada por lo dispuesto al respecto en el artículo 86 de la Ley 30/1992, significativamente, el anuncio de la información pública en el Boletín Oficial del Estado, en el de la Comunidad Autónoma o en el de la Provincia respectiva, a fin de que cualquier persona física o jurídica pueda examinar el procedimiento o la parte del mismo que se acuerde, con indicación del lugar de exhibición y el plazo para formular alegaciones (artículo 86.2), el derecho de los participantes a obtener una respuesta razonada de la Administración pública, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales, y la posibilidad de interponer los recursos pertinentes frente a la resolución definitiva del procedimiento (artículo 86.3).

Esta parca regulación, aun completada por las referencias que acabamos de comentar, nos resulta imprecisa, fundamentalmente en algunos aspectos que resultan fundamentales para la regulación completa de esta técnica, como la omisión de los aspectos y documentos que hayan de ser suministrados al público, la valoración que el órgano autonómico haya de realizar de las alegaciones presentadas o la nula participación en todo el proceso de las Administraciones públicas¹².

b) Propuesta de nueva Directiva sobre medidas para la participación del público

Consciente la Unión Europea de la importancia de la opinión del público en la adopción de decisiones en materia de medio ambiente¹³, y al objeto de corregir la situación de imprevisión que

(10) Sobre la coordinación entre los procesos de Evaluación de Impacto ambiental y la AAI en la fase de información pública, el artículo 9.2 de la Directiva 96/61 dispone que la información o conclusión pertinente obtenida a través del primer procedimiento referido, “deberá tomarse en consideración para la concesión del permiso”.

(11) Los datos que podrán caracterizarse como “confidenciales” son, además de los calificados propiamente como tales, todos aquellos que se encuentren exceptuados del acceso a la información en materia ambiental por el artículo 3 de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre.

(12) Las mismas críticas se han formulado a la regulación que del trámite de información pública realiza la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del RD Legislativo 1302/1986, de Evaluación de Impacto Ambiental, por M^a. T. CARBALLEIRA RIVERA, en “El procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental” en el libro colectivo dirigido por T. QUINTANA LÓPEZ, *Comentario a la legislación de Evaluación de Impacto Ambiental*, Civitas, Madrid, 2002, pág. 322.

(13) M^a. T. CARBALLEIRA RIVERA resume en tres los efectos beneficiosos que la Unión Europea anuda a los procesos de participación pública en los procedimientos ambientales: “reforzar la calidad de las decisiones, aumentar la sensibilidad y el interés público por los problemas ambientales, y mejorar el grado de aceptabilidad de las resoluciones administrativas en la materia” (op. cit., pág. 323).

La autorización ambiental integrada

en este punto ofrecen la mayor parte de los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, el Parlamento Europeo y la Comisión Europea han propuesto una nueva Directiva¹⁴, por la que se establecen medidas para la participación del público en la elaboración de determinados planes y programas relacionados con el medio ambiente y se modifican, entre otras, las Directivas 85/337, de Evaluación de Impacto ambiental, y 96/61, que nos ocupa, con la finalidad de ajustar las mismas a lo previsto en el artículo 6 de la Convención de Aarhus, de 25 de junio de 1998, sobre el acceso a la información, la participación del público en la toma de decisiones y el acceso a la justicia en materia de medio ambiente.

Concretamente, la Propuesta de Directiva incide en determinados aspectos del artículo 15 de la Directiva sobre Prevención y Control Integrado de la Contaminación, introduciendo algunas importantes novedades que pasamos a analizar:

1. Definición de “público” y “público interesado”.

Al objeto de adaptar la Directiva IPPC a lo establecido en la Convención de Aarhus, se introducirá en el artículo 2 de la misma la definición de “público” que figura en el apartado 4 del artículo 2 de la Convención¹⁵, así como la de “público interesado del artículo 2.5 de la misma¹⁶.

En atención a esta futura nueva situación, la referencia contenida en el artículo 16 de la Ley española a la “información pública” sin prescribir un destinatario concreto de la misma ha de entenderse realizada hacia el “público”, que es el sujeto al que se refiere el actual artículo 15 de la Directiva IPPC, entendido en el sentido anteriormente indicado. Para el “público interesado”, la nueva interpretación ofrecida por el Derecho comunitario a su definición, que permite integrar en el mismo a los representantes de intereses colectivos, queda avalada en nuestro Derecho por el concepto ofrecido a esta figura por el artículo 31 LAP.

2. Distinción de los momentos del iter procedimental de concesión de la AAI en los que el público interesado debe poder participar.

El primero se ha de producir en una *fase temprana* del procedimiento de toma de decisiones sobre la concesión o autorización de un permiso o de las condiciones del permiso, y el segundo, *una vez adoptada una decisión*.

La Ley española únicamente considera una de ellas, la temprana, que se ha de abrir una vez completada la documentación que debe presentar el solicitante y evacuado el informe urbanístico del

(14) COM 2000, 839 final.

(15) El convenio de Aarhus define público como “una varias personas físicas o jurídicas y, de conformidad con el derecho o la práctica nacional, sus asociaciones, organizaciones o grupos” (Dicho concepto configurará el nuevo apartado 13 del artículo 2 de la Directiva).

(16) Público interesado es aquel “público afectado o que pueda verse afectado por la toma de una decisión sobre la concesión o actualización de un permiso o de las condiciones de un permiso, o que tenga un interés en esa decisión; a efectos de la presente definición, se considerará que tienen un interés las organizaciones no gubernamentales que trabajen a favor de la protección del medio ambiente y que cumplan los requisitos pertinentes previstos por la legislación nacional”.

Ayuntamiento en cuyo territorio haya de ubicarse la instalación, pero con anterioridad a la reclamación de los informes de otras autoridades implicadas en la concesión del permiso (informe ambiental del Ayuntamiento y dictamen del Organismo de cuenca o de la autoridad de costas, en su caso). No obstante, el nuevo Anexo V de la Propuesta de Directiva señala que, entre los aspectos sobre los que versará la obligación de informar, se incluirán los “principales informes y el asesoramiento recibidos por la autoridad o las autoridades competentes en relación con la toma de la decisión” [apartado 1.f)]. De convertirse dicha disposición en Directiva, el Legislador español habrá de adaptarse a este requisito.

Por lo que se refiere a la información al público que debe abrirse una vez adoptada la decisión, la Propuesta de Directiva señala los datos que habrá de contener la misma, concretamente: a) el contenido de la decisión, incluidas una copia del permiso y de cualesquiera condiciones y actualizaciones posteriores, y b) las razones y consideraciones sobre las que se basa la decisión. Entendemos que esta previsión, dado el carácter general de los destinatarios a los que se dirige, no queda cumplida en nuestro Derecho con el trámite de audiencia a los interesados que debe establecer el órgano autonómico competente con anterioridad a la adopción de la resolución final del otorgamiento de la autorización (artículo 20).

3. Definición del procedimiento de consulta y contenido de la información que debe suministrarse al público.

Estos dos aspectos se regulan en el Anexo V que se añade a la Directiva 96/61 por la Propuesta comunitaria. En el mismo se definen algunas modalidades de información al público (por ejemplo, la colocación de carteles en un radio determinado o la publicación de avisos en la prensa local) y de consulta al público interesado (como el envío de notificaciones escritas o la realización de una encuesta pública), estableciendo a tal efecto calendarios razonables. Tales previsiones ya se contemplan en la normativa española, en concreto en el examinado artículo 86.2 LAP, que dispone la publicación del aviso en los diarios oficiales correspondientes, así como la determinación en el anuncio del lugar de exhibición.

El deber de información pública se extiende a los procedimientos de actualización o modificación de las condiciones de un permiso ya otorgado.

Por lo que se refiere a los datos sobre los que hay obligación de informar, el apartado 1) del Anexo V señala los siguientes: a) La solicitud de un permiso o de la propuesta de actualización del mismo o de sus condiciones, incluida en todos los casos la descripción de los elementos enumerados en el apartado 1 del artículo 6 (datos que se describen en la solicitud de la autorización); b) cuando proceda, la circunstancia de que una decisión está sujeta a una evaluación, nacional o transfronteriza, del impacto ambiental, o a consultas entre los Estados miembros de conformidad con el artículo 17; c) los datos sobre las autoridades competentes responsables de tomar la decisión, o de las que pueda obtenerse información pertinente, o a las que puedan presentarse observaciones o formularse preguntas; d) la naturaleza de las decisiones posibles o, en su caso, del proyecto de decisión; e) llegado el caso, los detalles de una propuesta de actualización de un permiso o de las condiciones de un permiso; f) los principales informes y el asesoramiento recibidos por la autoridad

La autorización ambiental integrada

o las autoridades competentes en relación con la toma de la decisión; g) una indicación de las fechas y los lugares en los que se facilitará la información pertinente, así como los medios empleados para ello; h) las modalidades de participación del público.

4. Acceso a la justicia.

La Propuesta de Directiva incorpora al articulado de la norma comunitaria europea sobre IPPC un nuevo artículo, el 15 bis, por el que se obliga a los Estados miembros a establecer los cauces necesarios para que el público interesado tenga la posibilidad de presentar un recurso ante un órgano judicial o ante otro órgano establecido para impugnar la legalidad, –en cuanto al fondo o al procedimiento–, de cualquier decisión, acción u omisión en el ámbito de la participación pública, a través de un procedimiento que deberá de ser rápido y no prohibitivamente oneroso.

Dicha exigencia se prevé ya en nuestro Derecho en el artículo 86.3 LAP, para todos los interesados, –individuales o colectivos–, hayan o no comparecido en el trámite de información pública.

5. Consulta transfronteriza entre Estados miembros.

En caso de adoptarse la nueva Directiva, habrá de modificarse el artículo 17 de la actual norma comunitaria, que prevé la obligación de comunicación y consulta a otro Estado miembro, así como de accesibilidad de su público al expediente administrativo, siempre que el mismo pudiera verse afectado negativamente por la instalación cuyo funcionamiento se pretende, siempre en el marco de sus relaciones bilaterales. Dicho deber se contempla, asimismo, en el artículo 27 de la legislación española.

La Propuesta amplía la imposición del deber de informar, obligando al Estado en cuyo territorio se ubicará la actividad a remitir al otro Estado y a sus nacionales todos los datos que deba facilitar o poner a su disposición con arreglo al Anexo V de la norma, comprometiéndolo a la autoridad competente para resolver el procedimiento autorizador a tomar en consideración dichas consultas a la hora de adoptar una decisión sobre la solicitud, a informar a todo Estado miembro que haya sido consultado de la decisión alcanzada y a remitirle la información a la que se refiere el apartado 5 del artículo 15. El Estado miembro afectado tomará las medidas necesarias para garantizar que esa información se ponga a disposición del público interesado en su propio territorio.

En nuestra opinión, dichas acertadas previsiones, limitadas hoy al ámbito de los Estados miembros de la Unión Europea deberían extenderse a otros países que pudieran verse, asimismo, afectados por la contaminación producida fuera de sus fronteras, dado que el Convenio de Aarhus tiene un carácter internacional.

C) Informes

a) Tipología de Informes

a') Informes del Ayuntamiento

Son dos los informes que debe formular el Ayuntamiento del término municipal en el que la actividad sometida al procedimiento de AAI se va a realizar: el previsto en el artículo 12.1 de la Ley IPPC

(completado con el artículo 15) y el del artículo 18 de la misma. El punto 6 de la Exposición de Motivos de la Ley justifica la exigencia de los mismos como cauce garantizador de la participación local en lo referente a las materias de su exclusiva competencia.

El primero, que se incluirá en la solicitud de AAI, consistirá en un pronunciamiento de la autoridad local en el que se acredite la compatibilidad del proyecto de instalación con el planeamiento urbanístico. El contenido del mismo es, por consiguiente, estrictamente urbanístico. El plazo máximo para su emisión es de treinta días.

El segundo consiste en la redacción de un documento en el que se plantee por parte del Ayuntamiento la adecuación de la instalación analizada a todos aquellos aspectos que sean de competencia municipal, entendemos que en la materia ambiental.

Esta previsión, junto con el mantenimiento del pronunciamiento final de la autoridad municipal sobre la concesión de la licencia de actividades clasificadas, que afirma el artículo 29.1 de la nueva Ley, permite que se sustituya, sin merma de la competencia municipal, el mencionado permiso por la AAI, al integrarse todos los trámites de aquél en ésta, aunque la sustitución quedará limitada a las actividades relacionadas en el Anejo I de la nueva norma.

En cualquier caso, la resolución final del expediente de otorgamiento de licencia de funcionamiento que corresponde a los Alcaldes estaba ya muy condicionada por lo dispuesto en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961 y los desarrollos del mismo efectuados por las distintas Comunidades Autónomas, que obligan a que, en determinados casos, la calificación y la imposición de medidas correctoras se realice mediante informe del órgano autonómico competente, siendo vinculante para la autoridad local en el supuesto de que sea denegatorio o imponga requisitos al correcto funcionamiento de la actividad. Es precisamente este informe el que ahora, a nuestro juicio acertadamente, se sustituye.

b') Autorización de vertidos a las aguas continentales y marítimas

La autorización de vertidos se habrá de expedir de conformidad con la legislación de *aguas*, si se trata de vertidos a las aguas continentales, o de acuerdo con la de *costas*, si son vertidos desde tierra al mar.

La Ley IPPC regula de manera más pormenorizada la primera de ellas, de acuerdo con los artículos 101 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, y 245 y siguientes del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, pero exclusivamente en el supuesto de que deba ser emitida por el Organismo de cuenca correspondiente al tratarse de cuencas intercomunitarias, sobre las cuales el Estado ostenta, a través de las Confederaciones Hidrográficas, la competencia para autorizar el vertido, de conformidad con el artículo 149.1.22ª de la Constitución, ya que en otro caso dicha función residirá en la propia Administración autonómica.

Este pronunciamiento de la autoridad de cuenca sustituirá a los informes vinculantes regulados en la normativa de aguas (Disposición Adicional Segunda de la Ley IPPC).

La autorización ambiental integrada

El contenido de ese dictamen, previsto en el artículo 19.1 del texto, será la admisibilidad del vertido y, en su caso, la determinación de las características del mismo y las medidas correctoras que se han de adoptar a fin de preservar el buen estado ecológico de sus aguas. El mismo deberá emitirse en el plazo máximo de seis meses desde la recepción del expediente.

Evidentemente, y como se encarga de reiterar la Disposición Final Primera de la Ley IPPC, el procedimiento de autorización de vertidos no modifica ni el régimen económico financiero (como la imposición de los cánones de utilización de los bienes de dominio público, de vertidos y de regulación y tarifa de utilización del agua), ni las demás competencias que corresponden a la Administración General del Estado en materia de protección del dominio público hidráulico, particularmente en lo que se refiere a la vigilancia e inspección y al ejercicio de la potestad sancionadora.

La autorización de vertidos –tanto líquidos como sólidos– a alguno de los bienes que integran el dominio público marítimo-terrestre se encuentra regulada en los artículos 56 y siguientes de la Ley de Costas, 113 y siguientes del Reglamento de Costas, aprobado por Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, así como en la legislación específica dictada en función del tipo de vertido, como el Real Decreto 258/1989, de 10 de abril, sobre normativa general de vertidos de sustancias peligrosas desde tierra, o la Ley 21/1977, de 1 de abril, sobre ampliación de sanciones en los casos de contaminación marina por vertidos desde buques y aeronaves.

Dado que la competencia para autorizar estos vertidos corresponde a la Comunidad Autónoma, la legislación aplicable al procedimiento de elaboración y evacuación de la autorización de los mismos será la regional, de ahí que el legislador estatal no haya establecido régimen alguno a este respecto, al igual que sucede con los vertidos a las cuencas hidrográficas comprendidas en su totalidad en un solo territorio autonómico.

c') Autorización de residuos

Tampoco contiene la nueva legislación disposición alguna acerca de la coordinación entre la AAI y la autorización de residuos. La razón, al igual que en el supuesto anteriormente analizado, es que la competencia para expedir el permiso para la realización de actividades de valoración y eliminación de residuos, exigida por el artículo 13 de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos, reside en la Comunidad Autónoma correspondiente.

No obstante, la Ley IPPC ha declarado, en su Disposición Final Cuarta, que las actividades de eliminación, mediante depósito de vertedero, de residuos urbanos realizadas por los entes locales e incluidas en el ámbito de aplicación de esta legislación, quedarán sometidas a la AAI.

d') Imposición de valores límite de emisión de sustancias contaminantes a la atmósfera

Tampoco ofrece problemas la conexión entre la AAI y el régimen aplicable a la realización de actividades potencialmente contaminantes de la atmósfera previsto en la Ley 38/1972, de 22 de diciembre, de Protección del Ambiente Atmosférico, de acuerdo con sus Reglamentos de desarrollo, en la medida en que la imposición de los niveles de emisión de estas sustancias se realiza por el órgano ambiental autonómico.

No obstante, la Ley IPPC señala, en su Anejo 3, un listado de las principales sustancias contaminantes que se tomarán obligatoriamente en consideración si son pertinentes para fijar valores límites de emisiones. Asimismo, el artículo 7 de la norma impone que para la determinación de estos estándares se deberán tener en cuenta las mejores técnicas disponibles, sin prescribir la utilización de una técnica o tecnología específica y la competencia del Gobierno, sin perjuicio de normas adicionales de protección dictadas por las Comunidades Autónomas, de establecer estos valores. Por su parte, el artículo 22 de la nueva disposición considera estos parámetros como elemento que conforma el contenido mínimo del permiso integral, aunque se admite excepciones temporales cuando el titular de la instalación presente, previa aprobación por la Administración competente y su inclusión en la AAI, alguna de las siguientes medidas: un plan de rehabilitación que garantice el cumplimiento de los valores límite de emisión en el plazo máximo de seis meses, y un proyecto que implique una reducción de la contaminación.

e') Declaración de impacto ambiental y establecimiento de medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas

La Ley establece una serie de cauces para coordinar la AAI con otro de los procedimientos de protección ambiental preventivos por excelencia: la EIA, así como el destinado a establecer las medidas para evitar accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas –RD 1254/1999, de 16 de julio–.

Cuando la competencia para formular la declaración de impacto ambiental corresponda a la Administración General del Estado, el órgano ambiental estatal deberá remitir una copia de la misma (o de la resolución del Consejo de Ministros resolviendo la discrepancia entre el órgano sustantivo y el ambiental) al órgano autonómico, el cual tiene la obligación de incorporar su condicionado al contenido de la AAI, así como las medidas tendentes a evitar los accidentes graves referidos, requisitos que pasarán a formar parte de la resolución definitiva de ésta (artículo 22.5), de tal manera que no podrá otorgarse esta última ni, en su caso, las autorizaciones sustantivas de las industrias señaladas en el artículo 3.b) de la norma, sin que previamente se haya dictado dicha declaración (artículo 28).

En cualquier caso, y tal y como señala la Disposición Adicional Primera de la Ley IPPC, en estos supuestos se arbitrarán fórmulas de colaboración con las Comunidades Autónomas para la necesaria coordinación de ambos procedimientos.

b) Consecuencias del retraso o incumplimiento de este trámite por el órgano informante

La nueva legislación básica estatal establece un régimen jurídico que se aparta del previsto con carácter general en los apartados 3 y 4 del artículo 83 de la Ley 30/1992 para los supuestos de retraso o incumplimiento en la emisión de informes emitidos por otras Administraciones públicas¹⁷.

(17) En puridad, a las consecuencias de la ausencia de emisión de los informes que hayan de ser evacuados por Administraciones públicas diferentes de la que tramita el procedimiento, sólo se refiere el artículo 83.4, que permite la prosecución de las actuaciones y la posibilidad de no tener en cuenta el dictamen al adoptar la correspondiente resolu-

a') Si se trata de los informes del Ayuntamiento

Por lo que se refiere al informe urbanístico, el artículo 15 de la Ley IPPC establece que su no emisión en el plazo de 30 días se suplirá con una copia de la solicitud del mismo. Si fuera negativo, con independencia del momento en el que se haya emitido, pero siempre que se haya recibido en la Comunidad Autónoma con anterioridad al otorgamiento de la AAI, el órgano competente para otorgar dicha autorización dictará resolución motivada poniendo fin al procedimiento y archivará las actuaciones.

Para el otro de los informes que debe emitir este órgano municipal, el previsto en el artículo 18, este mismo precepto permite en el supuesto de retraso, la prosecución de las actuaciones, en el sentido indicado en el artículo 83.4. Ahora bien, si el mismo se recibe antes de dictar resolución, se valorará por el órgano autonómico. Si el informe municipal no llegara a emitirse, se entiende que podrá autorizarse la instalación y funcionamiento de la actividad.

b') Si se trata de la autorización de vertido que deba emitir el Organismo de cuenca

Ante la ausencia de evacuación del informe del Organismo de cuenca, el órgano autonómico habrá de realizar un requerimiento a éste para que lo emita con carácter urgente en el plazo máximo de un mes. Transcurrido este plazo, se podrán proseguir las actuaciones. No obstante, el informe recibido fuera de plazo, pero antes del otorgamiento de la autorización, deberá ser tenido en cuenta por el órgano competente de la Comunidad Autónoma (artículo 19.2). Sin embargo, si transcurridos estos plazos no se hubiera emitido el dictamen, se podrá otorgar la AAI, si bien habrá de contemplarse en la misma las características del vertido y las medidas correctoras requeridas, que se establecerán de conformidad con la legislación sectorial aplicable (artículo 19.3).

En todo caso, para ambos supuestos y para cualquier tipo de informes, el retraso en su emisión trae como consecuencia la responsabilidad del causante del mismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83.3 LAP.

c) Vinculatoriedad del informe negativo para el órgano autonómico

a') Informes del Ayuntamiento

Respecto del urbanístico, ya se ha señalado que el segundo párrafo del artículo 15 establece que si el mismo fuera negativo, con independencia de que se hubiera evacuado o no en tiempo, el órgano autonómico dictará resolución motivada poniendo fin al procedimiento y archivará las actuaciones.

ción si éste se ha recibido fuera de plazo. Sin embargo, como advierte A. FANLO LORAS, "... La Ley parece dar un único tratamiento sin atender al carácter facultativo o vinculante de los informes que deben emitir otras Administraciones..."; por lo que considera este autor que "la sistemática del precepto exigiría admitir que si el informe está configurado por la legislación sectorial como vinculante, mientras no se emita se interrumpen los plazos de los trámites sucesivos", ya que, de otra manera, el acto resolutorio final puede llegar a considerarse nulo de pleno derecho ("Disposiciones generales sobre los procedimientos administrativos: iniciación, ordenación e instrucción", en el libro colectivo dirigido por LEGUINA VILLA y SÁNCHEZ MORÓN *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 241).

En relación con el segundo, el artículo 29.1 de la Ley establece la sustitución del procedimiento de la licencia municipal de actividades clasificadas por el que examinamos, si bien deja a salvo la competencia de la autoridad municipal en lo referente a la resolución definitiva de ésta. No obstante, esta salvedad es más ficticia que real, dado que, según prevé el referido precepto, la AAI será vinculante para el Alcalde “cuando implique la denegación de licencias o la imposición de medidas correctoras, así como en lo referente a todos los aspectos medioambientales recogidos en el artículo 22”. Con esta última precisión se amplía notablemente el efecto vinculante del informe autonómico, que ahora se extiende a cualquier aspecto medioambiental, con lo que desaparece, aunque exclusivamente para las actividades encuadradas en el ámbito de aplicación de la nueva norma, cualquier posibilidad que pudiera retener el poder público local de denegar un permiso basándose en este tipo de razones.

b') Informe del Organismo de cuenca

El artículo 19.2 considera la naturaleza jurídica del mismo preceptivo y vinculante. Así se reitera en el apartado 4 del precepto, en el que se indica que si el mismo se pronunciase en el sentido de inadmitir el vertido, el órgano autonómico competente para el otorgamiento de la AAI deberá dictar resolución motivada denegando la licencia. El precepto es acorde, por consiguiente, con el artículo 103 del texto Refundido de la Ley de Aguas, que supedita la obtención de las autorizaciones administrativas sobre establecimiento, modificación o traslado de instalaciones o industrias que originen o puedan originar vertidos a la obtención de este permiso.

El informe será también preceptivo y vinculante para la Comunidad Autónoma competente para la concesión de la AAI cuando se proceda a la revocación de la autorización de vertido en cuencas intercomunitarias (Disposición Final Segunda, apartado 1). Asimismo, el órgano autonómico está obligado a iniciar el procedimiento de modificación de la AAI en el plazo de veinte días cuando haya sido requerido para ello, mediante informe vinculante, por el Organismo de Cuenca [artículo 26.1.d)].

Dicha solución será también de aplicación al supuesto de resolución denegatoria de la autorización de vertido al mar, ya que en este punto el artículo 61 de la Ley de Costas impone que las autorizaciones de establecimiento, modificación o traslado de instalaciones o industrias quedarán condicionadas a la obtención de ésta.

c') Declaración de impacto ambiental y medidas de control de los riesgos inherentes a los accidentes graves en los que intervengan sustancias peligrosas

La Ley no aclara cuál es la valoración que deba realizar el órgano autonómico competente de una declaración de impacto ambiental formulada por el Ministerio de Medio ambiente si la misma resultara negativa. Entendemos que, si bien no será frecuente que se produzca esta situación, la misma sí que será vinculante para la Administración autonómica, puesto que la nueva norma estatal no sólo prevé que la declaración haya de preceder a la AAI, sino que mantiene, además, la obligación de que a esta última se incorporen las condiciones impuestas en aquélla.

d) Régimen jurídico de impugnación de los informes

La Ley IPPC ha previsto un régimen singular de impugnación de los informes vinculantes exigidos en el procedimiento de AAI que se aparta de la tradicional consideración de los mismos como meros actos de trámite y, por tanto, de la dificultad de su impugnación independiente o separada de la resolución definitiva del expediente si no se ha producido una imposibilidad de continuar el procedimiento o indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos (artículo 107.1 LAP)¹⁸.

Si el informe es denegatorio de la autorización de puesta en marcha de la actividad, la regla general prevista en el apartado primero del artículo 24 de la Ley IPPC es la impugnación del informe junto con la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento de otorgamiento de la AAI. No obstante, dicha disposición habilita al interesado para contradecir separadamente aquél utilizando la vía de recurso del artículo 107.1 LAP, si el mismo impidiese el otorgamiento de la autorización, por lo que se estatuye un nuevo supuesto en el mencionado precepto, de mayor amplitud que los en él previstos.

Si el dictamen cuya impugnación se pretende ha sido favorable a la instalación de la actividad pero ha sometido la misma a condiciones con las que no estuviese de acuerdo el solicitante, el artículo 24.2 de la Ley IPPC considera, al igual que el supuesto anterior, que su refutación deberá producirse dentro del recurso administrativo dirigido contra la resolución final del procedimiento de otorgamiento de la AAI. No obstante, en este caso el órgano autonómico que resuelve sobre el expediente autorizador habrá de dar traslado del mismo a los órganos que lo hubiesen emitido, con el fin de que éstos, si lo consideran oportuno, presenten alegaciones en el plazo de quince días, alegaciones que serán vinculantes para la resolución del recurso.

En cualquier caso, y tal y como dispone el artículo 24.3 Ley IPPC, si en el recurso contencioso-administrativo se dedujeran pretensiones relativas a los informes preceptivos y vinculantes, la Administración que los hubiera emitido tendrá la consideración de codemandada, de conformidad con lo establecido en el (artículo 21.1ª) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

D) Propuesta de resolución y trámite de audiencia

El artículo 20 del texto legal que analizamos establece que el órgano autonómico competente para otorgar la AAI procederá, tras realizar una evaluación ambiental del proyecto en su conjunto, y otorgar un trámite de audiencia a los interesados, a elaborar la propuesta de resolución.

Por lo que se refiere a la fase de la audiencia, entendemos, siguiendo el concepto expresado en el artículo 31 de la LAP, que interesados serán los que hayan participado en el procedimiento, por instarlo, así como los que realizaron alegaciones en el trámite de información pública. Asimismo, deberán considerarse como tales los Estados miembros de la Unión Europea que se vean afectados

(18) La caracterización como acto de trámite se ha predicado de la declaración de impacto ambiental, significativamente, a nivel jurisprudencial, tras la STS de 19 de noviembre de 1998 (Ar. 10522), sobre la presa de Itoiz.

por los efectos transfronterizos de la contaminación producida por la proyectada instalación (artículo 27.1).

Si estos interesados hubieran formulado alegaciones, se dará traslado de las mismas, junto con la propuesta de resolución a los órganos competentes para emitir informes vinculantes en trámites anteriores para que, en el plazo máximo de quince días, manifiesten lo que estimen conveniente, lo que tendrá carácter vinculante para el órgano autonómico en los aspectos referido a materias de su competencia (artículo 20.2).

La propuesta de resolución la hace el mismo órgano que resuelve el procedimiento.

E) Resolución del expediente

a) Plazo de resolución y ausencia de resolución expresa

El plazo máximo del que dispone la autoridad autonómica para resolver el expediente de AAI es de diez meses (artículo 21.1), en lugar del de tres meses previsto con carácter general en el artículo 42.3 LAP.

El transcurso de este tiempo sin resolver dará lugar a las consecuencias reparatorias a las que alude el artículo 41.2 de la Ley 30/1992, así como a entender desestimada la solicitud a efectos de los correspondientes recursos (artículo 21.2). Las razones que avalan esta formulación del silencio administrativo negativo, que rompe con la regla general sentada en el artículo 43.2 LAP son las siguientes:

En primer lugar, la obligación que impone a la Administración pública el artículo 42 de la LAP de resolver de manera *expresa* las solicitudes que se le formulen por los interesados.

En segundo término, la exigencia impuesta por el artículo 8 de la Directiva comunitaria europea de que la concesión de la AAI se realice a través de un permiso *escrito*, es decir, un acto expreso de consentimiento por parte de la Administración pública autorizante.

Finalmente, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha establecido la incompatibilidad con la Directiva del sistema de autorizaciones tácitas, entre otras en las Sentencias de 28 de febrero de 1991 (Comisión v. Alemania. C-131/88) y 14 de junio de 2001 (Comisión v. Bélgica. Asunto C-230/00).

b) Contenido de la resolución

Seguendo el artículo 9 de la Directiva comunitaria europea, el artículo 22 de la Ley IPPC establece el contenido que, como mínimo, deberá expresarse en la resolución de la AAI.

El mayor problema que se presenta a la autoridad autonómica en el momento de expresar este contenido estriba en la obligación que le incumbe de determinar los condicionamientos ambien-

tales referidos a los valores límite de emisión (especialmente los relativos a las sustancias contaminantes enumeradas en el Anejo 3 del texto), operación que habrá de realizarse teniendo en cuenta las mejores técnicas disponibles¹⁹ [artículo 22.1.a)].

La dificultad en este punto estriba no sólo en la concreción de este concepto jurídico indeterminado cuya imprecisa definición, incluida en el propio texto legal²⁰, remite, además de a los avances que pudiera haber experimentado la tecnología nacional, a los desarrollos alcanzados en otros Estados, sino, particularmente, porque su imposición puede afectar al título jurídico que ampara el funcionamiento de la actividad intervenida, posibilitando la modificación del mismo, sin derecho por parte de su titular a instar una reclamación indemnizatoria (artículo 26.1), y habilitando la posibilidad de imponer “condiciones complementarias” al mismo cuando sea necesaria la aplicación de condiciones más rigurosas de las que pueden obtenerse con la utilización de las mejores técnicas disponibles (artículo 22.3). Dicha situación puede complicar el principio de seguridad jurídica si tenemos en cuenta que la Administración autorizante tendrá que tener en cuenta dichos progresos “sin prescribir la utilización de una técnica o tecnología específica” (artículo 7 del texto).

Para la concreción de la mejor técnica disponible, el órgano autonómico encargado de expedir el permiso podrá utilizar los parámetros que le suministra el Anejo 4 de la Ley, además de la información que a tal efecto publique la Comisión, así como de los datos que le proporcione la Administración General del Estado en virtud de la obligación que impone a esta última el artículo 8.1 del nuevo texto legal.

En principio, y salvo que se produzca algún supuesto de modificación de la autorización concedida, la misma se otorgará para un período de duración de 8 años.

F) Notificación y publicación

Son sujetos a los que la Administración autonómica autorizante está obligada a notificar los interesados, el Ayuntamiento en cuyo término municipal se ubique la instalación, los distintos órganos que hubiesen emitido informes vinculantes y, en su caso, el órgano estatal competente para otorgar las autorizaciones sustantivas señaladas en el artículo 11.2.a) de la Ley, –Ley 21/1992, de Industrias, la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, la Ley 38/1998, de 7 de octubre, de Hidrocarburos, o la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la

(19) Sobre la aplicación de la “cláusula de progreso” a las licencias, véase J. ESTEVE PARDO, *Técnica, riesgo y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1999 y “La adaptación de las licencias a la mejor tecnología disponible”, *RAP*, 149, 1999, págs. 37 y ss.

(20) El artículo 3.ñ) de la Ley define las “Mejores técnicas disponibles” como “la fase más eficaz y avanzada de desarrollo de las actividades y de sus modalidades de explotación, que demuestren la capacidad práctica de determinadas técnicas para constituir, en principio, la base de los valores límite de emisión destinada a evitar o, cuando ello no sea posible, reducir en general las emisiones y el impacto en el conjunto del medio ambiente y de la salud de las personas”. El precepto señala, asimismo, qué debe entenderse por “Técnicas”: “la tecnología utilizada, junto con la forma en que la instalación esté diseñada, construida, mantenida, explotada o paralizadas”; “Disponibles”: “las técnicas desarrolladas a una escala que permita su aplicación en el contexto del correspondiente sector industrial, en condiciones económicas y técnicamente viables, tomando en consideración los costes y los beneficios, tanto si las técnicas se utilizan o producen en España, como si no, siempre que el titular pueda tener acceso a ellas en condiciones razonables”; “Mejores”: “las técnicas más eficaces para alcanzar un alto nivel general de protección del medio ambiente en su conjunto y de la salud de las personas”.

Seguridad Ciudadana en lo referente a las instalaciones químicas para la fabricación de explosivos- (artículo 23.1).

En todo caso, toda persona física o jurídica tiene la posibilidad de acceder a las resoluciones y actualizaciones de autorizaciones ambientales integradas, así como a sus actualizaciones posteriores, de conformidad con la legislación sobre acceso a la información en materia de medio ambiente –Ley 38/1995, de 12 de diciembre²¹– (artículo 23.2).

Por su parte, las Comunidades Autónomas darán publicidad en sus respectivos diarios oficiales de las resoluciones administrativas mediante las que se hubieran otorgado o modificado las autorizaciones ambientales integradas (artículo 23.3).

G) Renovación y modificación

La renovación y, en su caso, la actualización de la AAI se prevé en el artículo 25 de la Ley, una vez vencido el plazo de ocho años para el que fue concedida.

La solicitud de renovación la realizará el promotor de la actividad o instalación con una antelación mínima de diez meses antes del vencimiento del plazo de vigencia de la autorización, sometiéndose la misma a un procedimiento simplificado cuya concreción se remite a la elaboración reglamentaria.

En este supuesto, la ausencia de resolución expresa favorable de la Administración tendrá efectos estimatorios, aplicándose al funcionamiento de la actividad las mismas condiciones ambientales establecidas en la antigua licencia.

También será posible la renovación de la AAI cuando se produzca una modificación de la actividad intervenida. El procedimiento que habrá de seguirse en estos casos es diverso según que el cambio operado en la misma sea sustancial o no sustancial.

Será sustancial aquella transformación que, en opinión del órgano competente para otorgarla y de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 10.2, pueda tener repercusiones perjudiciales importantes en la seguridad, la salud de las personas o el medio ambiente, considerándose como no sustancial la que, sin tener la anterior entidad, pueda tener consecuencias en la seguridad, la salud de las personas o el medio ambiente [artículo 3.e)].

Cuando el titular de una instalación pretenda llevar a cabo una modificación en la misma deberá comunicarlo al órgano competente para otorgar la AAI, indicando razonadamente, en atención a los criterios señalados en el artículo 10.2, si considera la misma sustancial o no sustancial (artículo 10.3).

(21) Sobre el acceso a la información ambiental puede verse M. SÁNCHEZ MORÓN, “El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente”, RAP, 137, 1995, págs. 31 y ss.

La autorización ambiental integrada

En el primer caso, –bien sea apreciado por el propio promotor bien por la Administración–, se necesitará una nueva autorización (artículo 10.5), mientras que en el segundo, se podrá llevar a cabo siempre que el órgano competente para autorizarla no manifieste lo contrario en el plazo de un mes (artículo 10.4).

Por su parte, la modificación de la AAI se producirá de oficio cuando concurren las cuatro circunstancias previstas en el artículo 26.1 de la Ley: la revisión de los valores límite de emisión impuestos o la adopción de otros nuevos; cuando resulte posible la reducción significativa de estas emisiones gracias a la utilización de mejores técnicas disponibles, sin que ello signifique la imposición de costes excesivos; en el caso de que así lo exija el Organismo de cuenca encargado de informar sobre la viabilidad y condiciones de los vertidos en el dominio público hidráulico en cuencas intercomunitarias, y, por último, cuando así lo imponga la legislación sectorial.

La modificación de la AAI operada por cualquiera de estas causas no dará derecho a obtener indemnización alguna. Se resuelve de esta manera, exclusivamente para este conjunto de actividades en los que la AAI sustituye a la licencia de actividades clasificadas, las dificultades en orden a determinar el alcance resarcitorio o no de los supuestos revocatorios incluidos en el artículo 16 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955²².

La tramitación de esta renovación de la AAI se realizará a través de un procedimiento simplificado que se establecerá reglamentariamente (artículo 26.2). En el mismo habrá de arbitrarse, de prosperar la Propuesta de Directiva sobre información al público en estos procesos, una fase de información pública, por imponerlo así esta disposición.

La resolución en la que se exprese el cambio en la instalación habrá de publicarse en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma en la que resida el órgano ambiental correspondiente (artículo 23.3).

(22) Para M. CUCHILLO I FOX, los supuestos de revocación de licencias previstos en el artículo 16 RSCL, especialmente el derivado de la *adopción de nuevos criterios de apreciación*, que da lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios, no debe confundirse con el supuesto de establecimiento de *nuevas condiciones de funcionamiento adaptadas a la mejor tecnología disponible* que pueden imponerse a las licencias de “tracto sucesivo”, como es la AAI. Para la autora, si la formulación de estos nuevos criterios de apreciación, expresados en los modernos avances científicos, se establece en normas reglamentarias, la revocación del permiso que no se ajuste a los mismos no dará derecho a indemnización alguna. El único caso de entre éstos que supondría una obligación pecuniaria a cargo de la Administración sería la aparición de nuevos criterios no expresados en disposiciones reglamentarias, sino provenientes de la propia voluntad, objetiva y contrastada, de la autoridad municipal (“Nulidad y revocación de licencias por motivos relacionados con la protección del medio ambiente”, *Derecho del Medio ambiente y Administración local*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 513 a 515).

La impronta de la cuantía en el proceso. Algunas reflexiones en el ámbito de la LEC y la LJCA

FERNANDO CORDERO LOZANO

Profesor de Derecho
Administrativo
Universidad de Salamanca

Sumario:

I. Función e importancia de la cuantía. Singularidades en el plano civil y contencioso-administrativo. II. Acercamiento a una noción de cuantía. III. La determinación de la cuantía y las circunstancias modificativas; trascendencia en el marco del proceso. IV. Las reglas legales de determinación: notas características. V. Tratamiento procesal; control de oficio e impugnación por el demandado. VI. Reflexiones finales: la cuantía en el marco del contencioso-administrativo.

I. FUNCIÓN E IMPORTANCIA DE LA CUANTÍA. SINGULARIDADES EN EL PLANO CIVIL Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La cuantía del pleito, en verdad, dista de ser, en sí mismo y en su tratamiento procesal, un tema que brille o reluzca a primera vista. Más bien parece árido y poco lucido. Pero la importancia, que no es el brillo, no debe ofrecer duda, porque se trata de un elemento básico, determinante, por de pronto, nada menos que del órgano competente y del tipo de procedimiento que ha de seguirse. Y parece innegable que acertar en quién y cómo ha de sustanciarse un litigio se encuentra entre los primeros objetivos que ha de alcanzar la debida tutela judicial. Con otras palabras, que la cuestión de la determinación y el tratamiento procesal de la cuantía a efectos formales, sin prejuzgar el fondo del asunto, reclama una labor de encaje de pequeñas piezas, literariamente menos brillante que otros temas, pero de relevante influencia en una mejor impartición de la justicia.

Esta significación teórica de la materia, su trascendencia en la práctica forense y la incidencia en ella de las reformas orgánicas y procesales acaecidas en la última década, con la reciente culminación de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, hacen oportuno reflexionar en torno a la misma y a su importancia en el marco procesal contencioso-administrativo, remitente en este extremo, como en otros tantos, al cauce diseñado por la Ley procesal común. Quede así, pues, fijada la oportunidad de estas notas y los intereses en juego.

Las razones que justificarán nuestro enfoque se apoyan en dos realidades bien conocidas y diferenciadas. De un lado, la plena vigencia del nuevo mapa orgánico introducido por la LOPJ en el proceso civil, que afectó de forma notable a la distribución de la competencia objetiva entre los órganos jurisdiccionales civiles, con una particularidad sobresaliente: los Juzgados de Primera Instancia carecen de límites a su competencia objetiva por razón de la cuantía, mientras que al mismo tiempo, la competencia objetiva del Juez de Paz, cuyo tope se sitúa hoy en quince mil pesetas (ex artículo 47 LEC de 2000), no le es atribuida en régimen de exclusividad, sino que es compartida con la de aquéllos. Hecho este que convierte a los Juzgados de Primera Instancia en órganos casi omnicompetentes, y que se coloca en las antípodas de lo sucedido con sus homónimos en el cauce jurisdiccional contencioso-administrativo.

Y si a esta realidad le sumamos el tratamiento otorgado a la institución de la cuantía por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, como *factor predominantemente ordenado a la fijación del procedimiento a seguir*, nos daremos cuenta del diferente papel que está llamado a cumplir este parámetro en ambos órdenes jurisdiccionales, civil y contencioso-administrativo, pero al mismo tiempo, de su necesaria interrelación como figura esencial en las dos vías procesales y como regulación unitaria (la contenida en la LEC de 2000) a la que la LJCA se remite sin ambages.

Pero volvamos a la órbita civil, que será la que mantenga en su mayor parte el hilo general de la exposición, y a la que iremos adicionando, conforme su desarrollo, las especialidades y diferencias existentes en la disciplina procesal administrativa. Y en un primer acercamiento al tema, sorprende, sin duda, la distinta perspectiva que la doctrina procesal ha impuesto al tratamiento del tema de la cuantía (casi siempre dentro del estudio de la competencia objetiva¹) y la existente en el texto procesal de enjuiciamiento civil, habida cuenta de la situación que ocupan las normas que la regulan. Y es que para nuestro legislador la cuantía es, como apuntábamos, un factor determinante, ante todo, de la clase de juicio². Dada la sistemática legal, parece evidente que la adecuación del procedimiento, y por tanto su determinación, constituye el papel más relevante de los atribuidos a esta figura.

(1) Así lo hacen, entre otros, ALMAGRO NOSETTE, *Derecho Procesal*, vol. I, UNED, 1982, págs. 62 y 63; DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1992, págs. 342 y ss.; PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, 1964, págs. 215 y ss.; RAMOS MÉNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, 1986, págs. 179 y ss.; GIMENO SENDRA, ALMAGRO NOSETTE y CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Proceso civil*, 1992, págs. 237 y ss.; MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS y GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, Parte general, Valencia, 1991, págs. 324 y ss.

(2) Vid., al respecto, la rúbrica que se recogía en la anterior norma de enjuiciamiento civil, Libro II, Título II, Sección Primera, LEC de 1881, "Reglas para determinar el juicio correspondiente". En la nueva LEC de 2000, Libro II, Título I, Capítulo I, se habla "De las reglas para determinar el proceso correspondiente".

La impronta de la cuantía en el proceso

Y si en última instancia, lo que determina el comportamiento de los sujetos en proceso es la propia regulación de éste, nuestra LEC ve en la cuantía un factor de determinación de la clase de procedimiento ordinario adecuado, y como tal es regulada, con independencia de que su fijación pueda ser *ad ulteriorem* útil a otros fines, y nos referimos con ello a la delimitación de la competencia objetiva para conocer del asunto en primera instancia, el acceso a determinados recursos, la necesidad de asistencia letrada y representación técnica o incluso la tasación de costas. Los ejemplos que nos brinda el referido texto legal son esclarecedores³, y queda clara la estrecha relación que la cuantía y la determinación del proceso a seguir han mantenido siempre en nuestro Derecho⁴. Ciertamente, y con el desarrollo de la planta judicial contemplado por la LOPJ, al que hacíamos antes referencia, el papel de la cuantía como factor determinante de la competencia objetiva ha quedado reducido prácticamente a la nada, lo que contribuye a ensalzar el juego de la cuantía y el procedimiento a seguir.

Un registro muy distinto al que opera en el cauce contencioso-administrativo. De una cuantía que señala casi solamente un iter procedimental, pasamos a la dinámica de una figura que impone, primeramente, severos límites competenciales a los órganos de esta jurisdicción; establece, después, la opción entre procedimientos a seguir y concluye disponiendo los asuntos que van a pasar a la segunda instancia y, por supuesto, a la casación. Tres misiones que, como vemos, se contraponen en su orden a la configuración civil de la misma. La andadura aquí es diferente. Los pasos a dar, marcados por la batuta de la Ley, también: desgaje de competencias (como primerísima y trascendental función, entremezclada arrítmicamente con criterios materiales y de procedencia de la actuación administrativa), procedimiento ordinario o abreviado (remitiéndose en buena parte a la regulación civil para fijar las reglas de determinación de la cuantía) y valladares en el sistema de recursos (como respuesta a una situación de bloqueo, de colapso endémico de esta jurisdicción, que sacrifica la generalidad de la segunda instancia y eleva a los altares de la inaccesibilidad a la casación). Las finalidades son en esencia dispares, y por ende, lo son su sistemática y su regulación legal.

Diferencias sustanciales a las que habría que sumar el extremo de que la cuantía, en la LEC, es, tanto a efectos de competencia objetiva como de determinación de la clase de juicio a seguir, un criterio de carácter general, aplicable subsidiariamente en defecto de regla específica, cuando en la LJCA opera conjuntamente con criterios materiales y orgánicos en el diseño del esquema competencial y a la vera de los mismos en la fijación del cauce procedimental a seguir. Y de esta forma, mientras en el orden civil el vigente régimen de atribución de la competencia hace desaparecer de forma efectiva las controversias entre las distintas clases de órganos jurisdiccionales acerca de cuál de ellos ha de conocer el litigio en primera instancia, en el orden contencioso, y como conse-

(3) El más claro, como apuntábamos, el de la sistemática de las normas que regulan la cuantía. Del mismo modo, en la LEC de 2000, la cantidad señalada en el artículo 249.2 sirve para establecer el límite cuantitativo del juicio ordinario, y no cuál es el órgano competente objetivamente, ocurriendo lo mismo con la señalada en el artículo 250.2, en relación con el juicio verbal.

(4) Recuérdese que en la Partida 3ª, la procedencia del juicio escrito dependía de que la cantidad reclamada fuera superior o no a diez maravedís (Ley VI, Título XXII); cantidad esta que, a los mismos efectos, sería multiplicada por cien en la Ley de Don Carlos y Doña Juana, dictada en Madrid en 1534, y ratificada por las Cortes de Madrid en 1594; con idénticos efectos es regulada en el Reglamento de 9 de octubre de 1812, de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia (artículos 9, 10 y 11 del capítulo II, y 5 del capítulo III); en el Código de Comercio de 30 de mayo de 1829 (artículos 1209, 1210 y 1212); en el Decreto de las Cortes de 10 de enero de 1838, sobre sustanciación de los pleitos de menor cuantía (artículo 1), y en la LEC de 1855 (artículos 1133 y 1162).

cuencia de la asistemática y poco clara distribución de asuntos trazada por la LJCA, las competencias de los distintos órganos y su interpretación se han convertido en un *semillero de conflictos* difícil de clarificar⁵.

Por otra parte, es de notar también que en la construcción legal de los preceptos que se refieren a la distribución de la competencia, tanto en el orden civil como en el contencioso-administrativo, puede advertirse una característica singular. Y es que normalmente hablamos de la fijación del procedimiento y de la determinación de la competencia objetiva por razón de la cuantía como de dos presupuestos procesales de diferente contenido y no condicionados entre sí, por mucho que el legislador haya entremezclado las normas reguladoras de uno y otro y que la decisión sobre ambos se produzca en el proceso de manera simultánea. Aunque —como hemos apuntado para la esfera civil— hoy apenas se producen casos de incompetencia objetiva por razón de la cuantía, la no correlación entre los límites de cuantía de las distintas clases de procedimientos y de la competencia objetiva hace teóricamente posible la interposición de la demanda ante el Juez competente, pero por un procedimiento inadecuado o ante Juez incompetente pero por el cauce correcto, y sin duda ese margen teórico de posibilidad de desacuerdo se incrementa notablemente en sede contencioso-administrativa, a la luz de las consideraciones antes expuestas.

La adopción en la Ley del criterio de la cuantía a los efectos procesales indicados no ha gozado de aceptación unánime dentro de la doctrina. Sin embargo, la existencia de voces críticas no ha conseguido ocultar la realidad de que la cuantía ha jugado históricamente un importante papel en el proceso, y hoy se emplea como pauta procesal no sólo en nuestro sistema, sino que su uso se generaliza en muchos ordenamientos extranjeros.

La razón que más claramente parece haber justificado la adopción de este criterio como factor de determinación de la competencia objetiva y de la clase de juicio a seguir ha sido el carácter patrimonial de una amplia porción de las relaciones jurídicas. Si es preciso distribuir el conocimiento de las demandas entre distintos tipos de órganos o procedimientos, el importe económico que supone la cuantía no se antoja en principio como un criterio alejado a la naturaleza del Derecho.

Por su parte, las críticas contrarias al criterio de la cuantía suelen dirigirse en una sola dirección; *negar la relación directa entre la entidad económica de un asunto y su complejidad jurídica*, puesto que nada garantiza que un asunto litigioso de poca cuantía no revista una complicación jurídica tal que requie-

(5) No obstante, y por lo que se refiere al orden civil, no todo son ventajas en ese esquema legal. La atribución casi en exclusiva de la competencia objetiva a los Juzgados de Primera Instancia, unida a la disparidad y heterogeneidad de muchos de los negocios y procesos que se pueden sustanciar ante este tipo de órganos, convierte la organización interna de los mismos —como consecuencia de su cotidiano funcionamiento— en una tarea no precisamente sencilla, plena de complicaciones y parca en efectividad. De ello es consciente el legislador, pues sólo así se explica la aplicación cada vez más generalizada de la previsión que contiene el artículo 98 LOPJ. Para la doctrina (vid. DE LA OLIVA, *Los verdaderos tribunales en España: legalidad y derecho al juez predeterminado por la ley*, Madrid, 1992, págs. 129 y ss.) la norma en cuestión no merece sino reproches, habida cuenta que supone delimitar la competencia objetiva de los jueces de Primera Instancia por medio de disposiciones gubernativas, de rango inferior a la ley formal, lo cual difícilmente se compadece con el derecho al Juez predeterminado por la Ley del artículo 24.2 CE.

ra un proceso más amplio o un tribunal más experimentado para decidirlo⁶; también se dice que la aceptación de varios niveles económicos y un proceso para cada nivel es contrario al objetivo de simplificación de los procesos. Al margen de las críticas anteriores y de las distintas opiniones vertidas sobre la conveniencia o no de este criterio (que suele aceptarse, pese a las objeciones, como un mal necesario, por exigencias de economía), la adopción de este referente de la cuantía podría entenderse, desde su auténtica y verdadera vocación, como favorable para la distribución de las cuestiones litigiosas entre los distintos órganos jurisdiccionales, o entre las distintas clases de procesos. Y ello por varias razones, puestas ya de manifiesto por la doctrina: permite fijar el órgano competente de modo objetivo y prácticamente automático y garantiza que sea siempre posible encontrar un Juez competente; facilita la efectividad del derecho de acceso a los Tribunales, puesto que permite establecer un *equilibrio* adecuado entre los intereses económicos en juego en el proceso y el coste económico del mismo, de manera que un coste elevado no disuada al actor de ejercitar su derecho. Sentado el carácter instrumental del proceso, es natural que el legislador trate de acomodarlo a la distinta entidad que pueden tener los asuntos según su cuantía⁷. Y desde el otro lado, al justiciable no le interesa simplemente que haya un proceso a través del cual obtener la tutela judicial, sino también que ese proceso se amolde a las cualidades y características de su derecho de manera que aquéllas no hagan decaer su interés jurídico en litigar.

En segundo lugar, establecer sobre la base de la cuantía una pluralidad de procedimientos cabe entenderse como una manifestación más del *principio de normalidad*: el hecho de que haya procesos más sencillos por razón de la cuantía y otros de más compleja tramitación no responde, como se ha afirmado, a que el legislador pretenda no darse cuenta de la no proporcionalidad entre entidad jurídica y entidad económica, o que tenga una afán específico en otorgar mejor protección jurídica a las controversias que importan una mayor cantidad de dinero. No es que el legislador se empecine en desconocer que un litigio puede ser jurídicamente muy complicado aunque su cuantía sea pequeña; es simplemente que el legislador procesal atribuye la resolución de los litigios a un cauce procesal más sencillo porque lo *normal* es que este tipo de asuntos no revistan mucha complejidad. A mayor complejidad económica suele existir una mayor complejidad en la decisión judicial, y el legislador, al configurar el proceso, atiende a criterios de normalidad y no de excepción.

Desde estos parámetros, el criterio de la cuantía puede garantizar una valoración objetiva de la materia procesal, al margen de consideraciones subjetivas o personales de las partes, sin que se pueda achacar al legislador procesal, necesariamente, una *animadversión* hacia las capas más desfavorecidas de la sociedad. Si lo que se trata es de proteger a éstas, lo más ajustado a razón sería modi-

(6) PRIETO CASTRO, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1964, pág. 217, señala que “no puede admitirse que el importe económico de los negocios haya de determinar la calidad de tribunal ni de procedimiento, porque uno de reducido valor puede ser dificultosísimo, exigiendo un tribunal muy completo, compuesto por jueces muy inteligentes, y un procedimiento muy afinado y amplio para la alegación y prueba de la verdad de los hechos, que pueden presentar grandes complicaciones”. En idéntico sentido, ALMAGRO NOSETTE, *Derecho Procesal*, vol. I, UNED, 1982, pág. 62. En tono más dramático, pero no exento de realismo, LÓPEZ MORENO, *Procedimiento civil y criminal*, Madrid, 1901, pág. 110, postula que “el pleito en el que se ventila la propiedad del pequeño prado, de la pobre choza o de la miserable vaca, es para el desgraciado que no cuenta con otros recursos, de la misma importancia y trascendencia que aquel otro en que se discute sobre la pertenencia de vastos territorios, de espléndidos palacios o de baños numerosísimos, para el hombre de cuantía fortuna”.

(7) En palabras de CARNELUTTI, “el Estado tiene a disposición de los litigantes jueces de mayor y menor categoría, de la misma manera, si se me permite el parangón, que un comerciante tiene a disposición de los clientes mercaderías más y menos costosas”, *Sistema de Derecho Procesal Civil* (trad. Sentís Melendo y Alcalá Zamora), tomo II, Buenos Aires, 1944, pág. 306.

ficar o ampliar el régimen de justicia gratuita, pero no condicionar el proceso que corresponde a cómo conceptúe cada litigante su propio interés, sin una mínima garantía de objetividad en dicha valoración. En último caso, el esquema diseñado con el criterio de la cuantía garantiza el carácter de norma general, de cierre, de los distintos procedimientos ordinarios, puesto que atiende no a su naturaleza, sino a su valoración económica. Siempre habrá, pues, un proceso a seguir, determinado por criterios predeterminados, objetivos y generales, cuando la Ley no establezca cauce específico a seguir.

Consideraciones que, sin duda, operan en la esfera civil, dado el marcado carácter patrimonial que lo preside, y en algunos de los numerosos asuntos despachados en el proceso administrativo. Pero una atenta mirada al conjunto de la planta contencioso-administrativa nos puede hacer descubrir la inmediata presencia de otros intereses en juego. Y nos referimos a la traducción, en el organigrama de esta planta, de un concreto modelo de Estado y de distribución territorial del poder público, que es, en última instancia, a quien controla este orden jurisdiccional⁸.

Y es desde estos extremos que acabamos de exponer desde donde podríamos entender el criterio de la cuantía como favorable en la determinación del órgano competente y del proceso a seguir, esto es, con la mirada puesta en dichos términos de equilibrio, normalidad, objetividad y garantía del sistema, a grandes rasgos, las notas que caracterizan su uso en el orden civil. Toda vez, claro está, que la regulación que establezca tanto sus reglas como el momento procesal oportuno de hacerlo sean sencillas, certeras y precisas. Ahora bien, cuando el argumento se torna en contra, la normalidad es excepción, el equilibrio falta de sistema y de claridad y la objetividad arbitraria distribución de asuntos, entonces la aceptación se convierte en rechazo, *enérgico y sin paliativos*. El auténtico despropósito organizado por el legislador en la distribución de competencias de los órganos jurisdiccionales del contencioso-administrativo es el punto de nuestras críticas. Cuando el criterio de la cuantía se usa aleatoriamente, sin sentido, con el único fin de limitar competencias de atribución por temor al funcionamiento de unos órganos judiciales en los que se desconfía, sin entidad de sistema que distribuye el trabajo razonablemente, entonces sólo existe un perjuicio, que es el ciudadano. Y basta una mirada atenta a los artículos 8 y siguientes de la LJCA para comprender esta postura. La cuantía se ha alzado, en el reparto competencial y en régimen de acceso a los recursos, como el arma utilizada por el legislador para decapitar una planta, huérfana a estas alturas de un criterio certero y seguro sobre el que organizarse.

II. ACERCAMIENTO A UNA NOCIÓN DE CUANTÍA

Definir cualquier realidad o fenómeno jurídico es una tarea cuyo grado de complejidad suele depender de la mayor o menor fortuna con que se haya acometido la tarea legislativa. Cuanto más perfecto y homogéneo sea el texto de la Ley, más fácil será conocer las características y cualidades

(8) En nuestra opinión, la distribución de competencias entre los distintos órganos que componen la planta contencioso-administrativa es una materia de profundo significado político y hasta constitucional en este concreto orden jurisdiccional. En su configuración no sólo resulta determinante la eficacia misma del sistema, sino el *modelo de distribución territorial del poder público* al que necesariamente debe vincularse en su labor última de aplicación del Derecho. Y es en el contexto de ese marco general donde pretendemos nosotros situar hoy la figura de la cuantía, como *elemento fundamental de ordenación* de dicho sistema que va a condicionar, en buena medida, la *eficacia y la celeridad* del actual modelo de control de la Administración.

esenciales de la institución regulada, así como distinguir a ésta de otras con las que pueda aparecer confundida en el tráfico jurídico⁹.

Partiendo de esta base, intentar una definición de cuantía de la demanda¹⁰ comporta una labor sencilla (por cuanto suele ser habitual la presencia de un interés económico en juego al lado del interés de los litigantes) y ardua a la vez, puesto que no existe una definición legal de cuantía, válida para todo tipo de supuestos, y al mismo tiempo la Ley, la doctrina y la jurisprudencia emplean una variedad de expresiones difíciles de sistematizar entre sí¹¹. No obstante, y pese a que la omisión de un concepto legal constituya un notable inconveniente a nuestros fines, esta ausencia no debe sorprendernos, puesto que –huelga reconocerlo– no es tarea legislativa confeccionar un catálogo de definiciones jurídicas. A pesar de ello, es de justicia admitir que todo esfuerzo dirigido a delimitar los perfiles de las instituciones objeto de regulación en el ordenamiento procesal contribuye desde luego a evitar gran parte del que destinan tribunales de justicia y autores a descifrar qué quiere decir el legislador donde nada dice la Ley, lo que en ocasiones, por encima de buenas intenciones, puede conducir a resultados meramente especulativos o confusos, y, por tanto, perjudiciales para la buena administración de justicia. La presente reforma procesal que acaba de estrenarse no ha contribuido a salvar este escollo de nuestra legislación vigente, ni ha encontrado un término medio, satisfactorio y equilibrado, en este punto, entre el extremo teórico y el práctico. Tal vez esa falta de definición legal de la cuantía de la demanda tenga que mucho que ver con el pragmatismo que ha caracterizado durante siglos nuestra legislación procesal, al margen de incipientes construcciones doctrinales. Más allá de este vacío, la LEC se caracteriza por su disparidad y falta de criterio a la hora de referirse a este objeto.

Y esta falta de criterio uniforme, no sólo al definir la cuantía, sino también en las distintas concepciones de la misma, ha llevado la preocupación de autores y tribunales por los mismos derroteros que los del legislador, esto es, no hacia una definición, sino, sencillamente, a resolver problemas que se derivan de su determinación. En cualquier caso, es posible identificar un mínimo común en todas las reglas de cuantía de la demanda que contiene la LEC. Y es que en cada uno de los supuestos recogidos por la norma trasciende, existe, un *solo interés económico* en juego, bien sea porque el proceso trata sobre un mismo objeto material, sobre una misma relación jurídica, un mismo título o una misma causa de pedir; el interés económico en juego es único, sin perjuicio de que la materia sobre la que se decide se limite a una sola petición o a un número plural de pretensiones.

Así pues, podríamos señalar que en todo proceso civil, y en buena medida también en todo proceso administrativo, se discute sobre una materia jurídica en la que junto al interés jurídico del

(9) En sentido etimológico *definir* no es sólo describir las cualidades de un ser o de un fenómeno, “fijar con claridad, exactitud y precisión la significación de una palabra o la naturaleza de una persona o cosa”, *Diccionario de la lengua española*, RAE, 22ª ed., Madrid, 2002, sino *de-finire*, esto es, establecer los límites o confines de un ser, separándolo de sus semejantes.

(10) Seguimos en este punto la expresión utilizada por GONZÁLEZ GARCÍA, *La determinación del procedimiento por razón de la cuantía*, Granada, 1996, págs. 55 y ss., no sólo por ser la más acorde con la tradición jurídico-procesal, sino porque como señala el mismo autor, “es capaz de designar elementos de importancia en la determinación de dicho interés: el momento en que la cuantía ha de quedar fijada, la persona a quien se atribuye la carga de la determinación (el demandante), así como la exclusión en su cómputo de las alegaciones del demandado”, notas estas obviamente características del proceso civil y que alcanzan notorias excepciones en el proceso administrativo.

(11) Sirvan como ejemplo, por citar las más frecuentes, valor de la demanda, cuantía litigiosa, o de la cosa litigiosa, cantidad objeto del litigio, interés económico del pleito, valor de lo pedido, valor de la pretensión, etc.

actor (que se concreta en los términos en que demanda es planteada), como regla general se contiene un interés económico o patrimonial que, salvo norma especial aplicable al caso, es determinante de la clase de procedimiento y de la competencia objetiva. Ocurre sencillamente que *no es fácil calcular en todos los casos a cuánto asciende dicho interés*, por diversas razones, esencialmente, por la dificultad intrínseca de computar en dinero el interés de gran parte de las relaciones o negocios a efectos de un proceso (piénsese en el plano administrativo, las relaciones Administración-administrado, no siempre sencillas de evaluar económicamente), ya sea por afectar a un número plural de personas, ya sea por el carácter multifacético o complejo del negocio en sí.

Y puesto que en el plano civil, porque el contencioso sí establece aquí una nota diferencial, la Ley encomienda el cálculo del interés económico del proceso a una de las partes del litigio, para evitar el riesgo de subjetivación presente en el actor, el legislador se ve en la necesidad de establecer un sistema que garantice la objetividad —para eso están las garantías, para prevenir riesgos— en la fijación de la cuantía de la demanda y, consiguientemente, de los presupuestos del proceso que dependen de ella. Por esto, la determinación de la cuantía no se basará directamente en el interés económico que para el actor tiene de forma más o menos razonada la materia en cuestión, sino en la aplicación de un régimen legal, que se supone objetivo y general, de baremación del interés económico en juego en el proceso. En conclusión, puede decirse que la cuantía de la demanda tampoco puede ser identificada, necesariamente, con el interés económico en juego en el proceso: por cuantía de la demanda debemos entender, en consecuencia, la medida, en cuanto resultado, del interés económico en juego en un proceso en concreto, conforme a las reglas legales ordenadas directamente a la fijación de ese interés, para establecer a través de ellas determinados presupuestos procesales¹².

III. LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA Y LAS CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS; TRASCENDENCIA EN EL MARCO DEL PROCESO

Como hemos podido ver, el legislador no se para a definir de manera genérica lo que es la cuantía de la demanda, dirigiendo su empeño y su interés al establecimiento de bases objetivas y generales para poder determinar la misma en cada procedimiento concreto. Para ello, decíamos, diseña un sistema legal de medición del interés económico en juego que garantiza al tiempo las exigencias de predeterminación del Juez y de indisponibilidad de los litigantes sobre el cauce procesal. Sin embargo, la operatividad de este sistema no es inmediata; requiere, como señalara CHIOVENDA¹³, primero identificar la realidad cuya valoración se pretende (esto es, conocer la realidad jurídica), y segundo, establecer cómo se evalúa el interés económico de esa realidad (es decir, seleccionar cuál es el criterio o regla legal de determinación). Tras estos pasos podrán ya

(12) La cuantía no es pues el interés en sí, sino el resultado económico que se obtiene tras aplicar unas reglas de cálculo establecidas en la LEC que están destinadas a medir de forma objetiva ese interés, pero que no tiene por qué coincidir necesariamente con él. De todo ello, y con mejor fundamento y criterio, extrae GONZÁLEZ GARCÍA, *La determinación del procedimiento por razón de la cuantía*, Granada, 1996, págs. 101 a 106, una serie de consideraciones precisas a las que nos sumamos.

(13) CHIOVENDA “Capacidad especial objetiva de los órganos jurisdiccionales”, *Principios de Derecho Procesal Civil* (trad. Casais Santaló), 1920, págs. 634 y ss.

realizarse las operaciones materiales de determinación de la cuantía, para fijar a partir de ella el Juez competente y el tipo de proceso.

Sin embargo, no resulta baldío entrar a considerar algunos aspectos relativos a esa realidad cuya valoración pretendemos, máxime si tenemos en cuenta los tiempos de respuesta judicial sobre todo en el orden contencioso-administrativo. Y puesto que el proceso es una institución jurídica con un *dies a quo* y un *dies ad quem*, de tracto sucesivo, a lo largo del cual las variables económicas y legales que permiten fijar la cuantía pueden verse alteradas, resulta lícito preguntarse si los cambios en el valor de esa realidad, producidos durante la pendencia del juicio, afectan al procedimiento escogido o determinado por el órgano judicial.

Y es que la cuestión, a pesar de que en principio nos merezca una respuesta negativa, presenta algunos interrogantes, puesto que no existe acuerdo sobre si la denominada *perpetuatio iurisdictionis* (en adelante, *p.i.*), a la que se vincula la inamovilidad de la cuantía durante el proceso, ha de extenderse también al tipo procedimental escogido. De entrada, su finalidad es la de evitar las incidencias derivadas de un eventual cambio de Juez o conjurar maquinaciones de las partes dirigidas a alterar de forma fraudulenta las condiciones en que la litis fue constituida, y al respecto, la doctrina se mostraba partidaria, en general, de extender sus consecuencias al cauce procesal por razón de la cuantía¹⁴. Pero la diversidad de factores que puede originar una alteración de la situación inicial nos lleva a considerandos distintos.

Si nos enfrentamos a un aumento o disminución del precio del bien objeto del litigio, en este caso la solución es la brindada por la *p.i.* Ello porque el interés que mueve al particular a litigar no es susceptible de una única valoración en el tiempo, pues puede sufrir variaciones que difícilmente se cohonestan con las exigencias de seguridad jurídica y eficacia necesarias en el proceso. Si lo que cambia, sin embargo, no son los hechos sino el objeto mismo, esto es, que se produzca un aumento o disminución de las pretensiones o de las acciones afirmadas (imaginemos supuestos de desistimiento parcial, reconocimiento parcial de pretensiones en vía administrativa –artículo 76 LJCA–, acumulación de autos o reconvencción), la situación difiere notablemente y ya no es tan clara. La LEC no contiene ninguna previsión en este extremo, por lo que no existe un criterio sobre si lo razonable sería mantener el cauce inicial o modificarlo. Las posturas no son claras¹⁵, y menos en dos órdenes

(14) Vid. MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS y GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, parte general, Valencia, 1991, pág. 163.

(15) Para el caso de la reconvencción, su régimen jurídico en relación con la cuantía es más claro. La cuantía de la demanda reconvenccional se computa por separado de la del proceso principal (artículos 489.17ª y 63.4ª LEC de 1881, artículo 255.5ª LEC de 2000). Dicha cuantía opera como límite de admisibilidad de la reconvencción en un proceso ya constituido, pero no afecta ni altera la cuantía principal del pleito. Con relación a la acumulación de autos, la legislación procesal es más confusa, y respecto al contencioso-administrativo, la especialidad de la materia vuelve a marcar de nuevo una nota de distinción (véanse las recientes previsiones contempladas en el artículo 37.2 LJCA sobre lo que se ha denominado el *recurso testigo*). Debemos reconocer que no hay norma alguna en la LEC que convierta la acumulación de autos en excepción a la *p.i.* del Juez ni a la fijación del proceso a seguir por razón de la cuantía, por lo que su tratamiento jurídico intramuros del Derecho no tiene por qué ser diferente al resto de fenómenos de acumulación sobrevenida. Vid. sobre el particular el completo estudio de ARMENTA DEU, *La acumulación de autos (reunión de procesos conexos)*, Madrid, 1983. Desde esta postura, que compartimos, la acumulación de autos no debe suponer una revaloración del objeto procesal, con las consecuencias que sean menester en la clase de juicio o en la competencia objetiva, puesto que aquí no es aplicable ni el artículo 155 LEC de 1881, ni el actual artículo 255.5ª LEC de 2000. Este planteamiento nos lleva a considerar, en sede interpretativa, que el contenido del artículo 41.3 LJCA, al referirse a “los supuestos de acumulación”, debe hacer mención únicamente a la acumulación de acciones –o de pretensiones, según la terminología empleada por la LJCA– y no a la de autos.

que difieren como el civil y el contencioso. Pensemos que mientras en el proceso civil es el actor quien define *ab initio* el marco de la controversia y sus presupuestos, en el contencioso-administrativo es el órgano jurisdiccional quien fija la cuantía y por ende, el procedimiento, *ex artículo 40.1*.

Y en último término, si lo que cambian son las normas de determinación legal de la cuantía, bien modificando las reglas, bien variando los topes cuantitativos del tipo procesal o de la competencia objetiva, la cuestión enlaza directamente con los límites temporales de las normas procesales, entrando en juego dos factores: el desarrollo temporal sucesivo del proceso y la irretroactividad de las normas procesales¹⁶.

En definitiva, que la determinación de la cuantía será tenida en cuenta a lo largo del litigio (civil o contencioso-administrativo) cuantas veces sea necesario decidir cualquier cuestión de índole procedimental. Lo normal es que se trate de un derecho de acceso a determinados recursos devolutivos (especialmente la apelación, limitada en el contencioso, y la casación). Es decir, que interpuesta la demanda, la cuantía en ella afirmada, o determinada por el órgano, según corresponda, no agota su eficacia procesal en la “simple” fijación del órgano competente y del procedimiento a seguir, sino que otras cuestiones procesales siguen dependiendo de ella¹⁷.

IV. LAS REGLAS LEGALES DE DETERMINACIÓN: NOTAS CARACTERÍSTICAS

Hemos repasado de forma somera los trazos más significativos, a nuestro entender, de lo que constituye la primera de las actividades requeridas para realizar cualquier valoración económica, esto es, determinar la realidad que vamos a considerar. Siguiendo ese hilo conductor, nos corresponde ahora analizar los distintos criterios de determinación del interés económico que se han de aplicar, su estructura, su alineamiento, en un intento de precisar *en qué medida sirven a su fin*. Esto en el bien entendido que el estudio concreto y pormenorizado de todas y cada una de las reglas de determinación, su problemática y su contraste con las anteriores pautas que recogía la LEC de 1881 excede con mucho las pretensiones de este estudio. Así pues, dirigiremos nuestros esfuerzos a desgranar las notas configuradoras del sistema, sus parámetros de actuación y su descripción general.

Habría que comenzar diciendo que las reglas de determinación de la cuantía de la demanda se construyen y ordenan en torno a una serie de criterios destinados a promover el cumplimiento de los presupuestos procesales que de aquélla dependen, de la forma menos gravosa para las partes pero siempre con respeto a las exigencias que se derivan de la seguridad jurídica. Su plasmación en la LEC responde a la búsqueda por el legislador de garantías de objetividad para el sistema, pues-

(16) DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1992, pág. 256.

(17) Así, por ejemplo, en el supuesto resuelto por la STC 50/1990, de 26 de marzo, el Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación por entender que, al haber sido parcialmente estimada la reconvención, el importe de la condena no rebasaba el límite económico de admisibilidad del recurso. El Tribunal Constitucional estima el amparo solicitado por considerar que la cuantía a tener en cuenta a efectos de admitir el recurso, no es la de la condena, sino la de la demanda o, como en este caso, la de la reconvención.

to que estamos ante normas y reglas generales y uniformemente aplicables en todos los casos en que sea necesario determinar la cuantía y, por ende, que la elección del Juez y del tipo de procedimiento no quede en manos del cómputo subjetivo que el actor haga de su propio interés económico, pasando por encima de la propia voluntad del legislador. Al mismo tiempo, que la determinación de la cuantía responda a criterios legales, objetivos, es también una garantía de cara a que la actividad valorativa pueda ser sometida a ulterior control, de oficio o a instancia de parte, según los procesos. Y es que, en definitiva, la lógica se impone, puesto que si la cuantía va a servir para fijar la competencia objetiva y el cauce procesal, es natural entender no sólo que esas reglas estén tipificadas en la Ley, sino que además participen de su misma naturaleza de normas de *ius cogens*, inderogables, ya que lo son los presupuestos procesales de los que la cuantía es instrumental¹⁸.

Sin embargo, esta específica concepción sobre la naturaleza de las reglas de cuantía ha de ser entendida, como ya ha señalado la doctrina¹⁹, como una opción del legislador ordinario, no como una exigencia constitucional. Por lo que se refiere a la competencia objetiva, ésta forma parte del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, que enuncia el artículo 24.2 CE²⁰. Pero la garantía constitucional no exige más que “la ley, con generalidad y anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar en cada caso cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso”²¹. Por tanto no es que esos criterios sean indisponibles: sería perfectamente acorde con el Texto Fundamental un modelo de determinación de la competencia objetiva donde primase la voluntad de las partes sobre la del legislador, siempre y cuando estuviésemos ante derechos e intereses disponibles para sus titulares. Otra cosa sería considerar si esta opción hipotética es o no la más aceptable en virtud de la naturaleza garantista del proceso y de los objetivos que con el mismo se persiguen²².

(18) Tal y como ha expresado buena parte de la doctrina. Así, PRIETO CASTRO, “Expresión del valor para determinar la competencia objetiva”, en *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, 1950, pág. 57; GUASP, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, 2ª ed., Madrid, 1948, pág. 136; BONET NAVARRO, *La nueva comparecencia del juicio de menor cuantía*, Barcelona, 1988, pág. 38; ALONSO CUEVILLAS, *La comparecencia preparatoria del juicio de menor cuantía*, Barcelona, 1992, pág. 235; ARÉVALO LASSA, “Tutela Judicial efectiva e inadecuación del procedimiento”, *Principios constitucionales en el proceso civil*, CGPJ, núm. 22, 1993, pág. 559, explica con claridad esta postura: “si el proceso sólo puede cumplir la función social que se le atribuye a través de las normas de procedimiento, dejar a las partes la elección de éstas sería tanto como atribuirles la facultad de decidir la forma en que se va a dispensar la tutela jurisdiccional”.

(19) Vid., por todos, GONZÁLEZ GARCÍA, *La determinación del procedimiento por razón de la cuantía*, Granada, 1996, pág. 147.

(20) Para DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “El derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pág. 81, “queda claro que la garantía de la predeterminación legal cubre (...) la competencia del órgano *lato sensu*, es decir, incluyendo en tal expresión todos los criterios aptos para identificar cuál entre todos los órganos jurisdiccionales debe conocer de un asunto o de parte del mismo”. A juicio de este autor, la cuestión no es discutida en la doctrina y ha sido reconocida, entre otras, en las SSTC 47/1983, 101/1984 y 148/1987.

(21) STC 101/1984, de 8 de noviembre.

(22) Como hemos señalado, la especial configuración de la cuantía en el proceso civil, de la que se hace depender, ante todo, la clase de proceso a seguir, hace imposible dejar esta cuestión así zanjada. Si consideramos que con la planta actual, la competencia objetiva por razón de la cuantía se atribuye casi totalmente a los Juzgados de Primera Instancia, llegaremos a la conclusión de que la determinación de la cuantía en el proceso civil (que no en el contencioso-administrativo) servirá casi en exclusiva para decidir el cauce procesal a seguir, pues la competencia objetiva se conocerá casi automáticamente. Esto, añadido a la confusa redacción de algunos preceptos de la anterior LEC de 1881 (vid. artículos 494 y 693.1º), a la errónea comprensión de cierta jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a la flexibilidad con que el Tribunal Supremo aplica los efectos racionales de la inadecuación del proceso por razón de la cuantía, nos lleva a plantearnos seriamente si

Volviendo de nuevo a las notas características de las mentadas reglas de determinación, habría que decir en segundo lugar que su esencia y aplicación deben ser sencillas, de fácil manejo, puesto que la sencillez es, por lo demás, siempre una garantía de acierto. Sobre todo ante los casos en los que computar a cuánto asciende el interés económico de un proceso revista una notable dificultad (por la complejidad misma del objeto, por la pluralidad de sistemas valorativos, por lo complicado de escoger la regla de valoración, etc.) Sólo un sistema de computación del valor de fácil manejo conseguirá evitar que la tarea se torne excesivamente compleja para el justiciable, que quiere conocer cuál es el órgano competente y el proceso ordinario que le corresponde según la Ley a una cuestión controvertida en concreto. Sencillez que, por otra parte, debe incardinarse tanto en las mismas operaciones de valoración, como en la elección de la regla aplicable y en la obtención del resultado.

Y cerrando este bosquejo de características, y junto a la sencillez como predicado exigible, también el legislador ha de tener presente la necesidad de acercarse lo más posible a la realidad en el diseño de estas normas, para que el equilibrio de intereses en juego y costes del proceso sea un hecho, y al tiempo la medida de ese interés alcance en lo posible al interés real, al que opera de modo cierto extramuros del proceso. Veamos, pues, esas notas características del sistema.

Tanto del anterior artículo 489 LEC de 1881 como de los vigentes artículos 251 y 252 LEC de 2000²³, destaca a primera vista su considerable extensión, incrementada con las nuevas presiones de la Ley 1/2000, aunque con una sistemática diferente, más clara a nuestro entender. Evidentemente, el legislador trata de contener el mayor número posible de materias controvertidas, aunque como es obvio, la vitalidad y espontaneidad de las relaciones jurídicas hace imposible semejante propósito legislativo, ya que las reglas, por muy detalladas y precisas que sean, difícilmente podrán enunciar la multitud de posibilidades que se pueden dar en el tráfico.

Pero al margen de que sean insuficientes o no, lo que en principio parece quedar bien claro es la intención del legislador de crear un sistema *cerrado* de valoración extendido a la mayor cantidad posible de situaciones, y que reduzca al máximo los casos en que, por inexistencia del criterio valorativo, la demanda debe tramitarse por los cauces del proceso común (antes el de menor cuantía, con la nueva LEC el juicio ordinario). Pretensión que deja patente la propia Exposición de Motivos de la Ley 1/2000, de 8 de enero, cuando señala que “la cuantía sigue cumpliendo un papel no

de verdad las normas sobre la cuantía son o no derecho cogente. Y si además sumamos las nuevas previsiones recogidas en la LEC de 2000, artículos 422 y 255, sobre la posibilidad de acuerdo al que pueden llegar las partes respecto al valor de la demanda, normas a las que se remite el artículo 40.3 LJCA, las dudas se tornan más bien sombras en ese punto. Esa nueva posibilidad de acuerdo sobre la cuantía choca frontalmente con el carácter indisponible de la competencia que a través de ella se pretende determinar, y constituye un peligro cierto de manipulación de las mismas con el riesgo añadido, en el plano contencioso-administrativo, de la presencia de un sujeto armado ya de suficientes prerrogativas como para que también haga uso de ésta. En nuestra opinión el legislador ha partido del ingenuo entendimiento de que las partes en litigio vayan a estar dispuestas a ponerse voluntariamente de acuerdo sobre aquello que les enfrenta, pero dicha ingenuidad puede convertirse en un arma de doble filo frente a las garantías del proceso.

(23) En el contencioso-administrativo, la LJCA dedica a este punto el lacónico artículo 42, con una remisión directa a la legislación procesal civil, otorgando el carácter de especialidades a las previsiones y reglas en él contenidas.

desdeñable y las reglas sobre su determinación cambian notablemente con mejor contenido y estructura, procurándose, por otra parte, que la indeterminación inicial quede circunscrita a los casos verdaderamente irreducibles a toda cuantificación, siquiera relativa”.

Con la nueva LEC, el legislador ciertamente ha tratado no sólo de ampliar los supuestos, sino también de mejorar su redacción y precisar y simplificar su contenido, incorporando matices y cuestiones que habían sido puestos de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia, y aclarando la sistemática global con la ordenación que ofrece. Realmente, no cabe tildar ni al anterior artículo 489 ni a los actuales 251 y 252 de casuísticos, puesto que lo que se quiere no es una pluralidad de tutelas diferentes, sino establecer supuestos de hecho generales en cuyo seno cabe incluir una amplia variedad de pretensiones o de acciones cuyo interés económico, según el criterio del legislador, está definido en todas ellas por los mismos elementos.

V. TRATAMIENTO PROCESAL; CONTROL DE OFICIO E IMPUGNACIÓN POR EL DEMANDADO

La cuantía señalada en la demanda sirve al actor para fundar la competencia del Juez y la clase de juicio ordinario a seguir, como hemos visto. Pero ahora surge el interrogante de saber hasta dónde alcanzan los poderes de oficio del órgano para controlar su propia competencia y el tipo de proceso propuesto en la demanda, cuestión que no plantea inconveniente, al menos de entrada, en el proceso administrativo, por las excepciones existentes al principio dispositivo que confieren importantes poderes de dirección al Juez en el curso del proceso (vid., como ejemplo, los artículos 7.2 y 3, para la competencia, 33.2 y 3, para las pretensiones, 35.2, para la acumulación de acciones, 40.1, para la cuantía, 45.2, para el contenido del escrito de interposición, 56.1, para el contenido de la demanda, 58 y 59, sobre alegaciones previas, 66.1, para la prueba, 78.3 y 9, para el procedimiento abreviado, etc.)

Partimos de la base de que la legislación procesal no da una respuesta única a esta cuestión, sino que adopta distintas soluciones según cuál sea la consecuencia procesal derivada de una defectuosa aplicación de las normas de cuantía. Es decir, que habrá que distinguir los casos en que la incorrecta actividad valorativa haya conducido a tramitar la causa por un cauce inadecuado o ante un Juez sin competencia objetiva.

Para el caso de la incompetencia objetiva, el ordenamiento procesal –tanto la LEC como la LJCA– establece un control judicial de oficio de la competencia en congruencia con su carácter cogente e indisponible –en la anterior LEC de 1881, artículo 491; en la LEC de 2000, artículos 48, 257 y 404; en la LJCA, artículo 7.2–. En cualquier caso, como hemos dicho ya, la incidencia real hoy, en el orden civil, del control de oficio de la competencia objetiva por razón de la cuantía es muy escasa, tras la supresión de los llamados Juzgados de Distrito y la onmicompetencia casi exclusiva de los de Primera Instancia. Situación sencillamente inversa a la que vive el orden contencioso-administrativo, con un sistema de distribución competencial tan falto de claridad que requerirá en buena medida del concurso de dicho control.

Mayores problemas presenta, en sede civil, otorgar poderes al Juez para apreciar de oficio la inadecuación del procedimiento por razón de la cuantía y, en tal caso, precisar hasta dónde alcanzan. Mientras tanto, la LJCA guarda al respecto un respetuoso silencio que ha de situar los puntos de mira otra vez en el campo civil. En ese sentido, resultan fundamentales los artículos 491 LEC de 1881 y 254.1 LEC de 2000, según los cuales al juicio se le dará inicialmente la tramitación que haya indicado el actor en su demanda. Parece claro que el Juez no puede abstenerse de considerar que el cauce es inadecuado por la cuantía, pero en la interpretación del precepto no hay, precisamente, unanimidad para decidir si el Juez está vinculado o no por la tramitación solicitada en la demanda. Resulta lógico pensar que la clave del asunto puede residenciarse en el mismo principio que inspira la configuración formal del proceso, es decir, en el principio dispositivo. Es éste el que ha llevado al legislador a construir un sistema de control de los presupuestos procesales donde las facultades del Juez están mermadas, descargándose la labor defensiva en el demandado, y en buena medida esta razón y la jurisprudencia constitucional que entiende excluida la clase de juicio del ámbito de protección del artículo 24.1 CE²⁴, sirven de apoyatura a la tesis de que el tipo procedimental es disponible.

Pero estas justificaciones en nada afectan a la naturaleza de las normas que regulan la clase de proceso a seguir. Y es que es necesario deslindar el plano legal del constitucional. Sentada dicha doctrina por el Tribunal Constitucional, es al legislador ordinario a quien corresponde determinar los modos de ejercicio de la tutela judicial efectiva, con el único límite del mismo artículo 24 CE, quedando la cuestión entonces en determinar la naturaleza de dichas normas pero en el plano de la legalidad ordinaria. Y como ya avanzamos, participan de la misma naturaleza, como el mismo Tribunal Constitucional ha reconocido: “el artículo 24 CE no incluye derecho fundamental a procesos determinados, sino que son los Tribunales ordinarios quienes, aplicando normas competenciales y de otra índole, han de encauzar cada pretensión por el procedimiento adecuado, sea éste o no el elegido por la parte actora”²⁵.

Con lo cual, y dado que las normas imperativas lo son para las partes por así establecerlo la Ley, no puede ser contrario a la tutela judicial efectiva que los jueces aprecien de oficio el cumplimiento de tales normas, como manifestación de su sometimiento a la Ley. Esto es, no estamos sino ante una cuestión de legalidad ordinaria.

En resumen, que la naturaleza imperativa avala el posible control de oficio, pero la necesidad de evitar al máximo que lo actuado devenga ineficaz (por mor de los principios de economía procesal y conservación de los actos procesales) exige que ese control de oficio se produzca lo antes posible. Tal vez por eso el legislador de la LEC de 2000 haya incluido en el mentado artículo 254, además de un encabezamiento que reza “control de oficio de la clase de juicio por razón de la cuantía”, un segun-

(24) Sirva como muestra la STC 17/1985, de 11 de febrero: “el derecho a la tutela judicial efectiva (...) no exige, siempre que se respete el contenido esencial del mismo, que dicha tutela se configure de una forma determinada, sino que admite múltiples posibilidades en la ordenación de jurisdicciones y procesos y también, por tanto, de instancias y recursos” (FJ 1º). En esa línea insiste la STC 298/1993, de 18 de octubre: “el art.24 CE no impone cauces determinados, siempre que se respeten las garantías esenciales para proteger judicialmente los derechos e intereses legítimos de los justiciables” (FJ 6º).

(25) STC 2/1986, de 13 de enero (FJ 2º).

La impronta de la cuantía en el proceso

do inciso en el párrafo primero que señala que “no obstante, si a la vista de las alegaciones de la demanda el tribunal advirtiese que el juicio elegido por el actor no corresponde al valor señalado o a la materia a la que se refiera la demanda, el tribunal, mediante providencia, dará al asunto la tramitación que corresponda, sin estar vinculado por el tipo de juicio solicitado en la demanda”.

Aunque como hemos visto, el Juez tiene la posibilidad de alterar el cauce procesal ordinario escogido por el actor en la demanda, en verdad esa facultad no es utilizada muy frecuentemente en la práctica. Salvo que se trate de errores manifiestos en la aplicación por el demandante de las normas sobre cuantía, el órgano ordenará tramitar la demanda según el cauce solicitado por el actor, lo que se traducirá en que el *vehículo habitual de control* de la actividad valorativa del actor lo constituirá la impugnación procesal de la cuantía por el demandado.

No resulta intrascendente realizar un comentario aclarativo acerca del marco regulatorio presente en la LJCA antes de entrar en materia, aunque como veremos su normativa reenvía de nuevo al proceso civil. En el proceso administrativo, y como consecuencia decíamos de sus especialidades y excepciones al principio dispositivo, por la materia en juego, el reparto de papeles entre las partes y el órgano judicial se presenta trastocado respecto del orden civil. Para lo que nos interesa, en el caso de la cuantía es el órgano jurisdiccional (artículo 40.1) quien fija la cuantía del recurso, una vez las partes han formulado su parecer al respecto, puesto que en caso contrario, artículo 40.2, el órgano judicial requerirá al demandante para que lo haga so pena de fijarlo unilateralmente, aunque eso sí, previa audiencia del demandado. Por lo tanto no es el actor quien valora y decide subjetivamente, con sujeción a las reglas legales de determinación, la cuantía de la demanda y por ende otros tantos presupuestos procesales. Es el órgano jurisdiccional quien, asumiendo la dirección de la controversia, establece definitivamente y garantiza la fijación de la cuantía, aunque el actor siga teniendo un papel relevante en la misma, siquiera sea de modo inicial. Sin embargo, la regulación regresa al plano de la paridad civil cuando afronta el asunto de la impugnación de la cuantía por el demandado, y el artículo 40.3 dictamina que cuando aquél no estuviese de acuerdo con la fijada por el demandante, lo expondrá por escrito y dicho incidente se sustanciará “con arreglo a lo dispuesto para estos casos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, con lo que nos devuelve al punto donde iniciamos este apartado.

Con el nuevo marco legal brindado por la Ley 1/2000, de 8 de enero, la impugnación de la cuantía por el demandado para oponerse a la clase de juicio no se acomoda al régimen de las anteriores excepciones procesales, ni tampoco se sustancia por los cauces del desaparecido incidente procesal (artículos 741 y siguientes LEC de 1881). El nuevo texto establece, a estos efectos, medios específicos de impugnación en los dos tipos de procesos ordinarios que recoge, el verbal y el juicio ordinario. Nuestro punto de partida será el artículo 255, intitulado “impugnación de la cuantía y de la clase de juicio por razón de la cuantía”, y excluirémos de entrada el control de la competencia del Juez determinado por contar ésta con un cauce propio de control –la declinatoria– y establecerlo taxativamente de este modo la misma Ley (vid. artículos 63 y siguientes en conexión con el artículo 416.2 para el juicio ordinario y el artículo 443.2 segundo inciso, para el juicio verbal).

En el caso del juicio ordinario, el demandado podrá impugnar la cuantía de la demanda cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro, o resultaría procedente el recurso de casación. Dicha impugnación se llevará a cabo en la contestación a la demanda (artículo 405.3), y la cuestión será resuelta en la audiencia previa al juicio, una

fase destinada por la Ley a resolver las posibles cuestiones sobre presupuestos y óbices procesales, determinar con precisión las pretensiones de las partes y el ámbito de la controversia así como la proposición y admisión de las pruebas pertinentes (vid. artículo 416). La regulación concreta se va a recoger en el artículo 422, llamándonos poderosamente la atención un punto que destacábamos páginas atrás, al describir las líneas generales del sistema de valoración. El tribunal va a oír a las partes y a resolver en el acto lo que proceda, “ateniéndose, en su caso, al acuerdo al que pudieran llegar las partes respecto del valor de la cosa litigiosa”. Si la falta de acuerdo permanece, el tribunal decide oralmente de forma motivada. Cabrían aquí, pues, las mismas consideraciones vertidas páginas atrás. ¿Supone acaso esta previsión una brecha abierta al carácter indisponible de las reglas de cuantía por cuanto se permite esa posibilidad de pacto, o el mismo está también sujeto a aquéllas? ¿Realmente cree el legislador en esta opción o se permite, ingenuamente, una puerta al fraude procesal del que siempre se beneficia la parte más poderosa? Interrogantes que habrán de esperar una contestación en la práctica procesal.

Para el caso del juicio verbal los pasos son similares, partiendo del artículo 255.3, que nos envía al desarrollo de la vista recogido en el artículo 443.2, pero sin mencionarse en este caso la anterior posibilidad de acuerdo entre las partes. Quien sorprendentemente sí toma esta posición, antes claro está de la LEC de 2000, es el artículo 78.9 LJCA para el caso del procedimiento abreviado. Aquí se optó por evitar el reenvío a la LEC, aunque a la luz de lo expuesto, con el nuevo marco normativo, hubiera dado lo mismo. El legislador confía en la operatividad de un potencial acuerdo, movido con toda seguridad por la mejor de las intenciones, pero no recaba en el riesgo evidente que puede suponer un torcido uso de esta previsión, máxime cuando una de las partes es la propia Administración.

Frente a la decisión tomada en último término por el órgano judicial, la disparidad entre ambos cauces jurisdiccionales vuelve a ser la moneda de cambio. Mientras que la LJCA se refiere en su artículo 40.4 a que no cabrá recurso alguno contra el auto, pese a que el perjudicado pueda fundar el de queja en la indebida determinación de la cuantía (otorgando así en esta vía un estrecho margen, habida cuenta que el recurso puede no ser susceptible de apelación, y la previsión es por tanto estéril), la LEC, más generosa en estos términos que su homónima, permite hacer constar en acta la disconformidad (no olvidemos que aquí preside, por fin, el principio de oralidad de las actuaciones), a los efectos de apelar contra la sentencia que en definitiva recaiga, teniendo en cuenta que la apelación, en sede civil, es universal.

La resolución que resuelve la impugnación de la cuantía por el demandado va a contener cualquiera de estos dos pronunciamientos: o declarar inadecuado el cauce procesal por razón de la cuantía, o declarar procedente el proceso señalado hasta el momento. Es decir, si la resolución es desestimatoria, el Juez ordena la continuación del proceso discutido. Ahora bien, de declararse la improcedencia del cauce procesal, la Ley se limita a decir que el Juez ha de expresar el cauce procesal por el que corresponde dirimir la contienda. Y las posibles consecuencias son dos: bien la anulación de lo actuado, dejando libre al actor su derecho para volver a demandar a través del cauce adecuado a la cuantía en juego, o bien la conversión del procedimiento inadecuado manteniendo, en lo posible, la validez de las actuaciones ya realizadas, y continuando el proceso por los trámites que correspondan por la cuantía finalmente señalada.

La impronta de la cuantía en el proceso

Y de las dos opciones, la nueva LEC, aunque nada afirme de forma expresa, parece inclinarse por la primera, siempre y cuando el proceso haya podido generar alguna suerte de indefensión. Este último cariz es el que creemos que ha añadido el nuevo texto, pues el anterior se decantaba por asimilar los efectos de la casación por inadecuación del procedimiento a los de la casación por incompetencia objetiva (artículo 1692), efectos que conforme al artículo 1715.1.1 son los mismos que se derivan de la nulidad. En realidad, la solución legal es poco correcta en un plano puramente conceptual. La calidad de adecuado o no de un procedimiento seguido es independiente de la medida en que ésta afecte a la calidad y cantidad de garantías del juicio. Con otras palabras, una cosa es que el procedimiento seguido sea adecuado y otra diferente que el cauce seguido ofrezca más o menos garantías que aquel que hubiera correspondido seguir. Por ello entendemos que la declaración de inadecuación del procedimiento ha de ser independiente de las consecuencias que el Juez, atendiendo a tales consideraciones, quiera dar a dicha declaración.

El hecho de que la inadecuación del proceso no ponga hoy, en sede civil, en juego la competencia objetiva del Juez, salvo en supuestos excepcionales, y considerando además el desarrollo de los principios de conservación de los actos procesales y de economía procesal, debería contribuir, junto con razones de proporcionalidad en la reacción jurídica del órgano jurisdiccional, a que las decisiones judiciales entendieran subsanable el defecto de inadecuación de procedimiento, máxime cuando así ocurre en el caso de la materia²⁶.

Cabría plantearse, en último término, una cuestión no menor a nuestro entender. Cuando el artículo 40.3 LJCA se remite a la LEC para sustanciar el incidente según lo dispuesto en ella, el legislador está pensando en el procedimiento incidental de la entonces vigente LEC de 1881, recogido en los artículos 741 y siguientes, y eminentemente escrito, y de ninguna manera, obvio es decirlo, en el trámite de la audiencia previa en el juicio ordinario. La conclusión es evidente. El desajuste producido por la nueva regulación puede originar problemas en el proceder del órgano judicial, puesto que en el proceso administrativo no existe una fase equivalente a la audiencia previa, y el principio que domina las actuaciones es, sigue siendo, el de escritura. Tal vez el remedio camine por la vía de la lacónica previsión de los artículos 137 y 138 LJCA, pero la problemática desde luego no es baladí, puesto que se trata de amoldar un instituto creado para una sustanciación oral en un trámite escrito, lo que generará dudas en lo que se refiere a plazos, momento procesal oportuno para actuarlo o forma de la resolución.

VI. REFLEXIONES FINALES: LA CUANTÍA EN EL MARCO DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El criterio de la cuantía para materializar el valor del recurso y fijar la competencia objetiva y funcional de los tribunales contenciosos ha sido y es una constante a lo largo de la evolución de esta jurisdicción. Y dos han sido, principalmente, las críticas que se han planteado a su operatividad. De un lado, la verdadera efectividad de este criterio fuera de los supuestos puramente económi-

(26) Por citar algunas, SSTS de 18 de junio y 10 de octubre de 1991. Acerca del cambio de actitud jurisprudencial sobre los efectos de la declaración de inadecuación del procedimiento, a la luz del derecho a la tutela judicial, vid. el trabajo de AREVALO LASSA, "Tutela judicial efectiva e inadecuación del procedimiento", *Principios constitucionales en el proceso civil*, CGPJ, núm. 22, 1993, págs. 549 y ss.

cos (en esta sede, fundamentalmente, los fiscales), y de otro, la debatida cuestión de si este parámetro es el más correcto para limitar el acceso a una segunda instancia cuando lo verdaderamente importante es si se ha producido una infracción del ordenamiento jurídico por la Administración, y en qué medida ello ha conculcado los derechos del administrado²⁷. Ciertamente, y desde hace tiempo, la doctrina ha venido planteándose la dificultad de justificar el hecho de que al elevar el límite establecido para el acceso a los recursos, gran número de pretensiones no llegan al conocimiento del Tribunal Supremo, pregunta esta que aún hoy seguimos haciéndonos²⁸. En cualquier caso, la presencia de esta figura y su impronta en el cauce procesal administrativo nos evidencia la fragilidad, por no decir el subjetivismo, de las teóricas barreras entre lo profundo y lo sencillo, o tal vez, entre lo cualitativo y lo cuantitativo. Y es que en verdad, la calidad es una permanente exigencia, pero el *quantum* es lo que justifica muchas actitudes humanas²⁹.

Y si la LJCA de 1956 siguió, en lo que a criterios para la determinación de la cuantía se refiere, los mismos criterios recogidos en la evolución de esta jurisdicción, esto es, aplicación supletoria de la LEC, y para la fijación de la misma, encomendando la tarea de inicio al demandante en el escrito de interposición del recurso y sólo en su defecto al Tribunal (manteniendo la posibilidad de oposición del demandado en caso de desacuerdo, a través del trámite del incidente correspondiente, para fijarla definitivamente con la comprobación del órgano judicial de ser ésta acorde con los criterios establecidos legalmente³⁰), en el marco actual, la nueva regulación merece, desde nuestra consideración, una crítica principalmente por la confusión a que se presta y la insuficiencia que presenta, dejando sin solución un problema que desde hace tiempo ni ha sido suficientemente tratado ni ha tenido una regulación adecuada, y por la sensación de que “la Ley parece no haber actuado mirando al futuro, sino condicionada por el pasado”³¹. Aunque pudiera pasar

(27) Vid., al respecto, C. MARTÍN-RETORTILLO, “La cuantía en las demandas contencioso-administrativas”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 5, 1948, págs. 276 y 277, y MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *La cuantía en el recurso contencioso-administrativo (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Barcelona, 2000, pág. 29.

(28) Como podemos ver, la problemática suscitada con una de las proyecciones que la figura de la cuantía alcanza en el proceso sí ha tenido resonancia en sede doctrinal, aunque no deje de ser cierto que la existencia de estudios que hayan pretendido profundizar en su verdadera esencia y naturaleza jurídica han brillado por su ausencia, con algunas excepciones, como el reciente trabajo de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, arriba citado. En nuestra opinión, sigue existiendo la duda de averiguar si esta argumentación (la de limitar el acceso de los recursos al Tribunal Supremo por razón de la cuantía, so pretexto de bloquear su funcionamiento) es suficiente para justificar la utilización de un criterio limitativo del acceso a un segundo conocimiento. Más aun cuando este obstáculo no se limita sólo al recurso de casación, el cual como es bien conocido no es una segunda instancia, sino también a la apelación introducida en los artículos 81 y siguientes de la Ley de 13 de julio de 1998.

(29) Vid. TOLIVAR ALAS, en el prólogo a la obra de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *La cuantía en el recurso contencioso-administrativo (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Barcelona, 2000, págs. 13 y 14.

(30) Vid. al respecto, C. MARTÍN-RETORTILLO, “Sobre la nueva Ley de lo Contencioso-administrativo”, *Revista General del Derecho*, núm. 166-167, 1958, págs. 706 a 711.

(31) Vid. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *La cuantía en el recurso contencioso-administrativo (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Barcelona, 2000, pág. 34.

desapercibido, el cambio introducido en la nueva ordenación merece, cuando menos, un breve análisis por la importancia que puede llegar a adquirir en el cuadro general del proceso³².

Cambio de orientación, que no se ha visto acompañado por una regulación adecuada que sigue sin embargo los parámetros de la anterior normativa, e incongruencia, en definitiva, que tal vez sea debida a la ya habitual falta de atención del legislador sobre esta figura, que no obstante despliega importantes consecuencias a lo largo de todo el cauce procedimental. Consideraciones que denotan a las claras, a nuestro juicio, el ánimo reformador que en este punto ha movido al legislador, tributario en este extremo de lo que hasta la fecha ha venido estableciendo el Tribunal Supremo, quien en una línea jurisprudencial mayoritaria ha sostenido la falta de vinculación del órgano a la cuantía señalada por las partes, a pesar de hablarse en la normativa anterior de su determinación por aquéllas³³.

Desde luego, la fijación de la cuantía por el órgano jurisdiccional, tal y como establece el artículo 40 de la Ley, supone o podría interpretarse como una verdadera excepción al principio dispositivo, según el cual son las partes las que fijarán el objeto del proceso, tal y como establece el artículo 33. Y si la excepción a tal principio puede encontrar fundamentación para el supuesto contemplado en el párrafo segundo de dicho artículo 33 (el Juez estima que la cuestión no ha sido debidamente planteada o apreciada por las partes), fundamentación que los autores han justificado en el principio *iura novit curia*³⁴, no parece encontrarse ninguna base en que amparar que sea el órga-

(32) Creemos que el mero cambio literal que, aparentemente, presenta dicha normativa, obedece a un cambio de orientación del legislador siguiendo, quizás, la clara tendencia marcada ya por el Tribunal Supremo hasta el momento. El cambio al que nos referimos es el relativo a la nueva redacción del artículo 40, que si bien determina en su párrafo primero que ahora la fijación de la cuantía del recurso la llevará a cabo el órgano jurisdiccional, una vez que las partes exponen, si así lo desean, su parecer al respecto en los escritos de demanda y contestación, mantiene el resto del precepto en la misma línea de la regulación anterior (donde era el demandante quien fijaba la cuantía en el escrito de interposición, y de no proceder a ello era requerido por el órgano para tal fin, continuando, coherentemente, con la previsión de que en defecto de respuesta, la establecería el propio órgano), con lo que genera una evidente incoherencia en el seno del precepto, ya que si la cuantía es fijada por el órgano no tiene sentido que se establezca que en otro caso el órgano requerirá al demandante, cuando anteriormente se ha dicho que la única posibilidad de éste es proponerla en el escrito de demanda, de forma además opcional o potestativa.

(33) Así lo hace notar TOLIVAR ALAS, "Comentario al artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa", VVAA (REDA, núm. 100), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, Madrid, 1998, pág. 370. En la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, con base en la normativa anterior, se ido conformando una doctrina al respecto de la cuantía sobre la base de la casuística, que va señalando día a día cuáles son los problemas y cuáles sus posibles soluciones. Es doctrina reiterada de este Alto Tribunal el entender que en el tema de la determinación de la cuantía del recurso ésta deba llevarse a cabo "según la real entidad material de la cuestión litigiosa" (vid. AATS de 11 de noviembre de 1997, Ar. 8671, y 24 de noviembre de 1997, Ar. 8673), lo que realmente responde tanto a las prescripciones legales anteriores como a la actual normativa. Pero en lo que se refiere a quién determina la cuantía en el marco del proceso, nos encontramos con que no existe un criterio único presente como base, sino que en algunos casos es fijada por las partes y en otros por el Tribunal, siendo sin embargo esta última la tendencia más marcada, puesto que se ha entendido esta figura por el Tribunal Supremo como un presupuesto procesal de orden público, cuyo examen y control corresponde al Tribunal a quo (vid. por todos, el ATS de 24 de noviembre de 1997, Ar. 8673). Y ello en contra de lo preceptuado en el antiguo artículo 49 de la LJCA de 1956. Hoy, con la regulación del artículo 40 de la Ley, y un respaldo específico a esa tesis sustentada por el Tribunal, todo parece indicar que la continuidad de la misma está garantizada.

(34) Vid. GIMENO SENDRA, "Los principios del proceso", *Derecho procesal administrativo*, Valencia, 1991, págs. 77 a 80, quien señala que justamente existe la obligación judicial de sugerir tesis jurídicas, para el caso de que el Tribunal entienda que hay otros motivos susceptibles de fundamentar el recurso o la oposición. Por otro lado, el principio dispositivo siempre se ha visto como un poder de disposición sobre el ejercicio de la acción y el objeto del proceso, tal y como recoge ORTELLS RAMOS, "Los medios de impugnación", en *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso Civil, 8ª ed., Valencia, 1998, pág. 335.

no jurisdiccional el que tenga encomendada esta función, ya que se trata de una cuestión puramente de hecho y de su valoración, y no de una eventual fundamentación jurídica³⁵.

Argumentos existen, como en toda cuestión de Derecho, para defender tanto una como otra postura. De un lado, la que entiende que deben ser las partes las que lleven a cabo este cometido³⁶, se apoya en los principios dispositivo, de aportación de parte y en el derecho constitucional de tutela judicial efectiva, otorgando las máximas posibilidades a los litigantes para que cuantifiquen el objeto del proceso, ya que es cierto que son ellas las que tienen la facultad y a su vez el deber de dejar delimitado el objeto de la controversia, en el que la cuantía resulta fundamental y principal elemento. Del otro, la que defiende que debe ser el órgano quien desarrolle esa labor (postura esta seguida en la práctica judicial pese a no ser conforme con la anterior regulación), se ha seguido justificando en la idea de que la cuantía es un elemento de orden público, un presupuesto procesal básico determinante en no pocas ocasiones de la competencia del tribunal e incluso definitivo a la hora de establecer si el procedimiento a seguir será el ordinario o el abreviado.

En cualquier caso, la problemática se genera como consecuencia de que sea la cuantía a la vez que la valoración económica de la pretensión, un presupuesto para la determinación de la competencia de los tribunales, del procedimiento a seguir e incluso del acceso a los medios de impugnación. Y es esa *doble naturaleza* adquirida la que produce el conflicto, presentándose, de un lado, como *elemento del objeto del recurso* (en cuyo caso correspondería su determinación a las partes sobre la base del principio dispositivo que rige el recurso contencioso-administrativo), y de otro, como *presupuesto procesal* determinante de aspectos imprescindibles del mismo, con lo que correspondería su fijación al tribunal. Y todo ello desde el convencimiento de que este criterio no nos parece el más adecuado para ordenar el proceso administrativo, a pesar de su uso tan frecuente a lo largo de la historia.

Esta doble naturaleza de la cuantía, a la que debemos buscar una solución factible, nos hace ponderar la relevancia de dos aspectos fundamentales, como son la cuantificación de la pretensión (que como tal deberían llevar a cabo las partes), y el presupuesto procesal de orden público (que constituye una facultad más del órgano judicial). Y tomar una u otra postura no resulta sencillo, teniendo en cuenta las consecuencias que supone inclinarse por uno u otro extremo³⁷. Por ello,

(35) En general, la nueva redacción del artículo 40 nos puede hacer pensar que se trata, ciertamente, de una nueva visión en el tratamiento de esta figura. Sin embargo, la contradictoria literalidad del precepto no nos deja claro, en último término, a quién le corresponde la potestad de determinar la cuantía, porque no queda predeterminada de forma certera el destinatario de esta función. Y podría afirmarse que, al menos, la idea general de la cual parece partir el precepto es la ampliación de los poderes de intervención del órgano jurisdiccional en esta cuestión. En nuestra opinión, era más coherente la regulación anterior, que dejaba claro que la cuantía debían fijarla las partes y sólo en su defecto el tribunal, aun que pueda ser más o menos correcto otorgar esta facultad a las partes o al órgano jurisdiccional.

(36) Respecto a su naturaleza dispositiva, y entendiendo que se trata realmente de la pretensión misma del recurso y por ello el objeto del mismo, a determinar por las partes, *vid.*, por todos, GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, tomo II, 2ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, pág. 440.

(37) Si optamos por la prioridad de la cuantificación de la pretensión, dejamos en manos de las partes la fijación de la misma, provocando que sean ellas quienes determinen indirectamente la competencia del tribunal, el procedimiento que debe seguirse e incluso la posibilidad de acceso o no al sistema de recursos diseñado por la Ley, lo cual no parece del todo justo, pudiendo llevar a situaciones de cierto desequilibrio y agravio al quedar a su merced aspectos puramente procesa-

debería plantearse la realización de una regulación coherente de la cuantía que sea respetuosa con todos los principios y derechos que están en juego en el proceso contencioso-administrativo, lo cual podía haberse llevado a cabo con ocasión de la promulgación de la Ley 29/1998, que no se ha conformado con no dar solución a los problemas que la regulación anterior traía consigo, sino que con su incoherencia ha agravado las dificultades que en torno a esta figura se ciernen.

En definitiva, creemos que la adopción de una postura al respecto puede suponer, en principio, dejar a un lado el criterio de la cuantía en la determinación de aspectos procesales tan esenciales como la competencia o el acceso a los recursos, puesto que, por lo demás, no deja de generar algunos problemas en su operatividad práctica³⁸. La cuantía deben fijarla las partes, como evidente cuantificación de la pretensión objeto del recurso que es, sin que esa función deba atribuirse al órgano judicial, cuyo deber será el velar por el escrupuloso respeto de las normas dictadas para su determinación y decidir, finalmente, en caso de desacuerdo y a la vista de las argumentaciones y aportaciones de cada una de las partes, la correcta valoración del objeto del proceso.

Desde luego, y en lo que a la órbita competencial se refiere, bien podría prescindirse de esta figura en la determinación de los asuntos que corresponden a cada órgano. Distinto podría ser la fijación del cauce procedimental a seguir, aunque articulado de manera más certera y precisa por el legislador, principalmente en cuanto al momento de su fijación, como veremos a continuación. Ciertamente, no está en juego el mismo interés en asuntos de menor que de mayor cuantía. Como apuntábamos más atrás, a mayor complejidad económica suele existir una mayor complejidad en la decisión judicial, y el legislador, al configurar el proceso, *atiende a criterios de normalidad y no de excepción*. El sistema no es perfecto, indudablemente, y no tratamos con estas observaciones de convertirlo en tal, como si de un esquema abstracto a rellenar, dogmáticamente, se tratara, sino de que dé cuenta, del mejor modo posible, de la realidad. Y ante la diversidad de la misma, puede que la objetividad que confiere un elemento como el de la cuantía sea beneficioso para el proceso, como podría defenderse desde su más que contrastada tradición histórica. Pero también se trata de buscarle el mejor acomodo posible, y quizás para el contencioso-administrativo, no esté en la distribución de competencias ni en el acceso a la segunda instancia. No es una condena irremisible a

les. Tampoco es plenamente satisfactoria la otra postura por la que parece optar la regulación actual, al entender que lo que prima es la visión puramente procesal de la cuantía entendida como presupuesto procesal básico que debe quedar al arbitrio de los tribunales, dado que no podemos dejar a un lado la vertiente de la cuantificación de la pretensión objeto del recurso, ya que de otro modo se cerraría el círculo de facultades de las partes en cuanto al objeto del recurso de forma peligrosa, rompiendo el principio dispositivo y originando un salto hacia atrás al regresar al principio de oficialidad que tanto costó ir dejando de lado a lo largo de historia.

(38) Una política esta, como sabemos, justificada en la Exposición de Motivos de la Ley alegando el exceso de carga de trabajo que soporta el Tribunal Supremo, y adelantando peores consecuencias que las existentes de no llevarse a cabo. Y una argumentación, en último término, de doble filo, puesto que si el propio legislador entiende que puede afectar al derecho a la tutela judicial efectiva el hecho de resolver un recurso extemporáneamente, pero al fin y al cabo resolverlo, entendiéndolo por ello con dilaciones indebidas, lo cual compartimos plenamente, creemos que más justificada es la idea de entender que el no dar acceso a los tribunales de un caso por su escasa, aunque no tanto en ocasiones, cuantía, para evitar las dilaciones en el resto, afecta más frontalmente al derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que si malo es que se resuelva en un plazo excesivo, que pueda hacer ya desde un punto de vista práctico inservible o poco viable la efectividad de la resolución, peor es el no poder tener acceso ni a eso. El problema por ello es buscar una solución intermedia, que consiga el acceso a una resolución judicial de la cuestión litigiosa en la mayoría posible de los supuestos, y a la vez que ello se haga en un tiempo aconsejable y que haga efectivo el resultado obtenido en la misma, problema este al que el legislador de 1998 no ha respondido adecuadamente.

la cuantía como encarnación de la injusticia y las diferencias sociales de clase, sino de repensar su verdadera proyección y dimensión en el proceso; un proceso que debe evolucionar siempre hacia las coordenadas de una mayor y más eficaz tutela efectiva del ciudadano. Porque no se trata de construir un edificio perfecto para el proceso, sino de que éste sea habitable en unas condiciones, las mejores posibles, que aseguren la tranquilidad de sus moradores y de quienes los visitan.

Para concluir, restaría enlazar algún apunte sobre otro de los extremos que consideramos más problemáticos en el entorno de la nueva Ley respecto a la cuantía. Nos referimos al momento de su determinación, otro de los puntos que plantea serias dudas en su operatividad dentro del cauce procesal diseñado. Con la regulación brindada por la Ley 29/1998, es el órgano jurisdiccional quien, como sabemos, fijará la cuantía del recurso, y lo hará una vez formulados los escritos de demanda y contestación, tras la potestativa toma de postura por las partes. Lo cual genera importantes desajustes en el normal desenvolvimiento del proceso en orden, insistimos, primero a la cuestión competencial (vid., al respecto los límites cuantitativos que para la competencia de los Juzgados establece el artículo 8), punto de partida de la posterior tramitación, luego respecto al procedimiento a seguir (el artículo 78 establece en su marco objetivo de aplicación los asuntos competencia de los Juzgados cuya cuantía no supere las 500.000 pesetas) y en último caso, en lo que al sistema de recursos frente a las resoluciones del órgano se refiere (v. gr., frente a un auto que deniega la suspensión de la ejecución del acto administrativo, tras la sustanciación en pieza separada de la medida cautelar, que se tramita normalmente con anterioridad al momento de realización de los escritos de demanda y contestación, ¿cabe apelación contra ese auto? Difícilmente podremos saberlo si hasta un momento posterior el órgano no fija la cuantía del recurso, con los perjuicios y eventuales incongruencias que dicho panorama puede generar).

Por ello no compartimos la idea de que la cuantía se fije en cualquier momento del proceso, porque entendemos que de esa forma se deja absolutamente de lado su papel como presupuesto procesal de primer orden, tal y como está configurado hoy este cauce jurisdiccional³⁹. Defendemos,

(39) Como en algunas ocasiones ha sostenido el Tribunal Supremo, también nosotros entendemos que la cuantía debe ser fijada inicialmente, y siguiendo en este punto a la LJCA de 1956, en el escrito de interposición y sobre la propuesta de la parte recurrente y posterior alegación de la parte recurrida, instrumentando para ello, si es necesario, la apertura de un incidente en pieza separada para su fijación, con los pertinentes poderes de vigilancia y determinación, en defecto de acuerdo, por parte del órgano jurisdiccional. Propuesta esta, la de densificación de la fase previa a los primeros pasos procedimentales, que ya sosteníamos respecto a la vista en el procedimiento abreviado, y que encaja perfectamente con los principios de contradicción, de defensa y congruencia (vid. "El procedimiento abreviado en la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa", *e-Derecho Administrativo (e-DeA)*, núm. 1, marzo 2001, www.filosofiyderecho.com). Una postura que choca, sin embargo, con la sostenida por MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *La cuantía en el recurso contencioso-administrativo (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Barcelona, 2000, pág. 100, quien sostiene que dicha determinación no se realice en una fase inicial, sino posteriormente y a la vista de los argumentos y pruebas aportadas por las partes tras los escritos de contestación y demanda y, en su caso, de la fase probatoria. Para nosotros, y teniendo en cuenta las connotaciones que para la determinación de la competencia, el procedimiento a seguir, las medidas cautelares y su pie de recurso y el acceso al sistema de recursos tiene la cuantía, es necesario fijarla cuanto antes *ab limine litis*. En cualquier caso, lo que no es en absoluto de recibo es otra de las posturas sostenidas de manera abrumadora por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y nos referimos a la modificación unilateral por parte del órgano jurisdiccional, casi en cualquier momento del proceso, de la cuantía de la causa en aras a declarar su inadmisión en un concreto recurso arbitrado por la Ley (vid., por todas, la STS de 10 de marzo de 1998, Ar. 2224). Esta práctica en la alteración de la cuantía choca de lleno con el principio constitucional que proscribe la indefensión material (artículo 24.1 CE) cuando hay cauces procesales específicos para ello que garantizan

La impronta de la cuantía en el proceso

así, la eliminación de la cuantía como criterio de atribución de competencias y como valladar en el acceso a un sistema de recursos; pero mientras esta regulación siga en pie es necesario buscar alternativas de celeridad y concentración en la tramitación del procedimiento, ya sea el ordinario o el abreviado, con el norte siempre puesto en que una justicia lenta es lo mismo que una falta de justicia, y que la efectividad de un derecho como el de la tutela judicial pasa, irremediablemente, por soluciones de agilización en la actuación de los órganos jurisdiccionales.

la audiencia de las partes en tal decisión. Dichas exigencias constitucionales se respetan siempre que la alteración de cuantía se formule a través de los cauces previstos en la Ley (artículos 49.4 y 85.4), dado que en esos supuestos la parte perjudicada por la petición de alteración de la cuantía del asunto conoce de la existencia de tal petición y de las razones esgrimidas en su apoyo, permitiéndosele la oposición razonada antes de la decisión del órgano judicial. En cambio, cuando es el propio órgano judicial el que de oficio, bien en el trámite de admisión (artículo 85.2), bien en la sentencia, altera la cuantía, nos encontramos ante una decisión judicial (y nada menos que de inadmisibilidad) adoptada *inaudita parte*. Si la inadmisibilidad se declara de oficio en la sentencia que resuelve el recurso de apelación, ni tan siquiera tendremos –en muchos casos– una posibilidad de audiencia posterior a través de alguna vía de recurso. La atención a estos problemas de eventual indefensión quizá debiera merecer una reconsideración de la jurisprudencia que viene estimando la alteración de la cuantía como una cuestión de orden público, que puede ser adoptada de oficio por el órgano judicial, instrumentando en tales casos una fase de audiencia de interesados. En este mismo sentido se pronuncia LÓPEZ RAMÓN, “Comentario a los artículos 81 y 82 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”, VV.AA. (REDA, núm. 100), *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, Madrid, 1998, págs. 587 a 597.

La corrección de desequilibrios en el sector comercial: El nuevo impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales y las ayudas al pequeño comercio

HELENA VILLAREJO GALENDE

Departamento de Derecho Administrativo
Facultad de Ciencias Económicas y
Empresariales
Universidad de Valladolid

Sumario:

1. Consideraciones previas: la búsqueda del equilibrio entre las distintas formas de distribución comercial. A) La crisis del pequeño comercio: de la novela decimonónica a los albores del siglo XXI. B) El sector del comercio minorista español y el desenfreno en la producción legislativa. **2. El impuesto catalán sobre los grandes establecimientos comerciales.** A) La polémica creación del tributo y su controvertida constitucionalidad. B) El hecho imponible: “la utilización de grandes superficies con finalidades comerciales”. Supuestos de no sujeción y exenciones. C) Dos cuestiones polémicas: La posible “doble imposición” y el “carácter extrafiscal” del impuesto. D) La afectación de las cantidades recaudadas a la financiación de ayudas al comercio tradicional. El Plan de Dinamización del Comercio Urbano. E) El impuesto como constatación del fracaso de la política comercial de la Generalidad. **3. La importación del modelo catalán por otras Comunidades Autónomas y consideraciones finales.**

1. CONSIDERACIONES PREVIAS: LA BÚSQUEDA DEL EQUILIBRIO ENTRE LAS DISTINTAS FORMAS DE DISTRIBUCIÓN COMERCIAL

A) La crisis del pequeño comercio: de la novela decimonónica a los albores del siglo XXI

En 1883 Émile ZOLA publicó *El Paraíso de las Damas*, una novela en la que relata la crisis del pequeño comercio ante la aparición de los grandes almacenes. La implacable maquinaria comercial de *El paraíso de las Damas* —con sus precios sin competencia, sus promociones fabulosas, su publicidad incesante— va a revolucionar no sólo el sistema comercial sino hasta la estructura social y urbanística de la ciudad de París. La lucha entre los pequeños comerciantes y el gran comercio (que representa a la sazón el enfrentamiento entre dos concepciones de la vida) aparece en la novela magníficamente personificada en dos de sus protagonistas: el viejo tendero Baudu, que pretende que mientras viva su comercio de paños siga estando como lo heredó; y Mouret, artífice y propietario del gran centro comercial, “la catedral del comercio moderno, construida para todo un pueblo de compradoras”.

Baudu, que sueña con formar una alianza, una coalición de todos los pequeños comerciantes para plantarle cara al coloso, habla en estos términos: “Dime si no es una locura que en una tienda de novedades se venda de todo. Antes, cuando el comercio era cosa de gente honrada, la especialidad de novedades sólo abarcaba los tejidos, y punto. Hoy en día, esos comercios no piensan más que en pisotear a los vecinos y quedarse con todo... Y de eso se queja el barrio, porque las tiendas pequeñas empiezan a acusar seriamente el golpe. Ese Mouret las está arruinando...”

Mouret, sumo sacerdote de un templo edificado para crear apetitos de lujo insatisfechos, es despótico con el viejo comerciante: “Tenía que desaparecer, no quedaba más remedio, los almacenes debían seguir adelante. (...) ¿Se le ocurriría a alguien detener a las locomotoras cuando iban rodando por sus raíles?”¹.

Muchas horas han contado los relojes desde que ZOLA escribiera estas páginas. Si hoy pudiera coger otra vez su pluma tendría que incluir a un nuevo personaje en su novela: el legislador. Un personaje al que se le ha ocurrido aquello que a Mouret le parecía absurdo (“detener a las locomotoras”) y apoyar la resistencia heroica del pequeño comercio.

Sirva esta literaria presentación para introducir al lector en el objeto de estudio de este artículo: la creación de un nuevo tributo autonómico que grava a los grandes establecimientos comerciales. Y, además, para poner de relieve el punto de vista desde el que va a ser analizado. Nadie espere encontrar en estas páginas un examen riguroso del tributo desde la perspectiva del Derecho Financiero². Concebimos el impuesto autonómico sobre los grandes establecimientos comerciales como el último episodio

(1) ZOLA, E., *Au Bonheur des Dames* (trad. cast: GALLEGU, M. T. y GARCÍA, A. (1999), *El Paraíso de las Damas*, Alba Editorial, Barcelona, pp. 44 y 549.

(2) Para ello puede prestarse atención a voces más autorizadas: CORS MEYA, X. (2002), “Impuesto sobre grandes establecimientos comerciales (I.G.E.C.)”, *Revista de Derecho Financiero y de Hacienda Pública*, núm. 263, enero-marzo, pp. 15 y ss. y VVAA (2002), *El nuevo impuesto sobre grandes establecimientos comerciales* (comentarios prácticos a la legislación catalana con referencias a su equivalente navarro), Bosch Editor-Manubens&Asociados Abogados, Barcelona, in totum.

El nuevo impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales

de una política comercial que pretende corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales. El establecimiento de un tributo sobre determinadas fórmulas de distribución comercial es una alternativa frente al empleo de otras formas de intervención administrativa que presenta la ventaja de ser más sutil y tener una mayor aceptación social³.

B) El sector del comercio minorista español y el desenfreno en la producción legislativa

El nuevo impuesto es una muestra más de la creciente intervención legislativa y administrativa en el comercio, frente a la exigua regulación existente hasta hace pocos años⁴. Sin duda, el incremento de la producción normativa obedece a los cambios acaecidos en el sector de la distribución comercial española.

En las dos últimas décadas el comercio minorista ha experimentado una profunda transformación que ha supuesto “un paso acelerado de unas estructuras marcadamente tradicionales a una distribución moderna, donde ha sido determinante la penetración de fórmulas y capitales extranjeros”⁵. A partir de la aparición de la primera gran superficie en Barcelona en 1973, comienza a desarrollarse rápidamente en España una nueva fórmula de distribución comercial que, al menos, durante toda la década de los ochenta y primera mitad de los noventa, ha tenido un incremento espectacular. El crecimiento exponencial de grandes establecimientos comerciales por todo el país y, al mismo tiempo, la desaparición de un buen número de comercios tradicionales⁶, hizo temer a los Poderes públicos por el futuro de un sector, el comercial, que da trabajo acerca de dos millo-

(3) En este sentido, VOGEL (1979), “La Hacienda Pública y el Derecho Constitucional”, *Hacienda Pública Española*, núm. 59, p. 19.

(4) Tradicionalmente la regulación del comercio ha sido siempre la propia del Derecho privado, en concreto, del Derecho mercantil. Sin embargo, aunque la actividad comercial siga recibiendo su tratamiento jurídico básico mediante normas privadas de Derecho civil y mercantil, al mismo tiempo, es cada vez mayor el número de normas administrativas, de normas de Derecho público, que repercuten en la actividad comercial tratando de regular la intervención del sector público. Las distintas normas que se ocupan de la regulación del comercio interior han venido a establecer un sistema normativo de naturaleza preponderantemente administrativa. Tal y como ha destacado la propia doctrina mercantilista, *vid., ad exemplum*, DE LA VEGA GARCÍA, F.L.(1999), “La actividad comercial minorista ante la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia”, *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 17, pp. 307 y 308.

(5) Cfr. TRESPALACIOS, J.A., IGLESIAS, V. y FERNÁNDEZ POLANCO, J.M. (2001), *Comprar en Europa: Distribución comercial y conducta de los consumidores*, Síntesis, Madrid, p. 200.

(6) La reducción del número de establecimientos tradicionales ha sido especialmente intensa en el sector de la alimentación: en las dos últimas décadas, su número se ha visto menguado a menos de la mitad; mientras que, en el mismo período, los hipermercados han crecido a un ritmo del 11 por 100 anual. Véase, con detalle, ÁLVAREZ CANTALAPIEDRA, S. (2002), “Los cambios en las prácticas alimentarias de los consumidores españoles”, *Boletín Económico de ICE*, núm. 2733, del 24 al 30 de junio, pp. 19 y ss. A pesar de la pérdida de la hegemonía de la tienda tradicional en el suministro de alimentos a los hogares, el autor apunta una serie de datos muy relevantes, que no pueden ser pasados por alto: “Con todo, empiezan a aparecer los primeros indicios del término de este proceso de transición hacia nuevas formas de comercialización, al menos en lo que se refiere a las grandes superficies. La pérdida de cuota de mercado de las tiendas tradicionales se ha ralentizado y, si se atiende a la evolución de las ventas globales de alimentos a pesetas constantes, se comprueba que los hipermercados tan sólo logran un crecimiento de sus ventas del 14,6 por 100 en el período 1995-2000, cuando entre 1991 y 1997 sus ventas se incrementaron un 97 por ciento. Las ventas medias por establecimiento también apuntan a las crecientes dificultades de las grandes superficies por acaparar mayores porciones del mercado. Las ventas medias en cada tienda suben en los establecimientos tradicionales”. Todo ello indica, según ÁLVAREZ CANTALAPIEDRA, que “aunque está disminuyendo el número de establecimientos, la pérdida de cuota de mercado se compensa parcialmente por el mayor volumen de negocio de las que continúan” (p. 24).

nes de persona y representa alrededor del 12 por ciento del PIB español⁷. Los lógicos temores originaron las consiguientes actuaciones de los Poderes públicos en aras de tratar de poner remedio a lo que se presentaba como una situación catastrófica para nuestro comercio interior. Hasta ahora se ha acudido, fundamentalmente, a dos técnicas de intervención diversas. Por una parte, la búsqueda en el ordenamiento urbanístico de instrumentos para armonizar el desarrollo urbano con la política comercial (surge así el llamado *urbanismo comercial*) y, por otra parte, se pretende modificar la estructura comercial a través de medidas de fomento⁸. Ambas técnicas se ejecutan, la mayoría de las veces, por medio de planes. Y así, tenemos los distintos “Planes de Equipamientos Comerciales”, que ordenan la instalación de las grandes superficies en el territorio de cada Comunidad Autónoma; y los “Planes de Modernización o Dinamización del comercio interior”, mediante los cuales se intenta reformar las estructuras comerciales con una política de incentivos a cargo de la Administración que persigue, con carácter general, tres objetivos: redimensión de los locales comerciales, modernización de la actividad comercial y mejora de la formación del personal del sector⁹. Como novedad, a esta “planificación comercial”¹⁰ se ha venido a sumar, recientemente, la creación de una nueva carga fiscal: el impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales que han introducido algunas Comunidades Autónomas¹¹.

Antes de entrar en su análisis, convendría que dedicáramos unas líneas a describir el marco jurídico en que se inserta para que no pase inadvertida la relación entre el ya anunciado control de los grandes establecimientos comerciales y este impuesto del que más adelante daremos cuenta.

(7) La cifra de empleados del sector comercial minorista es de 1.631.955 trabajadores, según el *Estudio sobre la Estructura del Comercio Minorista en España* (2000), publicado por la Dirección General de Comercio Se puede ver en el sitio internet: <http://www.mcx.es/Polcomer/Default.htm> (consultado el 3 de abril de 2003). El citado estudio estima que el número de establecimientos comerciales minoristas es 602.608. La facturación media por establecimiento se sitúa en 33,7 millones de pesetas, lo que supone que la facturación total en el comercio minorista en España asciende a 20,3 billones de pesetas (122.051 millones de euros). El porcentaje de la aportación del comercio al PIB era de 11,6 en 1995 frente al 12,4 en 1986 (INE, *Contabilidad Nacional*).

(8) Así, TORNOS MAS, J. (1991), “Comercio interior”, en *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, dir. por S. Martín-Retortillo, La Ley, Madrid, pp. 667 y 668.

(9) Como ha puesto de manifiesto TORNOS MAS en la obra precitada, p. 668.

(10) En uno y otro caso se habla de planes, y por eso nosotros hablamos de “planificación comercial”, denominación que, aunque tal vez pueda resultar “desfasada” o impropia, tiene la virtud de aunar las dos técnicas de intervención en el comercio. Hoy que los rumbos de la economía surcan mares tan distintos como los de la liberalización, desregulación o privatización suena, cuanto menos, chocante, hablar de “planificación de la actividad comercial”. Resulta paradójico que, mientras la intervención de los Poderes Públicos disminuye o desaparece en muchos sectores, en otros, se acrecienta y cobra fuerza. Tal es el caso del comercio interior, sector que –como se viene repitiendo– experimenta en nuestro país una injerencia pública cada vez mayor, tanto cualitativa como cualitativamente. Impropiamente todo este conjunto de medidas que persigue la consecución de un desarrollo equilibrado de las distintas formas de distribución comercial han venido denominándose “urbanismo comercial” (hay mucho de comercial y nada de urbanismo). Sobre el “urbanismo comercial” pueden consultarse las siguientes monografías: PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M. (1998), *Urbanismo comercial y libertad de empresa*, Marcial Pons, Madrid; CASES PALLARÉS, L. y PONS CÁNOVAS, F. (1998), *La implantación de grandes establecimientos comerciales*, Marcial Pons, Madrid; GRABOY-GROBESCO, A. (1999), *Droit de l’urbanisme commercial*, L.G.D.J., París y VVAA (2000), *Grandes establecimientos comerciales. Su ordenación e implantación*, coord. J. Tornos Mas, Tecnos-Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona.

(11) Hasta ahora: Cataluña, Navarra y Asturias. La iniciativa ha suscitado el interés de varias Comunidades Autónomas, que estudian aplicarlo también.

El nuevo impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales

La Ley estatal 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM) ha generalizado en todas las Comunidades Autónomas la exigencia de la licencia comercial específica o *segunda licencia* para la implantación de grandes establecimientos comerciales —que se suma a las ya existentes autorizaciones de carácter municipal¹²—. Este hecho ha provocado múltiples legislaciones, con diferentes definiciones en los aspectos que identifican las características de los establecimientos comerciales (concepto de gran superficie, definición de gran superficie y superficie de venta), así como en los procedimientos de tramitación de las licencias. Si algo merece ser destacado, aunque sólo sea desde el punto de vista cuantitativo, es la proliferación de las normas autonómicas que se ocupan de regular la actividad comercial¹³. En los últimos años —en éste como, desgraciadamente, en tantos otros campos— estamos padeciendo una inflación legislativa, un desenfreno en la producción normativa, que pulveriza la ineludible exigencia del Estado de Derecho de unas leyes estables, ciertas y duraderas. En la ordenación de la actividad comercial los cambios se suceden a un ritmo tan trepidante que el principio de seguridad jurídica se tambalea¹⁴. Existe, además, una enorme variedad en los criterios que han de ser valorados por las respectivas Administraciones para la concesión de la licencia comercial. Pero, sin duda, lo más destacable de esta nueva normativa es —como antes se ha advertido— la extensión a buena parte de las Comunidades Autónomas de mecanismos de planificación y control de las nuevas implantaciones, mediante figuras como los Planes de Equipamientos Comerciales u otros similares, basados, en términos generales, en cálculos del espacio comercial potencial en función de la superficie de venta por habitante y su reparto entre la dotación comercial que se vaya a permitir. Los nuevos procedimientos están desviándose del objetivo inicial del control administrativo deri-

(12) Antes de la consagración de la licencia comercial específica en la legislación de ordenación comercial autonómica y estatal, las limitaciones a la instalación de nuevos establecimientos comerciales se fundamentaban en la licencia municipal de apertura, regulada en el artículo 22 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Bien es cierto que la licencia de apertura, en principio, no está establecida para valorar aspectos estrictamente comerciales ni para hacer efectiva ninguna política comercial, sea estatal, autonómica o local. La licencia de apertura cumple una función de control urbanístico (control de la localización del establecimiento para asegurar su adecuación a las previsiones de los planes) y, también, control de las condiciones de tranquilidad, seguridad y salubridad de los locales e instalaciones o de las condiciones higiénico-sanitarias de determinadas actividades comerciales, especialmente las relacionadas con el sector alimentario. Hasta no hace muchos años, la regulación de la actividad comercial se reducía al ámbito local, pero el impacto de las nuevas formas comerciales y los nuevos hábitos de los consumidores —especialmente importante desde la perspectiva territorial— han dado lugar a una nueva e intensa actividad pública, superadora de la intervención estrictamente municipal. Vid. REBOLLO PUIG, M. (1999), “La licencia específica para la implantación de grandes establecimientos comerciales”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 51, pp. 23 y 24.

(13) En palabras de P. SCHWARTZ, “una maraña de regulaciones autonómicas (...) que se concreta en más de 240 normas directamente y más de 4.500 indirectamente (Leyes, Decretos, Órdenes y disposiciones urbanísticas)”. Vid. *Los falsos amigos del pequeño comercio* (2001), IDELCO, Madrid, p. 10. Puede ser consultado en la página <http://www.idelco.es>. Véase también VVAA (2001), *La regulación del comercio minorista en las Comunidades Autónomas de España*, IE-IEE-IDELCO-Marcial Pons, Madrid, in totum y, especialmente, pp. 33-54. La portada del libro (que reproduce el cuadro *La torre de Babel*, de Brueghel, el Viejo), ilustra lo que aquí se está diciendo, lo que los autores en la *Presentación* de este libro denominan “la selva legislativa del comercio” (p. 14).

(14) La certeza del Derecho, finalidad esencial de todo sistema jurídico de un país civilizado, es difícilmente predicable ante la imposibilidad de conocer y comprender, con razonable precisión, las normas que regulan el sector. Estamos ante una normativa in fieri, en constante cambio. Las modificaciones se suceden con tanta celeridad que lo que se escribe, inevitablemente, a los pocos meses, se convierte en papel mojado. El carácter efímero de estas normas provoca inexorablemente que su enumeración pronto resulte desfasada, de ahí que desistamos del intento de “fotografiar” el panorama legislativo español en el instante en que se escriben estas páginas. Puede consultarse en la página web de la Dirección General de Política comercial: <http://www.mcx.es/Polcomer/Default.htm> (visitada por la autora el 3 de abril de 2003).

vado de una licencia comercial específica, señalado en la LOCM y basado en la definición del tamaño físico del establecimiento, a otro objetivo de planificación comercial y control férreo de los establecimientos comerciales en función, muchas veces, del tamaño empresarial, facturación o composición del capital, y no en criterios urbanísticos o de ordenación del territorio como, sin embargo, suele predicarse¹⁵.

En la actualidad, algunas Comunidades Autónomas están tramitando nuevas normas que se sumarán a las actualmente en vigor. Muchas de ellas incorporan nuevos elementos de control inexistentes hasta la fecha, como la exigencia del pago de una tasa por la tramitación de autorizaciones a la instalación de los grandes establecimientos comerciales o los impuestos a este tipo de establecimientos. En todo el proceso legislativo descrito, destaca la prolífica e intensa actividad normativa que se viene desarrollando en Cataluña en los últimos años¹⁶. Con la particularidad, de que no sólo es destacable esta circunstancia en el sentido cuantitativo que acaba de mencionarse, sino además en el cualitativo, por cuanto la Comunidad Autónoma catalana ha sido pionera en la regulación de los aspectos espaciales del comercio (y dicho sea de paso, en general, de toda la ordenación de la actividad comercial) y el resto de las Comunidades Autónomas, en muchos casos, se han limitado a “plagiar” las normas catalanas¹⁷. Y no sólo eso, incluso el Estado en la LOCM reguló determinados aspectos de la actividad comercial —*verbigratia*, los horarios comerciales o la licencia comercial específica para grandes establecimientos comerciales— a imagen y semejanza de las normas catalanas. El “efecto dominó” de la legislación de Cataluña en materia de comercio interior ha sido y es incuestionable. De ahí, el interés y la justificación del estudio del impuesto catalán sobre los grandes establecimientos comerciales.

(15) Lo común es que los criterios de ordenación territorial y los de política comercial aparezcan tan intensamente confundidos que no es fácil saber dónde empiezan unos y acaban los otros. Si bien es cierto que los cambios en la estructura comercial afectan a la vida urbana, es evidente que aspectos como la incidencia en la estructura comercial de la zona o los efectos sobre el nivel de ocupación responden más claramente a una voluntad de intervención en la ordenación de la actividad comercial que a una preocupación directa por su incidencia territorial.

(16) Como ponen de relieve CASES PALLARÉS, L., y PONS CÁNOVAS, F. (1998), *La implantación de grandes...*, op. cit., p. 200.

(17) La Ley 3/1987, de 9 de marzo, fue la primera en Cataluña —y también en España— que se ocupó de regular en exclusiva la implantación de equipamientos comerciales. En el bien entendido de que, antes de esta Ley, en otras Comunidades se habían aprobado leyes en las que se incluían algunas previsiones sobre el establecimiento de grandes superficies comerciales junto con aspectos diversos relativos al comercio interior. Tal es el caso de la Ley 8/1986, de 29 de diciembre, de las Cortes Valencianas, de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales, pero ninguna con anterioridad se había ocupado de la implantación de superficies comerciales en su conjunto. También con anterioridad, en Cataluña, se había aprobado la Ley 1/1983, de 18 de febrero, de Regulación administrativa de determinadas estructuras comerciales y ventas especiales (DOGC núm. 307, de 25 de febrero), objeto de refundición mediante Decreto legislativo 1/1993, de 9 de marzo (DOGC núm. 1748, de 21 de mayo).

Recientemente, la normativa catalana ha sido descrita por B. NOGUERA DE LA MUELA (2001), “Régimen jurídico de los grandes establecimientos comerciales en Cataluña”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 44, octubre-noviembre, pp. 79 y ss.

2. EL IMPUESTO CATALÁN SOBRE LOS GRANDES ESTABLECIMIENTOS COMERCIALES

A) La polémica creación del tributo y su controvertida constitucionalidad

El artículo 18 de la Ley 17/2000, de 29 de diciembre, de Equipamientos Comerciales de Cataluña¹⁸, prevé la posibilidad de que el Gobierno autonómico promueva la creación de tributos propios y convenios con otras Administraciones con el fin de fomentar la modernización de los equipamientos comerciales en el territorio de la Comunidad Autónoma y desarrollar planes de actuación en áreas afectadas por los emplazamientos de grandes establecimientos comerciales. Conforme a la Ley, la recaudación obtenida a través de los tributos debe destinarse a la modernización, innovación y mejora del comercio urbano. Las prioridades y objetivos se determinarán a través del Plan de dinamización del comercio urbano. Dicho Plan debe aprobarse simultáneamente al Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales y tiene el mismo período de vigencia¹⁹.

El Parlamento Catalán, con el apoyo de todos los grupos políticos, aprobó mediante la Ley 16/2000, de 29 de diciembre, el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales²⁰. El reglamento del impuesto fue aprobado por Decreto 342/2001, de 24 de diciembre.

La Ley, generadora de una notable polémica de la que se hicieron eco ampliamente los medios de comunicación –que traducía la inquietud ante una posible “desmembración del sistema fiscal español”, en un momento en el que otras Comunidades Autónomas promovían también la creación de nuevos tributos como la ecotasa balear o el impuesto sobre los depósitos bancarios extremeño–, fue, finalmente, objeto de un recurso de inconstitucionalidad, promovido por el Presidente del Gobierno. El Tribunal Constitucional, por providencia de 24 de abril de 2001, acordó admitir a trámite el recurso, haciendo constar que, puesto que el Presidente del Gobierno había invocado el artículo 161.2 CE, se producía la suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley impugnada²¹. Transcurridos unos meses, mediante auto de 3 de julio de 2001, el TC acordó levantar la suspensión de la vigencia de la Ley 16/2000, de 29 de diciembre. En el citado auto, el

(18) DOGC número 3299, de 5 de enero de 2001.

(19) La aprobación del Plan se produjo mediante el Decreto 211/2001, de 24 de julio, que entró en vigor el día siguiente de su publicación (DOGC núm. 3443, de 1 de agosto). Al mismo tiempo, fue aprobado el Plan de Dinamización del Comercio Urbano (cuyos objetivos anuales se concretarán mediante la Ley de Presupuestos de la Generalidad). Ambos Planes regirán en el período 2001-2004. Según el Gobierno catalán, estos dos instrumentos –el primero, de ordenación y el segundo, de promoción–, pretenden, como objetivo último, consolidar el modelo de comercio urbano, un modelo de proximidad y de integración urbanística en el tejido de las poblaciones. Los Planes aprobados refuerzan la iniciativa de las pequeñas y medianas empresas, que son mayoritarias en la estructura del comercio catalán frente al comercio periférico.

(20) BOE, núm. 20, de 23 de enero de 2001. La Ley vino a dar cumplimiento a la disposición final segunda de la Ley 30/2000, de 19 de mayo, de Presupuestos de la Generalidad de Cataluña para el año 2000, en la que el Parlamento encomendó al Gobierno que le presentara un estudio y, si procediese, un Proyecto de Ley sobre el establecimiento de un tributo que repercuta en los gastos y las inversiones originadas por las grandes superficies comerciales. Vid. SARTORIO ALBALAT, S. (2002), “Aspectos generales del impuesto sobre grandes establecimientos comerciales”, *El nuevo impuesto...*, op. cit., pp. 13 y 14.

(21) Desde la fecha de presentación de la demanda –28 de marzo de 2001–, para las partes legitimadas en el proceso; y, desde la publicación del correspondiente edicto en el Boletín Oficial del Estado, para los terceros (BOE núm. 110, de 8 de mayo).

Tribunal entiende que las razones esgrimidas por el Gobierno para mantener en suspenso la Ley catalana —entre ellas, el perjuicio que su aplicación causaría a los empresarios, ayuntamientos, consumidores y al propio interés general—, no son suficientes para prevalecer sobre la presunción de legitimidad de una norma autonómica. El pleno del Constitucional señala que, para decidir sobre el posible levantamiento de la suspensión de la Ley, deben ponderarse los intereses públicos y privados en juego y los perjuicios de difícil reparación que causaría una u otra medida. Añade que debe ser el Gobierno central, a quien se debe la iniciativa de suspender la aplicación de la Ley, quien aporte argumentos suficientes que lo justifiquen y entiende que en este caso no lo ha hecho.

Nadie puede cuestionar, con la Constitución en la mano, la posibilidad de que las Comunidades Autónomas creen sus propios tributos —al amparo de los artículos 133.2 y 157.1.b) CE—. Pero tampoco es cuestionable que, si los crean, habrán de hacerlo dentro de los límites contenidos en la propia Constitución y en las leyes, y, muy especialmente, en la ley orgánica a la que explícitamente se remite el artículo 157.3 CE para regular el ejercicio de las competencias financieras enumeradas en su apartado 1: en la actualidad, la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas (la LOFCA). Pues bien, entre los límites establecidos por la LOFCA, hay dos ineludibles. El apartado 2 de su artículo 6 prohíbe a las Comunidades Autónomas la creación de tributos que recaigan sobre “hechos impondibles gravados por el Estado”²². Y, además, el apartado 3 del mismo precepto impide que las Comunidades Autónomas establezcan y gestionen tributos sobre las materias que la legislación de régimen local reserve a las Corporaciones Locales, salvo expresa autorización de dicha legislación y en los términos que en ella se contemplen. Y, en todo caso, deben establecerse las medidas de compensación o coordinación adecuadas a favor de aquellas Corporaciones, de modo que sus ingresos no se vean mermados ni reducidos tampoco en sus posibilidades de crecimiento futuro.

Como ha establecido el Tribunal Constitucional el concepto de “materia impondible” es más amplio que el de “hecho impondible”, ya que aquélla es “toda fuente de riqueza, renta o cualquier otro elemento de la actividad económica que él decida someter a imposición” y éste implica “un concepto estrictamente jurídico que la ley fija en cada caso para configurar el tributo” (STC 37/1987, FJ 14º). En estos términos, si el artículo 6.2 LOFCA prohíbe a las Comunidades Autónomas la creación de tributos sobre “hechos impondibles” regulados por el Estado, el artículo 6.3 LOFCA amplía la limitación a las “materias” reservadas a las Corporaciones Locales, vedando la creación de cualquier tributo que grave o recaiga sobre materias impondibles gravadas por los impuestos locales, en todo o en parte. Así pues, resulta vedado cualquier solapamiento, sin habilitación legal previa, entre la fuente de riqueza gravada por un tributo local y por un nuevo tributo autonómico. Con ello se pretende impedir la doble imposición material, es decir, que existan elementos materiales de riqueza (patrimoniales o de actividad) que se encuentren simultáneamente gravados por un impuesto local y por un impuesto autonómico.

(22) Lo que pretende el artículo 6.2 de la LOFCA es impedir que las Comunidades Autónomas establezcan tributos cuyos elementos configuradores esenciales sean básicamente iguales a los de un tributo estatal. Véase FERREIRO LAPATZA, J.J. (con MARTÍN QUERALT, PÉREZ ROYO y CLAVIJO HERNÁNDEZ) (1992), *Curso de Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 8ª ed., pp. 640-641.

El nuevo impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales

Con la prohibición de la doble imposición las posibilidades del ejercicio de la potestad tributaria de las Comunidades Autónomas mediante la creación de tributos propios quedan ciertamente muy constreñidas. Hay que hacer uso de buenas dotes de imaginación para encontrar una materia imponible que no esté ya gravada por el Estado o por los Entes Locales, para no contradecir el pétreo mandato de la LOFCA.

B) El hecho imponible: “la utilización de grandes superficies con finalidades comerciales”. Supuestos de no sujeción y exenciones

Así las cosas, es ahora el momento de examinar si el impuesto autonómico sobre grandes establecimientos comerciales tiene por objeto la misma materia imponible o fuente de riqueza que otros impuestos. El artículo 4 de la Ley 16/2000 señala que constituye el hecho imponible del impuesto la utilización de grandes superficies con finalidades comerciales por razón del impacto que puede ocasionar al territorio, al medio ambiente y a la trama del comercio urbano de Cataluña. Según se ocupa de precisar el párrafo 2º del propio artículo 4, “la utilización de grandes superficies con finalidades comerciales” es la que llevan a cabo “los grandes establecimientos comerciales individuales dedicados a la venta al detalle”. Y, finalmente, la última y obligada precisión que se efectúa en el párrafo final del artículo 4, se encarga de determinar que “los grandes establecimientos comerciales individuales” son los que disponen de “una superficie de venta igual o superior a los 2500 metros cuadrados”²³. El tipo de gravamen se establece en 2.900 pesetas (17,429 euros) por metro cuadrado (artículo 9).

Es de destacar que la definición de gran establecimiento comercial, a efectos de esta Ley, no coincide exactamente con la definición que de este tipo de establecimiento se efectúa en la Ley 17/2000, de Equipamientos Comerciales (aprobada simultáneamente), prescindiéndose en este caso del doble criterio que pone en relación población y superficie²⁴. Tampoco coinciden, lo cual resulta ciertamente llamativo, los establecimientos exentos del impuesto con los establecimientos exentos de la calificación de gran establecimiento comercial y, por ende, de la obtención de la licencia comercial específica en el artículo 3.2º de la Ley 17/2000.

En primer lugar, recordemos que, al configurar el hecho imponible, la Ley se refiere a los “grandes establecimientos comerciales individuales”. Individuales, se dice de manera explícita, con lo cual

(23) Incluyendo la zona de venta, los almacenes y el aparcamiento. El cálculo de la superficie total, que constituye la base imponible del impuesto, se efectúa en el artículo 7, previéndose que, reglamentariamente, se establecerá un sistema opcional de estimación simplificada de dicha superficie. Sobre el concepto de “superficie neta de venta”, vid. PICH FRUTOS, E. (2002), “El hecho imponible”, *El nuevo impuesto...*, op. cit., pp. 39-48.

(24) Así lo ha destacado RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M. (2001), “La regulación de los grandes establecimientos comerciales: últimas novedades, en especial, en Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 32, pp. 29 y 30. A tenor del artículo 3.1 de la Ley 17/2000, tienen la consideración de grandes establecimientos comerciales aquellos individuales o colectivos con una superficie de venta igual o superior a: 2.500 m² en municipios de más de 240.000 habitantes, 2.000 m² en municipios con una población de 25.001 a 240.000 habitantes, 1.300 m² en municipios con una población de 10.001 a 25.000 habitantes y 800 m² en municipios de menos de 10.000 habitantes. El doble criterio población/superficie es una constante en la mayoría de las diferentes leyes sectoriales autonómicas y de otros ordenamientos jurídicos (*ad exemplum*: la Ley francesa de 27 de diciembre de 1973, modificada por la Ley 96/603, y la belga de 29 de junio de 1975). La legislación italiana combina los criterios de población y superficie con otros parámetros puramente comerciales (Ley 426/1971).

implícitamente quedan excluidos del ámbito de la aplicación del impuesto los grandes establecimientos comerciales de carácter colectivo. Podría pensarse que la exclusión de los establecimientos colectivos está en relación con el sujeto pasivo del impuesto. El contribuyente es el titular del gran establecimiento comercial individual contemplado en el hecho imponible del impuesto, ya sea persona física o jurídica (artículo 6). Puesto que los titulares de los establecimientos colectivos suelen ser sociedades inmobiliarias que no se dedican al ejercicio del comercio, quizá este hecho haya determinado la exclusión de los establecimientos colectivos. Por otra parte, no puede olvidarse que, junto a los costes externos no asumidos, el legislador catalán busca gravar a un determinado tipo de grandes establecimientos que ostentan una posición de dominio en el mercado frente al pequeño y mediano comercio; por ello la recaudación de lo obtenido se destina a financiar actuaciones sectoriales en los ámbitos comerciales más desfavorecidos (Preámbulo II, primer párrafo). Tal vez el legislador haya considerado que los establecimientos integrados dentro del establecimiento comercial responden a la fórmula del pequeño comercio o comercio tradicional y, en ese sentido, como argumenta CORS MEYA, “aunque después, en virtud de la afectación del impuesto, estos mismos comerciantes fuesen potencialmente receptores o beneficiarios indirectos de lo recaudado por el impuesto, es evidente también que su condición de pequeño comerciante les excluye implícitamente de la condición de sujeto pasivo del impuesto”²⁵. No puede compartirse, sin más, esta interpretación. No siempre los establecimientos comerciales integrados en un centro comercial de carácter colectivo son comercios tradicionales, antes bien, al contrario, responden a fórmulas comerciales como la franquicia o están integrados en cadenas de distribución. En cualquier caso, la no sujeción de los establecimientos colectivos resulta difícil de justificar y “podría considerarse un atentado contra el principio de igualdad del sistema tributario”²⁶. ¿Acaso los establecimientos colectivos no provocan las “externalidades negativas” de las que se deriva el impuesto? ¿No manifiestan una “singular capacidad económica”? ¿No provocan en su entorno territorial o medioambiental iguales o mayores “perjuicios”?

En segundo lugar, se considera exenta de la aplicación del impuesto la utilización de grandes superficies que llevan a cabo los grandes establecimientos comerciales individuales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales (artículo 5). Esta exención se justifica, según el Preámbulo de la Ley, en que los citados establecimientos se dedican a “la comercialización de una gama de productos que no afectan al consumo de masas y que tienen, algunos, un emplazamiento difícil en el casco urbano”. En consecuencia, el legislador catalán ha entendido que estos establecimientos no provocan los efectos externos indeseables sobre el medio ambiente y la ordenación del territorio que justifican el nacimiento de la obligación tributaria. Es llamativo que los establecimientos exentos del pago del impuesto no coincidan con los establecimientos eximidos de la necesidad de obtener la licencia comercial específica por la Ley de Equipamientos Comerciales. Esta última añade a los primeros los establecimientos dedicados a la venta de mobiliario y de artículos de ferretería.

En todos los casos —sorprende que el autor de la Exposición de Motivos lo pase por alto—, se trata de establecimientos que, por la naturaleza de los bienes que ofertan, necesitan de una gran superficie para su exposición al público.

(25) Cfr. CORS MEYA, X. (2002), “Impuesto sobre grandes establecimientos...”, *op. cit.*, p. 29.

(26) Vid. PICH FRUTOS, E. (2002), “El hecho imponible”, *El nuevo impuesto...*, *op. cit.*, p. 36.

El nuevo impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales

Recordemos que el objeto del impuesto es la “singular capacidad económica” derivada de las dimensiones de determinados establecimientos que puede contribuir a obtener una posición dominante en el mercado y generar deseconomías externas o costes sociales no asumidos. Por ello, si la dimensión de los establecimientos exentos responde a las características de los productos ofertados y no a razones económicas o comerciales, no puede considerarse como un indicio de una “singular capacidad económica” de la que derive el sometimiento a la obligación tributaria. No gravarlos resulta, por tanto, coherente con el objeto del impuesto. Y, empleando este mismo argumento, lo que resulta incoherente es que el legislador no haya extendido la exención a otros establecimientos que se encuentran en idéntica situación, y que, por las mismas razones, también habrían de ser considerados exentos²⁷. Además de los dos supuestos que sí se contemplan en la Ley de Equipamientos Comerciales (muebles y ferretería), podría pensarse en otros como, por ejemplo: establecimientos dedicados a la venta de productos auxiliares del campo, artículos de saneamiento, bricolaje, electrodomésticos, etc²⁸. Así pues, el listado tasado de exenciones puede plantear problemas, desde el punto de vista del principio de igualdad del sistema tributario que proclama el artículo 31 CE. Junto a la discriminación de establecimientos que, objetivamente, pueden estar en el mismo caso, la enumeración de los establecimientos exentos puede originar situaciones ciertamente paradójicas desde la perspectiva de la lógica y finalidad que pretende la creación del impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales. Es claro que los posibles problemas que originan los grandes establecimientos comerciales no están en función exclusivamente de la superficie de venta dedicada al comercio minorista, sino de otras circunstancias que, desde luego, si lo que se pretende es proteger al pequeño comercio de la zona, habrán de ser tomadas en consideración.

Se aplica una exención parcial para los establecimientos comerciales ubicados en los centros urbanos. En el artículo 11 se contempla una bonificación del 40 por 100 en la cuota tributaria para los grandes establecimientos individuales en los supuestos de que se acceda con: “a) Tres medios de transporte público o más, además del vehículo privado. b) Dos medios de transporte público o más, además del vehículo privado, siempre que el establecimiento esté situado en un municipio de hasta 50.000 habitantes no integrado en el ámbito de actuación de la Autoridad del Transporte Metropolitano”. El legislador considera que las grandes superficies situadas en el centro del casco urbano son menos perjudiciales que las periféricas y realiza una presunción: que la mejor o peor accesibilidad al establecimiento comercial desde el transporte público es un indicador de su grado de centralidad²⁹.

Hay, además, una serie de coeficientes reductores en función de la ubicación del establecimiento: se penaliza a las grandes superficies alejadas de los centros urbanos o que ocupen mucho terreno en horizontal y se beneficia a aquellas situadas en las afueras de las ciudades o que tienen una estructura en vertical³⁰.

(27) Vid. ALONSO SANTAMARÍA, C. (2002), “Exenciones”, en *El nuevo impuesto...*, op. cit., pp. 53-55.

(28) En algunos de estos casos lo que contempla la Ley es una reducción del 60 por 100 de la base liquidable (artículo 8.3). Se dispensa este tratamiento a los establecimientos dedicados a la venta de muebles, artículos de saneamiento, puertas y ventanas y bricolaje. Y esta vez sí se justifica este tratamiento diferenciado en que las mercancías que comercializan “requieren per se una superficie más grande (antepenúltimo párrafo de la Exposición de Motivos).

(29) Vid. MANUBENS FLORENZA, C. (2002), “Las bonificaciones en la cuota del IGEC”, en *El nuevo impuesto...*, op. cit., pp. 107-114.

(30) Para mayor detalle, vid. GIL LÓPEZ, R. (2002), “La base imponible del impuesto”, en *El nuevo impuesto...*, op. cit., pp. 69-96 y GASULLA SABATÉ, “La base liquidable del impuesto”, en *El nuevo impuesto...*, op. cit., pp. 97-106.

C) Dos cuestiones polémicas: La posible “doble imposición” y el “carácter extrafiscal” del impuesto

Según declara el artículo 2 de la Ley 16/2000, el objeto del nuevo impuesto es gravar “la singular capacidad económica que concurre en determinados establecimientos comerciales como consecuencia de estar implantados como grandes superficies, dado que esta circunstancia contribuye de una manera decisiva a tener una posición dominante en el sector y puede generar externalidades negativas en el territorio y el medio ambiente, cuyo coste no asumen”³¹.

Aunque el precepto que acabamos de transcribir y la Exposición de Motivos de la Ley exterioricen una pretendida finalidad protectora del “impacto territorial y medioambiental que puede ocasionar el fenómeno de concentración de grandes superficies” y del “comercio integrado en la trama urbana”, del análisis del hecho imponible y del tipo de gravamen se deduce que lo que realmente se está gravando es la superficie que se destina al desarrollo de la actividad comercial. Es la superficie del establecimiento comercial lo que se toma como índice de capacidad económica. No corresponde aquí analizar en profundidad esta cuestión —propia de una disciplina jurídica, el Derecho Tributario, ajena a quien estas líneas escribe—, pero conviene constatar que el nuevo tributo autonómico puede solaparse con otros tributos, especialmente, con algunos locales, como el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) y el Impuesto sobre Actividades Económicas (IAE)³². Existiría, en tal caso, una identidad sustancial entre la materia objeto del tributo autonómico y las de los tributos locales. Éstos son, básicamente, los motivos de impugnación en los que el Gobierno sustenta su recurso: la Ley del Parlamento catalán vulnera el régimen constitucional de distribución de competencias al establecer un impuesto que recae sobre elementos materiales de riqueza íntegramente gravados por impuestos locales.

Sin ánimo de exhaustividad y, a la espera del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, lo cierto es que, en este sentido, existe jurisprudencia reciente que bien podría aplicarse al caso. Mediante Sentencia 289/2000, de 30 de noviembre, el TC declaró la nulidad de la Ley del Parlamento de las Islas Baleares reguladora del Impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente. El impuesto balear fue declarado inconstitucional porque se configura como un impuesto sobre el patrimonio inmobiliario que incide en la misma materia imponible que el IBI, incurriendo, por tanto, en la prohibición prevista en el artículo 6.3 LOFCA (FJ 6°).

Para realizar un pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad del tributo autonómico, el TC tendrá que determinar si existe una identidad de materia imponible que supondría la vulneración

(31) Para un análisis de las externalidades y del papel que deben jugar ante ellas los Poderes públicos: DUE, J.F. y FRIEDLANDER, A.F. (1990), *Análisis económico de los impuestos y del sector público*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, pp. 77-102.

(32) De momento, la doctrina que se ha ocupado del análisis de esta cuestión no parece ponerse de acuerdo. Aunque sin entrar de lleno en la legalidad o ilegalidad del impuesto, SARTORIO ALABAT pone de manifiesto la coincidencia entre la materia imponible gravada por el impuesto a las grandes superficies y la gravada por el IAE (*op. cit.*, pp. 18-33). Por el contrario, CORS MEYA defiende la constitucionalidad del impuesto catalán. A su juicio, no hay duplicidad ni de hechos ni de materias imponibles ya gravados por tributos estatales y locales. No se produce una doble imposición ni una duplicidad de materia gravable con el Impuesto sobre Sociedades (IS) ni con el Impuesto sobre el Patrimonio (IP); pero tampoco respecto al Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), al IAE ni al IBI (*op. cit.*, pp. 41-49).

El nuevo impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales

del límite contenido en el artículo 6, apartado 3 de la LOFCA. Si se constata la similitud entre la materia imponible del impuesto autonómico catalán y la afectada por los tributos municipales —y existen visos de una identidad sustancial de la materia imponible sometida a gravamen en uno y otros tributos— puede concluirse que se produce una actuación de la potestad tributaria de la Comunidad Autónoma con desconocimiento o vulneración del límite exigido por el artículo 6.3 de la tan repetida LOFCA. De existir tal “coincidencia”, es de prever que el impuesto catalán a las grandes superficies va a correr la misma desgracia que el impuesto balear³³.

En cuanto a la naturaleza extrafiscal de este impuesto, existe una doctrina consolidada del Tribunal Constitucional que admite la legitimidad de la utilización de impuestos con fines extrafiscales, aunque no aparezca explícitamente reconocida en la Constitución. Así, la STC 37/1987, de 26 de marzo, señala: “Es constitucionalmente admisible que el Estado y las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias, establezcan impuestos que, sin desconocer o contradecir el principio de capacidad económica o de pago, respondan principalmente a criterios económicos o sociales orientados al cumplimiento de fines o a la satisfacción de intereses públicos que la Constitución preconiza o garantiza”. Partiendo de la admisibilidad de los tributos que tengan asignada una finalidad extrafiscal, es preciso dedicar unos párrafos a reflexionar sobre la fundamentación que se le otorga al impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales para determinar hasta qué punto responde a criterios de política económica o social justificados, racionales y no arbitrarios.

La Exposición de Motivos de la Ley insiste en que, además de la estricta finalidad recaudatoria propia de todos los tributos, el impuesto tiene un “carácter marcadamente extrafiscal”³⁴. Es un impuesto que “tiende a reequilibrar la posición competitiva de uno y otro tipo de empresas (grandes y pequeñas), incidiendo en la capacidad económica superior de las que, por su gran dimensión, gozan de una posición de dominio en el mercado”. Y su finalidad extrafiscal se refleja en la

(33) A diferencia del Impuesto extremeño sobre dehesas calificadas en deficiente aprovechamiento y del Impuesto andaluz sobre tierras infrautilizadas cuya constitucionalidad fue proclamada en las SSTC 186/1993, de 7 de junio, y 37/1987, de 26 de marzo, respectivamente. En ambos casos, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de declarar que no gravaban la titularidad de los bienes afectados, sino algo muy distinto que es su “infrautilización”. La intención de los citados tributos, a juicio del Tribunal, no es establecer una nueva fuente de ingresos con fines fiscales, sino coadyuvar, en sentido negativo, a disuadir a los titulares de esas propiedades (dehesas y tierras infrautilizadas) del incumplimiento de las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad de la tierra, y, en sentido positivo, a estimularles para que obtuviesen de sus propiedades los rendimientos económicos y sociales que les eran legalmente exigibles. Esta sentencia ha sido ampliamente comentada, *vid.*, por ejemplo, CHECA GONZÁLEZ, C. (1987), “El Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas de la Comunidad Autónoma andaluza. Comentario a la STC 37/1987, de 26 de marzo”, *Impuestos*, núm. 6, pp. 110-111 y DELGADO, A. (1989), “La Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de la Reforma Agraria y el Impuesto sobre Tierras Infrautilizadas”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 61, pp. 99-108.

(34) El Derecho positivo contempla el fenómeno extrafiscal como una de las finalidades propias de los tributos. De acuerdo con el artículo 4 de la Ley General Tributaria, “los tributos, además de ser medios para recaudar ingresos públicos, han de servir como instrumentos de la política económica general, atender a las exigencias de estabilidad y progreso sociales y procurar una mejor distribución de la renta nacional”. Lo que no resulta fácil es deslindar los tributos fiscales de los no fiscales. Es preciso tener presente que, como ha escrito ROSEMBUJ, “la pura fiscalidad no existe, así como tampoco la extrafiscalidad pura. Los efectos de los tributos no son identificables por separado y, en alguna medida, coexisten funciones recaudatorias y reguladoras con distinta intensidad conforme a la naturaleza propia de cada tributo” (citado por ALONSO GONZÁLEZ, L.M. (1995), *Los impuestos autonómicos de carácter extrafiscal*, Marcial Pons, Madrid, p. 21). El tributo extrafiscal puro se da sólo aisladamente (el ejemplo prototípico serían los impuestos sobre tierras infrautilizadas), lo más frecuente es encontrar fines fiscales y extrafiscales entremezclados (p. 23).

“afectación de los recursos obtenidos a la financiación de actuaciones sectoriales que favorezcan al pequeño y mediano comercio”.

D) La afectación de las cantidades recaudadas a la financiación de ayudas al comercio tradicional. El Plan de Dinamización del Comercio Urbano

Los objetivos que predica el Preámbulo se manifiestan en el articulado de la Ley mediante la previsión de afectación de los ingresos obtenidos al “fomento de medidas para la modernización del comercio urbano de Cataluña”, y también al “desarrollo de planes de actuación en áreas afectadas por los emplazamientos de grandes establecimientos comerciales” (artículo 3)³⁵.

Desde el punto de vista de su finalidad, el impuesto sería coherente si la recaudación se destina a dar cobertura a los costes sociales o deseconomías que en último término justifican el tributo como un tributo extrafiscal. La Ley 15/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas (BOE núm. 20, de 23 de enero de 2001) establecía en la Disposición Adicional Quinta los siguientes criterios de distribución de los ingresos provenientes del impuesto sobre grandes establecimientos comerciales:

“40 por 100, mercados municipales y urbanismo comercial

25 por 100, planes de dinamización comercial.

25 por 100, fomento del comercio asociado y líneas de financiación subsidiada para el comercio urbano.

10 por 100, planes de actuación medioambientales en áreas afectadas por los emplazamientos de grandes establecimientos comerciales.”

Dos años más tarde, la reciente Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas (BOE núm. 15, de 17 de enero de 2003) ha modificado la citada Disposición Adicional, determinando que los ingresos obtenidos del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales, que en ningún caso pueden ser destinados a ayudas específicas para empresas comerciales, deben distribuirse de acuerdo con los siguientes criterios:

a) Un mínimo del 40 por 100 debe ser destinado a infraestructuras de equipamiento municipal y de urbanismo comercial.

b) Un mínimo del 30 por 100 debe ser destinado a desarrollo de planes de actuación y dinamización comercial en áreas afectadas por los emplazamientos de grandes establecimientos comerciales.

c) Un mínimo del 10 por 100 debe ser destinado a desarrollo de planes de actuación medioambientales en áreas afectadas por los emplazamientos de grandes establecimientos comerciales.”

(35) Según noticias aparecidas en prensa, la Generalitat prevé recaudar 2.500 millones de pesetas anuales, cantidad que el sector (especialmente la patronal de las grandes empresas de distribución, ANGED) eleva a “entre 4.000 y 5.000 millones de pesetas”. Una recaudación se destinará a la modernización de los cerca de 111.000 pequeños y medianos comercios que hay en la Comunidad. *Expansión*, 25 de octubre de 2001.

El nuevo impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales

El cambio legislativo responde, probablemente, a la voluntad de adecuar los criterios de afectación con el objeto del gravamen. No obstante, sigue resultando paradójico que, habiéndose creado el impuesto para gravar el ahorro o beneficio impropio que determinados centros comerciales obtienen por no haber asumido el coste de las externalidades negativas que su implantación genera sobre el medio ambiente y el territorio, al final, sólo un 10 por 100 de los ingresos recaudados por la Generalidad se destine a planes de actuación medioambientales.

Pero esta modificación y, en concreto, la previsión de que en ningún caso los ingresos obtenidos por el impuesto se destinen a ayudas específicas para empresas comerciales, busca, ante todo, eludir las posibles sanciones comunitarias por ayudas ilícitas de Estado. Téngase presente que la Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) había denunciado el impuesto ante la Comisión Europea meses antes de producirse este cambio normativo³⁶. La denuncia ha sido admitida a trámite por la Comisión que, en el momento presente, está recabando datos e informaciones³⁷.

De acuerdo con lo establecido en el apartado 2º del artículo 18 de la Ley 17/2000, de 29 de diciembre, de Equipamientos Comerciales de Cataluña, la recaudación que se obtiene a través del impuesto deberá destinarse a la *modernización, innovación y mejora del comercio urbano*. Las prioridades serán determinadas a través del Plan de Dinamización del Comercio Urbano (en adelante, PDCU), cuya aprobación es simultánea al Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales. La concreción de los objetivos anuales del PDCU debe realizarse mediante la Ley de Presupuestos de la Generalidad.

Debe destacarse la complementariedad del PDCU y del Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales (en adelante, PTSEC). Las medidas contempladas en los dos planes están interrelacionadas. La Ley 17/2000, de 29 de diciembre, consolida el vínculo entre el ordenamiento de la actividad comercial y la promoción, al establecer que el PDCU se tiene que aprobar simultáneamente al PTSEC y ambos tienen el mismo período de vigencia. El PTSEC 2001-2004 ordena el crecimiento tanto de los grandes establecimientos comerciales (alimentarios y no alimentarios), como los medianos establecimientos comerciales alimentarios, con tal que el posible crecimiento de equipamientos comerciales no debilite el modelo que se quiere consolidar de comercio urbano. La imposibilidad de implantación de nuevos hipermercados, la limitación del crecimiento en formato supermercado y la prioridad que se concede a los proyectos de grandes establecimientos no alimentarios que se sitúen en la trama urbana reflejan claramente el impulso que el Gobierno autonómico quiere otorgar al comercio urbano. Esa misma opción es la que se plasma en el PDCU: la decidida voluntad de consolidar y dar continuidad al modelo de comercio urbano, característico de un sistema de proximidad. Con el objetivo añadido de favorecer un marco para el desarrollo de la pequeña y mediana empresa comercial, el PDCU para el período 2001-2004 incide especialmente en la adaptación empresarial a los nuevos entornos de competencia y en la mejora de la calidad del servicio al ciudadano.

(36) *Expansión*, 14 de enero de 2003 y *Cinco Días*, 23 de enero de 2003.

(37) Llegado el caso, la Comisión puede exigir el término inmediato de la irregularidad denunciada e iniciar un procedimiento sancionador directo contra los infractores a las normas sobre la competencia (artículos 81 a 83 TCE). Acerca del control que ejerce la Comisión sobre los particulares, vid. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J. (2002), *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 3ª ed., pp. 144 y ss.

Respecto a la financiación del PDCU 2001-2004, la Disposición Transitoria Tercera de la Ley 17/2000 realiza una precisión que en su momento tuvo importancia; en concreto, tras la suspensión de la vigencia y aplicación de la Ley reguladora del impuesto catalán a las grandes superficies motivada, como hemos visto, por la interposición de un recurso de inconstitucionalidad. En virtud de la citada disposición, mientras los fondos generados por los tributos no se incorporen al Plan de dinamización del comercio urbano —lo que coyunturalmente no ocurrió por haber sido suspendida la vigencia del impuesto—, éste estará financiado con los recursos asignados por los presupuestos de la Generalidad. Una vez que el TC ha levantado la suspensión, a partir de 2002, los fondos recaudados en aplicación del impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales, reforzarán la financiación del Plan de Dinamización.

La principal finalidad del Plan es potenciar la competitividad de las pequeñas y medianas empresas mediante la divulgación del modelo de comercio urbano existente en Cataluña, la adecuación de las empresas a los nuevos entornos de competitividad, el fortalecimiento del asociacionismo y la cooperación empresarial para el diseño de políticas conjuntas entre los operadores, la inversión en la mejora del espacio físico donde se desarrollan las actividades comerciales para facilitar el acto de compra al consumidor, la adaptación a las nuevas tecnologías aplicadas al mundo del comercio, el fomento de la calidad en el servicio como instrumento de diferenciación comercial y la mejora en la formación y la profesionalización de los responsables de las entidades y asociaciones de comerciantes.

Con esta finalidad, el PDCU para el período 2001-2004 propone la realización de los programas que se presentan a continuación:

a) Medidas para la consolidación del modelo de comercio urbano

Es significativo que, según el propio PDCU, estas medidas de consolidación del comercio urbano se inserten en un escenario general de ordenación comercial que tiene tres vértices: la Ley 17/2000 de Equipamientos Comerciales; el Decreto 211/2001, por el que se aprueba el Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales y los Programas de Orientación del Equipamiento Comercial (POEC). Este marco normativo garantiza las inversiones de las pequeñas y medianas empresas comerciales en el territorio ya que existe un dimensionamiento máximo de los grandes y medianos establecimientos comerciales. Junto a ese marco general, en el PDCU se establecen una serie de medidas concretas que contribuyan a “divulgar las ventajas del modelo de comercio urbano”, tanto para los ciudadanos como para el conjunto de pueblos y ciudades de Cataluña. Se destina un presupuesto de 600 millones de pesetas (3,60 millones de euros) a la realización de las siguientes acciones: una campaña de comunicación y divulgación que destaque las ventajas del modelo de comercio urbano; la elaboración de un *Atlas Comercial de Cataluña* como un instrumento de análisis estructural de la oferta y la demanda comercializable; la realización del *Libro Blanco sobre la concentración empresarial*³⁸ y de un estudio sobre la mejora de la normativa laboral y

(38) De acuerdo con la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 17/2000, el Gobierno catalán debe aprobar durante el año 2002 un libro blanco sobre la concentración empresarial en el sector de la distribución comercial en Cataluña. El libro blanco debe “pormenorizar las cuotas de mercado de los distintos grupos con la desagregación territorial definida en el Plan territorial sectorial de equipamientos comerciales, la influencia de la concentración en el sector industrial catalán y la presencia de los productos elaborados en Cataluña por las distintas enseñas comerciales”.

El nuevo impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales

fiscal en el comercio; la elaboración de la operación estadística *Clima Comercial de Catalunya*, indicador coyuntural de la evolución de los Centros Comerciales a Cielo abierto; la actualización de la *Guía de elaboración de los Programas de Orientación del Equipamiento Comercial* y el desarrollo del *Sistema de información geográfica comercial* para orientar a las pequeñas y medianas empresas comerciales en sus decisiones de localización comercial.

b) Medidas de formación

El PDCU 2001-2004 tiene previsto destinar 6.070 millones de pesetas (36,48 millones de euros) a la formación en el ámbito del comercio. *Formación reglada* a través de los ciclos formativos de formación profesional; *formación ocupacional* para la cualificación, reconversión y perfeccionamiento de los trabajadores en actividades comerciales, y, también, *formación continua* para potenciar la competitividad de las pequeñas y medianas empresas comerciales mediante acciones formativas que mejoren la profesionalidad de las personas ocupadas en el sector de la distribución comercial. Entre estas últimas actuaciones destaca la formación de “gerentes dinamizadores del comercio urbano”, perfil profesional encargado de la realización de las políticas de cooperación empresarial en el territorio para favorecer el desarrollo de los centros comerciales a cielo abierto.

c) Medidas de renovación de las estructuras comerciales colectivas

Se trata de estimular y proteger las zonas comerciales históricas de los centros urbanos, fomentando, en colaboración con los Ayuntamientos, el desarrollo y la competitividad de los equipamientos comerciales colectivos de pequeñas y medianas empresas comerciales: los mercados municipales existentes y las “islas de peatones”³⁹. El objetivo prioritario de esta línea de actuación es consolidar o incluso crear polaridades comerciales de centro ciudad que sean capaces de competir con los formatos comerciales de gran superficie situados en la periferia de los núcleos urbanos. La dotación de este programa será de 2.320 millones de pesetas (13,94 millones de euros).

d) Medidas de fomento de la cooperación empresarial

Con una dotación de 2.940 millones de pesetas (17,67 millones de euros) para el cuatrienio 2001-2004, el Departamento de Industria, Comercio y Turismo tiene previsto gestionar cuatro programas de cooperación empresarial: el de dinamización territorial, el de dinamización sectorial, el de señalización de los centros comerciales a cielo abierto⁴⁰ y el de integración comercial o marca de canal⁴¹.

(39) Con esta expresión se alude a “zonas comerciales con preferencia para peatones”.

(40) Se pretende crear una imagen de común de los centros comerciales a cielo abierto, impulsando la identificación de una zona comercial urbana, debidamente delimitada, que transmita al consumidor final la idea de una marca identificativa.

(41) La integración empresarial quiere conseguir que la gestión del canal de distribución pase de ser realizada de manera independiente por múltiples operadores que tradicionalmente tienen asignadas funciones diferentes en la cadena de valor, con la fabricación, el diseño, la intermediación o la venta al detalle, a ser realizada por un solo operador que asume por sí parte o la totalidad de esas funciones. Ese nuevo operador puede surgir de la asociación entre los antiguos operadores y se puede formalizar de múltiples maneras, vía franquicia, central de compras, central de ventas,... que compartan un proyecto empresarial común.

e) Medidas de adaptación a los nuevos entornos de competitividad

El objetivo de estas medidas es fomentar la adaptación individual de las empresas comerciales a los nuevos entornos de competitividad, mediante la modernización o mejora física de las empresas comerciales, el Plan de calidad en el comercio, la ayuda a los centros comerciales virtuales y a la utilización de las nuevas tecnologías de la información, así como la financiación de inversiones para la adaptación de las empresas a la entrada en vigor del euro.

Todo este conjunto de medidas enmarcadas en el Plan de Dinamización evidencian la intervención administrativa en el sector comercial. Forman parte de lo que hemos denominado “planificación comercial”, que, si bien se centra predominantemente en una actividad administrativa de limitación, a través de técnicas de autorización, participa también de otra de las formas clásicas de la actividad administrativa, el tradicionalmente llamado “fomento”⁴². La presencia pública en la ordenación de los equipamientos comerciales impone limitaciones, pero también otorga ayudas.

La manifestación más evidente de la política de fomento en el sector comercial ha sido tradicionalmente la reforma de las estructuras comerciales, que —desde que se creara el Organismo Autónomo Instituto de Reforma de las Estructuras Comerciales (IRESCO) en 1973⁴³— ha venido desarrollándose a partir de una política de incentivos ejecutada por la Administración. Con el objetivo primordial de lograr la máxima eficacia en el sector y de corregir los desequilibrios existentes entre las distintas formas de distribución comercial, a través de una política de ayudas públicas, se ha tratado de redimensionar los locales comerciales, de mejorar la formación de los profesionales del sector, de promocionar determinadas infraestructuras comerciales, de fomentar el asociacionismo, de revitalizar el comercio en los centros urbanos, de modernizar la actividad comercial. Todo lo cual se ha ido plasmando en Planes de distinto tipo y denominación como, entre otros muchos, el Plan Marco de Modernización del Comercio (1996-2001), el Plan de Equipamiento Comercial Alimentario de Barcelona (PECAB), los Programas Integrados de Actuación comercial (PIAC) de la Comunidad Foral de Navarra, los Planes de Revitalización e Incentivación del Comercio (PRICOS) de Castilla y León y un largo etcétera en el que se incluye el Plan de Dinamización del Comercio Urbano de Cataluña⁴⁴.

(42) Sin entrar ahora en la polémica sobre esta denominación, sí conviene, al menos, dejar constancia de que desde que JORDANA DE POZAS estableciera la tripartita clasificación de los modos de la actividad administrativa: policía, servicio público y fomento, tal sistematización —con la consiguiente aceptación del “fomento” como uno de los modos del actuar administrativo— fue formalmente aceptada por la doctrina española (GARRIDO FALLA, PELLICER PRATS, ENTRENA CUESTA, LÓPEZ PELLICER, DE LA CUÉTARA, MARTÍN-RETORTILLO), si bien también se han alzado voces críticas que, incluso, han elaborado conceptos alternativos para explicar la acción incentivadora de los Poderes públicos (FERNÁNDEZ FARRERES, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, LAGUNA DE PAZ).

(43) El IRESCO fue creado mediante Decreto-ley 13/1973, de 30 de noviembre (BOE núm. 288, de 1 de diciembre). La extinción del IRESCO se llevó a cabo a través del Real Decreto 1985/1985, de 28 de agosto (BOE núm. 258, de 28 de octubre).

(44) A partir de que se produjera a principios de los ochenta el traspaso a las Comunidades Autónomas de las funciones y servicios del Estado en materia de reforma de las estructuras comerciales mediante los Reales Decretos de transferencias y con la posterior desaparición del IRESCO en 1985, fueron las Comunidades Autónomas las que retomaron el testigo de la reforma. Fueron ellas las que, en mayor o menor grado, desarrollaron la política iniciada por el IRESCO, dándose con ello “por zanjada una auténtica política nacional de reforma de las estructuras comerciales”. Vid. MARRERO CABRERA, J.L. (2000), “Comercio y Administración pública. Veinticinco años de cambio”, *Distribución y consumo*, núm. 50.

El nuevo impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales

Las Comunidades Autónomas han ido incluyendo en sus leyes de ordenación de la actividad comercial, y, más en concreto, en sus regulaciones de los equipamientos comerciales y especialmente en sus Planes de Equipamientos Comerciales, acciones administrativas dirigidas, en términos generales, a modernizar y a corregir los desequilibrios del sector de la distribución comercial mediante el otorgamiento de ayudas, incentivos y subvenciones al desarrollo de la actividad comercial. De tal manera que estas medidas de tipo subvencional vienen a constituir un complemento de la intervención limitativa u ordenadora de la Administración. La ordenación de la ubicación sobre el territorio de los espacios comerciales se ve completada por una política de dispensación de ayudas, dirigida a hacer posible la política comercial previamente diseñada en el Plan. Así el fomento se inserta dentro de los documentos de planificación comercial. No es extraño. La actividad administrativa de fomento se presenta habitualmente, en palabras de Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, como “un conjunto de técnicas instrumentales establecidas con el fin de incentivar la puesta en práctica de un determinado plan”. La acción de fomento se desarrolla en esquemas de carácter planificador: “El Plan determina en cada caso las finalidades a alcanzar, su logro requiere incentivar al sector privado con procedimientos de muy variada naturaleza, de modo que quede comprometido a la realización de una serie de comportamientos concretos”⁴⁵.

Lo que se pretende con los planes comerciales es actuar sobre la propia estructura del sector comercial. Con carácter general, los Planes de Equipamientos Comerciales limitan la entrada en el sector de los “grandes” de la distribución comercial y, paralelamente, con el objetivo de alcanzar los resultados previstos en el Plan, se promociona al pequeño comercio otorgándole distintos tipos de auxilios y ayudas de carácter económico. Así pues, la otra cara de las restricciones que se imponen al desarrollo de la implantación de determinadas formas de distribución comercial (grandes superficies, tiendas de descuento duro) es el impulso o la incentivación de las formas tradicionales de comercio. Si se nos permite el recurso al eslogan un tanto maniqueo, pero no por ello menos revelador de una realidad, podríamos decir que la actuación administrativa autonómica se resume en “policía para unos y fomento para otros”. Y esto, trasladado al impuesto que estamos estudiando, podría traducirse en una fórmula que vamos a pronunciar con alguna reversa y conscientes de las matizaciones que pueden ser formuladas: “gravar a unos para fomentar a otros”.

E) El impuesto como constatación del fracaso de la política comercial de la Generalidad

La exacción se establece por la utilización de grandes superficies comerciales, pero no puede soslayarse que éstas ya están administrativamente bajo control, luego, en buena lógica, no deberían provocar efectos nocivos o perjudiciales que deban ser objeto de una sobreimposición o merezcan una penalización por vía fiscal. La afirmación anterior merece una somera explicación. Para evitar la “posición dominante en el sector” de los grandes establecimientos comerciales en Cataluña se ha establecido una planificación de los equipamientos comerciales y su apertura se somete a la obtención de una licencia comercial específica. Si la Administración autonómica les ha otorgado la licencia comercial es porque el proyecto presentado se adecua al Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales y porque se han valorado positivamente los elementos que establece el artículo 7 de la Ley 17/2000 (o los que de similar tenor se establecían en la legis-

(45) Cfr. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1988), *Derecho administrativo económico*, vol. I, La Ley, Madrid, pp. 453 y 455.

lación anterior), entre los que se encuentran, por ejemplo, la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en el área de influencia afectada por el nuevo emplazamiento, los efectos sobre la estructura comercial de la zona, la relación del establecimiento con la trama urbana, el impacto en el territorio, la incidencia en la red vial, la contribución del proyecto a la revitalización de las áreas comerciales ya consolidadas en el área de influencia, etc.

Es contradictorio gravar a estos establecimientos, por las razones que se aducen, una vez que, precisamente por no incurrir en los motivos que justifican el tributo según el legislador, se les ha autorizado administrativamente a desarrollar su actividad. Llevando el argumento al extremo, podemos decir que, en estos términos, el impuesto a las grandes superficies es la constatación del fracaso de la política comercial de la Generalidad. Una política que desde hace años pretende conseguir un sistema de distribución eficiente, basado en un equilibrio entre las pequeñas, medianas y grandes empresas comerciales. Una política que, mediante las licencias comerciales y los planes de equipamiento comercial, ha tratado de ordenar la actividad comercial. Si ahora resulta que los grandes establecimientos provocan “externalidades negativas” en el sector de la distribución comercial, habría que haber desautorizado previamente su implantación. Pero no. Primero se autoriza administrativamente su apertura y, luego, se grava su actividad. El impuesto no trata de punir y erradicar una serie de prácticas comerciales (las desarrolladas utilizando grandes superficies), lo cual supondría hablar de extrafiscalidad pura. No. En este caso, hablamos de extrafiscalidad como un mero peaje o carga económica que satisface el agente que causa los supuestos perjuicios para poder seguir causándolos. Éste es el concepto de extrafiscalidad que, según afirma ALONSO GONZÁLEZ, hoy parece estar más extendido. Y para resultar plenamente aceptable, en palabras del citado autor, “siempre debe dejar una puerta abierta a la mejora, ofrecer incentivos para mejorar las conductas, permitir una rebaja de la imposición a cambio de una variación de rumbo en sentido positivo en el agente contaminador, pues, recuérdese, en esencia estos impuestos no se establecen para recaudar más dinero, sino para, con su acción prevenir gastos futuros”⁴⁶.

Sin embargo, en el impuesto que venimos examinando, lo extrafiscal parece convertirse en algo meramente accesorio, hasta el punto de que bien pudiera estar actuando como mera coartada ideológica para el establecimiento de un tributo, sin que después halle reflejo lógico y oportuno en su configuración. Así, junto a las “externalidades negativas” que la implantación de grandes superficies provoca en el sector de la distribución comercial, el legislador catalán se esfuerza en subrayar que las grandes superficies se utilizan para realizar actividades que inciden sobre el medio ambiente y, sin embargo, no llega a explicar con detalle cuáles son dichas actividades⁴⁷, lo cual hace sospechar que lo que interesaba no era tanto penalizar actuaciones de contenido negativo

(46) Cfr. ALONSO GONZÁLEZ, L.M., *Los impuestos autonómicos...*, op. cit., pp. 77 y 78.

(47) Desde luego, cuesta imaginar cuáles pueden ser las actividades “contaminantes” que desarrollan los grandes establecimientos comerciales. No realizan actividades productivas que emitan a la atmósfera gases nocivos o viertan residuos tóxicos. Tampoco originan contaminación acústica, por excesivos ruidos. ¿Está pensando el legislador, aunque no lo especifique, en la congestión del tráfico? No puede obviarse que la misma o mayor originan quienes van a trabajar o comprar a los centros urbanos. Y, en todo caso, los agentes contaminadores son los conductores de los vehículos no el centro comercial. Por las mismas razones, ¿habría que establecer un impuesto que gravase a los titulares de estadios deportivos por los “efectos contaminantes” que originan las masivas concentraciones de los seguidores de un acontecimiento deportivo?

El nuevo impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales

para el medio ambiente, efectuadas a través de una superficie de venta determinada que es la que se toma a efectos de determinar los principales elementos del impuesto (hecho imponible, base imponible, sujeto pasivo), sino procurarse una fuente de ingresos nada despreciable⁴⁸. Por otra parte, si, en efecto, lo que se perjudica es el medio ambiente, los ingresos obtenidos a través del impuesto deberían revertir en toda la sociedad que es la que se vería perjudicada, no en el comercio tradicional. Insisto en esta idea. De acuerdo con la finalidad del tributo, los ingresos obtenidos habrían de destinarse a luchar contra la “degradación ambiental”, no a mejorar la situación del comercio urbano. Difícilmente puede predicarse el carácter extrafiscal del tributo cuando, en este caso, la vinculación entre la exacción establecida y los fines de preservación del medio ambiente es mínima⁴⁹.

Finalmente, desde la teoría económica, siempre se ha considerado el coste social como posible fundamento de las obligaciones tributarias. Es lo que se denomina “principio de imposición basado en la existencia de costes sociales de las actividades económicas”. Tal principio parte de la existencia de efectos negativos que una determinada actividad económica puede originar a sujetos distintos a aquel que produce la actividad. Se dice entonces que el impuesto puede ser un instrumento idóneo para que el sujeto que causa costes a terceros y que no los paga acabe, sin embargo, pagándolos. Es decir, el impuesto actuaría como mecanismo de “indemnización”, de “internalización” de los perjuicios “externos” causados a otras economías⁵⁰. Es cierto que estos costes pueden ser muy diversos. Ahora

(48) En este mismo sentido, pero respecto del impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de Baleares, aprobado por la Ley 12/1991, de 20 de diciembre, vid. ALONSO GONZÁLEZ, L.M., *Los impuestos autonómicos...*, op. cit., p. 91. Acerca del polémico gravamen balear puede verse ADAME MARTÍNEZ, F.D. (1993), “El impuesto sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente de la Comunidad Autónoma de Baleares”, *Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 79, 1993.

(49) Recordemos que, según lo dispuesto en la Ley 31/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas, tan sólo un 10 por ciento de la recaudación obtenida se dedica a financiar planes de actuación medioambientales. El Tribunal Constitucional en la STC 289/2000, de 30 de noviembre, sobre el impuesto balear referido en la nota anterior, enjuicia la “aparente finalidad protectora del medio ambiente” en los siguientes términos (que bien pudieran ser aplicados o trasladados al enjuiciamiento del impuesto autonómico catalán): “El tributo cuestionado no se dirige, en sentido negativo, a disuadir el incumplimiento de ninguna obligación, pero tampoco busca, en sentido positivo, estimular actuaciones protectoras del medio ambiente, en cumplimiento del art. 45.1 CE, desvinculándose así de la verdadera aptitud de cada sujeto para incidir en el medio en el que se desenvuelve (es decir, de la capacidad para afectar como modalidad del principio de capacidad económica previsto en el art. 31.1 CE). En consecuencia, no cabe considerar que el referido impuesto grave efectivamente la actividad contaminante cuando desconoce el impacto ambiental en que incurren los sujetos llamados a soportarlo, o lo que es lo mismo, la medida concreta en la que cada uno afecta al medio ambiente (sea persona física o jurídica). Si lo efectivamente gravado fuese la actividad contaminante se habrían sometido a imposición todas aquellas instalaciones, cualquiera que fuese la clase de actividad a la que se hallasen afectas, que de alguna manera pudiesen atentar contra ese medio ambiente, buscando un efecto disuasorio o estimulante de la realización de conductas dañinas o protectoras del entorno ecológico en el que se desenvuelve la actividad” (FJ 5°).

(50) Vid. PÉREZ DE AYALA, J.L. (1967), “Introducción a una teoría económica del coste social como fundamento de responsabilidades jurídico-privadas y de obligaciones tributarias”, *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*, núm. 72, pp. 1.029 y ss.

Desde el punto de vista económico es ineludible la cita de las dos propuestas teóricas diferentes sobre la forma más adecuada para realizar la internalización del coste medioambiental en el proceso productivo. Desde los postulados de la Economía del Bienestar, PIGOU, en los años 20, es el primero en formular la utilidad de los tributos con finalidad ambiental. Dado que se manifiestan unas economías externas negativas cuyo efecto puede evaluarse, y cuyo agente responsable se conoce, el sector público puede interiorizar el coste social medioambiental interviniendo principalmente mediante impuestos. Quien contamina paga, y de este modo se incentiva la reducción de la producción hasta el límite más adecuado desde el punto de vista social. [PIGOU, A.C. (1920), *The economics of welfare*, Macmillan & Co., Londres (trad. cast.: *La economía del bienestar*, 1946)]. Será COASE quien, desde los años 60, realizará un planteamiento radicalmente contrario al pigouviano. Para este miembro de la Escuela de Chicago es preciso realizar una evaluación previa de los intereses contrapuestos para

bien, ¿puede afirmarse que la actividad que desarrollan los grandes establecimientos comerciales produce un coste social? ¿Puede considerarse que las grandes superficies comerciales realizan actividades nocivas que deban ser eliminadas o desterradas? ¿Cuáles son esos costes sociales, cuáles las actividades nocivas? ¿Está justificada la creación de un impuesto para reconducirlas o moderarlas y, de paso, obtener unos rendimientos que permitan revertir al pequeño comercio unos fondos con los que combatir esa actividad que, supuestamente, es provocadora de importantes daños sociales? La respuesta a estas cuestiones habrá de ser realizada por la doctrina más especializada⁵¹. No obstante, para concluir el examen de esta figura impositiva, haremos unas últimas valoraciones tratando de ponerla en conexión con la legislación de ordenación de la actividad comercial. El impuesto catalán a las grandes superficies y el subsidio al pequeño comercio que pretende financiar tiene un impacto similar a la política de restricción de licencias que frena la expansión de los grandes establecimientos comerciales. Se aumentan los costes de las empresas más eficientes (no en vano las grandes superficies ganan cuota de mercado si no se limita su entrada) y se subvenciona a las que no lo son tanto. Cabe preguntarse si tiene algún sentido penalizar a unas empresas y apoyar a otras, simplemente en función de su tamaño. Si es lícito preservar las tradiciones urbanas imponiendo mayores costes comerciales a un grupo determinado de empresas. Desde luego, no es fácil encontrar alguna justificación para una política impositiva discriminatoria de este tipo. Se viene argumentando que el comercio tradicional impide el declive de centros urbanos y proporciona así unos importantes beneficios sociales. Se dice, además, que las grandes superficies ocasionan costes de congestión y tráfico. Ninguno de estos argumentos es excesivamente riguroso, pues supone, por una parte, desconocer que en muchos centros urbanos también se instalan establecimientos comerciales de gran tamaño que, además, en muchos casos, actúan como “locomotoras” de numerosos pequeños comercios. Y, por otra, se está presuponiendo que en los centros urbanos no se originan problemas o costes de tráfico. Pero, aún admitiendo ese tipo de argumentos, no puede negarse la división que en el mercado produce un impuesto discriminatorio. Habrían de evaluarse a fondo los costes, pero también los beneficios que generan los distintos tipos de comercio. Sin embargo, antes que eso, los distintos partidos políticos (no olvidemos que la Ley del impuesto catalán fue aprobada con el respaldo mayoritario de todos los grupos políticos del Parlamento catalán) están más preocupados en no perder el apoyo de un importante grupo de presión, aunque sea en detrimento del conjunto de los consumidores, en definitiva, del interés general. No puede soslayarse el componente altamente demagógico de los fines que se invocan para crear un impuesto como éste. El político se transforma en un moderno Robin Hood que dice “quitar a los ricos (grandes superficies) para dárselo a los pobres (pequeños comerciantes)”, pero que no tiene nada que ver con aquella imagen romántica del héroe que correteaba por el Bosque de Sherwood. Y en el supuesto hipotético de que esos fines estuvieran justificados, es incauto pensar que con tales medios se consiga nada, son ineficientes y llevan aparejados efectos perversos. Aun aceptando que las Comunidades Autónomas puedan imponer una severa fiscalidad a las grandes superficies comerciales, ésta no puede llegar hasta el extremo de provocar su salida del mercado o de obligarlas

ver cuáles son más importantes. Desde su punto de vista, podría llegar a ser aceptable la degradación medioambiental de una zona si dicha degradación sirve para sustentar la vida económica de las comunidades de la zona. Por eso, la mejor forma para ponderar estos intereses es la creación de un mercado de derechos de contaminación entre los agentes económicos contaminantes y contaminados, que conducirá a las situaciones más eficientes. COASE, R.H. (1960), “El problema del coste social”, en *La empresa, el mercado y la ley* (1994), Madrid, Alianza, pp. 121-164.

(51) Hasta ahora, CORS MEYA ha efectuado una fundamentada apología del impuesto catalán en “Impuesto sobre grandes establecimientos...”, *op. cit.*, pp. 15 y ss.

El nuevo impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales

a elevar sus precios para poder subvenir el coste fiscal, con la cadena de consecuencias negativas que ello acarrearía desde el punto de vista social y económico.

Cuando el vínculo entre la base imponible del impuesto y los daños que se producen (sobre el medio ambiente, la ordenación del territorio, el comercio tradicional) es tan débil como en el presente caso se corre el riesgo de no obtener los resultados esperados con la creación del tributo y de introducir distorsiones inútiles y costosas sobre el sector comercial y sobre el consumo.

3. LA IMPORTACIÓN DEL MODELO CATALÁN POR OTRAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y CONSIDERACIONES FINALES

Siguiendo el modelo catalán, hasta el momento presente, otras dos Comunidades Autónomas, la Comunidad Foral de Navarra y el Principado de Asturias, han creado sus propias figuras impositivas, a través, respectivamente, de la Ley Foral 23/2001, de 27 de noviembre, para la creación de un impuesto sobre los grandes establecimientos comerciales (BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2002)⁵² y de la Ley del Principado de Asturias 15/2002, de 27 de diciembre, de Medidas Presupuestarias, Administrativas y Fiscales (BOPA núm. 301, de 31 de diciembre).

Del mismo modo que el catalán, estos dos nuevos impuestos autonómicos se configuran como impuestos de carácter extrafiscal, pues su creación no obedece exclusivamente a una finalidad recaudatoria, consustancial a cualquier figura impositiva, sino que, además, tienen el propósito de repercutir sobre los establecimientos comerciales implantados como grandes superficies las desventajas externas o costes sociales que su actividad puede generar en el territorio, en el medio ambiente y en la trama del comercio urbano. Igualmente también, los ingresos procedentes del impuesto quedan afectados a la elaboración de programas de actuación para mejorar el comercio, el medio ambiente o las redes de infraestructuras.

El análisis de ambas normas demuestra hasta qué punto son deudoras de la catalana. Por ello las consideraciones vertidas en páginas anteriores sobre el impuesto catalán son plenamente trasladables a estos nuevos impuestos. No obstante, presentan algunas particularidades que es preciso resaltar.

Respecto al hecho imponible, la Ley navarra, como la catalana, grava sólo a los establecimientos comerciales individuales, pero únicamente a aquellos “que hayan obtenido la correspondiente licencia comercial” (artículo 4.1). En un intento de coordinar la legislación comercial y tributaria —que se vería corroborado por la reproducción en el párrafo segundo del artículo 4 de la definición de gran establecimiento comercial que ofrece el artículo 17.1 de la Ley Foral 17/2001, de 12 de julio, reguladora del Comercio en Navarra (BOE núm. 191, de 10 de agosto)—, el legislador navarro con esta salvedad puede haber vulnerado el principio de igualdad en la medida en que está excluyendo del ámbito de aplicación del impuesto a todos aquellos grandes establecimientos comerciales instalados en la Comunidad Autónoma antes de que comenzase a exigirse la licencia comercial específica⁵³.

(52) Todos los autores que analizan el impuesto catalán en la obra colectiva *El nuevo impuesto sobre grandes establecimientos comerciales* (citada en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo) hacen referencias a su equivalente navarro. También puede verse RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M.M. (2001), “La regulación de los grandes establecimientos...”, *op. cit.*, pp. 36 y 37.

(53) En este sentido, PICH FRUTOS, E. (2002), “El hecho imponible”, *El nuevo impuesto...*, *op. cit.*, p. 49.

Por el contrario, el legislador asturiano, sí ha decidido someter al pago del impuesto a los establecimientos de carácter colectivo. Según el artículo 21.Tres.2 están sujetos al impuesto “los establecimientos comerciales, ya sean individuales o colectivos, con una superficie útil de exposición y venta al público igual o superior a 2.500 m²”. La definición de establecimiento colectivo de la Ley de creación del impuesto es plenamente coincidente con la que se establece en el artículo 15. 2 de la Ley 10/2002, de 19 de noviembre, de Comercio Interior del Principado de Asturias (BOE núm. 8, de 9 de enero).

La Ley navarra exceptúa de la aplicación del impuesto exactamente a los mismos establecimientos que la catalana: los dedicados a la jardinería, venta de vehículos, materiales de construcción, maquinaria y suministros industriales (artículo 5). Mientras que la Ley asturiana no contempla ninguna exención. Lo único que se efectúa es una previsión de no sujeción: las exposiciones y ferias de carácter temporal que tengan como finalidad principal la exposición de productos y no el ejercicio regular de actividades comerciales⁵⁴.

El tipo de gravamen presenta ligeras variaciones si ponemos en relación el impuesto catalán y el navarro: en el primer caso, 17,43 euros por metro cuadrado; en el segundo, 12 euros. En el impuesto asturiano el tipo de gravamen es de 17 euros, pero, atención, por metro cuadrado de aparcamiento. Porque, a diferencia de lo que sucede en los otros dos impuestos autonómicos, la base imponible del impuesto asturiano está constituida, no por la superficie total, sino por “la superficie destinada a aparcamiento de que dispone el gran establecimiento comercial”.

En todo caso, como señalábamos anteriormente, la comparación entre los tres textos legales pone de manifiesto el influjo que ha ejercido la legislación catalana y que, a buen seguro, seguirá ejerciendo en otras Comunidades Autónomas.

Para terminar, volveremos a insistir en la postura de la que partíamos al iniciar este trabajo. Los impuestos a las grandes superficies pueden ser considerados una especie de un género legislativo que denominamos “planificación comercial”, un conjunto normativo que desde hace años se ocupa de “ordenar” la actividad comercial y de reequilibrar la posición que ocupan los distintos agentes económicos que operan en el sector. La finalidad de todas estas normas, incluidas las de creación de los impuestos, es –según las acertadas palabras de MANUBENS FLORENSA–: “(i) limitar y gravar (incluso drásticamente) el modelo comercial basado en grandes superficies polivalentes o especializadas, preponderantemente periféricas; y por otro lado, (ii) conservar y potenciar, en la medida de lo posible, un modelo comercial ‘mediterráneo’ o de ‘proximidad’ basado en la mediana y pequeña empresa, y cuyo eje fundamental es el centro urbano”⁵⁵.

En definitiva, detener a las locomotoras cuando van rodando por sus raíles, que hubiera dicho Mouret, el personaje de Zola con el que abríamos y ahora cerramos estas páginas.

(54) Como recuerda CORS MEYA, “la exención no es un elemento configurador del hecho imponible, no lo define negativamente, como hace un supuesto de no sujeción, sino que neutraliza el nacimiento de la obligación tributaria” (op. cit., p. 37).

(55) Cfr. MANUBENS FLORENSA, C. (2002), “Las bonificaciones en la cuota del IGEC”, en *El nuevo impuesto...*, op. cit., p. 109.

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).1 Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.

B).2 Libertad 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 relación con el principio de seguridad jurídica, la STJCE de 12 de diciembre de 2002, en el Asunto C-470-99, razona que la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir satisface, en principio, la exigencia de efectividad que se deriva de la Directiva 89/665, en la medida en que constituye la aplicación del principio fundamental de seguridad jurídica (véanse, por analogía, en relación con el principio de efectividad del Derecho comunitario, las Sentencias de 10 de julio de 1997, Palmisani, C-261/95, Rec. p. I-4025, apartado 28, y de 16 de mayo de 2000, Preston y otros, C-76/98, Rec. p. I-3201, apartado 33).

La Directiva 89/665, conocida como de “recursos” en materia de contratos públicos de obras y de suministros, pretende reforzar los mecanismos existentes destinados a garantizar, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de contratos públicos en particular la fase en la que las infracciones de dichas disposiciones aún pueden corregirse. A tal efecto, el artículo 1, apartado 1, de dicha Directiva impone a los Estados miembros la obligación de garanti-

zar que las decisiones ilícitas adoptadas por las entidades adjudicadoras puedan ser recurridas de manera eficaz y lo más rápidamente posible.

Pues bien, la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si los candidatos y licitadores pudieran alegar en cualquier momento del procedimiento de adjudicación las infracciones de las normas de adjudicación de contratos públicos, obligando con ello a la entidad adjudicadora a iniciar de nuevo la totalidad del procedimiento a fin de corregir dichas infracciones.

Para el Tribunal, los requisitos en materia de plazos como los controvertidos en el litigio principal parecen razonables tanto a la luz de los objetivos de la Directiva 89/665 como del principio de seguridad jurídica. Por otra parte, no hay duda de que sanciones como la caducidad pueden garantizar que las decisiones ilícitas de las entidades adjudicadoras sean impugnadas y corregidas lo antes posible desde que los interesados tienen conocimiento de ellas, y que son igualmente conformes tanto con los objetivos perseguidos por la Directiva 89/665 como con el principio de seguridad jurídica.

3. FUENTES

En el período al que se circunscribe esta crónica, que coincide con los meses de noviembre y diciembre de 2002 y enero de 2003, pueden señalarse las siguientes indicaciones.

En primer lugar, la **STJCE de 28 de noviembre de 2002, As. C-392/01, Comisión c. España**, reitera dos de los pronunciamientos que gozan de mayor asentamiento en la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal luxemburgués. Por un lado, destaca que el incumplimiento de un Estado miembro al no haber procedido a la adopción de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir una Directiva:

“(…) debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal como ésta se presentaba al final del plazo señalado en el dictamen motivado (…);”

por otro, reitera la imposibilidad de alegación por parte de un Estado miembro de disposiciones, prácticas o circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar la no adaptación del Derecho interno a una Directiva en el plazo establecido.

En segundo término, la **STJCE de 10 de diciembre de 2002, As. C-491/01, The Queen c. British American Tobacco (Investments) y Imperial Tobacco**, aporta una norma hermenéutica que debe tenerse presente a la hora de interpretar las disposiciones comunitarias. En este sentido, en su fundamento 203, señala que:

“(…) para la interpretación de una disposición de Derecho comunitario procede tener en cuenta no sólo el tenor de ésta, sino también su contexto y los objetivos que pretende alcanzar la normativa de que forma parte”.

I. Derecho Comunitario

También hay que destacar, en tercer lugar, la **STJCE de 21 de enero de 2003, As. C-512/99, Alemania c. Comisión**, en relación a la obligación –prevista en el artículo 95 del Tratado– que tienen los Estados, tras la adopción por el Consejo o por la Comisión de una medida de armonización, de notificar a la Comisión aquellas disposiciones nacionales que consideren necesario aplicar y las razones de tal circunstancia. A tal efecto, el Tribunal de Justicia distingue entre los dos supuestos contemplados en el artículo 95 –artículo que vino a sustituir al 100 A tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam– en función de que las disposiciones nacionales existieran o no antes de la medida de armonización. Si las disposiciones nacionales existían antes de la medida de armonización,

“eran conocidas por el legislador comunitario pero éste no pudo o no pretendió inspirarse en ellas para la armonización. Por consiguiente, estimó aceptable que el Estado miembro pudiera solicitar que sus propias normas siguieran vigentes”,

aunque en ese caso el Tratado exige que las aludidas disposiciones nacionales se encuentren justificadas, bien por las razones contenidas en el artículo 30 del Tratado, bien motivos de relacionados con la protección del medio de trabajo o del medio ambiente. Por su parte, si se tratase de disposiciones nacionales posteriores a la medida de armonización,

“es más probable que la adopción de una nueva legislación nacional ponga en peligro la armonización. Las instituciones comunitarias, por definición, no han podido tener en cuenta la disposición nacional al elaborar la medida de armonización”,

por lo que en este supuesto no podrán tenerse en cuenta los motivos del artículo 30 y sí sólo razones relacionadas con la protección del medio de trabajo o del medio ambiente salvo, eso sí, que el Estado miembro aporte nuevas pruebas científicas y haga constar la necesidad de introducir nuevas disposiciones nacionales habida cuenta del surgimiento, posteriormente a la adopción de la medida en cuestión, de un problema específico de dicho Estado.

También apunta la resolución que analizamos que, salvo que existan disposiciones transitorias, una norma nueva se aplicará,

“inmediatamente a los efectos futuros de una situación nacida bajo el imperio de la antigua norma”.

Finalmente, mencionaremos dos pronunciamientos comunitarios de la misma fecha, en concreto la **STJCE de 23 de enero de 2002, As. Acum. C-421/00, C-426/00 y C-16/01, Sterbenz** y la **STJCE de 23 de enero de 2003, As. C-221/00, Comisión c. Austria**. Ambas sentencias destacan –en sus fundamentos 24º y 42º, respectivamente– que cuando una Directiva realice una rigurosa armonización de las razones que puedan justificar la aplicación de normas nacionales obstaculizadoras al comercio de productos que se ajustan a la Directiva,

“toda medida nacional al respecto debe apreciarse a la luz de las disposiciones de la medida de armonización controvertida y no de los artículos 28 y 30 del Tratado”.

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 STJCE 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 decisión 1999/720/CE, CECA de la Comisión de 8 de julio de 1999, teniendo en cuenta la situación del comisario Bangemann para ejercer actividades profesionales en Telefónica, y su relevo de funciones en la Comisión. Igualmente es importante la STJCE 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 de 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). 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 cincuentésimo 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 5 de diciembre de 2002, Asunto T-114/00, en cuyo fundamento jurídico cuadragésimo cuarto el Tribunal sostuvo que “cuando una parte demandante intenta obtener el respeto de las garantías de procedimiento previstas en el

I. Derecho Comunitario

artículo 88 CE, apartado 2, por medio de un recurso de anulación contra una decisión de la Comisión adoptada al término de la fase preliminar, el mero hecho de que tenga la condición de interesada en el sentido de dicha disposición basta para que sea considerada directa e individualmente afectada en el sentido del artículo 230 CE, párrafo cuarto”.

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

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

D) y E) Cuestiones prejudiciales. Medidas cautelares

“Sobre la admisibilidad...”. Éste es, sin lugar a dudas, el argumento que en más ocasiones ha abordado el Juez comunitario de las *cuestiones prejudiciales*, durante el período que comprende esta crónica.

Sobre la *admisibilidad*, y antes de pasar al examen pormenorizado de la jurisprudencia del Tribunal, creemos conveniente repasar, al menos, dos cuestiones de interés.

“Así, y en primer lugar, es interesante recordar cómo la jurisprudencia del Tribunal, en relación con los requisitos de admisibilidad, comienza a elaborarse a partir de finales de los años noventa (1998). Principalmente, como freno al notable incremento de cuestiones prejudiciales planteadas por los órganos jurisdiccionales internos que tuvo lugar en este período, y que llegó a poner en peligro la capacidad de respuesta prejudicial del Tribunal de Justicia. En segundo lugar, y como bien nos recuerda el Tribunal de forma incansable, tres son los supuestos o circunstancias que, excepcionalmente, facultan al Tribunal para declarar la inadmisión prejudicial, a saber: en aquellos casos en los que resulta evidente que la interpretación o la validez de la norma comunitaria solicitada, no guarda relación alguna con el litigio principal; en aquellos litigios considerados de naturaleza hipotética; y en aquellos supuestos en los que al Tribunal de Justicia no se le facilitan los elementos de hecho, o de Derecho, necesarios para cumplir con su misión, o lo que es lo mismo, dar una respuesta útil. Aclarados estos extremos, pasemos al análisis de las sentencias prejudiciales del Tribunal, en relación con esta materia.”

Cronológicamente ordenados, los primeros pronunciamientos prejudiciales dignos de mención, en el período considerado, son un grupo de sentencias dictadas en fecha, once de noviembre de dos mil dos, y así: la STJCE, *Testa y Lazzeri*, As. C-356/00; la STJCE, X e Y, As. C-436/00,; y la STJCE, *Cofidis*, As. C-473/00.

Tanto en la STJCE, *Testa y Lazzeri*, As. C-356/00, como en la STJCE, *Cofidis*, As. C-473/00, el Tribunal, ante las alegaciones formuladas por las partes, sustentadas en la falta de relación entre norma comunitaria y litigio principal, exige que dicha falta de relación con el litigio principal resulte “evidente” o “patente”. Ello parece indicar que el Juez prejudicial comunitario, ante la formulación de este tipo de alegaciones, exige, no sólo que

dicha falta de relación exista, sino que ésta se imponga a las partes con especial claridad o nitidez. Así se desprende del contenido de ambas sentencias, y en el que, precisamente por no concurrir tal circunstancia, el Tribunal termina declarando la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas:

“(STJCE, Testa y Lazzeri, As. C-356/99)

27. (...) Una petición presentada por un órgano jurisdiccional nacional sólo puede ser rechazada si resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la existencia real o con el objeto del litigio principal (...)

(STJCE, Cofidis, As. C-473/00)

22. A este respecto, procede señalar que, en la medida en que las citadas cláusulas no se limitan a reflejar las disposiciones legales o reglamentarias imperativas y en que se les reprocha una redacción ambigua, no resulta patente que tales cláusulas no se hallen comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, tal como está delimitado por los artículos 1, apartado 2, y 4, apartado 2, de ésta.

25. En estas circunstancias, no resulta patente que la cuestión planteada no guarde relación alguna con la realidad ni con el objeto del litigio principal.”

Por su parte, la STJCE, X e Y, As. C-436/00, llama la atención sobre un extremo no falto de interés: una actuación futura no acreditada, no es equiparable al concepto de litigio hipotético.

En efecto, en el asunto sometido a examen del Tribunal y aunque el litigio principal versa sobre una operación mercantil que todavía no se ha producido, a juicio del TJCE ello no basta para acreditar que el litigio principal carezca de objeto y que, en consecuencia, pueda ser calificado como hipotético o no-real. De este modo, el supuesto excepcional de litigio hipotético, ya consolidado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, no resulta de aplicación en el asunto de autos, puesto que el supuesto de actos futuros, o de acciones futuras, cuando tales actos tienen su base en una relación jurídica real subyacente, no se halla incluido dentro del concepto de litigio hipotético. En su virtud, procede declarar, también en este caso, la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada.

“27. (...) En segundo lugar, aunque el litigio principal se refiera a la posibilidad de efectuar en el futuro una operación que todavía no se ha realizado, se trata de un litigio real y la cuestión de Derecho comunitario planteada por el órgano jurisdiccional remitente no tiene en modo alguno carácter hipotético (...)

28. En consecuencia, procede declarar la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada por el Regeringsrätten.”

I. Derecho Comunitario

Continuando con las sentencias del Tribunal de Justicia que guardan relación con los requisitos de admisibilidad, destacamos ahora las SSTJCE, *der Weduwe, As. C-153/00* y *British American Tobacco Investments y Imperial Tobacco, As. C-491/01*, ambas de 10 de diciembre de dos mil dos, y donde encontramos la primera de las declaraciones de inadmisibilidad verificadas durante el período de referencia, así como una más que sugere puntualización, en cuanto a la eventual utilización del mecanismo prejudicial en el caso de directivas pendientes de transposición.

En cuanto a la STJCE, *British American Tobacco Investments y Imperial Tobacco, As. C-491/01*, dos son las cuestiones que merecen ser enfatizadas. La primera, el hecho de que, junto a la STJCE de 16 de enero, *Cipra y Kvasnicka, As. C-439/01*, se trata ésta de una de las pocas sentencias en las que se cuestiona la validez de la norma comunitaria. La segunda, el hecho de que el Tribunal, en virtud del contenido de la misma, parece estar habilitando a los órganos jurisdiccionales internos, a hacer uso del mecanismo prejudicial, incluso, en el supuesto de directivas comunitarias que, además de no haber sido transpuestas, no hayan agotado su plazo de transposición.

“28. El Gobierno francés y la Comisión sostienen que la petición de decisión prejudicial no es admisible.

29. En su opinión, la inadmisibilidad se deriva del hecho de que, por un lado, la resolución de remisión se adoptara antes del 30 de septiembre de 2002, es decir, antes del plazo fijado para la adaptación del Derecho interno a la Directiva (...)

32. Conforme al artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez y la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad, con independencia de que sean directamente aplicables o no (...)

33. Por consiguiente, una directiva que prevea un plazo para la adaptación del Derecho interno que no haya aún expirado constituye un acto contemplado en el artículo 234 CE, de tal modo que puede presentarse válidamente una petición de decisión prejudicial sobre dicha directiva ante el Tribunal de Justicia, siempre que la petición cumpla los criterios de admisibilidad impuestos en su jurisprudencia.

37. Por lo que respecta, a continuación, a la pertinencia de las cuestiones planteadas para la resolución del litigio principal, debe señalarse primero que la eventual invalidez de la Directiva puede efectivamente influir en dicha resolución. En efecto, las demandantes del procedimiento principal sostienen que, para que el Gobierno del Reino Unido pueda adaptar el Derecho interno a una directiva mediante *regulations*, adoptadas sobre la base del artículo 2, apartado 2, de la European Communities Act 1972, es necesario que dicha directiva sea válida, de tal modo que la invalidez de ésta impide que la mencionada adaptación se efectúe mediante *regulations* adoptadas conforme a tal normativa. En segundo lugar, debe declararse que la interpretación de las disposiciones de la Directiva puede influir también en la resolución del litigio principal.

38. En consecuencia, no resulta manifiesto que la apreciación de la validez de la Directiva o su interpretación, solicitadas por el órgano jurisdiccional remitente, no guarden relación alguna con la realidad o el objeto del litigio principal ni que versen sobre un problema de naturaleza hipotética.

41. De las anteriores consideraciones se desprende que las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente son admisibles.”

A nuestro juicio, y de las palabras del Tribunal contenidas en los apartados de la sentencia, podemos extraer dos importantes conclusiones. La primera, que, con carácter general, una directiva sometida a plazo de transposición y aunque éste no haya expirado, es susceptible de eventual pronunciamiento prejudicial. La segunda que, aun siendo cierto lo anterior, hay que proceder a un examen de admisibilidad, caso por caso. La STJCE que acabamos de examinar, constituye un buen ejemplo de ello.

El TJCE comienza declarando su competencia para resolver las cuestiones prejudiciales planteadas en relación con un acto institucional comunitario, con independencia del efecto directo, o no, de dicho acto. Ahora bien, esta afirmación, que sería válida con carácter general, puede no resultar cierta en el supuesto concreto, en otras palabras: habrá que examinar, posteriormente, si concurre o no, la circunstancia excepcional de falta de relación con el litigio principal. De ahí que el Tribunal, a continuación, analice si tal excepcionalidad está presente o no, en el asunto sometido a su jurisdicción. Una vez superada dicha evaluación, el Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que tal excepcionalidad no se manifiesta en este caso, y que, por tanto, procede declarar la admisibilidad de las cuestiones planteadas.

Pero es quizás la **STJCE, der Weduwe, As. C-153/00**, la que más ha llamado nuestra atención, ya que se trata de uno de los escasos supuestos, en los que el Tribunal termina declarando la inadmisibilidad de la cuestión planteada. Los motivos en los que el Tribunal apoya su decisión son: de un lado, la concurrencia de la circunstancia excepcional de litigio hipotético; y de otro, la falta de elementos de hecho y de Derecho suficientes, en el escrito de remisión.

“33. Así pues, la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional resulta posible, entre otros supuestos, 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 (...)

34. Por otra parte, procede recordar que, para que el Tribunal de Justicia pueda dar una interpretación útil del Derecho comunitario, es indispensable que el órgano jurisdiccional nacional explique las razones por las cuales considera que una respuesta a sus cuestiones resulta necesaria para la solución del litigio (...)

I. Derecho Comunitario

35. En lo que atañe a las cuestiones tercera y cuarta, es preciso señalar, en primer lugar, que el juez remitente debe aplicar en el procedimiento principal las normas del ordenamiento jurídico belga y, en particular, las normas de Derecho penal y de Derecho procesal penal de ese Estado miembro, y que, si dicho juez hace referencia a las normas luxemburguesas en materia de secreto bancario, ello obedece exclusivamente a que considera que tales normas constituyen un obstáculo para la instrucción del sumario.

36. En segundo lugar, como acertadamente observa el Gobierno belga, si el juez remitente detectó un obstáculo eventual que, según él, puede tener relación con el artículo 49 CE y que requiere, por consiguiente, una interpretación de dicho artículo por el Tribunal de Justicia, lo hizo así basándose tan sólo en una interpretación asimétrica de las normas luxemburguesas en materia de secreto bancario. En efecto, por un lado, el juez remitente supone que las normas que sancionan la violación del secreto bancario, recogidas en los artículos 458 del Código Penal luxemburgués y 41, apartado 1, de la Ley luxemburguesa de 5 de abril de 1993, tienen alcance extraterritorial. Por otro lado, considera implícitamente que las exenciones de responsabilidad criminal que establecen el artículo 458 de dicho Código, en el caso de declaración ante los tribunales como testigo, y el artículo 41, apartado 2, de la citada Ley, en el supuesto más genérico de que la autorización o la obligación de revelar información amparada por el secreto bancario estén previstas por la ley, tienen en cambio un alcance limitado al territorio luxemburgués.

37. Ahora bien, como acertadamente subraya el Abogado General en el punto 49 de sus conclusiones, la interpretación que hace el juez remitente, al no haberse pronunciado al respecto los tribunales luxemburgueses, reviste carácter hipotético. En efecto, no constituye la única interpretación posible de las referidas normas. Por otra parte, de las observaciones presentadas por el Gobierno belga al Tribunal de Justicia resulta que, según dicho Gobierno, la interpretación que hace el juez remitente no es plausible. Además, el propio Gobierno luxemburgués cuestiona tal interpretación, puesto que, según él, el secreto bancario resultante de la legislación luxemburguesa no es oponible a las autoridades judiciales de los demás Estados miembros en el marco de sumarios como el instruido en el litigio principal.

38. El juez remitente no explica en modo alguno las razones que le han llevado a considerar que la interpretación en que se basa es la única válida. Sin embargo, el hecho de que la pertinencia de las cuestiones planteadas por el juez remitente se base en una interpretación determinada de un Derecho nacional que no es el del juez remitente hacía especialmente necesario motivar la resolución de remisión en este punto.

39. En tales circunstancias, teniendo en cuenta que el juez remitente no ha aportado al Tribunal de Justicia los elementos necesarios para verificar si la interpretación del artículo 49 CE es útil para el procedimiento principal, procede declarar la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta.

40. En cuanto a las cuestiones primera y segunda, a la luz de la constatación efectuada en el apartado 20 de la presente sentencia y al no contener la resolución de remisión ninguna motivación específica que exponga las razones por las cuales el juez nacional alberga

dudas sobre si el artículo 49 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de las normas belgas de Derecho penal y de Derecho procesal penal, procede declarar asimismo la inadmisibilidad de dichas cuestiones.”

Del contenido de esta sentencia se deduce que los motivos en los que el Tribunal basa su decisión son fundamentalmente dos: de un lado, la carencia de elementos de hecho y de Derecho en el escrito de remisión que le permitan dar una respuesta útil, carencia de imposible subsanación en el presente caso, ya sea interpretando sistemáticamente el contenido de la petición prejudicial, ya sea reformulando dicha petición; de otro, el carácter hipotético del litigio, puesto que el juez remitente (belga) realiza una interpretación asimétrica, carente de apoyatura en otras decisiones adoptadas por los jueces luxemburgueses, que deberían de servir de referente jurisprudencial, a lo que hay que añadir, el hecho de la limitación de extraterritorialidad aplicativa de la norma. En su virtud, y reafirmandonos en lo afirmado en el párrafo anterior, el Tribunal encuentra, no uno, sino hasta dos motivos distintos, para declarar la inadmisibilidad de la solicitud prejudicial: carencia de elementos de hecho y de Derecho suficientes, y naturaleza hipotética del litigio sometido a examen prejudicial.

Un segundo caso de inadmisión, nos lo proporciona la **STJCE de 21 de enero de 2003, Bacardi-Martini y Cellier des Dauphins, As. C-318/00**, en la que el litigio principal versa sobre la negativa a exhibir publicidad de bebidas alcohólicas en un acontecimiento deportivo, que tiene lugar en un Estado miembro cuya legislación admite la publicidad televisiva de bebidas alcohólicas, pero que se retransmite por televisión en otro Estado miembro cuya legislación prohíbe tal publicidad.

Las premisas de las que partimos en esta ocasión, son casi idénticas a las que concurrían en la anterior sentencia. Se alega de una parte (Gobierno Francés), la no aplicación extraterritorial de la norma nacional controvertida. De otra (Comisión), la falta de elementos de hecho y de Derecho suficientes en el escrito de remisión, que permitan al Tribunal dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional:

“37. El Gobierno francés y la Comisión sostienen que las cuestiones prejudiciales no son admisibles. En efecto, según el Gobierno francés, no hay aplicación extraterritorial de la legislación francesa. En su opinión, la responsabilidad por una eventual violación de la ley francesa con motivo de la emisión en Francia del partido disputado en Inglaterra habría correspondido a la cadena de televisión francesa que había adquirido los derechos de difusión televisiva. La única motivación de Newcastle al invocar la aplicación de la legislación francesa era el temor a perder la contrapartida de los derechos televisivos.

38. La Comisión añade que el órgano jurisdiccional remitente no ha precisado si tales consideraciones financieras podrían justificar la injerencia en un contrato entre terceros y, en tal caso, de qué manera. Con carácter más general, el órgano jurisdiccional remitente no ha proporcionado ninguna indicación al Tribunal de Justicia sobre la forma en que las respuestas a las cuestiones planteadas podrían ayudarle a resolver el asunto del que conoce.”

I. Derecho Comunitario

A identidad de premisas, identidad de pronunciamiento prejudicial:

“44. Para que el Tribunal de Justicia pueda cumplir su misión con arreglo al Tratado, es indispensable que los órganos jurisdiccionales nacionales expliquen las razones por las que consideran necesaria una respuesta a sus cuestiones para resolver el litigio, cuando dichas razones no se desprendan inequívocamente de los autos (...). Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que es indispensable que el órgano jurisdiccional nacional dé un mínimo de explicaciones sobre las razones de la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre estas disposiciones y la legislación nacional aplicable al litigio (...).

45. Además, el Tribunal de Justicia debe ser particularmente vigilante cuando, en el marco de un litigio entre particulares, se le plantea una cuestión prejudicial destinada a permitir al órgano jurisdiccional nacional apreciar la conformidad de la legislación de otro Estado miembro con el Derecho comunitario (...).

46. En el caso de autos, dado que las cuestiones prejudiciales planteadas están destinadas a permitir al órgano jurisdiccional remitente apreciar la compatibilidad de la legislación de otro Estado miembro con el Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia debe ser informado de forma detallada de las razones por las que dicho órgano jurisdiccional considera que la respuesta a tales cuestiones es necesaria para poder adoptar su resolución.

47. Pues bien, de la descripción del marco jurídico realizada por el órgano jurisdiccional remitente se desprende que en el procedimiento principal dicho órgano debe aplicar las disposiciones del Derecho inglés. Sin embargo, considera que ‘la cuestión de la licitud de las disposiciones de aplicación de la Ley Évin es decisiva para la resolución del procedimiento del que (él) conoce’ sin afirmar, no obstante, que la respuesta a la referida cuestión sea necesaria para permitirle adoptar su decisión.

48. Al pedirle el Tribunal de Justicia que precisara con más detalle en qué podía basarse Newcastle para invocar la Ley Évin, el órgano jurisdiccional remitente se limitó esencialmente a mencionar el argumento de la demandada en el procedimiento principal conforme al cual ésta podía razonablemente pensar que, de no haberse dado instrucciones para retirar los anuncios publicitarios del estadio, se habría producido una infracción del Derecho francés.

49. Por el contrario, el órgano jurisdiccional remitente no ha indicado si consideraba que Newcastle podía razonablemente pensar que se aplicaba la legislación francesa, y el Tribunal de Justicia no dispone de ningún elemento en tal sentido.

50. Además, el Gobierno del Reino Unido ha afirmado que la premisa que permitiría considerar relevantes las cuestiones prejudiciales podría consistir en la existencia de una obligación para Newcastle de respetar la legislación francesa conforme a lo dispuesto en el acuerdo que había celebrado con CSI, acuerdo que preveía la retransmisión del partido Newcastle-Metz por una cadena de televisión francesa. Basta observar, a este respecto, que el órgano jurisdiccional remitente no ha mencionado la existencia de tal obligación contractual.

51. A mayor abundamiento, como destaca acertadamente el Abogado General en el punto 34 de sus conclusiones, aunque el órgano jurisdiccional remitente considerara que Newcastle podía razonablemente suponer que el respeto de la legislación francesa exigía que se inmiscuyera en los contratos en cuestión, no resulta en absoluto claro por qué motivo tal justificación debería desaparecer automáticamente en caso de que la norma que Newcastle pretendía que se cumpliera resultara contraria al artículo 59 del Tratado.

52. Pues bien, la resolución de remisión tampoco contiene información alguna sobre este extremo.

53. En estas circunstancias, procede señalar que el Tribunal de Justicia no dispone de elementos que indiquen que resulta necesario pronunciarse sobre la compatibilidad con el Tratado de la legislación de un Estado miembro distinto del Estado del órgano jurisdiccional remitente.

54. Por consiguiente, procede declarar la inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia.”

Pero lo que hace a esta sentencia aun más interesante que la anterior, son las apreciaciones formuladas por el Tribunal de Justicia en los apartados 45 y 46.

Sintéticamente expuesto, el problema jurídico de fondo es el siguiente: cuáles son los criterios de admisibilidad a seguir, en aquellos casos, en los que un órgano jurisdiccional de un estado miembro plantea una cuestión prejudicial, no en relación con una norma de su propio ordenamiento, sino en relación con una norma del ordenamiento de otro estado miembro. La respuesta del Tribunal parece ser que, en tales supuestos, el órgano jurisdiccional remitente deberá ofrecer al Tribunal un plus de información, esto es, deberá incluir en el escrito de remisión una información, lo más detallada y precisa posible, de los hechos y fundamentos de Derecho que rodean al litigio principal. Así mismo, el propio Tribunal de Justicia deberá de aplicar unos criterios más rígidos y estrictos de lo habitual, antes de declarar la admisión de la cuestión prejudicial planteada.

Se deduce pues, del contenido de la sentencia, que en estos casos nace un nuevo y doble contenido obligacional: en lo que concierne al Tribunal de Justicia, el de ser “particularmente vigilante”; y en cuanto al órgano jurisdiccional remitente, el de informar, “de forma detallada”, de las razones por las que dicho órgano jurisdiccional considera que la respuesta a tales cuestiones es necesaria para poder adoptar su decisión.

A nuestro juicio, estamos ante una medida acertada y ciertamente proporcional al fin perseguido. Una solución en la que se tratan de conjugar, de un lado, el principio-valor de la seguridad jurídica, y de otro, la garantía de eventual utilización del mecanismo prejudicial.

Entendemos que, en todo caso, del contenido de la sentencia no se debe deducir que el Tribunal de Justicia esté negando la competencia de activación prejudicial de los órganos

I. Derecho Comunitario

jurisdiccionales internos, sino que se trata de un llamamiento a la cautela, en tan particulares supuestos. En efecto, de una lectura diferente y *contrario sensu* de la sentencia, se puede interpretar que el Tribunal de Justicia ha querido decir lo siguiente: con carácter general, cualquier órgano jurisdiccional de un estado miembro, llamado a aplicar Derecho de otro estado miembro, está habilitado para presentar una petición de pronunciamiento prejudicial, respecto de este último. Ahora bien, en dicho supuesto, será exigible un mayor grado de rigor, en el escrito de formulación de tal petición, tanto cuantitativa, como cualitativamente, considerado. En otras palabras, será necesario que el escrito de remisión contenga una descripción más detallada de lo habitual, tanto de los elementos de hecho, como de los fundamentos de Derecho, que acompañan al litigio principal.

Para complicar aun más el panorama apenas descrito, a todo ello hay que añadir el efecto *erga omnes* de los pronunciamientos prejudiciales. En efecto, no debemos olvidar que, además, las sentencias prejudiciales del Tribunal de Justicia tienen efectos *erga omnes*. Esto significa que los órganos jurisdiccionales nacionales del estado miembro cuya norma ya ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, se verán vinculados por la interpretación dada, y esto es así, aunque ninguno de ellos haya planteado cuestión prejudicial alguna frente a su norma nacional. Situación ciertamente poco deseable, ya que, en su virtud, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro se verán obligados a conocer la interpretación que deben dar a una norma nacional, pero en los términos establecidos por un órgano jurisdiccional de otro país. De ahí que el Tribunal de Justicia incremente el nivel de exigencia en estos casos, puesto que si bien la seguridad jurídica comunitaria quedaría a salvo, la seguridad jurídica nacional podría quedar seriamente comprometida.

En todo caso, estamos ante supuestos ciertamente excepcionales. No es frecuente que un órgano jurisdiccional en un Estado miembro se convierta en garante indirecto de la legalidad comunitaria de normas y actos, promulgados y emanados, por los órganos competentes de un Estado miembro distinto. Sobre todo, si tenemos en cuenta la operatividad de la cláusula de limitación territorial, que es característica esencial de las normas y actos nacionales.

Concluimos este inicial periplo jurisprudencial en cuanto a los requisitos de admisibilidad, con la **STJCE de 23 de enero de 2003, Sterbenz, As. Ac. C-426/00, C-421/00 y C-16/01**, en la que se produce una curiosa declaración de admisibilidad, que podríamos denominar: admisibilidad por analogía.

En efecto, el Tribunal de Justicia, en relación con el Asunto C-426/00, entiende que se da una de las situaciones excepcionales que facultarían al Tribunal para declarar la inadmisibilidad de la petición de pronunciamiento prejudicial: la falta de elementos de hecho y de Derecho suficientes, que le permitan cumplir con su función de dar una respuesta útil (apartado 19 de la Sentencia). Sin embargo, a continuación, el Tribunal de Justicia salva este obstáculo de admisibilidad, realizando una interpretación sistemática y analógica de la cuestión planteada, y así, terminar declarando la admisibilidad de la misma.

“21. Sin embargo, habida cuenta que, como se desprende del expediente remitido al Tribunal de Justicia, los hechos del litigio en el procedimiento principal del Asunto C-426/00 son

idénticos a los de los Asuntos C-421/00 y C-16/01 y que, en particular, las cuestiones prejudiciales planteadas por el Unabhängiger Verwaltungssenat Wien también versan sobre la interpretación del artículo 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 79/112 y la posible contradicción entre dicho precepto y el régimen establecido por el artículo 9 de la LMG, es preciso señalar que, en el presente caso, la similitud de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia en los tres asuntos le permite a éste dar respuestas útiles al juez remitente. Por otra parte, precisamente esta similitud ha justificado que el Presidente del Tribunal de Justicia decidiera acumular los mencionados asuntos.

22. Por consiguiente, procede admitir la petición de decisión prejudicial planteada por el Unabhängiger Verwaltungssenat Wien.”

Los requisitos de admisibilidad no han sido el objeto único y excluyente de los pronunciamientos prejudiciales. Aspectos tales como la definición de qué es el mecanismo prejudicial, el alcance de dicha competencia o la capacidad de reformulación de la que dispone el Tribunal de Justicia, también han formado parte del contenido de las sentencias prejudiciales emitidas durante este período.

En cuanto al concepto, o la definición, de qué es y en qué consiste el instrumento prejudicial, es de destacar la **STJCE de 7 de noviembre de 2002, As. Ac. C-263/00 y C-260/00**, en la que el Tribunal, a modo de recordatorio, reitera que:

“27. (...) el procedimiento de remisión prejudicial previsto en el artículo 234 CE establece una estrecha cooperación entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, basada en un reparto de funciones entre ellos (...), al tiempo que constituye un instrumento a través del cual el Tribunal de Justicia aporta a los órganos jurisdiccionales nacionales los elementos de interpretación del Derecho comunitario que precisan para resolver los litigios de que conocen (...)”

En la **STJCE de 23 de enero de 2003, Makedoniko Metro y Michaniki As. C-57/01** y en la **STJCE de 16 de enero de 2003, Pansard y otros, As. Ac. C-265/01**, el Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse, por enésima vez, en cuanto a los límites y la extensión de su propia competencia prejudicial. Para ello nos recuerda la clásica distinción entre, necesidad y pertinencia del planteamiento de la cuestión prejudicial (competencia del juez ordinario), e interpretación de Derecho comunitario (competencia exclusiva del Tribunal de Justicia). Sirvan a modo de ejemplo, los siguientes apartados de las citadas sentencias.

“55. Es preciso recordar que, en el marco del artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la interpretación de disposiciones legislativas o reglamentarias nacionales ni sobre la conformidad de tales disposiciones con el Derecho comunitario. No obstante, puede proporcionar al órgano jurisdiccional nacional los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle resolver el problema jurídico que le ha sido sometido (STJCE de 23 de enero de 2003, Makedoniko Metro y Michaniki As. C-57/01).

I. Derecho Comunitario

18. Con carácter preliminar, debe recordarse, por una parte, que, en el caso de un procedimiento promovido en virtud del artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario. Sin embargo, sí lo es para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para dirimir el asunto de que conozca (STJCE de 16 de enero de 2003, Pansard y otros, As. Ac. C-265/01).”

En cuanto a la facultad de reformulación de la que dispone el Tribunal de justicia, y tercero de los contenidos antes subrayados, es de señalar, entre otras, la **STJCE de 7 de noviembre, Bourrasse, As. Ac. C-289/01 y C-228/01**. En esta sentencia, el Tribunal incide una vez más, en que la facultad de reformulación de la que éste dispone, tiene una amplitud tal que le permite, incluso, hacer extensivo el examen de prejudicialidad, a normas de Derecho comunitario a las que el órgano jurisdiccional remitente no se ha referido. Así:

“33. Sin embargo, 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 (...)”

Para poner punto y final al apartado relativo a las cuestiones prejudiciales, refirámonos por último, a aquellas sentencias que tienen su origen, en cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. En este apartado destaca por encima de cualquier otra, la **STJCE de 12 de diciembre de 2002, Ángel Rodríguez Caballero vs. Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), As. C-442/00**.

Somos conscientes de que, a buen seguro, esta sentencia será objeto de comentario en otros apartados de esta publicación, pero, aquí y ahora, no podemos por menos que dar noticia de ella.

No guardando relación directa con la materia que aquí nos ocupa (elementos integrantes del mecanismo prejudicial), resulta de especial interés para nosotros, y ello por las importantes consecuencias pro-futuro que de esta sentencia se derivan en el ordenamiento español. Más en concreto, en lo que concierne a la consideración de los salarios de tramitación no judicial como objeto de reembolso, por parte del FOGASA.

En esencia, el litigio principal que da lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial, gira en torno, a si los salarios de tramitación no judiciales deben entenderse incluidos en el concepto de “créditos a favor de los trabajadores”, a los que hace referencia la Directiva 80/987/CEE, del Consejo, de 20 de octubre de 1980. En otras palabras, y en el caso que aquí nos ocupa, si el Sr. Rodríguez Caballero puede exigir del FOGASA el abono de los salarios de tramitación no judicial, devengados como consecuencia de su proceso de despido, y ante la insolvencia de la empresa para la que trabajaba.

La decisión final a la que llega el Tribunal de Justicia es favorable a los intereses del Sr. Rodríguez Caballero. Una vez estudiada la normativa aplicable (nacional y comunitaria),

las alegaciones formuladas por las partes, y las cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente (TSJ de Castilla-La Mancha), siguiendo la línea argumental trazada por este último en su escrito de remisión, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea —en contra del criterio mantenido por el Tribunal Supremo español—, declara: 1) que los créditos correspondientes a salarios de tramitación deben ser considerados créditos a favor de los trabajadores asalariados, en el sentido de los artículos 1, apartados 1, y 3, apartado 1, de la Directiva 80/987/CEE, de Consejo, de 20 de octubre de 1980, con independencia del procedimiento en virtud del cual se fijen (judicial o extrajudicial), y 2) que el juez nacional (en nuestro caso, el TSJ de Castilla-La Mancha) debe dejar sin aplicación la normativa nacional que, vulnerando el principio de igualdad, excluye la anterior interpretación.

A nuestro juicio, ello implica que el TSJ de Castilla-La Mancha deberá resolver la cuestión a favor de los intereses de la representación del Sr. Rodríguez Caballero, so pena de incurrir en vulneración flagrante de la aplicación del Derecho comunitario. Pero hay también una segunda lectura que conviene no olvidar. La sentencia es un aviso al legislador ordinario, para que modifique la legislación nacional, y lo haga en el sentido querido por el legislador y el juez comunitarios, ya que se trata de una norma discriminatoria y no justificada objetivamente. Esperemos que así sea, con el fin de evitar a futuros justiciables el tener que acudir, uno tras otro, a la vía judicial para ver reconocido este derecho, y también, el de ahorrar a los tribunales internos sucesivos pronunciamientos prejudiciales en igual o similar sentido.

En lo que concierne ahora a las *medidas cautelares*, el Tribunal de Justicia se ha enfrentado en esta ocasión a un supuesto especialmente delicado. En la **STJCE de 26 de noviembre de 2002, Comunidad Europea vs. First Nv y Franex NV, As. C-275/00**, y en el marco del planteamiento de una cuestión prejudicial, se ha formulado al Tribunal la siguiente pregunta: ¿puede un órgano jurisdiccional, en el seno de un proceso de medidas cautelares interno, obligar a una institución comunitaria a participar en el mismo, cuando resultado de esa participación, posteriormente, podría ser objeto de un procedimiento de responsabilidad extracontractual en su contra?

El problema jurídico es de notable complejidad. Nos encontramos en el seno de un proceso interno de exigencia de responsabilidad (empresas belgas, de producción de embutidos, frente a Estado belga, en relación con los perjuicios derivados de la “crisis de la dioxina”), en el que se solicita la práctica de una prueba (pericial), con participación de una Institución comunitaria (la Comisión), que es necesaria para la sustanciación del proceso interno, pero que, más adelante, podría ser utilizada en su contra, en el marco de un posterior proceso de exigencia de responsabilidad de la Comunidad.

El Tribunal analiza el problema a la luz de la exclusividad de su competencia en el campo de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad (artículos 235 y 288 del TCE), llegando a las siguientes conclusiones. Primera, existe una separación clara y nítida entre responsabilidad extracontractual de la Comunidad (competencia exclusiva y excluyente

I. Derecho Comunitario

del Tribunal de Justicia) y responsabilidad contractual de la misma (eventual competencia de órgano jurisdiccional interno. Segunda, de la lectura conjunta de los artículos 235 y 288 del TCE se desprende que el Tribunal de Justicia es el único juez competente para determinar la responsabilidad extracontractual. Tercera, la adopción de medidas cautelares en el marco de un proceso de responsabilidad extracontractual, forma parte integrante del procedimiento de responsabilidad extracontractual en sí mismo considerado. Cuarta, el principio de cooperación leal del artículo 10 del TCE, no es aplicable en este caso, aunque sí en otros supuestos (acción de responsabilidad interna contra el Estado miembro), en cuyo caso, las Instituciones, y en particular la Comisión, acogerían de buen grado, cualquier eventual petición de colaboración formulada por un órgano jurisdiccional interno. Quinta, el reconocimiento del juez nacional como juez de medidas cautelares comunitario sólo se contempla respecto de los procesos jurisdiccionales internos.

En virtud de todo lo anterior, el Tribunal declara: “Los artículos 235, 240 y 288, párrafo segundo, CE se oponen a que un órgano jurisdiccional nacional incoe, respecto de una de las instituciones de la Comunidad Europea, un procedimiento para la práctica de una prueba pericial que tiene por objeto determinar su participación en hechos que supuestamente han causado daño, con miras a la ulterior interposición de un recurso por responsabilidad extracontractual contra la Comunidad Europea”.

A nuestro juicio, ello es razonable y no desvirtúa en modo alguno el carácter de juez cautelar comunitario de los órganos jurisdiccionales internos (reconocido entre otras, en la STJCE de 21 de febrero de 1992, Zuckerfabrik, As. Ac. C-143/88 y C-92/89). En efecto, en primer lugar, los órganos jurisdiccionales internos siguen siendo los jueces de las medidas cautelares comunitarias, en el caso de normas nacionales de aplicación de las mismas. Y en segundo lugar, porque si realizamos una lectura distinta de la sentencia del Tribunal de Justicia, podemos deducir, que los jueces internos sí que podrán solicitar la asistencia de las instituciones comunitarias para la práctica de diligencias de prueba en el resto de los casos, esto es, siempre y cuando la responsabilidad de la institución por llevar a cabo tal asistencia, no pueda verse comprometida, posteriormente, en el seno de un proceso previsto en el art. 235 del TCE.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

Hasta un total de siete sentencias ha dictado el TJCE en materia de libre circulación de mercancías durante este período. En la **STJCE de 5 de noviembre de 2002, As. C-325/00, Comisión contra República Federal de Alemania**, el TJCE declara que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación), al conceder la marca de calidad (“calidad de marca del territorio alemán”) a productos acabados de una determinada calidad fabricados en Alemania. Según la jurisprudencia del TJCE, el artículo 30 del Tratado prohíbe cualquier normativa o medida de los Estados miembros que pueda obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el

comercio entre los Estados miembros (véase, en particular, la Sentencia de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, 8/74, Rec. p. 837, apartado 5).

El régimen de la marca de calidad alemana tiene, efectos restrictivos sobre la libre circulación de las mercancías entre Estados miembros. Tal régimen, establecido con el objeto de promover la comercialización de los productos agroalimentarios fabricados en Alemania y cuyo mensaje publicitario subraya la procedencia alemana de los productos correspondientes, puede incitar a los consumidores a comprar los productos provistos de la marca de calidad en detrimento de los productos importados (véanse, en este sentido, las sentencias, antes citadas, *Comisión/Irlanda*, apartado 25, y *Apple and Pear Development Council*, apartado 18). Un régimen como el que se discute, que define la zona de procedencia en función de la extensión del territorio alemán y se aplica a todos los productos agroalimentarios que cumplan determinados requisitos de calidad, no puede, en ningún caso, ser considerado una indicación geográfica justificable con arreglo a la disposición del artículo 36 del Tratado.

En segundo lugar, la **STJCE de 14 de noviembre de 2002, Sala Sexta, SPKR 4 nr. 3482 ApS**, tiene por objeto obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación de los Reglamentos (CEE) 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992, por el que se aprueba el Código aduanero comunitario (DO L 302, p. 1), y 2454/93 de la Comisión, de 2 de julio de 1993, por el que se fijan determinadas disposiciones de aplicación del Reglamento 2913/92 (DO L 253, p. 1). Para el TJCE estas disposiciones, deben interpretarse en el sentido de que la oficina de partida puede exigir al obligado principal el pago de una deuda aduanera nacida de una infracción o irregularidad cometida en un envío realizado bajo el régimen de tránsito comunitario externo, cuando dicha oficina no le notificó antes de que expirase el undécimo mes siguiente a la fecha de registro de la declaración de tránsito comunitario que dicho envío no se había presentado en la oficina de destino y que no había podido determinarse el lugar en que se produjo la infracción o irregularidad. Ello es así aunque la oficina de partida no haya respetado unas instrucciones administrativas sobre transmisión de información, como el sistema de información previa, o el incumplimiento del citado plazo se deba a un error o negligencia de esta oficina.

En tercer lugar, la **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de diciembre de 2002, Sala Quinta, As. T-123/00, Karl Thomae/Comisión**, trata de nuevo el asunto, siempre recurrente de los medicamentos de uso humano. El recurso tenía por objeto un recurso de anulación de la Decisión de 1 de marzo de 2000 de la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos por la que se deniega la solicitud de modificación de determinados términos de la autorización de comercialización del medicamento denominado “Daquiran”. El TJCE anuló esta decisión por estimar que al denegar la solicitud de modificación de AC comunitaria por la que se pretende añadir una presentación de embalaje particular para el mercado alemán, sin examinar la existencia de circunstancias excepcionales, la Decisión impugnada se basa en una interpretación errónea de la normativa aplicable. En estas circunstancias, el Tribunal declara fundados los motivos por los

I. Derecho Comunitario

que la demandante rechaza la interpretación en virtud de la cual la presentación de embalaje de un medicamento debe ser idéntica en toda la Comunidad, sin excepción alguna.

La STJCE de 16 de enero de 2003, Sala Quinta, “Hammarsten”, As. C-462/01, que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Halmstads tingsrätt (Suecia), destinada a obtener, en el proceso penal seguido ante dicho órgano jurisdiccional contra Ulf Hammarsten, una decisión prejudicial sobre la interpretación de los artículos 28 y 30 CE y de la normativa comunitaria aplicable al cultivo y comercio del cáñamo.

Para el tribunal, Los Reglamentos (CEE) 1308/70 del Consejo, de 29 de junio de 1970, por el que se establece la organización común de mercados en el sector del lino y del cáñamo, en su versión modificada por el Reglamento (CE) 2826/2000 del Consejo, de 19 de diciembre de 2000, sobre acciones de información y de promoción de los productos agrícolas en el mercado interior, y (CEE) 619/71 del Consejo, de 22 de marzo de 1971, por el que se fijan las normas generales de concesión de la ayuda para el lino y el cáñamo, en su versión modificada por el Reglamento (CE) 1420/98 del Consejo, de 26 de junio de 1998, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que tiene por efecto prohibir el cultivo y posesión del cáñamo industrial objeto de dichos Reglamentos.

La STJCE de 16 de enero de 2003, Sala Sexta, As. C-265/01, “Annie Pansard y otros”, sobre origen de un producto pesquero y normativa nacional que prohíbe de manera periódica el desembarque de determinados productos. El recurso tenía por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 234 CE, por el Tribunal de grande instance de Dinan (Francia), destinada a obtener, en el proceso penal seguido ante dicho órgano jurisdiccional una decisión prejudicial. Para el TJCE, el Derecho comunitario en materia de pesca se opone a una normativa nacional como la controvertida en el litigio principal que prohíbe, durante un período determinado, que se desembarquen en una parte del litoral del Estado miembro en cuestión vieiras capturadas en las aguas territoriales de otro Estado miembro.

Y finalmente la más recientes de las sentencias estudiadas en materia de libre circulación de mercancías. Se trata de dos sentencias idénticas en contenido y fundamento, y que suponen sendas condenas para Italia y España en materia de libre circulación de mercancías. Se trata de las SSTJCE de 16 de enero de 2003, Sala Sexta, As. C-14/00, Comisión contra Italia y As. C-12/00, Comisión contra España. En estas sentencias se enjuicia el incumplimiento por parte de Italia y España de la Directiva 73/241/CEE en lo que respecta a la libre circulación de Productos de cacao y de chocolate que contienen materias grasas distintas de la manteca de cacao, la prohibición de comercializarlos con esta denominación en el Estado miembro de comercialización y la obligación de utilizar la denominación “sucedáneo de chocolate”. Para el TJCE, la República Italiana y el Reino de España han incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación), al prohibir que los productos de cacao y de chocolate que se ajustan a los contenidos mínimos fijados en el

anexo I, apartado 1, punto 1.16, de la Directiva 73/241/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1973, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre los productos de cacao y de chocolate destinados a la alimentación humana, a los que se han adicionado materias grasas vegetales distintas de la manteca de cacao y que han sido fabricados legalmente en los Estados miembros que autorizan la adición de estas materias, puedan ser comercializados en Italia con la denominación utilizada en el Estado miembro de producción, y al prever que dichos productos sólo puedan comercializarse con la denominación “sucedáneo de chocolate”.

B).1 Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

Cuatro han sido las sentencias dictadas en esta materia durante este período. La primera es la **STJCE de 21 de noviembre de 2002, Sala Quinta, As. 356/00, “Testa y Lazzari”**. En la misma se solicitaba por un órgano judicial italiano una decisión prejudicial sobre la interpretación de la sección A, punto 3, del anexo de la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables (DO L 141, p. 27). Para el TJCE, la sección A, punto 3, del anexo de la Directiva 93/22/CEE del Consejo, de 10 de mayo de 1993, relativa a los servicios de inversión en el ámbito de los valores negociables, que define el concepto de gestión de carteras de inversión, se opone a que una normativa nacional se aparte de esta definición al no exigir, a efectos de la ejecución de dicha Directiva, que la gestión de carteras de inversión sea “discrecional e individualizada” y “con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores”. No obstante, nada impide a un Estado miembro ampliar, mediante la normativa nacional, la aplicabilidad de las disposiciones de la citada Directiva a operaciones no contempladas en la misma Directiva, siempre y cuando se deduzca claramente que la normativa nacional de que se trata no constituye una adaptación del Derecho interno a la Directiva, sino que resulta de la voluntad autónoma del legislador.

En segundo lugar, la **STJCE, de 10 de diciembre de 2002, As. C-362/01, “Comisión contra Irlanda”**, similar a algunas sentencias ya pronunciadas durante el año 2001, tiene por objeto que se declare que Irlanda ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título (DO L 77, p. 36), al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la citada Directiva, o al no haber informado a la Comisión al respecto. El TJCE declaró que Irlanda había incumplido las obligaciones que le incumbían en virtud de la Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la citada Directiva.

I. Derecho Comunitario

En tercer lugar, la *STJCE* de 10 de diciembre de 2002, *As. C-153/00, “der Weduwe”*, sobre libre prestación de servicios en lo relativo a actividades bancarias. El asunto era un empleado de una entidad de crédito establecida en un Estado miembro y que capta clientes en otro Estado. El TJCE decidió no pronunciarse sobre ninguna de las cuestiones prejudiciales planteadas por estimar que la negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional resulta posible, entre otros supuestos, 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 este sentido, las Sentencias *Preussen Elektra*, apartado 39, y *Canal Satélite Digital*, apartado 19, antes citadas). Por otra parte, procede recordar que, para que el Tribunal de Justicia pueda dar una interpretación útil del Derecho comunitario, es indispensable que el órgano jurisdiccional nacional explique las razones por las cuales considera que una respuesta a sus cuestiones resulta necesaria para la solución del litigio (véanse las Sentencias de 12 de junio de 1986, *Bertini* y otros, *Asuntos Acumulados 98/85, 162/85 y 258/85*, Rec. p. 1885, apartado 6, y de 16 de julio de 1992, *Lourenço Dias*, *C-343/90*, Rec. p. I-4673, apartado 19).

Finalmente, la *STJCE* de 21 de enero de 2003, *“Bacardi-Martini SAS y Cellier des Dauphins”*, *As. C-318/00*, se refiere a la negativa a exhibir publicidad de bebidas alcohólicas en un acontecimiento deportivo que tiene lugar en un Estado miembro cuya legislación admite la publicidad televisiva de bebidas alcohólicas pero que se retransmite por televisión en otro Estado miembro cuya legislación prohíbe tal publicidad. El TJCE declaró también la inadmisibilidad de la decisión prejudicial en este caso por cuanto no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria, solicitadas por el órgano jurisdiccional nacional, no tienen 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 las Sentencias *Bosman*, apartado 61; de 9 de marzo de 2000, *EKW y Wein & Co.*, *C-437/97*, Rec. p. I-1157, apartado 52, y de 13 de julio de 2000, *Idéal Tourisme*, *C-36/99*, Rec. p. I-6049, apartado 20). Para que el Tribunal de Justicia pueda cumplir su misión con arreglo al Tratado, es indispensable que los órganos jurisdiccionales nacionales expliquen las razones por las que consideran necesaria una respuesta a sus cuestiones para resolver el litigio, cuando dichas razones no se desprendan inequívocamente de los autos (Sentencia de 16 de diciembre de 1981, *Foglia*, 244/80, Rec. p. 3045, apartado 17). Así, el Tribunal de Justicia ha declarado que es indispensable que el órgano jurisdiccional nacional dé un mínimo de explicaciones sobre las razones de la elección de las disposiciones comunitarias cuya interpretación solicita y sobre la relación que establece entre estas disposiciones y la legislación nacional aplicable al litigio (Auto de 28 de junio de 2000, *Laguillaumie*, *C-116/00*, Rec. p. I-4979, apartado 16).

Además, el Tribunal de Justicia debe ser particularmente vigilante cuando, en el marco de un litigio entre particulares, se le plantea una cuestión prejudicial destinada a permitir al órgano jurisdiccional nacional apreciar la conformidad de la legislación de otro Estado miembro con el Derecho comunitario (sentencia *Foglia*, antes citada, apartado

30). En el caso enjuiciado, dado que las cuestiones prejudiciales planteadas están destinadas a permitir al órgano jurisdiccional remitente apreciar la compatibilidad de la legislación de otro Estado miembro con el Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia debe ser informado de forma detallada de las razones por las que dicho órgano jurisdiccional considera que la respuesta a tales cuestiones es necesaria para poder adoptar su resolución.

B).2 Libertad de establecimiento

Tres han sido las sentencias dictadas por el tribunal en el período estudiado. En primer lugar, la **STJCE de 5 de noviembre de 2002, “Überseering”, As. C-208/00**. El supuesto de hecho de este caso se refería a Sociedad que ejerce su libertad de establecimiento en otro Estado miembro - Sociedad respecto a la que se considera, con arreglo al Derecho del Estado miembro de acogida, que ha trasladado su domicilio social efectivo al territorio de dicho Estado. Para el TJCE, los artículos 43 y 48 CE se oponen a que, cuando se considera, con arreglo al Derecho de un Estado miembro, que una sociedad, constituida conforme a la legislación de otro Estado miembro en cuyo territorio se encuentra su domicilio social estatutario, ha trasladado su domicilio social efectivo al primer Estado, éste deniegue a dicha sociedad la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal ante sus órganos jurisdiccionales nacionales para invocar los derechos derivados de un contrato celebrado con una sociedad establecida en dicho Estado. Cuando una sociedad constituida con arreglo a la legislación de un Estado miembro en cuyo territorio se encuentra su domicilio social estatutario ejerce su libertad de establecimiento en otro Estado miembro, los artículos 43 y 48 CE obligan a este último a reconocer la capacidad jurídica y, por tanto, la capacidad procesal que dicha sociedad tiene de conformidad con el Derecho de su Estado.

En segundo lugar, la **STJCE de 21 de noviembre de 2002, Sala Quinta, “X e Y”, As. C-436/00**, sobre el Impuesto sobre la renta sueco y ventajas fiscales relativas a la transmisión de acciones a muy bajo precio a sociedades participadas por el cedente. Se trata de una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo Administrativo de Suecia. En su pronunciamiento, el TJCE concluye que: 1) Los artículos 43 y 48 CE se oponen a una normativa nacional como aquella de que se trata en el procedimiento principal que, en el supuesto de la transmisión de acciones de sociedades a muy bajo precio, deniega al cedente la tributación diferida de las plusvalías realizadas sobre estas acciones cuando la transmisión se realiza a favor de una persona jurídica extranjera en la cual participa directa o indirectamente el cedente –siempre que esta participación le confiera una influencia real en las decisiones de dicha persona jurídica extranjera y le permita determinar las actividades de ésta– o a favor de una sociedad anónima sueca filial de dicha persona jurídica extranjera.

2) Los artículos 56 y 58 CE se oponen a una normativa nacional como aquella de que se trata en el procedimiento principal que, en el supuesto de la transmisión de acciones de sociedades a muy bajo precio, deniega al cedente la tributación diferida de las plusvalías

I. Derecho Comunitario

as realizadas sobre estas acciones cuando la transmisión se realiza a favor de una persona jurídica extranjera en la cual el cedente es, directa o indirectamente, titular de una participación que no le confiere una influencia real en las decisiones de dicha persona jurídica extranjera ni le permite determinar las actividades de ésta.

Por último, la STJCE de 12 de diciembre de 2002, Sala Quinta, As. C-324/00, “Lankhorst-Hohorst”, se pronuncia sobre el régimen tributario del Impuesto sobre sociedades alemán en lo relativo a distribución encubierta de beneficios y crédito fiscal. En el supuesto de hecho, La *Körperschaftsteuergesetz* (Ley del impuesto sobre sociedades), en su texto vigente durante los años 1996 a 1998 (en lo sucesivo, “KStG”), contiene un artículo 8 bis titulado “Fondos recibidos en préstamo de los accionistas” cuyo apartado 1 dispone lo siguiente: “La retribución de los recursos ajenos que una sociedad de capital, sujeta sin limitación al impuesto, haya obtenido de un socio que carece de crédito fiscal, que haya poseído en el curso del ejercicio económico una participación sustancial en el capital de la sociedad, se considerará constitutiva de un reparto de beneficios encubierto cuando: (...) 2. se haya acordado una retribución calculada según un porcentaje del capital y los recursos ajenos tripliquen durante el ejercicio el valor de la participación de dicho socio, a menos que la sociedad hubiera podido obtener estos recursos ajenos de un tercero en iguales condiciones o si se trata de recursos ajenos prestados para financiar operaciones bancarias habituales. (...)” Según el TJCE, el artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición como la contenida en el artículo 8 bis, apartado 1, punto 2, de la *Körperschaftsteuergesetz* (Ley alemana del impuesto sobre sociedades).

C) Libre circulación de trabajadores

a) Contenido jurídico

a’) Derechos de entrada y residencia

La STJCE de 9 de enero de 2003, Givane, As. C-257/00, que versa sobre el derecho de residencia de los miembros de la familia de un trabajador fallecido, tiene como objeto establecer, en el marco de un procedimiento prejudicial, la interpretación correcta del artículo 3.2 del Reglamento (CEE) 125/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo. La disposición controvertida dispone que:

“(...) si el trabajador hubiese fallecido en el curso de su vida profesional y antes de haber adquirido el derecho a residir en el territorio del Estado referido, los miembros de su familia tendrán derecho a residir en él a título permanente a condición de:

– que el trabajador, en la fecha de su fallecimiento, haya residido de manera continuada un mínimo de dos años en el territorio de ese Estado miembro. (...)”

En este sentido, el órgano jurisdiccional nacional deseaba saber si este precepto debe interpretarse en el sentido de que el período de residencia de dos años previsto por esta disposición debe preceder inmediatamente a la fecha del fallecimiento del trabajador o si es suficiente que se haya cubierto en un momento del pasado más alejada de dicha fecha. A este respecto, resulta importante subrayar que la redacción del artículo 3, apartado 2 del Reglamento 1251/70 en las versiones francesa, alemana e italiana, implica que el período de residencia continuada de dos años debe prolongarse hasta la fecha del fallecimiento del trabajador, mientras que las versiones española, danesa, griega, inglesa, neerlandesa, portuguesa, finlandesa y sueca parecen más bien neutras en cuanto a la relación cronológica entre la residencia continuada de dos años y la fecha de fallecimiento del trabajador.

Pues bien, el TJCE parte de que en virtud de reiterada jurisprudencia, las diversas versiones lingüísticas de un texto comunitario deben interpretarse de un modo uniforme, y, por lo tanto, en caso de discrepancia entre las mismas, la disposición de que se trate debe interpretarse en función del sistema general y de la finalidad de la normativa de la que forme parte (apartado 37). Así, la sentencia llega a la conclusión de que la interpretación correcta es aquella según la cual el período de dos años debe preceder de manera inmediata al fallecimiento del trabajador, conclusión que, en primer lugar, se ve confirmada por el sistema general del artículo 3 del Reglamento 1275/70, en relación con el artículo 4, apartado 1, de la misma norma y, por otro lado, es compatible con los objetivos del artículo 39 del Tratado y del Reglamento 1251/70. En este sentido, en relación con el sistema general del artículo 3 del Reglamento 1275/70 se argumenta que el período de dos años está expresamente relacionado con la expresión “en la fecha de su fallecimiento”, expresión que hubiera sido superflua si pudiera finalizar este período en cualquier momento del pasado del trabajador. Además, el mencionado período de dos años debe ser “continuado” y, de acuerdo con el artículo 4, apartado 1, del Reglamento 1271/70, la continuidad de la residencia prevista en el artículo 3 de esta norma no se verá afectada por las ausencias temporales que no excedan, en total, de tres meses por año, por lo que resulta, *a contrario*, que las ausencias más largas producen el efecto de interrumpir el período de residencia continuada. Por último, en el artículo 2, apartado 1, letras a) y b) del Reglamento 1251/70, el término “continuado” o “sin interrupción” se refiere también a un período de residencia mínimo, situado inmediatamente antes del acontecimiento en virtud del cual el trabajador adquiere el derecho a residir en el territorio del Estado miembro de acogida (apartados 40 a 42).

Por otro lado, el TJCE también subraya que la interpretación según la cual el período de dos años debe preceder de manera inmediata al fallecimiento del trabajador es compatible con los objetivos del artículo 39 del Tratado y del Reglamento 1251/70, pues el requisito de residencia durante un período de dos años tiene por objeto que se establezca un vínculo auténtico entre el Estado de acogida y ese trabajador y su familia, vínculo que no podría garantizarse si el derecho a residir en el territorio de un Estado miembro se adquiriese al residir un trabajador durante un mínimo de dos años en Estado en cualquier momento de su vida, incluso en un pasado lejano (apartados 46 y 47).

b') Igualdad de trato

La STJCE de 12 de septiembre de 2002, *Groot, As. C-385/00*, ha declarado que el artículo 39 del Tratado CE se opone a una normativa, contenida o no en un convenio para evitar la doble imposición, en virtud de la cual un contribuyente pierde, en el cálculo de la cuota del impuesto sobre la renta que debe abonar en el Estado de residencia, una fracción de la parte exenta de sus ingresos y de sus ventajas fiscales personales, por haber percibido también, durante el año considerado, retribuciones en otro Estado miembro que han sido gravadas en este último Estado sin tener en cuenta su situación personal y familiar. En este sentido, el TJCE comprueba que una normativa como la controvertida constituye un obstáculo a la libre circulación de trabajadores prohibido, en principio, por el artículo 39 del Tratado, ya que la desventaja ocasionada por la aplicación que el Estado miembro de residencia hace de su normativa para evitar la doble imposición puede disuadir a un nacional de dicho Estado de trasladarse al extranjero para ejercer una actividad por cuenta ajena, en el sentido del Tratado, en el territorio de otro Estado miembro (apartado 84). Este obstáculo, por otro lado, no encuentra justificación de acuerdo con las disposiciones del Tratado. Para llegar a tal conclusión, el TJCE recurre a su jurisprudencia reiterada según la cual un trato fiscal desfavorable contrario a una libertad fundamental no puede encontrar justificación en la existencia de otras ventajas fiscales, aun cuando tales ventajas existan (entre otras, SSTJCE de 28 de enero de 1986, *Comisión/Francia*, 270/83, apartado 21; de 27 de junio de 1996, *Asscher*, C-107/94, apartado 53, de 26 de octubre de 1999, *Eurowings Luftverkehr*, C-294/97, apartado 44, y de 6 de junio de 2000, *Verkooijen*, C-35/98, apartado 61) y recuerda que la pérdida de ingresos fiscales nunca puede justificar una restricción al ejercicio de una libertad fundamental (Sentencia de 16 de julio de 1998, *ICI*, y de 21 de septiembre de 1999, *Saint-Gobain ZN*, C-307/97, apartado 51). Además, la sentencia considera que no puede acogerse la alegación según la cual está justificado que el Estado de residencia sólo tome en cuenta la situación personal y familiar del contribuyente residente en proporción a los ingresos obtenidos en su territorio puesto que incumbe al Estado de empleo proceder de igual modo respecto de la parte de los ingresos imponibles en su territorio. A este respecto, el TJCE recuerda que los ingresos obtenidos en el territorio de un Estado por un trabajador no residente sólo constituyen, habitualmente, una parte de sus ingresos globales, centralizados en el lugar de su residencia y que, por otra parte, el lugar donde más fácilmente puede apreciarse la capacidad contributiva individual de este tipo de contribuyentes, resultante de computar el conjunto de sus ingresos y de tener en cuenta su situación personal y familiar, es el lugar en que se sitúa el centro de sus intereses personales y patrimoniales, lugar que coincide, en general, con la residencia habitual de la persona de que se trate (vid. apartado 98).

b) Límites

La STJCE de 25 de noviembre de 2002, *Oteiza Olazábal, As. C-100/01*, precisa el contenido de las limitaciones que se pueden imponer a la libre circulación de trabajadores. La sentencia reseñada resuelve una cuestión prejudicial en la que se cuestiona si un Estado miembro puede adoptar, respecto a un nacional de otro Estado miembro al que se aplican las disposiciones del Tratado, una medida de policía administrativa que limite

la residencia de aquel nacional a una parte del territorio nacional, cuando existen razones de orden público que se oponen a su residencia en el resto del territorio, o si, en tal supuesto, la única medida restrictiva de la residencia que puede adoptarse consiste en una prohibición total de residencia en el territorio.

Pues bien, el TJCE proclama la conformidad con el Derecho comunitario de la medida que limita la residencia de un nacional de un Estado miembro a una parte del territorio por razones de orden público. Así, se argumenta que del artículo 39, apartado 3, del Tratado no resulta que las limitaciones de la libre circulación de los trabajadores justificadas por razones de orden público deban tener siempre el mismo alcance territorial que los derechos que confiere dicha disposición, y que, por otra parte, el Derecho derivado no se opone a esta interpretación, pues aunque el artículo 6, apartado 1, letra a), de la Directiva 68/360 exige que el permiso de residencia sea válido para todo el territorio del Estado miembro que lo expide, el artículo 10 de la misma Directiva permite introducir excepciones a dicha disposición, en particular por razones de orden público (apartado 38).

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) Legitimación [art. 46.1.a) LOTC]. Sucesión procesal: legitimación de la viuda e hija del recurrente fallecido para continuar el proceso; la exigencia de ser parte en el proceso judicial previo decae cuando ésta no es precisa para la salvaguardia de los derechos o intereses del recurrente. b) Extemporaneidad: caducidad del plazo previsto en el art. 44.2 LOTC. No es posible ampliar el plazo por la utilización manifiestamente improcedente del sistema de recursos. c) Naturaleza jurídica: el amparo no es asimilable a un recurso de apelación, ni el TC a una tercera instancia. B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley. a) Autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad (art. 55.2 LOTC). El amparo tiene su origen en una impugnación abstracta de la norma legal y debe de ser admitido. **3. Criterios de distribución de competencias.** A) Ejecución en materia laboral: fondos nacionales de empleo: la financiación de acciones formativas no constituye gestión de un fondo nacional de empleo. B) Juego y apuestas: creación de tasas para la expedición de guías de circulación de máquinas recreativas en todo el territorio nacional. La competencia autonómica en materia de juego atrae la regulación de las citadas tasas. C) Aeropuertos de interés general: concurrencia de competencias estatales y autonómicas en un mismo espacio físico. Competencias autonómicas en materia de urbanismo y medio ambiente. Autonomía local: participación necesaria en las competencias estatales en el ámbito de sus funciones urbanísticas. D) Complementos autonómicos a las pensiones no contributivas: legislación básica del sistema de Seguridad Social o Asistencia Social. Reconocimiento de competencias autonómicas en la materia y límites. Constitucionalidad de los Decretos que establecen ayudas complementarias a pensionistas para cubrir situaciones de necesidad.

1. INTRODUCCIÓN

Se reseñan las Sentencias dictadas en el último trimestre del año (desde la STC 173/2002, de 9 de octubre, hasta la STC 239/2002, de 11 de diciembre. En materia competencial, destaca, por la polémica política desatada en su día por las medidas y por el debate jurídico generado en el seno del Tribunal, la STC 239/2002, de 11 de diciembre, en la que se resuelve la cuestión relativa a las posibilidades y límites a la capacidad de los entes autonómicos para compensar económicamente la reducción en el crecimiento de algunas pensiones establecidas por la ley de presupuestos generales del Estado. El debate competencial sobre el alcance de los títulos relativos a Seguridad Social y Asistencia Social será el fundamental para determinar la constitucionalidad de las medidas autonómicas lo que ya ha sido fuertemente contestado desde las instancias centrales. El debate adquiere una actualidad extraordinaria tras la aprobación del Anteproyecto de Ley de medidas específicas en materia de seguridad social, en la reunión del Consejo de Ministros de 7 de febrero de 2003. Se establece en este Anteproyecto que cualquier prestación pública que complementa las prestaciones contributivas y no contributivas pertenece al sistema de Seguridad Social, en lo que constituye un censurable intento de limitar los efectos de la STC 239/2002.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo

a) Legitimación [artículo 46.1.a) LOTC]:

Sucesión procesal: legitimación de la viuda e hija del recurrente fallecido para continuar el proceso.

En la STC 205/2002, de 11 de noviembre, Sala Segunda, se estima como parte legitimada en un amparo por vulneración de derechos, entre otros el derecho al secreto de comunicaciones. EL TC admitió recurso de amparo, produciéndose en fechas posteriores fallecimiento del demandante sentenciado como responsable de un delito de amenazas. Inmediatamente se tuvo por personada y demandante la viuda e hija, alegando la pertinencia de la sucesión procesal con respecto al demandante fallecido, dado el interés legítimo que ostentan como herederos de quien ha sido condenado a una pena privativa de libertad. El TC, en su FJ 3º, entiende que en este caso de fallecimiento sobrevenido concurre la circunstancia legitimadora a que se refiere el art. 162.1.b) CE y que posibilita la sucesión procesal. Se reitera Jurisprudencia que confirma que “la legitimación activa se sustenta no tanto en la titularidad del derecho cuya protección se demanda, cuanto en la posesión de un interés legítimo, categoría más amplia que la de derecho subjetivo y la de interés directo, y, por tanto, la legitimación se concede a toda persona cuyo círculo jurídico pueda resultar afectado por la violación de un derecho fundamental, aunque la violación no se ha producido directamente en su contra”.

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

La exigencia de ser parte en el proceso judicial previo decae cuando ésta no es precisa para la salvaguardia de los derechos o intereses del recurrente.

En la **STC 221/2002, de 25 de noviembre**, Sala Segunda, se discute la legitimación de los acogedores temporales de un menor maltratado y desamparado, porque no fueron parte en el proceso judicial, aunque podían haberlo sido en virtud de sus funciones tuitivas. Al no haberse intentado por éstos la personación, no puede considerarse, a juicio del Fiscal, cumplido el requisito de haber sido parte en el proceso judicial que establece el art. 46.1.a) LOTC, por lo que no están legitimados para recurrir en amparo. Sin embargo el TC, en su FJ 2º, considera que “el factor legitimatorio derivado de haber sido parte en el proceso judicial previo supone una exigencia, en principio, general que, sin embargo, decae en aquellos supuestos en los que el recurrente no pudo ser parte en ese proceso judicial o en los casos en que su personación en el proceso no hubiera sido precisa para la salvaguardia de sus derechos o intereses”. De este modo, el TC reitera su Jurisprudencia acerca de la interpretación amplia y flexible de la noción de interés legítimo que puede primar en la estricta legitimación por ser parte en el proceso judicial ordinario; ya que tiene interés “toda aquella persona cuyo círculo jurídico puede resultar perjudicado por la violación, por obra del poder, del derecho fundamental, aunque la violación no se produjese en su contra”. De este modo, el interés superior del menor es el principio rector que ha de conectarse con el interés legítimo. El que no hayan sido parte en el proceso e incumplir el requisito procesal del art. 46.1 LOTC para tener legitimación en amparo y no intentar la personación en el proceso, no puede considerarse que se desentendieran de la defensa de esos derechos e intereses del menor que tenían a su cargo, pues éstos estaban suficientemente defendidos por el Ministerio Fiscal y la Administración Pública competente (Junta de Andalucía).

b) Extemporaneidad: caducidad del plazo previsto en el artículo 44.2 LOTC. No es posible ampliar el plazo por la utilización manifiestamente improcedente del sistema de recursos

En la **STC 189/2002, de 14 de octubre**, Sala Segunda, se inadmite amparo contra Auto de la Sección Sexta de la Sala de lo CA del TS que declaró inadmisibile un incidente de nulidad de actuaciones de Sentencia confirmatoria de una sanción de un Colegio de Abogados contra un letrado. Para el TC, la interposición de un incidente de nulidad de actuaciones por una supuesta infracción del derecho a la doble instancia resultaba manifiestamente improcedente, porque está exclusivamente previsto para supuestos de incongruencia de la resolución combatida o indefensiones formales. En consecuencia, considera que han mediado más de veinte días entre la notificación de la Sentencia y la interposición del recurso. Lo destacable de este caso es que el TC ya había inadmitido con anterioridad el mismo recurso de amparo, por considerarlo prematuro.

En primer lugar, cuando se interpuso el recurso de amparo inmediatamente después de conocida la Sentencia de apelación y dentro del plazo de veinte días, el TC lo inadmitió por entender que era prematuro. El TC argumentó que no se había agotado la vía judicial, porque se encontraba pendiente la resolución del incidente de nulidad de actuaciones planteado por el recurrente. Posteriormente, cuando se resuelve ese incidente de nulidad,

el TC cierra el paso nuevamente al recurrente por considerar que el amparo era extemporáneo.

El TC aplica su doctrina anterior, según la cual, la extemporaneidad está vinculada a la procedencia o improcedencia manifiesta del incidente, que determina el cómputo de la notificación del Auto, o desde la notificación de la Sentencia, respectivamente. Resulta claro, para el TC, que el incidente es manifiestamente improcedente, pues no se cuestiona incongruencia o indefensión, sino que lo que se cuestiona es la idoneidad de nuestro sistema casacional a la luz del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos y el art. 13 del Convenio (satisfacción del derecho al doble grado jurisdiccional que debe de regir en materia administrativa sancionadora). De este modo, el cómputo de plazo debe de iniciarse desde que al recurrente en amparo le fue notificada la Sentencia del TS desestimatoria del recurso de casación, prolongándose de este modo, por su propia decisión la vía judicial previa.

Resulta difícil encontrar una razón convincente que explique cómo es posible que un recurso sea primero prematuro y después extemporáneo. Este caso pone de manifiesto la dificultad para determinar con seguridad cuándo se agota la vía judicial previa. El excesivo casuismo convierte el planteamiento del incidente de nulidad de actuaciones en una ruleta rusa. En tanto persista el actual estado de incertidumbre, parece prudente la solución propuesta por el Magistrado Vives Antón en el *Voto Particular*. En su opinión, no se puede aplicar en este caso la doctrina de que los recursos manifiestamente improcedentes suponen un alargamiento indebido del plazo para recurrir en amparo, pues ya el recurrente vino en plazo, a partir de la notificación de la Sentencia, y se le inadmitió, por lo que no se puede decir ahora que el recurso es extemporáneo, ya que la actuación del TC, para el Magistrado, resulta contradictoria.

c) Naturaleza jurídica: el amparo no es asimilable a un recurso de apelación, ni el TC a una tercera instancia

En la *STC 219/2002, de 25 de noviembre*, la Sala Primera deniega un amparo planteado por condenados por tráfico de drogas contra Sentencia de la Sala de lo Penal del TS desestimatoria de recurso de casación, pues no había existido en el juicio oral prueba de cargo suficiente para justificar la condena. En realidad, en el *petitum* del amparo, lo que se pide al TC es una nueva revisión de las pruebas y no tanto controlar exclusivamente la razonabilidad del discurso que una la actividad probatoria y el relato fáctico que resulta. Los límites de la jurisdicción constitucional de amparo, determinados en el art. 44.1.b) LOTC impide al TC “valorar nuevamente la prueba practicada o enjuiciar la valoración realizada por el Tribunal con arreglo a criterios de calidad u oportunidad. Hemos de limitarnos a comprobar que la prueba existente se ha obtenido y practicado conforme a la Constitución, que se trata de una prueba de cargo y que los hechos declarados probados puedan inferirse de ella de un modo razonable” (FJ 3°).

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley

a) Autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad (artículo 55.2 LOTC). El amparo tiene su origen en una impugnación abstracta de la norma legal y debe de ser admitido

En la STC 202/2002, de 28 de octubre, se resuelve el recurso planteado por un Sargento de artillería sancionado con falta leve por llevar pelo largo y vulnerar el régimen disciplinario de las FFAA. Como no puede impugnar la sanción en vía contencioso-militar ordinaria, pues el art. 468.b) de la Ley Orgánica Procesal Militar no lo contempla para las faltas leves, interpone amparo contra dicha norma por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva. El Abogado del Estado considera que el amparo planteado se circunscribe a una impugnación abstracta de la norma legal, sin acreditar lesión real y efectiva de un derecho a la tutela. Sin embargo, para el TC, en su FJ 4º, la eventual estimación del amparo no habría de resultar obstáculo el hecho de que la lesión del derecho a la Tutela Judicial encuentre su origen en la propia norma de rango legal, ya que es inescindible el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de la Ley. De este modo, el TC otorga el amparo y eleva a Pleno la inconstitucionalidad de la disposición de la LOPM.

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Ejecución en materia laboral: fondos nacionales de empleo: la financiación de acciones formativas no constituye gestión de un fondo nacional de empleo

En la STC 190/2002, de 17 de octubre, se resuelve el Recurso de Inconstitucionalidad promovido por la Junta de Galicia contra la Disposición Adicional Segunda de la Ley 41/1994, de presupuestos generales del Estado para 1995. Dicha disposición regulaba la adscripción de una determinada cantidad de la cotización a Formación profesional para la financiación de acciones formativas acogidas al Acuerdo Nacional sobre Formación Continua de 1992. Igualmente, la Disposición Adicional recogía diversas previsiones respecto al uso de la citada cantidad. Este conflicto se vincula con otros anteriores planteados por la Generalidad de Cataluña y resueltos por la STC 95/2002, de 25 de abril (véase *Justicia Administrativa*, núm. 17, octubre, 2002), decisión que será tenida en cuenta de forma determinante para resolver el supuesto, dado el alto grado de semejanza entre ambas cuestiones.

A juicio del Tribunal, el título competencial es, siguiendo la jurisprudencia ya sentada al respecto, el correspondiente a legislación laboral lo que supone que la legislación (y los reglamentos ejecutivos) corresponde a las instancias centrales y la ejecución a la Comunidad Autónoma. Si bien en este punto se exceptúan en el art. 29.1 EAG las competencias en materia de fondos de ámbito nacional y de empleo, sin perjuicio de lo que establezcan sobre esta materia las normas estatales. Por tanto, la cuestión se centra en establecer si la regulación impugnada se sitúa en los fondos nacionales o de empleo que constituyen una materia reservada a los poderes centrales.

Esta cuestión ya ha sido también examinada en la STC 95/2002 en la que se rechazaba que se trataran de fondos nacionales o de empleo. Por todo ello queda claro que la financiación objeto de regulación en la disposición impugnada no constituye un fondo nacional o de empleo, por lo que dada su configuración como medida “laboral”, ha de ser la Comunidad Autónoma la que adopte las medidas aplicativas o de ejecución que la legislación estatal disponga al respecto. Aplicando esta doctrina a los preceptos impugnados declara inconstitucional uno de los mismos y establece una solución interpretativa para otra de las normas. Al igual que la Sentencia 95/2002, se manifiesta la falta de unanimidad del Tribunal con varios *Votos Particulares* suscritos por cinco magistrados.

B) Juego y apuestas: creación de tasas para la expedición de guías de circulación de máquinas recreativas en todo el territorio nacional. La competencia autonómica en materia de juego atrae la regulación de las citadas tasas

En la STC 204/2002, de 31 de octubre, se resuelve un Recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra dos preceptos de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. El primero de ellos, art. 24, se refiere a tasas para la expedición de guías de circulación para máquinas recreativas en todo el territorio nacional.

El recurso no cuestiona la potestad estatal para crear la tasa, sino en su extensión territorial. La cuestión se centra, por tanto, en si el Estado ostenta la competencia para el ejercicio de la actuación administrativa a la que la tasa se refiere, porque se ha afirmado reiteradamente en la jurisprudencia que la competencia para crear tasas por servicios deriva necesariamente de la que se ostenta para crear las instituciones y organizar los servicios públicos correspondientes. Por ello debe examinarse cuál es la materia en la que debe encuadrarse la actuación administrativa que sirve de base para la creación de la citada tasa. Dicha materia es la de juego y apuestas.

El Tribunal recuerda su doctrina sobre la materia juego y apuestas (sintetizada en la STC 171/1998). Dado que la competencia de la Generalidad alcanza (STC 25/1988) la regulación de las características de fabricación y homologación de los materiales e instrumentos de juego en la medida en que ello sea necesario para garantizar las condiciones de regularidad y licitud en que han de desarrollarse aquellas actividades, resulta claro que la Generalidad, y las restantes Comunidades Autónomas, son las administraciones competentes en sus respectivos territorios para la expedición de las guías de circulación para máquinas recreativas y de azar. Puesto que la competencia para crear tasas por servicios deriva necesariamente de la que se ostenta para organizar los servicios públicos correspondientes, la competencia para crear tasas por expedición de las referidas guías de circulación para todo el territorio nacional corresponde a las CCAA (excepto en las ciudades de Ceuta y Melilla), y no al Estado.

Respecto a la definición de los sujetos pasivos de la tasa, el precepto impugnado entiende como tales a los fabricantes e importadores inscritos en el Registro de Ámbito

II. Justicia Constitucional

Nacional de la Comisión del Juego por extender su actividad a más de una Comunidad Autónoma. Sin embargo, es también cierto que la extensión territorial del juego no atribuye competencia al Estado (STC 163/1994), ni el carácter pluriautonómico de la actividad de las empresas fabricantes o importadoras de máquinas recreativas y de azar no otorga al Estado una competencia administrativa respecto de ellas, y por lo tanto, tampoco una potestad para convertirlas en sujetos pasivos de la tasa por expedición de las guías de circulación, por lo que acepta la tacha de inconstitucionalidad. Dado que si sólo se declarase la inconstitucionalidad del inciso en concreto impugnado (la referencia a *todo el territorio nacional*) se consagraría una competencia general del poder central lo que sería absolutamente incongruente con los motivos ya expuestos, declara la inconstitucionalidad de todo el apartado 3 del precepto.

C) Aeropuertos de interés general: concurrencia de competencias estatales y autonómicas en un mismo espacio físico. Competencias autonómicas en materia de urbanismo y medio ambiente. Autonomía local: participación necesaria en las competencias estatales en el ámbito de sus funciones urbanísticas

En la misma STC 204/2002 se plantea una cuestión competencial diferente como consecuencia de la impugnación del art. 166 de la Ley 13/1996 regulador de diversos aspectos relativos a la ordenación territorial de los aeropuertos de interés general. El sentido general del recurso se centra en la excesiva preponderancia de la competencia estatal sin respetar, a juicio de los recurrentes, la distribución de competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y medio ambiente. El problema ha sido objeto de pronunciamiento por el Tribunal Constitucional en decisiones anteriores relativas a la concurrencia en un mismo espacio físico de competencias del Estado y de la Comunidad Autónoma derivadas de títulos distintos. Especialmente relevante es la STC 40/1998 (véase *Justicia Administrativa*, número 1, 1998) relativa a recursos contra la Ley de puertos del Estado y de la Marina Mercante (*puertos de interés general*) que trató buena parte de las cuestiones que se plantean en el actual recurso.

Dado que ahora se trata de aeropuertos de interés general (frente a puertos de interés general) y que los argumentos utilizados son similares reproduce textualmente los FFJJ 29° y 30° de la citada STC 40/1998. En particular el FJ 30° recuerda que en estos casos es necesario buscar fórmulas que permitan la concreta articulación de las competencias estatales y autonómicas. Para ello debe acudir, en primer lugar, a fórmulas de cooperación que son en este punto particularmente necesarias para optimizar el ejercicio de las respectivas competencias.

Si estos cauces fueran en algún caso insuficientes, el Tribunal recuerda, por una parte, que la decisión final corresponderá al titular de la competencia prevalente (STC 77/1984) y, por la otra, que el Estado no puede verse privado del ejercicio de sus competencias exclusivas por la existencia de una competencia, aunque también sea exclusiva, de una CA (STC 56/1986). Continúa la cita de la STC 40/1998, recordando que “debe tenerse en cuenta, en última instancia, que cuando la Constitución atribuye al Estado una competencia exclusiva lo hace porque bajo la misma subyace –o, al menos, así lo entiende el constituyente– un interés general, interés que debe prevalecer sobre los intereses que puedan tener otras entidades territoriales afectadas, aunque, evidentemente, esto sólo será así

cuando la competencia se ejerza de manera legítima: es decir, cuando la concreta medida que se adopte encaje, efectivamente, en el correspondiente título competencial, cuando se haya acudido previamente a cauces cooperativos para escuchar a las entidades afectadas, cuando la competencia autonómica no se limite más de lo necesario, etc.”

Aplicando estas ideas, en la sentencia citada, se consideraba que la existencia de un puerto estatal implica, necesariamente, una modulación del ejercicio de las competencias autonómicas y municipales sobre la ordenación del territorio, sin que puedan desaparecer totalmente.

Valorando cada una de las impugnaciones, el Tribunal entiende que del simple silencio de la ley respecto de las competencias autonómicas no cabe inferir ineludiblemente que esas competencias no deban ser atendidas a la hora de ejercer las competencias estatales. A su juicio el precepto no contiene una regulación completa y exhaustiva del ejercicio de las competencias estatales, por lo que será la regulación de desarrollo la que debe dejar un espacio de ordenación, no obstaculizado por el precepto impugnado, para que pueda darse entrada a las CCAA, competentes en materia urbanística y medioambiental, en lo relacionado con la delimitación de la zona de servicio y en la elaboración del plan director de los aeropuertos de interés general.

Por tanto, el precepto no es inconstitucional siempre que su silencio no se interprete como exclusión de la participación autonómica en las funciones de delimitación de la zona de servicio y elaboración de su plan directo.

Respecto a que la formulación del plan especial se confiera en exclusiva al organismo Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (AENA), el Tribunal Constitucional entiende que la literalidad del precepto permite una interpretación según la cual la atribución no sea en exclusiva, pues puede existir una participación de las administraciones con competencias urbanísticas. Por tanto, se rechaza la inconstitucionalidad siempre que se interprete el precepto de modo que las administraciones competentes participen en la elaboración del citado plan especial en los términos previstos en la legislación urbanística aplicable.

Distinta es la solución respecto a la impugnación del apartado 3 del art. 166 que prevé que las obras de nueva construcción, reparación y conservación en el aeropuerto y su zona de servicio realizadas por AENA no requieren los actos de control preventivo municipal. La cuestión es similar a la planteada en la STC 40/1998, por ello reproduce el FJ 39º de esta sentencia. En el caso objeto de referencia, se salvó la constitucionalidad del precepto porque se preveía la participación, vía informe previo, de la entidad local, pero en el precepto impugnado nada se prevé respecto a la intervención de ésta, ni vía licencia, ni vía informe, por lo que la garantía institucional de la autonomía local no se ha visto satisfecha y por tanto el precepto es inconstitucional.

La Sentencia viene acompañada por un Voto Particular suscrito por el Magistrado García Manzano quien considera que debía haberse declarado también inconstitucional el apar-

II. Justicia Constitucional

tado segundo del precepto impugnado porque, a su juicio, la asignación a AENA de la formulación del plan especial sí excluye a las competencias autonómicas y locales.

D) Complementos autonómicos a las pensiones no contributivas: legislación básica del sistema de Seguridad Social o Asistencia Social. Reconocimiento de competencias autonómicas en la materia y límites. Constitucionalidad de los Decretos que establecen ayudas complementarias a pensionistas para cubrir situaciones de necesidad

En la STC 239/2003, de 11 de diciembre, se resuelven dos conflictos de competencias promovidos por el Gobierno frente a Decretos de la Junta de Andalucía de 1998 y 1999 por los que se aprueban ayudas complementarias de carácter extraordinario a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas. Se trata de un asunto que levantó considerable polémica política. Como se recordará se trató de una medida presentada como una compensación en Andalucía frente a la reducida subida de las pensiones para los años 1998 y 1999 en el marco de la política de estricta estabilidad presupuestaria practicada por el Gobierno de la Nación. El Gobierno entendía que la aprobación de unas ayudas que complementan las previstas para pensionistas por jubilación o por invalidez invadía sus competencias en materia de seguridad social (art. 149.1.17CE), mientras que la Comunidad Autónoma defendía que tales ayudas encontraban su acomodo en la materia “asistencia social”, asumida como competencia por el Estatuto de Autonomía andaluz en virtud de la previsión contenida en el art. 148.1.20 CE. El asunto se centra por tanto en establecer el complicado deslinde entre las competencias en Seguridad Social (en parte estatales) y en asistencia social (de titularidad autonómica).

Pese a que, como el propio Tribunal reconoce, no se trata de un precepto competencial, el Tribunal comienza examinando el contenido del art. 41 CE, pues tal estudio le permitirá establecer las bases conceptuales que permitan el deslinde competencial. Tras recordar diversos aspectos resaltados en otras decisiones el Tribunal destaca una triple apreciación: 1) La noción de seguridad social vigente en el momento de aprobarse la Constitución se sustentaba en la cobertura de riesgos de carácter contributivo, no incluyendo en su ámbito la atención a otras situaciones de necesidad. 2) El sistema de seguridad social al configurarse como una función de Estado, permite incluir en su ámbito no sólo a las prestaciones de carácter contributivo, sino también a las no contributivas. 3) El art. 41 CE hace un llamamiento a todos los poderes públicos para que subvengan a paliar estas situaciones de necesidad, lo que ha de ser realizado por dichos poderes públicos en el ámbito de sus respectivas competencias (FJ 3°).

Respecto a la noción de la materia “asistencia social” se ha dicho por el TC (STC 76/986) que existe una asistencia social externa al sistema de seguridad social y no integrada en él, por lo que puede ser objeto de una competencia autonómica diferente de la contenida en las competencias estatales en materia de seguridad social, siendo su rasgo distintivo más claro su sostenimiento al margen de toda obligación contributiva o previa colaboración económica de los destinatarios o beneficiarios.

Es claro, pues, que tanto las actuaciones de la Seguridad Social como las de asistencia social persiguen la atención de situaciones de necesidad, si bien, desde una perspectiva histórica que condiciona las primeras a la previa contribución de sus beneficiarios y no así a las de asistencia social. En todo caso, es legítimo que la seguridad social incluya prestaciones no contributivas, pero ello no permite que la expansión de la materia merme el ámbito propio de la asistencia social, pues lo contrario podría implicar el vaciamiento de esta última materia. En fin, una interpretación del art. 41 CE en el marco del bloque de la constitucionalidad “permite inferir la existencia de una asistencia social ‘interna’ al sistema de Seguridad Social y otra ‘externa’ de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas” (FJ 5°).

A continuación, el Tribunal aborda si las ayudas se incardinan en la materia de Seguridad Social o de asistencia social. Con carácter previo, responde a las alegaciones del Abogado del Estado quien considera que tales ayudas no pueden incluirse en la materia asistencia social cuando los beneficiarios lo son también del régimen de Seguridad Social. El Tribunal rechaza la alegación pues, teniendo en cuenta la tendencia a la universalización de la protección por la Seguridad Social, “la ampliación de las contingencias protegidas por el sistema de la Seguridad Social no excluye de antemano que diversos colectivos de sus beneficiarios precisen de apoyos complementarios para atender necesidades no cubiertas por dicho sistema, de modo que no puede resultar extravagante desde la perspectiva del Estado social de Derecho, consagrado en nuestra Constitución (art. 1 CE), que se atiendan dichas necesidades, en aras del valor de la justicia al que se refiere este precepto constitucional, desde las diversas habilitaciones previstas, las cuales, por decisión del propio texto constitucional, enlazan con específicos títulos competenciales del Estado en el sentido estricto (Seguridad Social) o de las CCAA (asistencia social), siempre, naturalmente, que ello se realice legítimamente, esto es, de acuerdo con las reglas de deslinde y delimitación de ambas materias” (FJ 6°).

En definitiva, es una exigencia del Estado social (art. 1 CE) que quienes no tengan cubiertas sus necesidades mínimas por la modalidad no contributiva del sistema de Seguridad Social puedan acceder a otros beneficios o ayudas de carácter o naturaleza diferente. La confluencia con las competencias en materia de Seguridad Social no puede impedir que las CCAA actúen cuando ostentan título competencial suficiente, especialmente cuando de lo que se trata es de complementar aquel sistema para asegurar el principio de suficiencia recogido en el art. 41 CE. Ahora bien, tal posibilidad de actuación autonómica, referida a la franja asistencial, exige que la Comunidad Autónoma aprecie una situación real de necesidad en la población beneficiaria de las ayudas asistenciales de la Seguridad Social y, además, encuentra su límite en que la actividad prestacional no interfiera ni en el régimen jurídico básico de la Seguridad Social ni en el de su régimen económico (art. 149.1.17 CE).

Con el fin de establecer si las ayudas controvertidas deben enmarcarse en uno u otro título competencial, esto es, determinar si las ayudas objeto de la controversia aun dictadas al aparente amparo del título relativo a asistencia social no suponen menoscabo o perturbación de las competencias estatales en materia de Seguridad Social, el Tribunal des-

II. Justicia Constitucional

taca cuatro características relevantes de las ayudas reguladas en los Decretos impugnados: su carácter complementario de las pensiones de jubilación e invalidez no contributivas del sistema de Seguridad Social; su carácter extraordinario, que limita en el tiempo el derecho a la percepción; la inexistencia de módulos de actualización de los auxilios, como consecuencia de lo anterior; y su abono con cargo a los presupuestos autonómicos.

A la vista de tales caracteres, a juicio del Tribunal, las prestaciones económicas instrumentadas por la Junta de Andalucía con sus propios recursos no interfieren ni quebrantan el régimen económico unitario de la Seguridad Social, ya que de su régimen jurídico se deduce con claridad que no generan obligación económica o carga alguna que deba soportar el Estado (FJ 8º). Por lo que los auxilios económicos objeto de la controversia se incardinan en la materia “asistencia social”. En tal sentido recuerda algo que no por conocido es menos importante: la Comunidad Autónoma “puede libremente dedicar fondos de su presupuesto a la finalidad de mejorar la situación de estos pensionistas y, al hacerlo, realiza una opción, entre otras posibles que se pudieran proyectar sobre los distintos ámbitos de su competencia, que está en consonancia con el principio de autonomía política inscrito en el art. 2 CE” (FJ 9º).

La posición del Tribunal dista de ser unánime pues se formulan dos *Votos particulares* suscritos por cuatro Magistrados (dándose el curioso supuesto de que el Presidente se adhiere a ambos simultáneamente). En el larguísimo (de parecida extensión al texto de la Sentencia) Voto Particular suscrito por el Magistrado Conde y Martín de Hijas (al que se adhiere el Presidente y el Magistrado Delgado) considera que la línea de distinción entre Seguridad Social y asistencia social dibujada en la Sentencia se aleja de los precedentes jurisprudenciales. A su juicio, la Comunidad Autónoma ha invadido la competencia estatal utilizando como pantalla el título asistencia social.

La asistencia social no puede, a su juicio, ser un título competencial en función del cual se pueda, no complementar el sistema asistencial de la Seguridad Social en las áreas no cubiertas por éste, sino suplementar al alza las concretas prestaciones de la Seguridad Social. No le parece constitucionalmente aceptable que cuando se está fijando desde un plano nacional la revalorización de las pensiones de la Seguridad Social única y estatal en la Ley de Presupuestos generales del Estado, los órganos políticos de una determinada Comunidad Autónoma eleven la cuantía de esa revalorización, aunque lo hagan a su propia costa, porque consideren que la cuantía de la revalorización estatal no es la adecuada, pues con ello se interfieren en lo que es una misión estatal. La sentencia, a su juicio, supone una ruptura de la unidad de la Seguridad Social, al menos desde la visión de los destinatarios, unidad que no puede sacrificarse a las particulares visiones de cada Comunidad Autónoma, aunque costeen por sí mismas las diferencias.

El voto particular realiza una exhaustiva crítica a la interpretación mayoritaria respecto a la Seguridad Social preconstitucional y al cambio introducido por el art. 41 (incurriendo en lo que a nuestro juicio constituyen excesos verbales en una Sentencia del Tribunal Constitucional, pues no parece muy correcto reproducir un *admirable* –sic– preámbulo de una norma preconstitucional que comienza con una referencia al Fuero de los Españoles); entiende que la interpretación de la mayoría respecto al sentido del art. 41 CE como man-

dato a todos los poderes públicos para que palién las situaciones de necesidad desde el ejercicio cada uno de sus propias competencias es una afirmación voluntarista que no se corresponde con el sentido del precepto; le resulta errónea la distinción entre seguridad social y asistencia social a partir del carácter contributivo de la primera y la ausencia de tal carácter en la segunda; defiende que el hecho de que los destinatarios de las prestaciones lo sean también de determinadas prestaciones de la Seguridad Social es un factor relevante para incluir la medida dentro de la materia Seguridad Social, más aun si la contingencia atendida es la misma ya cubierta por la Seguridad Social; en la caracterización de las ayudas entiende que no se hace una interpretación rigurosa de la norma impugnada, pues la intención es claramente aumentar las pensiones no contributivas, lo que supone una interferencia en el ámbito de la Seguridad Social que no se elimina por el hecho de que las ayudas se califiquen de extraordinarias y se costeen por la Comunidad Autónoma.

Por su parte el Magistrado García Calvo critica la afirmación de que el art. 148.1.20 CE admite que las CCAA establezcan ayudas asistenciales complementarias para los perceptores de prestaciones de la Seguridad Social. Además, a su juicio, falta la prueba de la necesidad exigible siempre que se alega la materia asistencia social.

Se ha dictado, pues, una decisión controvertida, como probablemente no podría ser de otra forma, pero saldada con el apoyo a las tesis autonomistas lo que constituye una novedad en las decisiones competenciales de los últimos tiempos.

JAVIER GARCÍA ROCA

ISABEL PERELLÓ

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

IGNACIO GARCÍA VITORIA

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

Humanos¹. A) Introducción. B) Derecho a la vida. Obligaciones de los Estados en supuestos de delitos cometidos por presos en permisos penitenciarios (art. 2).

C) Protección de las autoridades frente a abusos sexuales en el medio familiar (art. 3).

D) Derecho del detenido a ser conducido sin dilación a presencia judicial (art. 5).

E) Distintos aspectos del derecho al proceso equitativo (art. 6). F) Respeto a la vida privada y tendencia sexual (art. 6). G) Respeto a la vida familiar (art. 8). H) Libertad religiosa

(art. 9). I) Libertad de expresión (art. 10). J) Derecho de propiedad (art. 1, Protocolo 1).

3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. A) Tutela Judicial Efectiva. a) Titularidad de los entes públicos. b) Acceso al proceso: interpretación excesivamente rigurosa de las normas que regulan la legitimación de las CCAA. c) Acceso al proceso: legitimación de los sindicatos para recurrir actos relacionados con la organización administrativa.

d) Vinculación de las Sentencias firmes dictadas en otros procesos. e) Acceso a los recursos legalmente establecidos: presentación del escrito de interposición fuera de la sede del

órgano judicial. B) Presunción de inocencia: valor probatorio de las declaraciones de los coimputados. C) Derecho a un proceso con todas las garantías: principios de inmediación y contradicción: valoración en la segunda instancia de las declaraciones de los testigos.

D) Igualdad. a) Igualdad en la aplicación de la ley: resolución judicial que contradice el criterio sentado en otra previa sin motivación alguna que justifique el cambio de criterio.

E) Derechos sustantivos. a) Derecho a la integridad moral del menor frente a sus padres (art. 15, en relación con el 24.1 CE). b) Denegación de *habeas corpus* (art. 17.4 CE).

c) Derecho a la intimidad corporal de los reclusos: cacheo integral (art. 18.1 CE). H).

d) Derecho al honor de cargos públicos representativos e insultos: límites (arts. 18.1 y 20.1 CE). e) Grabaciones policiales lesivas del secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE).

(1) La presente crónica forma parte del Proyecto de Investigación (I+D). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Doctrina jurisprudencial y recepción de sus sentencias en el ordenamiento español). Referencia BJU 2000-0987.

f) Intervención de las comunicaciones escritas de presos de ETA (arts. 18.3 y 25.2 CE).
 g) Libertad de información: revelación innecesaria de datos íntimos de la víctima, una joven agredida sexualmente [arts. 20.1.d) y 18.1 CE]. h) Denegación ilegítima de comparecencia en comisiones parlamentarias de los presidentes de Telefónica y de ENDESA (art. 23.2 CE). i) Libertad de expresión de abogado (art. 20.1 CE).

j) Cláusula de conciencia de los periodistas. Extinción unilateral de contrato antes de pronunciamiento judicial [art. 20.1.d)]. K) Delitos electorales. Comunicación previa de mítines electorales. Interpretación *favor libertatis* de la LOREG (art. 21 CE).

4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. A) Denegación a transexual de la inscripción de cambio de sexo. B) Extranjeros. a) Prohibición de desempeñar funciones de vigilancia y seguridad privada. Doble nacionalidad. b) Tarjeta de residencia y separación matrimonial. c) Medidas cautelares en supuestos de denegación de asilo. C) Derecho a la integridad física y moral, derecho a la intimidad familiar y pasividad de la Administración en la adopción de medidas para evitar ruidos a los vecinos. D) Derecho al honor y libertad de información. a) Veracidad y reportaje neutral. b) Veracidad verosímil. c) Derecho al honor de Letrado. E) Derecho a intimidad y a la propia imagen. a) Publicación de fotografías sin autorización. b) Acatamiento de la interpretación del TC.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica se analizan las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictadas en el último trimestre de 2002 y del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 173/2002, de 9 de octubre a 232/2002, de 9 de diciembre. Asimismo se analizan diversas Sentencias de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo recaídas en el año 2002.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre el 1 de octubre y el 31 de diciembre de 2002 el TEDH resolvió un total de 95 asuntos. Sin embargo en 58 de ellas apreció algún tipo de causa para la terminación del proceso, 10 se refieren a la fijación de indemnizaciones derivadas de sentencias anteriores y, al igual que en crónicas anteriores, hay un importante número de sentencias (41) sobre dilaciones indebidas, que afectan sobre todo a Bélgica, Francia y Polonia, aunque también

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

hay condenas a Alemania, Croacia, Eslovaquia, Italia, Finlandia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido y Suiza.

De las restantes, y siguiendo como siempre el orden del Convenio, merece la pena destacar:

Matromatteo contra Italia, de 24 de octubre de 2002, en la que se analizan las obligaciones del Estado para proteger el derecho a la vida en delitos cometidos por presos durante los permisos penitenciarios (art. 2).

Dos supuestos, con decisiones distintas, sobre la protección de las autoridades frente a los abusos sexuales de menores en el medio familiar **D.P. y J.C. frente al Reino Unido, de 10 de octubre de 2002** y **E y otros contra el Reino Unido, de 26 de noviembre de 2002** (art. 3).

Gundogan contra Turquía, de 10 de octubre de 2002, sobre el derecho del detenido a ser conducido, sin dilación, a presencia judicial (art. 5).

Distintos aspectos del derecho a un proceso equitativo; **Cañete de Goñi contra España, de 15 de octubre de 2002**, **Karacoc y otros contra Turquía de 15 de octubre de 2002**, **Kucera contra Austria, de 3 de octubre de 2002** **Czekalla contra Portugal, de 10 de octubre de 2002** y **Craxi contra Italia, de 5 de diciembre de 2002** (art. 6).

Respeto a la vida privada y tendencia sexual **Beck, Copp y Bazeley contra el Reino Unido, y Perkins y R, ambas de 22 de octubre de 2002** y **contra el Reino Unido** (art. 8).

Respeto a la vida familiar, **Yildiz contra Austria, de 31 de octubre de 2002**, **Hoppe contra Alemania, de 5 de diciembre de 2002**, y **Venema contra Países Bajos, de 17 de diciembre de 2002** (art. 8).

Libertad religiosa. Condena por usurpación de funciones en cargo religioso. **Agga contra Grecia, de 17 de octubre de 2002** (art. 9).

Libertad de expresión **Öztürk contra Turquía de 15 de octubre de 2002**, **Yalçın Küçük contra Turquía, de 5 de diciembre de 2002** y **Stambuk contra Alemania de 17 de octubre de 2002**.

Por último una serie de supuestos de vulneración del derecho de propiedad (art. 1, protocolo 1).

B) Derecho a la vida. Obligaciones de los Estados en supuestos de delitos cometidos por presos en permisos penitenciarios (artículo 2)

Mastromatteo contra Italia, de 24 de octubre de 2002, analiza la obligación del Estado de proteger el derecho a la vida mediante la adopción de medidas positivas y preventi-

vas. Tras un atraco en un banco, una banda de criminales escapa y detiene un coche para perpetrar la huida, el conductor se resiste y es asesinado. El padre de la víctima recurre aduciendo que los asesinos se encontraban cumpliendo una pena privativa de libertad por la comisión de actos violentos y, pese al riesgo, el Juez de Vigilancia Penitenciaria los había excarcelado. La Corte rechaza la violación del art. 2 por entender que no había nada en las actuaciones que alentara a las autoridades italianas del real e inmediato peligro de asesinato del hijo del recurrente. Un interesante voto particular argumenta que el magistrado no está en contra del efecto resocializador de la pena para el criminal, pero que el mismo debería compaginarse con una “socialización del riesgo” que llevara a establecer la responsabilidad objetiva (*strict liability*) del Estado frente al daño causado en estos casos a las víctimas como consecuencia de “fatales aberraciones del sistema” penitenciario.

C) Protección de las autoridades frente a abusos sexuales en el medio familiar (artículo 3)

En D.P. y J.C. contra el Reino Unido, de 10 de octubre de 2002, se decide que no hay violación del art. 3 del Convenio por la negligencia de las autoridades locales en la obligación positiva de proteger al niño de los abusos sexuales de su padrastro. La Corte no está convencida de que aquéllas tuvieran razones bastantes para sospechar los abusos. Pero se reconoce una lesión del art. 13 relativo al derecho al recurso efectivo ante una instancia nacional. Por el contrario en E y otros contra el Reino Unido, de 26 de noviembre de 2002, sí se aprecia la vulneración del art. 3.

D) Derecho del detenido a ser conducido sin dilación a presencia judicial (artículo 5)

Gundogan contra Turquía, de 10 de octubre de 2002, fija el alcance de la cláusula toda persona detenida deberá ser “conducida sin dilación” a presencia de un Juez ante la indeterminación del plazo en el Convenio para supuestos de terrorismo. Recuerda que es éste un derecho que protege al hombre frente a detenciones arbitrarias por parte del Estado y que el control judicial es un elemento esencial de la garantía. Los casos de terrorismo permiten especificidades pero no suponen una “carta blanca”. La duración de nueve días en este litigio es desproporcionada, de acuerdo con el caso Brogan, un período de puesta a disposición judicial sin control de cuatro días y seis horas ya va más allá de los estrictos límites fijados por el art. 5.3 incluso cuando sirve para defender a la colectividad del terrorismo. La ausencia de un recurso judicial frente a la detención en el ordenamiento interno lleva a estimar violado igualmente el apartado 4º del mismo precepto del Convenio.

E) Distintos aspectos del derecho al proceso equitativo (artículo 6)

Respecto del derecho de acceso al proceso (art. 6.1), tiene interés Cañete de Goñi contra España, de 15 de octubre de 2002, en unas oposiciones a una plaza de profesor la Corte enjuicia la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional español del art.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

64 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, referido a la notificación personal de los actos administrativos a los interesados. Se recuerda que el Tribunal de Madrid exige tres condiciones para que la misma deba producirse y pese al tenor literal del precepto: que el interesado sea titularidad de un derecho o interés legítimo, que resulte identificable por el órgano judicial, y que la omisión del trámite produzca una situación material de indefensión. El TEDH afirma que “puede comprender esta aproximación pragmática” en materia de notificación personal cuando una jurisdicción se ve ante una multiplicidad de recursos de un número elevado de personas, y que esta interpretación de la ley interna no es arbitraria. Y rechaza la demanda por admitir que puede ciertamente presumirse que hubo un conocimiento extrajudicial del asunto por el recurrente. De la mayoría discrepa el Juez elegido por Andorra, al que se adhiere el de Eslovaquia, quienes creen que no es una interpretación pertinente de la ley, que la negligencia del recurrente no excusa la misma negligencia de los órganos judiciales y administrativos, y que el argumento de fondo sobre el número de las notificaciones (cientos) no es tampoco pertinente. Aquí sí puede comentarse que, mientras la mayoría hace un enjuiciamiento concreto y realista, el voto disidente se abstrae de la realidad de la actividad judicial europea, desbordada en asuntos, y vuela por encima de la melé desde el hipergarantismo, pues no hubo indefensión material.

Por lo que atañe al derecho a un Tribunal imparcial (art. 6.1), el caso **Karakoc y otros contra Turquía, de 15 de octubre de 2002**, enjuició que la Corte de Seguridad del Estado de Diyarbakir no podía pasar por un tribunal independiente e imparcial, sobre todo, dado que la integraban jueces civiles y militares, y que estos últimos estaban sometidos a disciplina castrense y eran por ello dependientes del ejecutivo, pero además porque ya se habían pronunciado sobre la detención provisional de los detenidos, formándose una opinión previa sobre el fondo del asunto que debió pesar en la decisión. Se consideraron violados los arts. 10 y 6.1 del Convenio. Análogo es el caso **Algür** de 22 de octubre de 2002. Debe verse más delante la conexión con el caso **Öztürk** sobre libertad de expresión igualmente respecto de artículos de prensa.

Dentro de los derechos de defensa del acusado (art. 6.3) y, en particular, el derecho a defenderse por sí mismo [letra c)], **Kucera contra Austria, de 3 de octubre de 2002**, estatuye que el derecho del acusado a ser oído en el juicio de primera instancia penal no tiene necesariamente el mismo significado en la apelación, y que deben ponderarse diversos elementos como son los rasgos del procedimiento y la misma necesidad material de esa audiencia en interés de la justicia; en concreto, se resalta que el grado de intoxicación del acusado pudo ser valorado por un informe pericial y no se advierte cómo la presencia del acusado, amén de la de su Abogado, podía ser necesaria e inevitable.

No es desdeñable la importancia de **Czekalla contra Portugal, de 10 de octubre de 2002**, relativo al derecho a ser asistido por un Abogado de oficio [letra c)]. Para que los derechos protegidos por la Convención “no sean teóricos e ilusorios sino concretos y efectivos”, la mera designación de un Abogado no asegura la efectividad de la asistencia jurídica al acusado. Debe, no obstante, respetarse la independencia de las relaciones de la defensa con su cliente respecto del Estado, quien no está obligado a intervenir salvo si las deficiencias son manifiestas (se invoca como precedente el caso **Daud**). Aquí el recu-

rente no tuvo una defensa concreta y efectiva, puesto que las insuficiencias de la defensa gratuita fueron manifiestas al no respetarse simples reglas formales. Y el órgano judicial debió, incluso conforme a la legislación procesal portuguesa, invitar al Abogado a que subsanara y corrigiera estos defectos. Se estima en consecuencia violado el art. 6. Obsérvese la curiosa finta efectuada por la Corte —una variante de *Drittwirkung*— que imputa la lesión del derecho no al Abogado sino a un poder público, el tribunal que no reparó debidamente la lesión.

Por último hay al menos que hacer alusión, por su importancia política al caso **Craxi contra Italia, de 5 de diciembre de 2002**, referido al ex Primer Ministro italiano, en el que la Corte, rechazando otras muchas alegaciones, considera sin embargo que se han vulnerado los artículos 6.1 y 3 como consecuencia de la imposibilidad de que el acusado pudiera, a lo largo del proceso, interrogar a los testigos de cargo que habían fallecido o que habían utilizado su derecho a permanecer en silencio, si bien afirma que el reconocimiento de esa vulneración es, en sí misma, una satisfacción suficiente.

F) Respeto a la vida privada y tendencia sexual (artículo 6)

Beck, Copp y Bazeley contra el Reino Unido, de 22 de octubre de 2002, analiza los recursos de varios homosexuales miembros de la RAF. Los tres recurrentes rompieron su compromiso temporal por veinte años con el ejército alegando su orientación sexual y la política del Ministerio de Defensa en contra de los homosexuales en las fuerzas armadas. Eran al parecer de una conducta profesional ejemplar. La policía interna del Ministerio realizó unas muy detalladas e intensas investigaciones para asegurarse de que no pretendían realmente cesar anticipadamente en el ejército e incluso rechazó alguna de estas solicitudes. La Corte estima que esas investigaciones en la forma en que se practicaron eran inadmisibles y, si bien no constituían tratos inhumanos y degradantes (art. 3) ni discriminaciones (art. 14), eran constitutivas de intrusiones indebidas en la vida privada, y determina unas importantes indemnizaciones. Semejante parece ser **Perkins y R.** del mismo día pero referida a miembros de la Marina Real.

G) Respeto a la vida familiar (artículo 8)

En **Yildiz contra Austria, de 31 de octubre de 2002**, el Tribunal vuelve a sostener que lesionan el derecho al respeto de la vida familiar las decisiones judiciales de prohibición de residencia en un país, esto es, de expulsión de extranjeros que no ponderen adecuadamente la interferencia de la medida en la situación familiar. Incidentalmente, no puede dejarse de destacar que la demanda ha tardado seis años en ser enjuiciada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo que probablemente le hubiera hecho acreedor de una condena, precisamente por éste, por dilaciones indebidas.

Hay por otro lado dos supuestos de control por parte del Tribunal de las decisiones sobre patria potestad, custodia y visita desde el punto de vista de este derecho a la vida fami-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

liar, y en particular de sus aspectos procedimentales. En la primera de ellas, **Hoppe contra Alemania, de 5 de diciembre de 2002** se considera que no existe vulneración en cuanto la decisión se toma dentro de los márgenes de apreciación que corresponden a las autoridades nacionales, y por el contrario en **Venema contra los Países Bajos, de 17 de diciembre de 2002**, se constata la vulneración por la insuficiente participación de los padres naturales en el proceso de adopción.

H) Libertad religiosa. Condena por usurpación de funciones en cargo religioso (artículo 9)

Agga contra Grecia, de 17 de octubre de 2002, reitera un asunto ya enjuiciado en **Kokkinakis**. Considera contrario al art. 9, las demandas de la libertad religiosa y el pluralismo en una sociedad democrática, que el recurrente fuera condenado por un delito de usurpación de funciones como Ministro de una “religión conocida” (un Muffi). Pues, pese a que existía otro Muffi designado oficialmente, el demandante tenía el apoyo de una parte de su comunidad religiosa que al parecer lideraba, y no había ejercido las funciones públicas, judiciales y administrativas, que la ley le otorga.

I) Libertad de expresión (artículo 10)

Dos muestras más de la compleja realidad política Turca y de sus dificultades para adecuarse al Convenio y a la democracia son **Yalçın Küçük contra Turquía, de 5 de diciembre de 2002** y **Öztürk contra Turquía, de 15 de octubre de 2002**, de ellas es particularmente interesante la segunda en la que se considera violado el art. 10. La revista *Bandera roja* publica en días diversos tres artículos sobre el problema kurdo que producen el secuestro judicial de la revista por la Corte de Seguridad del Estado. La Corte, por cinco votos a dos, entiende que estas ingerencias en la libertad de información no eran medidas necesarias en una sociedad democrática. El Juez turco y el georgiano discrepan considerando que al menos uno de los artículos era un caso fronterizo pues incitaba al odio racial y a la violencia o resistencia armada. Conviene recordar que en el ya explicado Caso **Karakoc** del mismo día se enjuició que violaba la garantía del juez imparcial la composición y actuación de esa corte de seguridad.

En otro orden de cosas totalmente diferente, tiene también interés el litigio resuelto en **Stambuk contra Alemania, de 17 de octubre de 2002**. Un colegio profesional sanciona a un médico oftalmólogo por publicidad prohibida en las normas del Colegio al aparecer en un periódico local su fotografía y consulta junto a información acerca de la operación de ojos con rayos láser. La Corte considera que es una información objetiva sobre un asunto de interés médico general y no una mera publicidad y que por tanto se trata de una interferencia en la libertad de expresión. Los cronistas consideramos que debe leerse con calma el asunto, que es en el concreto litigio justo, y ponerlo en relación con la viabilidad futura de la normas deontológicas de los colegios que protegen la libertad de competencia.

J) Derecho de propiedad (artículo 1, Protocolo 1)

Entre las numerosas sentencias dictadas por el Tribunal sobre el derecho de propiedad en el período considerado, se consideran de especial relevancia las siguientes:

Baragan contra Rumanía, de 1 de octubre de 2002, referido a la propiedad de un apartamento en Bucarest, es un caso más de la larga serie de litigios producidos por la expropiación sin garantías del derecho de propiedad mediante nacionalizaciones por ley en décadas pasadas y durante los extintos regímenes comunistas de los países del este europeo. La Corte lo estima semejante al asunto Brumarescu que el caso piloto en la materia. Son análogos los casos Curutiu y Mattescu los dos contra Rumanía, y ambos de 22 de octubre de 2002.

Justamente la otra cara de la moneda de la compleja problemática ocasionada por las nacionalizaciones comunistas se suscita en **Pincova y Pinc contra la República Checa, de 5 de noviembre de 2002**. El recurrente había habitado 42 años en una vivienda, de ellos, 28 como propietario, cuando por Ley de 1991 se restituyó la propiedad a los legítimos e iniciales propietarios, otorgando unas indemnizaciones insuficientes. La Corte argumenta que las leyes de restitución de las propiedades expropiadas por el comunismo representan una finalidad legítima pero es necesario se tengan en cuenta las circunstancias, para “que la atenuación de viejos atentados no genere otros nuevos y desproporcionados”. Se estima violado el art. 1 del Protocolo 1, en su motivación se recuerda que este precepto contiene tres normas diferentes: el respeto del derecho de propiedad, el sometimiento de su privación a ciertas condiciones (utilidad pública, previsión legal, y principios generales del derecho), y la facultad del Estado de reglamentar el uso de los bienes conforme al interés general; el tercer aspecto debe hacerse a la luz del primero.

En **Mehmet contra Turquía, de 10 de octubre de 2002**, se entiende vulnerado el derecho de propiedad, porque las indemnizaciones en pago de la expropiación de unos terrenos, y los correlativos intereses de demora, resultaron manifiestamente insuficientes para satisfacer los perjuicios, dada la fuerte depreciación de la moneda que ocasiona en ese país una inflación anual de un 67 por ciento y el tiempo transcurrido hasta el abono de las cantidades, circunstancias que redujeron el valor de las indemnizaciones sensiblemente. La Corte sigue el caso Aka, que es el precedente, y estima roto el equilibrio entre el interés general y el privado. Es remarcable el juicio concreto y no abstracto que la Corte sigue en su ponderación. Resulta análogo Ince contra Turquía de la misma fecha.

Por último, muy revelador de la sofisticada realidad italiana es **Terazzi S.A.S. contra Italia, de 17 de octubre de 2002**, la sociedad recurrente soportó una prohibición de construir en el municipio de Roma, como medida preventiva y garantizadora de la posterior expropiación, durante 36 años desde la aprobación del plan de urbanismo, lo que entre otros extremos debilitó las posibilidades de venta del terreno. La Corte estima la medida como una carga exorbitante que rompe el justo equilibrio entre el interés general y el privado y considera violado el derecho de propiedad. Un voto particular del

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

magistrado designado *ad hoc* para el litigio por el Estado italiano (art. 27.2) discute la forma en que la mayoría ha ponderado los intereses en juego y razona de forma mucho más concreta, porque “todo el mundo sabe en Italia” que la prohibición de construir prevista en la Ley de 1974 es una reacción del legislador frente a la especulación desahogada, y que resultaría imposible expropiar todos los terrenos a los que le afecta; no es una medida preparadora de la expropiación es simplemente una prohibición de construir.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela judicial efectiva

a) Titularidad de los entes públicos del derecho a la tutela judicial

La STC 173/2002, de 9 de octubre, Sala Segunda, merece ser destacada. Esta sentencia resuelve el recurso de amparo presentado por la Generalidad de Cataluña contra una decisión del Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad, que estima la reclamación de un particular frente a un acto de liquidación tributaria, relativo a la tasa autonómica sobre el juego. La Administración autonómica recurre en amparo alegando que se ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva. Considera que la Sentencia recurrida se funda en una motivación manifiestamente errónea, irrazonable y arbitraria, porque inaplica la Ley catalana 2/1987, de 5 de enero, por la que se estableció un recargo sobre la tasa estatal que grava las máquinas tragaperras.

El TC analiza, antes de resolver el fondo del recurso, si el recurrente posee la necesaria legitimación para promover el recurso de amparo. Para lo que cita diversas Sentencias anteriores: 64/1988, de 12 de abril; 91/1995, de 19 de junio; 123/1996, de 8 julio; 211/1996, de 17 de diciembre; 237/2000, de 16 de octubre, y 175/2001, de 26 de julio, FJ 8º.

El TC recuerda que las personas jurídicas de Derecho público pueden ser titulares del derecho a la tutela judicial efectiva. Asimismo, reitera que debe distinguirse entre aquellos casos en los que el ente público defiende sus derechos e intereses legítimos y aquellos otros que se enmarcan en la defensa de sus actos y potestades administrativas. Cuando defienden intereses que derivan de su actividad no administrativa o pública, no existe ningún óbice para que las personas jurídicas públicas sean titulares del derecho fundamental consagrado en el artículo 24.1 CE en toda su extensión y con todas las garantías. Por el contrario, la protección es bastante más reducida cuando la Administración acude a los tribunales para defender actos dictados en ejercicio de sus potestades. En estos casos, únicamente posee el derecho a no sufrir indefensión en el proceso.

Para admitir la legitimación activa de la Generalidad en el recurso de amparo, el TC utiliza dos argumentos complementarios. En primer lugar, destaca que la actuación de la Comunidad Autónoma en este caso se basa en la defensa de los principios básicos de un sistema democrático, puesto que una ley, que representa la voluntad del pueblo, ha sido

inaplicada por un juez ordinario. Además, considera que, aunque el recurrente ha invocado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva bajo el epígrafe de haber sido motivación errónea, irrazonable y arbitraria, lo que en realidad se está denunciando en dicha demanda es la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la no indefensión, en la medida en que se alega el exceso de jurisdicción por parte del órgano judicial que decide inaplicar una ley autonómica.

b) Acceso al proceso: interpretación excesivamente rigurosa de las normas que regulan la legitimación de las CCAA

Las SSTC 176/2002, de 9 de octubre, Sala Segunda, y 201/2002, de 28 de octubre, Sala Primera, comparten supuestos de hecho similares. El Tribunal Superior de Justicia de Madrid inadmite por falta de legitimación dos recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Administración autonómica contra sendas resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo, que dan la razón a particulares frente a actos de liquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales, dictados por la Agencia Tributaria. El TSJ inadmite los recursos antes de que la LJCA de 1998 y el art. 51.2 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, atribuyeran a las Comunidades Autónomas legitimación para recurrir, ante los Tribunales contencioso-administrativos, las resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos. Debe tenerse en cuenta que estaba vigente la LJCA de 1956, que no contenía ninguna norma que atribuyera específicamente legitimación a las Comunidades Autónomas para impugnar resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos.

El TC considera que la resolución judicial impugnada ha realizado una interpretación de la legalidad en exceso rigurosa y, en consecuencia, lesiva del principio *pro actione*. Ello ha originado la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, en su vertiente de derecho de acceso al proceso, por lo que otorga el amparo.

c) Acceso al proceso: legitimación de los sindicatos para recurrir actos relacionados con la organización administrativa

La STC 203/2002, de 28 de octubre, Sala Primera, analiza la legitimación de un sindicato para recurrir en vía contencioso-administrativa un acuerdo del Pleno de la Diputación Provincial de Zamora que autorizaba a algunos médicos del hospital provincial para trabajar simultáneamente en el sector privado. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo admitió la legitimación activa del sindicato, estimó el recurso y anuló el acuerdo de la Diputación. Por el contrario, el Tribunal Superior de Justicia revocó esta Sentencia por considerar que el sindicato carecía de legitimación.

El TC destaca que el derecho a la tutela judicial efectiva, si se interpreta en relación con los arts. 7 y 28.1 CE, comprende el derecho de los sindicatos para recurrir actos de organización administrativa siempre que concurra un “interés profesional o económico”. Es decir, debe existir una conexión entre los fines que los sindicatos tienen constitucionalmente encomendados (la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales de

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

los trabajadores) y el concreto objeto del proceso, en este caso, la impugnación de un acuerdo por el que se concedía a dieciséis funcionarios de la Diputación Provincial la compatibilidad con el ejercicio de actividades en el sector privado. El TC considera que existe este vínculo, porque “la eventual estimación del recurso interpuesto por el sindicato incidiría en las posibilidades de empleo, público o privado, de los trabajadores de dicho sector afiliados al sindicato, quienes tendrían al menos una expectativa de optar a los eventuales puestos vacantes en el ámbito administrativo o a ver aumentadas las oportunidades de empleo en el sector privado”.

d) Tutela judicial efectiva y vinculación de las Sentencias firmes dictadas en otros procesos

En la *STC 226/2002, de 9 de diciembre*, los miembros de la Sala Primera discrepan acerca del alcance de la eficacia de la cosa juzgada. El recurrente es un abogado que trabajaba para una Cámara Oficial de la Propiedad Urbana. Cuando es despedido, entabla dos procesos distintos contra la Cámara ante la jurisdicción laboral, uno por despido improcedente y el otro reclamando el pago de una cantidad impagada. En ambos procesos, la demandada alegó que no existía relación laboral, sino que había un contrato mercantil. El recurrente gana el primer proceso y obtiene una Sentencia del Juzgado de lo Social que declara la existencia de un vínculo laboral y condena a la Cámara por despido improcedente. Esta Sentencia adquiere firmeza al no ser recurrida. Posteriormente, en el proceso por reclamación de cantidad, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia dicta una Sentencia, que concluye que no existía una relación laboral sino un arrendamiento de servicios y declaró que la jurisdicción laboral era incompetente para conocer del pleito. El demandante interpuso recurso de amparo, invocando –entre otros motivos– la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por alteración de la eficacia de la cosa juzgada.

La Sentencia de la mayoría desestima el recurso. Considera que no concurrió en el caso la requerida “identidad objetiva” entre los dos procesos laborales, porque se formularon en cada uno de ellos diversas pretensiones (declaración de despido improcedente en el primero, y acción de reclamación de cantidad, dirigida a obtener el pago de determinada cantidad en concepto de salarios y diferencias salariales devengados durante cierto período temporal, en el segundo).

Los Magistrados D. Pablo García Manzano y D^a. María Emilia Casas discrepan de la mayoría y formulan un Voto Particular. Subrayan la perplejidad que se despierta, desde la perspectiva de la seguridad jurídica, cuando, después de que una Sentencia firme declara la naturaleza jurídico-laboral de la prestación de servicios entre los litigantes y la competencia consiguiente de la jurisdicción social, esa declaración es rechazada por otro órgano de la misma jurisdicción en otro proceso en el que intervienen los mismos sujetos. El argumento defendido en el Voto Particular parece más convincente que el entendimiento excesivamente formalista de la cosa juzgada manejado por la Sentencia. Para resolver futuros casos, posee especial interés la distinción, apuntada por la minoría, entre cosa juzgada e inmodificabilidad de las resoluciones judiciales, atribuyendo a este último concepto un contenido más amplio.

e) Acceso a los recursos legalmente establecidos: presentación del escrito de interposición fuera de la sede del órgano judicial

La STC 223/2002, de 25 de noviembre, Sala Primera, permite expresamente utilizar el correo para presentar documentos procesales. El TC continúa flexibilizando los requisitos sobre el lugar de presentación de los recursos. El recurrente había enviado el escrito de interposición del recurso de apelación por correo certificado urgente con acuse de recibo, recibéndolo el Juzgado tres días antes de que finalizara el plazo. El Juzgado da por válidamente interpuesto el recurso, pero posteriormente la Audiencia Provincial lo inadmite, por considerar que no es válida la presentación de documentos fuera de la sede del órgano judicial.

El supuesto de hecho es similar al analizado en la STC 41/2001, de 12 de febrero, pero difiere en un importante aspecto. En aquélla, se analizó si lesionaba el derecho a la tutela judicial efectiva “la inadmisión de un recurso por llegada extemporánea al órgano judicial –aunque presentado en tiempo y con certeza en otro registro público–”. En aquel caso, el TC señaló que puede considerarse plenamente eficaz “la presentación datada y cierta de un escrito ante un registro público distinto al órgano judicial si, examinado el caso, concurren circunstancias excepcionales y no existe negligencia alguna de parte”. En el presente caso, por el contrario, el escrito de interposición del recurso ha sido recibido temporáneamente en la sede del órgano judicial.

El TC considera irrazonable la inadmisión del recurso, porque entiende que la obligación legal de presentar los escritos en la sede del órgano judicial es un requisito “carente de autonomía” y “cuya finalidad se vincula a la presentación del recurso en plazo a partir de la acreditación de la fecha por quien es garante de la fe pública procesal”. En conclusión, no puede ser inadmitirse el recurso por haberse presentado en el servicio de correos, cuando haya llegado al órgano judicial en el plazo legalmente previsto.

B) Presunción de inocencia: valor probatorio de las declaraciones de los coimputados

En el último trimestre de 2002, el TC ha resuelto tres recursos relativos al valor probatorio de las declaraciones de los coimputados: las SSTC 181/2002, de 14 de octubre, Sala Primera, ponente D. Pablo García Manzano, 207/20002, de 11 de noviembre, Sala Primera, ponente D. Javier Delgado Barrio, y 233/2002, de 9 de diciembre, Sala Segunda, ponente D^a. Elisa Pérez Vera. Las tres parten de los mismos principios: a) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) la declaración inculpativa de un coimputado es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) la aptitud como prueba de cargo mínima de la declaración inculpativa de un imputado se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Sin embargo, parece que el Tribunal Constitucional no cuenta con un criterio constante para concretar qué debe entenderse por “corrobación mínima”. Mientras que la Sentencia de la Sala Segunda y el voto particular del Magistrado don Roberto García-Calvo a la STC 207/2002 la definen como “la existencia de datos o circunstancias externas que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración”; la mayoría de los magistrados de la Sala Segunda parecen utilizar, en esta última Sentencia, un criterio de enjuiciamiento más riguroso y exigir que estos datos “confirmen la participación en los hechos del recurrente”.

C) Derecho a un proceso con todas las garantías: Principios de inmediación y contradicción: valoración en la segunda instancia de las declaraciones de los testigos

Desde octubre, se han registrado cinco Sentencias que aplican la nueva doctrina contenida en la importante STC 167/2002, de 18 de septiembre (comentada en el anterior número de JA). Las SSTC núms. 197, 198, 200, 212 y 230 de 2002 consolidan el principio de que el Tribunal de apelación debe oír directamente al acusado cuando revisa, en un recurso contra una Sentencia absolutoria, la valoración y ponderación de las pruebas que realizó el órgano de primera instancia.

D) Igualdad

a) Igualdad en la aplicación de la ley: resolución judicial que contradice el criterio sentado en otra previa sin motivación alguna que justifique el cambio de criterio

En la STC 210/2002, de 11 de noviembre, Sala Segunda, ponente D^a. Elisa Pérez Vera, concurren todos los requisitos exigidos por la doctrina del TC para considerar que un órgano judicial ha realizado una desigual aplicación de la ley. Se acredita: a) la existencia de un *tertium comparationis* (se invoca una Sentencia anterior); b) la identidad de órgano judicial (ambas sentencias han sido dictadas por el Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección Segunda); c) la identidad de los supuestos resueltos (se trata de dos liquidaciones del impuesto de actividades económicas giradas a dos recurrentes –hermanos– por el Ayuntamiento de Ávila con relación al ejercicio fiscal de 1992 y sobre la base de la misma normativa fiscal); d) la disparidad de resultado (inadmisión, en un caso, y estimación, en otro); e) la inexistencia de motivación o de hecho alguno que permita apreciar un posible cambio de criterio respecto de la doctrina precedente, pues la Sentencia impugnada se limita a negar la admisibilidad del recurso sin referencia alguna a los motivos que movieron al juzgador a dar una respuesta distinta a un supuesto idéntico sólo unos días antes.

E) Derechos sustantivos

a) Derecho a la integridad moral del menor frente a sus padres (artículo 15, en relación con el artículo 24.1 CE)

STC 221/2002, de 25 de noviembre, Sala Segunda. Asunto de gran complejidad jurídica que tuvo mucha repercusión en los medios de comunicación. El caso de una niña,

nacida en 1986 y adoptada en 1987 que fue separada de sus padres adoptivos a causa de los malos tratos recibidos de ellos, y declarada en desamparo. En 1994, la Audiencia Provincial de Sevilla ordenó la reinserción de la menor en el seno de su familia adoptiva, pero tal reinserción no pudo llevarse a cabo pues resultaba traumática para la menor, ligada entonces afectivamente a la familia que la acogió. Los guardadores de la menor interpusieron este recurso de amparo contra el Auto de la Audiencia que estimó el recurso de apelación contra el dictado por un juez de primera instancia que acordó el mantenimiento de la situación de desamparo tal y como solicitaba la Junta de Andalucía.

El TC recuerda que, para apreciar lesión del derecho a la integridad moral basta un riesgo grave. Asimismo apunta que el derecho de los padres adoptivos al reagrupamiento familiar (debe entenderse el derecho también de los padres naturales) no puede primar sobre el derecho del menor a no padecer daños psíquicos (derecho a la integridad moral, art. 15 CE).

En este caso, el juez de primera instancia atendió las manifestaciones de la menor que deseaba permanecer con su familia de acogida asignada por la Junta de Andalucía, y solicitó informe pericial, en éste se alertaba acerca de los daños psíquicos que la vuelta con la familia adoptiva acarrearía para la menor. El mantenimiento de la situación de desamparo, acordada por el juez de primera instancia, fue revocada por la Audiencia Provincial fundando su decisión en que el peligro no existió en el pasado sin verificar si en el momento en que se pronunciaba se había producido una situación de riesgo para la salud psíquica del menor (FJ 4º).

Hay pues falta de motivación en el auto de la Audiencia porque:

“(…) estando en juego la salvaguarda del derecho fundamental de la menor a la integridad moral, circunstancia que la hace lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva” (FJ 5º).

Además, la Audiencia Provincial debió otorgar trámite específico de audiencia a la menor pues ésta tenía ya madurez bastante y derecho a ser oída (art. 9 Ley O. Protección Jurídica del Menor) (FJ 5º).

Todo lo que hizo el Juez de primera Instancia lo omitió la Audiencia, vulnerando –se dice en el fallo de la sentencia del TC– el derecho a la tutela judicial efectiva “en los términos indicados en los Fundamentos Jurídicos 4º, 5º y 7º”, es decir, poniendo en riesgo la integridad moral de la menor.

El caso parece abrir la puerta a un derecho familiar constitucional que podría incluirse en el art. 18.1 CE, sobre intimidad familiar, en relación al art. 8 del Convenio Europeo sobre el derecho a la vida familiar y de acuerdo con la doctrina del propio TC, caso Sara Montiel.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

b) Denegación de *habeas corpus* (artículo 17.4 CE)

STC 224/2002, de 25 de noviembre, Sala Segunda. Se reitera una muy conocida jurisprudencia del TC a propósito de dos extremos: en primer lugar, de los plazos establecidos para la detención preventiva prevalece el relativo (tiempo estrictamente necesario para llevar a cabo las averiguaciones policiales) sobre el absoluto (máximo tiempo de duración permitido). En este caso hubo vulneración del primero y por tanto vulneración del art. 17.4 CE, pues debió ponerse al detenido a disposición judicial antes del momento en que se hizo.

También reitera el TC su consolidada doctrina (sobre todo en sentencias del año 2000), según la cual el auto denegatorio de la incoación del procedimiento de *habeas corpus* lesionó la garantía específica prevista en el art. 17.4 CE:

“al anticipar el fondo en el trámite de admisión impidiendo así que el ahora demandante de amparo compareciera ante el juez” (FJ 5º).

c) Derecho a la intimidad corporal de los reclusos: Cacheo integral (artículo 18.1 CE)

STC 218/2002, de 25 de noviembre, Sala Primera. Identidad sustancial con el caso resuelto en la STC 57/1994: cacheo integral de un recluso después de una comunicación *vis a vis*. El TC reproduce, en parte literalmente, la argumentación vertida en 1994. Los reclusos gozan de los derechos fundamentales, sólo limitados en el marco de la relación de sujeción especial a la que se hallan sometidos. Gozan, por consiguiente, del derecho a la intimidad corporal que sólo puede ser afectada cuando exista motivo para ello, la medida adoptada se ajuste a los principios de necesidad y proporcionalidad y se lleve a cabo con el debido respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales, tal y como exige el art. 70.1 del Reglamento Penitenciario.

En el caso examinado falta toda mención a los motivos de seguridad concretos que exigían el cacheo practicado ni es suficiente la simple invocación de que las comunicaciones íntimas suelen ser medio para que los internos reciban objetos peligrosos o estupefacientes. Faltó la específica fundamentación para justificar el sacrificio de la intimidad corporal y se vulneró el art. 18.1 CE.

d) Derecho al honor de cargos públicos representativos e insultos: límites (artículos 18.1 y 20.1 CE)

STC 232/2002, de 9 de diciembre, Sala Segunda. Las dos resoluciones judiciales que se pronunciaron sobre el asunto consideraron probados los insultos de la teniente de alcalde a un concejal: le llamó “ladrón”, “cacique”, “cínico” y le exigió que devolviese “todo lo que has robado al Ayuntamiento”. En instancia, estos hechos fueron considerados constitutivos de un falta de injurias y se castigó con pena de multa e indemnización a su autora. Sin embargo, en apelación la Audiencia, aun considerando el carácter objetivamente injurioso de los insultos y suponiendo intención de injuriar en quien los profirió, los entiende amparados por la libertad de expresión en el marco de la pugna entre

grupos políticos rivales, esencial para la existencia del Estado democrático. Contra la última sentencia se interpone recurso de amparo por lesión del derecho al honor.

Luego de recordar su jurisprudencia, el TC pasa a examinar si las manifestaciones controvertidas tienen la cobertura de la libertad de expresión y de información. Entiende el TC que los calificativos “cacique” y “cínico” constituyen juicios de valor y se inscriben por ello en la libertad de expresión. También el epíteto “ladrón” hubiera merecido la misma cobertura sino hubiera estado acompañado de la frase “devuelve todo lo que has robado al Ayuntamiento”, que está falta de concreción y de cualquier cobertura probatoria.

Aunque las personas que ostentan cargos de autoridad pública se hallan sometidas a la crítica en un Estado democrático, no quedan privadas de su derecho al honor. Las declaraciones enjuiciadas suponen un ataque a la reputación del recurrente y no proporcionan tampoco ningún tipo de información.

e) Grabaciones policiales lesivas del secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE)

STC 205/2002, de 11 de noviembre, Sala Segunda. Se examina si en la intervención telefónica controvertida se satisficieron los cánones constitucionales del art. 18.3 CE tal y como han venido siendo entendidos por el TC en una consolidada jurisprudencia.

Para empezar el auto autorizando la intervención no se incorporó al proceso judicial que concluyó en condena, manteniéndose así en un inaceptable secreto. Además, el auto en cuestión (que sólo apareció cuando se inició el proceso de amparo) se plasmó en un modelo estereotipado que contiene erróneamente referencia a la investigación de un delito de tráfico de estupefacientes (y no al delito de amenazas que se investigaba). Tampoco se comunicó al Ministerio fiscal, lo que impidió un control inicial por éste de la medida, en sustitución del intervenido. Por todo lo anterior, las grabaciones obtenidas, que sirvieron como prueba de cargo, no debieron ser tenidas en cuenta; al serlo se lesionó el derecho a la presunción de inocencia.

f) Intervención de las comunicaciones escritas de los reclusos de ETA (artículos 18.3 y 25.2 CE)

STC 194/2002, de 28 de octubre, Sala Segunda. Se examina si la intervención de las comunicaciones escritas que los reclusos de ETA recibían del exterior era respetuosa con los derechos fundamentales. Reiterando su jurisprudencia, en especial la sentada en la STC 106/2001, el TC acaba por desestimar el amparo al encontrar cumplidos todos los requisitos exigibles para la adopción de tal intervención en la relación de sujeción especial en la que se hallan los internos.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

g) Libertad de información: revelación innecesaria de datos íntimos de la víctima, una joven agredida sexualmente [artículos 20.1.d) y 18.1 CE]

STC 185/2002, de 14 de octubre, Sala Segunda. El TC, partiendo de su doctrina al respecto (sintetizada en sus recientes Sentencias 83/2002 y 99/2002) advierte que la revelación —por carecer de relevancia comunitaria— de aspectos relevantes de la vida personal y privada de una joven agredida sexualmente es innecesaria. Los datos divulgados permitirían identificar perfectamente a la joven y daban detalles de la agresión sufrida. El TC desestima el amparo de la empresa editora.

h) Denegación ilegítima de comparecencia en comisiones parlamentarias de los presidentes de Telefónica y de ENDESA (artículo 23.2 CE)

La STC 177/2002, de 14 de octubre, Sala Primera, que tanta relevancia pública ha tenido, resuelve dos recursos de amparo acumulados, interpuestos por los portavoces del grupo parlamentario socialista en el Congreso de los Diputados contra sendos acuerdos de la Mesa de la Cámara que inadmitieron a trámite las solicitudes de comparecencia de los presidentes de Telefónica y de ENDESA. Los recurrentes estiman que los acuerdos impugnados se extralimitaron en las funciones de calificación y admisión que a la Mesa del Congreso otorgan los apartados 4 y 5 del art. 31.1 RCD, menoscabando la facultad de control de los parlamentarios y, en consecuencia, su *ius in officium* garantizado por el art. 23.2 CE.

El TC resume sucintamente (FJ 3º) su jurisprudencia para después aplicarla al caso. Recuerda que siendo el derecho reconocido en el art. 23.2 CE de configuración legal, no toda infracción de la legalidad configuradora entraña lesión del derecho, sólo aquella que menoscabe el núcleo de la función representativa incluyendo, claro está, la función de control al Gobierno. Recuerda asimismo que la participación ciudadana por medio de representantes se residencia en la Asamblea legislativa, no en sus Mesas que cumplen una función técnico-jurídica limitada a la verificación de la regularidad formal de las iniciativas ante ellas presentadas. Las potestades de calificación y admisión no pueden ejercerse para realizar juicios de oportunidad política.

Respecto del amparo interpuesto contra la inadmisión a trámite de la solicitud de comparecencia del presidente de Telefónica, el TC advierte que la facultad de recabar comparecencia corresponde a las comisiones parlamentarias aunque se haga por conducto de la Mesa; a ésta sólo corresponde un examen de viabilidad. Sin duda alguna la facultad de recabar comparecencias (a la que hace referencia el art. 44 RCD) se integra en el *ius in officium* y está incluida en el núcleo básico de la función parlamentaria garantizado por el art. 23.2 CE (FJ 5º).

Acerca de si era aplicable el apartado 3 o 4 del art. 44 RCD en el que se prevé la comparecencia de tres tipos de personas (miembros del gobierno, autoridades y funcionarios, y particulares con capacidad para informar o asesorar a la comisión), el TC examina si la inadmisión a trámite de la solicitud de comparecencia por no existir un procedimiento parlamentario en curso es lesiva del derecho proclamado en el art. 23.2 CE. Considera

que hubo lesión y advierte que los usos parlamentarios al igual que el resto de las normas o resoluciones intraparlamentarias dictadas por los órganos de dirección de las Cámaras, tienen su límite inmediato en el reglamento de tal suerte que la práctica parlamentaria:

“(…) no puede resultar –ni ser tampoco interpretada– de manera tan restrictiva que impida o dificulte desproporcionadamente las facultades reconocidas a los parlamentarios en el ejercicio de sus funciones constitucionalmente garantizadas” (FJ 7°).

En la línea apuntada entiende el TC que desde la admisión a trámite de la solicitud de comparecencia del Ministerio de Fomento y del Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) ya había un procedimiento parlamentario en curso. Hubo en consecuencia lesión del derecho reconocido en el art. 23.2 CE.

Respecto del segundo recurso de amparo, la motivación de la Mesa aportó tres razones para denegarla; ninguna de ellas es de recibo para el TC. Esas razones fueron: la empresa de cuyo presidente se solicitó comparecencia era una sociedad privada; era una sociedad privada en cuyo capital el Estado participaba en menos de un 5 por ciento; pudo solicitarse la comparecencia del titular del Departamento ministerial competente.

Ninguna de las razones parece válida al TC, la última porque se vaciaría de contenido del apartado 3 del art. 43 RCD; la segunda porque la Mesa en su respuesta al escrito de reconsideración no responde a sus firmantes que invocaron el art. 44.3 RCD, sin duda por creer zanjada la disputa con su razón primera (la empresa era privada y por lo tanto sólo sería de aplicación el apartado 4 del art. 44 RCD). Respecto de esto último el TC considera que la participación pública en el accionariado de una empresa no es el único –ni el más importante– criterio para determinar, a estos efectos, su carácter público o privado. Como se apunta en la Directiva comunitaria 80/723/CE lo decisivo es la conexión entre la empresa y la Administración, es decir, en la capacidad de ésta para controlar la política económica de aquélla. El control público de la empresa se ejerce, pues, directa o indirectamente en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen. Ello permite presumir “influencia dominante”. Y añade que cuando se produjeron los hechos acerca de los cuales el grupo socialista deseaba recabar información (FJ 10°).

El fallo del TC tiene un efecto meramente declarativo, pues la celebración de elecciones generales en el año 2000 y la constitución de nuevas Cortes Generales impide al TC adoptar medidas destinadas al pleno restablecimiento del derecho vulnerado (FJ 11°).

i) Libertad de expresión de abogado (artículo 20.1 CE)

STC 235/2002, de 9 de diciembre, Sala Segunda. Un nuevo caso de amparo otorgado a un abogado al que se impuso un sanción disciplinaria. El abogado fue sancionado (art. 449.1 LOPJ) por tildar, en un recurso interpuesto contra una providencia, de “arbitraria,

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

caprichosa, infundada, manifiestamente ilegal, groseramente contraria a derecho” tal resolución.

El TC parte de su consolidada doctrina acerca de la singular cualificación de la libertad de expresión del abogado en el proceso judicial. En este caso, la aplicación del art. 449.1 LOPJ venía a reconocer que las expresiones controvertidas se habían producido durante la actividad forense del abogado y, por tanto, encaminadas a la defensa de su representado. Los órganos correctores ponderaron los derechos e intereses en juego, pero no adecuadamente, según el TC que recuerda que el bien tutelado por el art. 449.1 LOPJ no es el honor del titular del órgano jurisdiccional sino el respeto debido al Poder judicial. El menosprecio a la función judicial es, pues, límite a la libertad de expresión del abogado. Sin embargo, en el caso resuelto, aunque las expresiones empleadas por el abogado resulten excesivamente rotundas, no suponen más que crítica al acto recurrido y se hallan en directa conexión con estrictos argumentos de legalidad (FJ 4º).

j) Cláusula de conciencia de los periodistas. Extinción unilateral de contrato antes de pronunciamiento judicial [artículo 20.1.d)]

STC 225/2002, de 9 de diciembre, Sala Primera. Interesante sentencia que examina uno de los pocos casos en que se ejerce la cláusula de conciencia y efectúa una interpretación realmente amplia de la misma, aceptando la alegación de la cláusula en un momento posterior al despido, legitimando la rescisión unilateral del contrato por parte del periodista con el medio de comunicación con el que trabaje sin perjuicio de invocar con posterioridad la cláusula de conciencia ante la jurisdicción de lo social.

El recurrente fue subdirector del diario *Ya* en donde dejó unilateralmente de trabajar a la vista de la mutación ideológica de su línea editorial. El ahora recurrente vio desestimada su pretensión extintiva de la relación laboral —en la que invocó su derecho fundamental— por considerar el órgano judicial que no persistía la relación laboral, tal y como exige el art. 2.1 de la LO 2/1997, reguladora de la cláusula de conciencia.

El TC recuerda su doctrina acerca de la dimensión objetiva de la libertad de información y de la singularidad de la protección brindada a los profesionales de la información. Aplicado lo anterior al caso concreto, advierte el TC lo que también detectaron los órganos jurisdiccionales: la concurrencia del supuesto de hecho, es decir, el cambio ideológico en el diario. El problema estriba en si debe superarse la interpretación literal del art. 2.1 de la LO 2/1997 que parece imponer, como única vía, la jurisdiccional para ejercitar el derecho a la cláusula de conciencia.

El TC considera —y aquí está la ampliación llevada a cabo— que debe reconocerse el derecho a adoptar una decisión rescisoria unilateral con posibilidad de reclamar posteriormente ante la jurisdicción, ya que, de lo contrario en ciertos casos —como el presente— el procedimiento haría imposible su ejercicio pues, en lugar de proteger, obligaría al profesional a aguantar en su medio de comunicación violentando su conciencia, lesionando su libertad ideológica y ofreciendo a lectores o espectadores una apariencia engañosa (FJ 4º).

El periodista tiene derecho a preservar su independencia si la considera amenazada por la mutación ideológica en el medio donde trabaja y con el que entra en conflicto. En consecuencia, el art. 20.1.d) “incluye la inmediata paralización de la prestación laboral ante problemas de conciencia como los descritos” (FJ 5°).

k) Delitos electorales. Comunicación previa de mítines electorales. Interpretación favor libertatis de la LOREG (artículo 21 CE)

STC 196/2002, de 28 de octubre, Sala Segunda. El Partido Andalucista, al cual pertenece el recurrente en amparo, celebró en una localidad de Granada, durante la campaña de las elecciones municipales de 1995, dos mítines electorales para los cuales no contó con la autorización de la Administración electoral. Por celebrarlos sin cumplir con el requisito de comunicación previa fue condenado su promotor, candidato a la Alcaldía de la citada localidad, por incurrir en la conducta tipificada en el art. 144.1.b) LOREG. Esta ley atribuye a las juntas electorales de zona la facultad de asignar los locales oficiales y lugares públicos que los ayuntamientos hubieran reservado para la celebración de actos electorales. De otra parte el art. 54.1 *in fine* LOREG dispone que la juntas electorales provinciales asumen, en tiempo de campaña, las potestades atribuidas a la autoridad gubernativa en la legislación reguladora del derecho de reunión.

El art. 8 LODR impone a quienes quieran celebrar reuniones en lugares de tránsito público, o manifestaciones la obligación de comunicarlo por escrito a la autoridad gubernativa con diez días naturales como mínimo de antelación. El plazo se reduce a 24 horas si concurren causas extraordinarias y graves que justifiquen la urgencia de la convocatoria. En el caso planteado se reprochó al demandante en amparo que no cumplimentó este requisito ante la junta electoral provincial.

El TC arranca de su doctrina acerca del derecho de reunión y recuerda que la obligación de comunicar previamente a la autoridad gubernativa es sólo exigible respecto de las reuniones en lugares de tránsito público. Entrando en el caso, el TC advierte (FJ 5°) que un tipo tan abierto como el contenido en el art. 144.1.b) LOREG debe interpretarse del modo más favorable al ejercicio de los derechos y no desalentarlo. Además, es exigible a los órganos judiciales un plus de motivación en sus resoluciones cuando incidan en el contenido de un derecho fundamental.

En este caso, aunque hubo una insuficiencia de comunicación, el promotor de la reunión la comunicó al ayuntamiento y éste, a su vez, a la junta electoral de zona, y si no llegó por este conducto a la junta electoral provincial –que parece que llegó– no es imputable al promotor que, en todo momento, manifestó evidente voluntad de cumplir los requisitos formales a los que se supedita el ejercicio del derecho de reunión (FJ 6°).

Respecto del segundo de los mítines celebrados, por el que también fue condenado el ahora recurrente, se infringió el principio de legalidad penal, afectando directamente al

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

contenido del derecho de reunión, pues se extendió el ámbito espacial de aplicación de un requisito formal –la previa comunicación– a un supuesto no contemplado en la norma. En efecto, se equipara un espacio abierto “en las inmediaciones de tránsito público” con “lugares de tránsito público”. Se hizo una interpretación analógica *in mala partem*.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Denegación a transexual de la inscripción de cambio de sexo

STS de 6 de septiembre de 2002, Sala Primera, ponente Excmo. Sr. D.A. Romero Lorenzo, el Tribunal Supremo establece como doctrina la exigencia de que el solicitante se haya sometido a los tratamientos médicos precisos completando el proceso quirúrgico de reasignación de sexo. Examina la Jurisprudencia del TEDH (FJ 6º) sobre el art. 8 del Convenio y afirma que no son suficientes los factores puramente psicológicos para conceder relevancia jurídica a las solicitudes de cambio de sexo, siendo imprescindible el sometimiento a tratamientos hormonales y quirúrgicos necesarios para la supresión de los caracteres sexuales y la dotación de otros semejantes a los del sexo que emocionalmente sienten como propio.

B) Extranjeros

a) Prohibición de desempeñar funciones de vigilancia y seguridad privada. Doble nacionalidad

STS de 17 de diciembre de 2002, Sala Tercera, ponente Excmo. Sr. D. Antonio Marti García. El TS afirma que la Ley 23/1992 contempla un supuesto excepcional frente al cual no puede prevalecer el Convenio de doble nacionalidad con Perú, ya que el legislador español puede legislar especialmente y con carácter singular para supuestos justificados como son la vigilancia y la seguridad privada, y al no tener el demandante la nacionalidad española no puede obtener la autorización para una actividad que expresamente exige la nacionalidad. El Convenio de doble nacionalidad concede a los peruanos el derecho a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles, y no otorga sin más la nacionalidad a todos los peruanos ya que está sujeta a ciertos trámites y requisitos previstos en el art. 17 CHA y la Ley 23/1992 integra la seguridad privada en el monopolio de la seguridad del Estado, por lo que puede exigir a quienes ejercen las funciones propias de tal seguridad el requisito de la nacionalidad.

b) Denegación de tarjeta de residencia y separación matrimonial

STS de 4 de junio de 2002, Sala Tercera, ponente Excmo. Sr. D. Pedro Antonio de Mateos. Resolución de un Gobernador Civil que retira a la demandante la tarjeta de residente comunitario que le había sido concedida en su condición de esposa de un ciudadano español, denegándole asimismo el correspondiente permiso de trabajo.

El TS confirma la Sentencia de instancia que declaró que las resoluciones administrativas impugnadas eran contrarias a Derecho. Entienden los órganos judiciales que conforme la

jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sólo puede impedirse la residencia cuando exista una separación de derecho de los cónyuges, circunstancia que no concurre en el caso enjuiciado, en que se trata de una separación de hecho, e igual ocurre con la denegación del permiso de trabajo, que es consecuencia del anterior pronunciamiento.

c) Medidas cautelares en supuestos de denegación de asilo

STS de 11 de diciembre de 2001, Sala Tercera, ponente Excmo. Sr. D. E. Peces Morate. El Tribunal Supremo entiende que no es aplicable la jurisprudencia sobre el arraigo en territorio español a la suspensión de la obligación de abandonar el territorio por haberse denegado el asilo en España. El deber de abandonar el territorio al que se deniega el asilo es susceptible de suspensión cautelar, siendo posible la adopción de medidas cautelares por razones humanitarias.

C) Derecho a la integridad física y moral, derecho a la intimidad por la pasividad de la Administración en la adopción de medidas para evitar ruidos a los vecinos

STS de 11 de noviembre de 2002, Sala Tercera, ponente Excmo. Sr. D. Ramón Trillo Torres. Demanda formulada por varios vecinos que solicitaban al Ayuntamiento la adopción inmediata y eficaz de medidas conducentes a acabar con las infracciones por ruidos y vibraciones con incumplimiento de horarios por locales sitos en los bajos de sus viviendas. La Sentencia de instancia, confirmada por el TS entiende que el Ayuntamiento no desplegó la actividad exigida y proporcionada a las infracciones cometidas por los establecimientos y este comportamiento implica una infracción de los arts. 15 (integridad física) 18.1 y 2 (intimidad e inviolabilidad de domicilio) CE. La lesión de los Derechos fundamentales se encuentra en la actitud habitual de pasividad por parte de la Administración Municipal, actividad insuficiente que produce como resultado final las citadas vulneraciones. Nos hallamos ante un claro supuesto de recepción de la jurisprudencia del TEDH sentada en el caso López Ostra, Sentencia de 9 de diciembre de 1994, en la que se apreció la vulneración del derecho a la vida privada y familiar (art. 8.1 del Convenio) aceptando la incidencia que el ruido tiene sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales.

D) Derecho al honor y libertad de información

a) Veracidad y reportaje neutral

STS de 1 de octubre de 2002, Sala Primera, ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete. Publicación en diario de ámbito regional de una noticia que identificaba al demandante como “partícipe en la más aberrante operación de narcotráfico conocida en la historia judicial española” implicándole, dada la coincidencia de su apellido con uno de los procesados en la denominada “operación Nécora”, dando por supuesta su inter-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

vención en las actividades ilícitas en cuestión, siendo errónea su identificación. Partiendo del interés general de la noticia, la Sala examina si concurre el elemento de la veracidad de la noticia entendiendo que se cumplía en la medida que el relato procedía de una Agencia informativa suministradora del reportaje. El TS razona que no parece lógico exigir a la dirección del rotativo que compruebe por sí misma la exactitud de las noticias que recibe de las citadas agencias cuyo cometido profesional es, precisamente, obtener por medios legales, referencias y datos sobre asuntos cuya divulgación periodística reviste interés general. En definitiva, el TS aplica la doctrina del “reportaje neutral” que parte de la base de un reportaje que se limita a recoger declaraciones u opiniones sin que por el informador se exprese o se haga valoración alguna, expresando en el FJ 3º el alcance y relevancia de la referida doctrina sobre el reportaje neutral.

b) Veracidad verosímil

Publicación en un Diario de Navarra de una entrevista en la que el codemandado declaró que el actor civil era “un testaferro de L.R.”, antiguo director de la Guardia Civil, y que había recibido una serie de talones bancarios en concepto de comisión por ciertas obras adjudicadas, y añadió que el actor era “el sinvergüenza número uno con L.R.”, además de hacer referencia a los incrementos patrimoniales de ciertas sociedades en las que participaba. El TS, en su FJ 81º fija una serie de criterios en relación con el deber de veracidad en la actuación del periodista, que no implica un respeto puntual y absoluto del contenido de esa verdad, sin inexactitud alguna, sino que ha de tratarse de una veracidad razonable, acorde con el despliegue por el profesional de una diligencia atinente a lo publicado, y que esa verdad razonable ha de ser suficiente cuando por los hechos litigiosos lo publicado cumple la denominada “veracidad verosímil”.

c) Derecho al honor de Letrado

Demanda formulada por atentado del derecho al honor del demandante, Letrado en un despacho, por las expresiones vertidas en una “carta de despido” por Letrado que prestaba sus servicios en el mismo despacho, consistentes en una serie de expresiones vejatorias. El pronunciamiento de instancia, confirmado en casación, consideró que existió un atentado al derecho al honor generado no por la ilicitud de la carta considerada en sí misma, ni en su circulación o publicación normales, sino en su “innecesaria publicación a los clientes del despacho”. Es cierto que el Letrado demandado podía comunicar a sus clientes el cese del demandante en la firma de Abogados a los efectos profesionales oportunos, pero cualquier afirmación “necesariamente afrentosa” significa la intromisión en el derecho al honor por lo que en principio excedían de las facultades propias de la comunicación. La necesaria ponderación entre los derechos implicados [Libertad de expresión y comunicación, art. 20.1.d) CE por un lado, y derecho al honor e intimidad, art. 18 CE por otro], resulta favorable a estos últimos y sólo resulta permisible y lícita la difusión de expresiones en caso de ser necesarias y basarse rigurosamente en hechos debidamente contrastados.

E) Derecho a intimidad y a la propia imagen**a) Publicación de fotografías sin autorización**

STS de 16 de mayo de 2002, Sala Primera, ponente Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres. Publicación de dos fotografías de la demandante en un anuncio que apareció en dos números del suplemento semanal del diario *El País* sin autorización, fotografías obtenidas con ocasión de una intervención de cirugía estética realizada por el demandado. La Sala entiende que existió una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, sin embargo, entiende que no existió intromisión en el derecho al honor en la medida que el anuncio no divulga un hecho que afecte a la reputación o buen nombre de la demandante –no puede considerarse como tal someterse a un tratamiento médico– ni la difama o hace desmerecer la consideración ajena. Asimismo se estima infringido el derecho a la intimidad pues la publicación de fotografías, que permiten la identificación de la actora, figurando bajo las mismas una frase sobre “un caso de rejuvenecimiento tratado en Madrid en 1991” constituye la relevación de un dato privado que se divulga con base en unas fotografías obtenidas por el propio médico demandado.

b) Acatamiento de la interpretación del TC

STS de 26 de abril de 2002, Sala Primera, ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Supuesto de publicación de unas fotografías de una mujer desnuda claramente identificable. El TS declara que ha existido la denunciada vulneración del derecho a la intimidad de la demandante, acatando la Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 156 /2001, que en recurso de amparo declaró la intromisión del derecho al honor y anuló la anterior Sentencia del Tribunal Supremo que rechazó tal alegación. Se acata el pronunciamiento del TC “a pesar de ir en contra de la doctrina de la Sala sobre lo que ha de entenderse sobre intimidad en su confrontación con el derecho a la información”.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

ISABEL PERELLÓ

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

IV. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Bases. A) Constituye el parámetro para fiscalizar la legislación autonómica de desarrollo, la normativa básica vigente en el momento de dictar Sentencia, no la que estaba en vigor en el momento en que fue dictada la citada legislación de desarrollo. B) La regulación aparentemente completa por parte de la legislación estatal posconstitucional de las bases de una materia, impide inferir normas básicas de la legislación preconstitucional relativa a la misma, salvo que el propio legislador posconstitucional expresamente haya establecido su validez. C) La aplicación de la cláusula de prevalencia del art. 149.3 CE como posible fórmula para resolver la incompatibilidad entre la legislación autonómica de desarrollo y la posterior modificación de la normativa básica estatal. **3. Ley.** A) Ley de Presupuestos: no cabe aprobar una Ley complementaria de carácter presupuestario cuando está vigente una prórroga presupuestaria. B) Reserva de Ley en materia sancionadora: no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reglamentarias preconstitucionales en esta materia. C) Reserva de Ley en materia de profesiones tituladas: no afecta a la regulación del título y los currículos de ciclo formativo de grado medio de técnico de cuidados auxiliares de enfermería. D) Reserva de Ley en materia de estatuto de los funcionarios: tiene carácter relativo ya que no impide la colaboración del reglamento o de otras fuentes normativas como los convenios colectivos. E) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad. a) No afecta a los actos firmes y consentidos. b) Permite revisar los casos en que no exista sentencia firme. c) No conlleva de modo automático la nulidad de los actos de aplicación dictados al amparo de la ley declarada inconstitucional pues éstos pueden encontrar cobertura en otra norma válida. d) El Tribunal Constitucional puede modular estos efectos en atención a las circunstancias del caso.

4. Reglamento. A) Distinción acto-norma. a) El acto tiene carácter coyuntural, puntual frente al carácter estable y permanente de la norma. b) El acto no innova el ordenamiento jurídico. c) Una Circular que tiene un contenido técnico no tiene naturaleza normativa. d) Las relaciones de puestos de trabajo tienen naturaleza normativa: criterio

ordinamentalista. B) Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional: constituye manifestación de su autonomía reglamentaria, administrativa y financiera. C) Revisión de oficio de disposiciones de carácter general: la LRJPAC (art.102.2) no establece una acción de nulidad. **5. Instrucción.** A) No forma parte del ordenamiento jurídico. B) El plan de actuación para la aplicación de la normativa sobre el uso del vascuence no constituye una instrucción u orden de servicio, dado que tiene un destinatario general. **6. Principios generales.** A) Principio de igualdad. a) Las situaciones subjetivas objeto de comparación deben ser equiparables. b) Es condición para apreciar su vulneración el que se ofrezca un término de comparación que permita fundamentar el trato desigual. B) Principio de seguridad jurídica: el contenido constitucionalmente definido en relación con un determinado tipo de Ley como es la Ley de Presupuestos no puede ser parcialmente regulado por otra Ley. C) Principio de publicidad de las normas: exige que las normas sean dadas a conocer públicamente mediante su inclusión en los boletines oficiales correspondientes. D) Principio de irretroactividad de las normas. a) La irretroactividad de los reglamentos admite excepciones. b) No vulnera el art. 9.3 CE la aplicación de una nueva normativa a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se ha analizado en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta el marginal núm. 8955 (2002), la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia hasta el marginal núm. 980 (2002) y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional hasta la STC 15/2003, de 28 de enero.

Dos problemas jurídicos centran fundamentalmente el interés de esta reseña jurisprudencial. En primer lugar, la situación jurídica que se plantea cuando el legislador estatal modifica las bases normativas de una materia determinando la inconstitucionalidad sobrevenida de la legislación autonómica de desarrollo que había sido dictada de conformidad con las bases anteriormente vigentes. Esta cuestión se plantea en la STC 1/2003, de 16 de enero, en relación con una Ley extremeña en materia de función pública. La Sentencia realiza un pormenorizado repaso de la jurisprudencia constitucional en materia de bases y va acompañada de un Voto Particular que disiente de la solución aprobada por el Pleno y plantea la posibilidad de aplicar la cláusula de prevalencia estatal del art. 149.3 CE para resolver estos problemas.

IV. Fuentes del Derecho

La segunda cuestión que presenta un especial interés es la relativa a los efectos de la inconstitucionalidad de las leyes, problema que abordan tanto la jurisprudencia constitucional más reciente como la contencioso-administrativa. En relación con esta última, la declaración de inconstitucionalidad por la STC 61/1997 de numerosos preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 ha dado lugar a numerosas sentencias, que permiten matizar con detalle los distintos supuestos que se plantean.

2. BASES

A) Constituye el parámetro para fiscalizar la legislación autonómica de desarrollo la normativa básica vigente en el momento de dictar Sentencia, no la que estaba en vigor en el momento en que fue dictada la citada legislación de desarrollo

La STC 1/2003, de 16 de enero, resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados preceptos 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, aprobado por Decreto Legislativo 1/1990, de 26 de junio. El objeto de la impugnación son los preceptos de la citada ley autonómica que regulan dos situaciones administrativas concretas en las que pueden encontrarse los funcionarios de la Comunidad Autónoma de Extremadura, que son, por un lado, la excedencia voluntaria por agrupación familiar, y, por otro, la excedencia forzosa de los funcionarios que no sea consecuencia de una situación de expectativa de destino. El Gobierno entiende que los citados preceptos son inconstitucionales al introducir nuevas causas de extinción de la relación funcional no contempladas en la normativa básica estatal en la materia, que se encuadra en el régimen estatutario de los funcionarios públicos, en virtud del art. 149.1.18 CE.

Según reiterada jurisprudencia constitucional, el Tribunal debe pronunciarse sobre la constitucionalidad de los preceptos autonómicos impugnados tomando como parámetro de control no la legislación básica estatal vigente en el momento de formularse el recurso de inconstitucionalidad, sino la realmente en vigor en el momento de dictar Sentencia. En consecuencia, dado que los citados preceptos de la Ley extremeña son incompatibles con el art. 104 de la Ley estatal 13/1996, se declaran inconstitucionales. En este caso, dado que la disconformidad constitucional de los preceptos indicados tuvo lugar no originariamente, en el momento de promulgación de la Ley autonómica extremeña 5/1995, sino con posterioridad, en el de entrada en vigor de la Ley estatal 13/1996, los efectos de la inconstitucionalidad y nulidad deben desplegarse exclusivamente a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley estatal.

B) La regulación aparentemente completa por parte de la legislación estatal posconstitucional de las bases de una materia, impide inferir normas básicas de la legislación preconstitucional relativa a la misma, salvo que el propio legislador posconstitucional expresamente haya establecido su validez

Esta doctrina jurisprudencial fue aplicada en relación con el estatuto de los funcionarios públicos en la STC 37/2002, de 14 de febrero, en concreto en materia de régimen disciplinario de los funcionarios públicos.

En la **STC 1/2003, de 16 de enero**, se plantea el mismo problema en relación, como se expuso anteriormente, con la pérdida de la condición de funcionario. En consecuencia, el Tribunal rechaza, tras la reforma de la legislación básica estatal, que el art. 37 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, que ofrecía cobertura a la legislación extremeña de desarrollo, mantenga su carácter de normativa básica en la materia.

El legislador posconstitucional que modificó la Ley de 1964 no declaró expresamente como básico dicho precepto, –a pesar de haberlo modificado sustancialmente mediante el art. 104 de la Ley 13/1996–, tampoco puede inferirse dicho carácter básico de su posible consideración como complemento necesario de las normas básicas. No sólo no existe dato alguno que permita deducir de manera cierta y clara que el legislador posconstitucional al reformar la normativa en materia de funcionarios no haya pretendido agotar la regulación de los aspectos que ha estimado básicos en la materia, sino que más bien, por el contrario, de las evidencias existentes se desprende lo contrario, dado que cuando el legislador estatal posconstitucional ha considerado que alguno de los aspectos relativos a la relación funcional debía ser básico así lo ha declarado expresamente.

C) La aplicación de la cláusula de prevalencia del artículo 149.3 CE como posible fórmula para resolver la incompatibilidad entre la legislación autonómica de desarrollo y la posterior modificación de la normativa básica estatal

El Voto Particular de la **STC 1/2003, de 16 de enero**, distingue conceptualmente entre dos situaciones: la que resulta de una ley autonómica que, en el momento mismo en que es aprobada contradice la Constitución (por ejemplo, en este caso contradice una normativa básica conforme con la Constitución) y la que se produce cuando una ley autonómica de desarrollo aprobada válidamente resulta sobrevenidamente contraria a la normativa básica estatal al ser ésta modificada.

En el primer caso, la competencia para resolver el conflicto corresponde al Tribunal Constitucional mediante la declaración de inconstitucionalidad de la ley autonómica; en el segundo, que es el que se plantea en la Sentencia, el caso debe resolverse según el Voto Particular mediante la aplicación de la cláusula de prevalencia que regula el art. 149.3 CE.

A juicio del Voto Particular, la cláusula de prevalencia no determina la nulidad de la norma autonómica que fue válida en el momento de su aprobación cuando las bases del Estado eran diferentes, sino su inaplicación una vez que las nuevas normas básicas del Estado despliegan su eficacia, comprimiendo o desplazando a las de la Comunidad Autónoma que hasta entonces habían venido rigiendo sin mácula alguna de inconstitucionalidad. Este planteamiento, según el Voto Particular, “hace posible una aplicación natural, racional y sin dilaciones indebidas del sistema jurídico complejo propio del Estado de las autonomías creado por la Constitución”.

En consecuencia, todos los Tribunales de Justicia tienen la facultad de resolver definitivamente las colisiones que se producen entre las normas autonómicas, aprobadas válida-

IV. Fuentes del Derecho

mente en su momento y las posteriores leyes del Estado que modifican las bases de una materia: si el juez estima que la ley estatal es básica, tanto material como formalmente, deberá inaplicar la ley autonómica incompatible con ella, exactamente igual que si la Ley de la Comunidad Autónoma contradijera disposiciones de Derecho Comunitario.

Este planteamiento, según el citado Voto Particular, no impide que el Tribunal mantenga su jurisdicción indeclinable para garantizar la supremacía de la Constitución y el reparto de competencias que la misma establece junto con los Estatutos de Autonomía.

3. LEY

A) Ley de Presupuestos: no cabe aprobar una Ley complementaria de carácter presupuestario cuando está vigente una prórroga presupuestaria

La STC 3/2003, de 16 de enero, resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento Vasco 1/2002, de 23 de enero, que establecía una autorización de créditos presupuestarios y la previsión de algunos ingresos y había sido aprobada por el procedimiento especial establecido exclusivamente en el Reglamento del Parlamento Vasco de 11 de febrero de 1983.

La primera cuestión a analizar es el carácter de la Ley impugnada, dado que la misma fue aprobada mientras estaba vigente la prórroga de los Presupuestos anteriores; dicha prórroga se produce de forma automática según lo dispuesto en el art. 21 LOFCA en relación con el art. 134.4 CE, si el día 1 de enero del año en curso no han sido aprobados los Presupuestos de la Comunidad Autónoma.

El Tribunal parte en su argumentación de definir cuáles son los parámetros para enjuiciar la Ley impugnada y afirma –como había hecho en sentencias anteriores– “la existencia de una sustancial identidad entre las normas que son aplicables a los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma del País Vasco y lo dispuesto respecto de los del Estado en el art. 134 CE, como no podía ser de otro modo, dado que la norma constitucional y la estatutaria (así como las normas que las desarrollan) no hacen otra cosa que recoger una serie de principios que, como hemos dicho, son consustanciales a la institución presupuestaria y al sistema parlamentario (arts. 66 y 152.1, ambos de la Constitución), coincidentes por lo demás con los de las democracias con las que ha entroncado nuestro país”.

Dado que la Ley de Presupuestos tiene un contenido constitucionalmente determinado que se concreta en la previsión de ingresos y la autorización de gastos, debiendo esta última extenderse tanto al *quantum* de los mismos como a su destino, la Ley Vasca 1/2002, de 23 de enero, no puede ser la Ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio 2002. No es posible aplicar dicha calificación, no sólo porque no incluye la previsión de los ingresos que se esperan obtener durante dicho ejercicio económico, sino además porque tampoco incluye la preceptiva autorización de la cuantía máxima del gasto que el Gobierno Vasco puede efectuar en el mismo. La Ley impugnada se limita a autorizar una serie de créditos presupuestarios de los previstos en el

Proyecto de Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma del País Vasco para el ejercicio 2002 (en concreto, las Secciones autorizadas por el Parlamento son ocho sobre un total de veintiuna y ascienden al 67'41 por ciento del gasto global presupuestado por el Gobierno Vasco); se trata por tanto de una norma complementaria de la Ley de Presupuestos para el ejercicio 2002, que es la Ley 4/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para 2000, prorrogada primero para el ejercicio 2001, y después, para 2002.

El Tribunal Constitucional declara la citada Ley 1/2002 del Parlamento Vasco inconstitucional por infringir la Constitución y el bloque de la constitucionalidad, concretamente, los principios de unidad y universalidad presupuestaria recogidos en los arts. 134 CE, 21 LOFCA y 44 EAPV, impidiendo de este modo que el Parlamento Vasco cumpla con su función constitucional de aprobar los gastos públicos y de realizar una efectiva labor de control de la actividad financiera de la Administración pública vasca y del programa político, social y económico de su Gobierno. Además, en cuanto la citada Ley ha aprobado parte de los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma para el ejercicio 2002, ha provocado que los presupuestos contenidos en la Ley prorrogada se apliquen sólo parcialmente, lo cual resulta contrario al mecanismo constitucional de la prórroga presupuestaria.

B) Reserva de Ley en materia sancionadora: no es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reglamentarias preconstitucionales en esta materia

La validez de las normas preconstitucionales que no cumplen con las exigencias formales que se derivan del artículo 25.1 CE proviene de que la eficacia derogatoria de la Constitución no alcanza a las normas preconstitucionales que, pese a ser compatibles materialmente con ella, no se adecuan al rango normativo que la Constitución exige por razón de la materia, regla cuyo fundamento se encuentra en el principio de continuidad con el ordenamiento jurídico que, a su vez, deriva del principio de seguridad jurídica expresamente consagrado en el art. 9.3 CE (STS 1 de julio de 2002, Ar. 7368).

C) Reserva de Ley en materia de profesiones tituladas: no afecta a la regulación del título y los currículos de ciclo formativo de grado medio de técnico de cuidados auxiliares de enfermería

En la STS de 11 de junio de 2002, Ar. 7969, el Tribunal reitera su conocida jurisprudencia en virtud de la cual la regulación de las enseñanzas y titulaciones no se subsume en la materia reservada a la Ley en el art. 36 CE. Según la jurisprudencia constitucional, la reserva de ley en materia de profesiones tituladas se refiere: a) a la existencia misma de una profesión titulada, es decir, de una profesión cuya posibilidad de ejercicio quede jurídicamente subordinada a la posesión de títulos concretos; b) a los requisitos y títulos necesarios para su ejercicio y c) a su contenido, o conjunto formal de las actividades que la integran. En consecuencia, los RRDD 546/1995 y 558/1995, ambos de 7 de abril, dado que sólo organizan y definen las enseñanzas mínimas que conducen a la obtención de una titulación, así como el perfil profesional asociado al título, no infringen la reserva de ley en materia de profesiones tituladas.

IV. Fuentes del Derecho

D) Reserva de Ley en materia de estatuto de los funcionarios: tiene carácter relativo ya que no impide la colaboración del reglamento o de otras fuentes normativas como los convenios colectivos

En la STC 1/2003, de 16 de enero, se declara que la regulación del estatuto funcional está constitucionalmente reservada a la Ley (art. 103.3 CE). Esta reserva de ley tiene un alcance relativo, pues no impide la colaboración de las normas reglamentarias y, en su caso, de otro tipo de fuentes normativas (como los convenios colectivos), aunque ésta por definición deba ser limitada, en la ordenación de la materia. En este sentido, en la STC 99/1987, de 11 de junio, se establece que, en virtud de la reserva constitucional de ley, deberá ser “reconocible en la Ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos incluidos en el estatuto funcional, descartándose, de este modo, todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la norma (con rango) de Ley en la labor que la Constitución le encomienda” [FJ 3º.c)]. Ello no significa, por supuesto, que “las disposiciones del Gobierno no puedan, cuando así lo requiera la Ley, colaborar con ésta para complementar o particularizar, en aspectos instrumentales y con la debida sujeción, la ordenación legal de la materia reservada, pues esta colaboración que, en términos de política legislativa habrá de resultar pertinente en muchos casos, no será contradictoria con el dictado de la Constitución cuando la remisión al reglamento lo sea, estrictamente, para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa”. O, expresado en otros términos, y tal y como el Tribunal ha declarado en relación con otros ámbitos materiales reservados por la Constitución a la regulación por Ley, no es imposible en esta materia una intervención auxiliar o complementaria del reglamento (o, en su caso, como ya hemos reseñado de otras fuentes del Derecho), siempre que, como ya se señaló en la STC 83/1984, de 24 de julio (FJ 4º), “esas remisiones sean tales que restrinjan efectivamente, el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal, que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, de modo que no se llegue a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esa facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir” [SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 3º.a) y 37/2002, de 14 de febrero, FJ 5º].

E) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

a) No afecta a los actos firmes y consentidos

En la STS de 4 de junio de 2002, Ar 7255, el recurrente reclama el reintegro de unas cantidades ingresadas indebidamente en concepto de carga reparcelaria discontinua. El fundamento de la reclamación es que la STC 61/1997 ha anulado la normativa en virtud de la cual se requirió dicho pago, pero el depósito efectuado tiene carácter firme y consentido por lo que no puede ser anulado, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo entiende que la anulación de una norma no afecta a la subsistencia de los actos firmes, permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la norma.

b) Permite revisar los casos en que no exista sentencia firme

La declaración de inconstitucionalidad de una ley es un caso de nulidad de pleno derecho y por lo tanto produce efectos *ex tunc* y no meramente *ex nunc*. Según el art. 40.1 LOTC las sentencias declaratorias de inconstitucionalidad no permitirán revisar los procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada, de donde resulta que sí tendrán efecto en los procesos aun no fenecidos (STS de 24 de septiembre de 2002, Ar. 8288).

c) No conlleva de modo automático la nulidad de los actos de aplicación dictados al amparo de la ley declarada inconstitucional pues éstos pueden encontrar cobertura en otra norma válida

La inconstitucionalidad de una norma por sí sola no comporta que sean nulos los actos de aplicación de esa norma, al poder estar fundados en otra que sea constitucional. La diferente regulación legal que eventualmente pueden contener la norma de cobertura expresamente invocada por el acto y la que efectivamente constituye el sustrato de su legalidad, tampoco comporta automáticamente la nulidad del acto de aplicación si no se acredita y demuestra que esa diferente regulación legal es determinante del contenido del acto impugnado; esto significa que por muy diferentes que sean las normas enfrentadas si el concreto acto impugnado tiene apoyatura en ambas normas es evidente que las diferencias legales existentes son irrelevantes respecto del contenido del concreto acto que es objeto de impugnación (STS de 18 de septiembre de 2002, Ar. 8282). En el mismo sentido, STS de 30 de septiembre de 2002, Ar. 8416.

d) El Tribunal Constitucional puede modular estos efectos en atención a las circunstancias del caso

En este sentido, en la STC 3/2003, de 16 de enero, en la que se declaró inconstitucional la Ley del Parlamento Vasco 1/2002, de 23 de enero, el Tribunal Constitucional declara no susceptibles de ser revisadas como consecuencia de la inconstitucionalidad de la Ley, no sólo aquellas situaciones decididas mediante Sentencia con fuerza de cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino también por exigencia del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) las establecidas mediante actuaciones administrativas firmes. El Tribunal entiende que en este caso es preciso modular el alcance de la declaración de inconstitucionalidad para atender adecuadamente a otros valores con trascendencia constitucional, como los derechos de los terceros de buena fe que mantienen relaciones económicas con la Administración, que se verían gravemente comprometidos por la desaparición de las autorizaciones de gasto en que han de basar sus créditos.

4. REGLAMENTO

A) Distinción acto-norma

a) El acto tiene carácter coyuntural, puntual frente al carácter estable y permanente de la norma

El Decreto de la Junta de Andalucía 284/1998, de 29 de diciembre, por el que se establecen ayudas económicas complementarias, de carácter extraordinario, a favor de los pensionistas por jubilación e invalidez en sus modalidades no contributivas tiene naturaleza resolutive; se configura como un mero acto administrativo de ejecución adecuado a su estricto carácter estrictamente coyuntural o temporal; se trata de ayudas de carácter extraordinario y exclusivamente puntual o esporádico (STC 239/2002, de 11 de diciembre).

b) El acto no innova el ordenamiento jurídico

La Circular 6/1993 del Consejo Regulador de Denominación de Origen Rioja no es una disposición de carácter general sino un acto administrativo con pluralidad de destinatarios dado que no innova el ordenamiento jurídico sino que simplemente concreta en su aplicación determinados conceptos normativos indeterminados (STS de 2 de julio de 2002, Ar. 8800).

c) Una Circular que tiene un contenido técnico no tiene naturaleza normativa

La STSJ de Madrid de 23 de enero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Novena, Ar. 972, califica como acto administrativo la Circular Operativa 16-A, de la Dirección General de Aviación Civil del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente, de 29 de marzo de 1993, por la que se establecieron las limitaciones de tiempo de vuelo, máximo de actividad aérea y períodos mínimos de descanso para tripulaciones. En opinión del Tribunal, nos encontramos ante un acto que no crea ni innova el ordenamiento, dictado con base en el art. 21 LRJPAC y dirigido “exclusivamente desde los órganos superiores a los inferiores como manifestación clásica del principio de jerarquía y que despliega sus efectos en el ámbito puramente interno de la Administración pues se limita a ser un instrumento clarificador de aspectos relativos a los tiempos de actividad aérea”. La sentencia confirma esta afirmación señalando que la Circular impugnada es un acto de carácter esencialmente técnico que completa la regulación sobre seguridad aérea vigente: “No debe olvidarse que (...) a través de la Circular la Administración se limita a dar cumplimiento técnico en una posición de superior jerárquico hacia los operadores que están sometidos a su expresión en el ámbito de la circulación aérea. Cumplimiento técnico de excesiva complejidad como para ser entendido como reglamento ejecutivo ya que escapa del contenido propio de éste y de la disposición general pues contiene unas reglas meramente técnicas de la seguridad de la aviación, las cuales constituyen, en cuanto a la transformación que se enjuicia en este proceso, una mera aplicación administrativa de normas de rango superior que ya formaban parte del ordenamiento jurídico”.

d) Las relaciones de puestos de trabajo tienen naturaleza normativa: criterio ordinalista

Siguiendo una amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo, la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 11 de octubre de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 876, confirma la naturaleza normativa de las relaciones de puestos de trabajo “al no agotar sus efectos en su propio cumplimiento y extenderse éstos hacia el futuro, hasta una posterior y eventual modificación”.

B) Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional: constituye manifestación de su autonomía reglamentaria, administrativa y financiera

La independencia del Tribunal Constitucional con relación a los demás órganos constitucionales (art. 1.1 LOTC) se ve robustecida con la autonomía reglamentaria administrativa y financiera de que se encuentra dotado (arts. 2.2, 96 y ss., y Disposición Adicional Segunda LOTC). El art. 97 LOTC prevé que el Tribunal Constitucional estará asistido por un Cuerpo de Letrados constituido por medio de concurso-oposición que se ajustará a las normas que establezca el Reglamento del Tribunal.

A juicio del Tribunal Supremo, el citado precepto legal no obliga a que todas las plazas de Letrado del Tribunal Constitucional se cubran mediante concurso-oposición, siendo admisible la coexistencia de este sistema con la adscripción temporal de las citadas plazas, dado que la Administración —aquí, la del Tribunal Constitucional— tiene un mejor conocimiento que el Legislador de las necesidades propias de una adecuada prestación del servicio correspondiente. Según el Tribunal Supremo, el fundamento legal de la posibilidad de realizar la citada adscripción temporal que desarrollan los arts. 44 a 53 del Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional es el apartado 2 del art. 97 LOTC, que dispone que los nombrados como Letrados quedarán en su carrera de origen en situación de supernumerarios. Esta regulación supone admitir la posibilidad de que cabe la existencia de funcionarios públicos adscritos al Tribunal Constitucional que ya tuvieran esta condición con anterioridad, lo cual implica entender que admite una vía de adscripción distinta del concurso-oposición.

En consecuencia, la Sentencia parte de la legalidad de los arts. 44 a 53 del Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional y desestima el recurso interpuesto contra la inactividad material de la Administración —aquí el Tribunal Constitucional—, por no haber convocado concurso-oposición para cubrir todas las plazas de Letrado de dicho Tribunal que se hallen cubiertas por libre designación o designación temporal (STS de 24 de junio de 2002, Ar. 7058).

La Sentencia analizada va acompañada de un Voto Particular que entiende que los preceptos del Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional que se refieren a la figura de los Letrados de adscripción temporal carecen de cobertura legal.

IV. Fuentes del Derecho

C) Revisión de oficio de disposiciones de carácter general: la LRJPAC (artículo 102.2) no establece una acción de nulidad

La STSJ del País Vasco de 15 de marzo de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 756, realiza una sistematización de las acciones anulatorias de disposiciones de carácter general que nuestro ordenamiento prevé. Aparte de la mención a la impugnación directa de disposiciones generales, y a la vía complementaria conformada por la impugnación indirecta y la cuestión de ilegalidad, sin duda alguna las consideraciones más destacadas tienen que ver con la revisión de oficio de disposiciones de carácter general. En este sentido, la sentencia pone de manifiesto que tras la reforma de la LRJPAC por Ley 4/1999, de 13 de enero, ha quedado definitivamente aclarado que el art. 102.2 LRJPAC no prevé una acción de nulidad de disposiciones de carácter general, como así pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la propia Ley 4/1999, al afirmar que “la revisión de oficio de las disposiciones generales nulas no opera, en ningún caso, como acción de nulidad”, de modo que sólo está legitimada la propia Administración para tomar la iniciativa en la revisión de oficio de disposiciones generales. En segundo lugar, en la medida en que nuestro ordenamiento no reconoce una acción de nulidad para la revisión de oficio de disposiciones de carácter general, el Tribunal estima que la solicitud formulada por la reclamante sólo puede situarse en el marco del derecho de petición, cuyo contenido, como pone de relieve la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del derecho de petición, únicamente se refiere a “la expresión de sugerencias, iniciativas, información, quejas o súplica, que en cuanto tales han de ir referidas a decisiones discrecionales o gratificables, lo que de suyo excluye cualquier pretensión fundada en un derecho subjetivo o interés legítimo especial protegido por el ordenamiento, y que conlleva la necesidad de su admisión a trámite, constituyendo a la, en este caso, Administración destinataria, en la obligación de acusar recibo y comunicar al interesado la decisión que se adopte”.

5. INSTRUCCIÓN

A) No forma parte del ordenamiento jurídico

En la STS de 10 de junio de 2002, Ar. 8196, se reproducen los criterios para distinguir entre las disposiciones administrativas que integran el ordenamiento jurídico y las instrucciones o circulares que no tienen valor normativo, al referirse a la naturaleza de las Instrucciones generales sobre la determinación de un contingente de autorizaciones para el empleo de trabajadores extranjeros no comunitarios para el año 1994.

El Tribunal afirma que no es posible identificar la noción de disposición general con el de “la disposición administrativa que afecte a los ciudadanos en su condición de administrados” o con los Reglamentos “jurídicos”, como normas de actuación dictadas para todos y relativos a las llamadas relaciones de supremacía general, sino que también los denominados Reglamentos “administrativos”, en terminología académica de ascendencia germánica, *ad intra*, de carácter orgánico o referidos a relaciones de supremacía especial, son disposiciones normativas; unos y otros son normas jurídicas, disposiciones generales, que se integran en el ordenamiento jurídico. Y sólo merecen la consideración

de instrucciones o circulares aquellas directivas de actuación u órdenes generales que no innovan propiamente el ordenamiento jurídico y que, como manifestación de la jerarquía administrativa, están dirigidas a órganos que se encuentran en una relación de esta naturaleza respecto de quien las imparte, de manera que tales instrucciones o circulares sólo obligan en función de la obediencia propia e inherente a dicha jerarquía administrativa, y no como consecuencia de que formen parte del ordenamiento jurídico.

B) El Plan de actuación para la aplicación de la normativa sobre el uso del vascuence no constituye una instrucción u orden de servicio, dado que tiene un destinatario general

La STSJ de Navarra de 18 de julio de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 978, resuelve la impugnación formulada contra el Acuerdo del Gobierno de Navarra de 5 de febrero de 2001, por el que se aprueba el plan de actuación para la aplicación de la normativa sobre el uso del vascuence en la zona vascofona. El Tribunal considera que el mencionado plan no constituye una instrucción u orden de servicio dirigida por el Gobierno navarro a sus órganos, sin perjuicio de que las medidas establecidas estén dirigidas a la Administración de la Comunidad Foral y a sus organismos como regulación complementaria que desarrolla el Decreto 372/2000, de 11 de diciembre. Para confirmar su fallo, la sentencia aclara que el plan no es una instrucción que incluye criterios para la aplicación de una norma en el ámbito funcional de la Administración, puesto que establece un conjunto de medidas que integran el contenido propio de una norma de desarrollo.

6. PRINCIPIOS GENERALES

A) Principio de igualdad

a) Las situaciones subjetivas objeto de comparación deben ser equiparables

En la STS de 1 de julio de 2002, Ar. 7074, se rechaza la vulneración del principio de igualdad porque las situaciones subjetivas objeto de comparación no son equivalentes. En este sentido, el Tribunal precisa que es profundamente diferente la situación del extranjero que solicita la homologación de un título extranjero expedido en el país de origen sin limitación en cuanto al ejercicio de la profesión, y la del que obtiene un título en España por un procedimiento especial, aplicable a los súbditos extranjeros residentes en España, que se otorga sometido de antemano a la limitación de que el título no tendrá validez profesional en España, aclarándose al expedirlo que la adquisición de la nacionalidad española por el interesado no alterará dicha limitación. En consecuencia, no se ha producido la infracción del art. 14 CE.

b) Es condición para apreciar su vulneración el que se ofrezca un término de comparación que permita fundamentar el trato desigual

En la STS de 26 de febrero de 2002, Ar. 6888, el Tribunal Supremo rechaza la vulneración del principio de igualdad en la negativa del Gobierno a reintegrar el patrimonio del

IV. Fuentes del Derecho

que eran titulares la Confederación Nacional de Jóvenes Agricultores y la Confederación Nacional de Agricultores y Ganaderos, con anterioridad a las Leyes de 26 de enero de 1940 y de 2 de septiembre de 1941. En este caso el término de comparación alegado por los recurrentes para fundamentar la vulneración del art. 14 CE es la reintegración, a los sindicatos Unión General de Trabajadores (UGT) y Confederación Nacional del Trabajo (CNT), del patrimonio histórico que les fue incautado por la Ley de Responsabilidades Políticas de 9 de febrero de 1939, mediante una compensación económica prevista en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 4/1986 de Cesión de Bienes del Patrimonio Sindical Acumulado.

El Tribunal Supremo expone que el término de comparación no es adecuado para fundamentar el trato desigual dado que “mientras que los sindicatos afectados por la Ley de 1939 fueron declarados ilegales, castigados sus afiliados y confiscados sus bienes, en cambio los Sindicatos agrarios constituidos al amparo de la Ley de 1906 no fueron incluidos en la Ley de Responsabilidades Políticas, ni declarados ilegales por imputárseles conductas delictivas, ni se confiscaron sus bienes, sino que, tras reconocerse expresamente sus méritos, se dispuso su integración en la nueva Organización sindical, aunque con mantenimiento de sus actividades y adscripción de su patrimonio (o al menos parte significativa del mismo) a los mismos fines que venían cumpliendo”.

B) Principio de seguridad jurídica: el contenido constitucionalmente definido en relación con un determinado tipo de Ley como es la Ley de Presupuestos no puede ser parcialmente regulado por otra Ley

En la STC 3/2003, de 16 de enero, el Tribunal entiende vulnerado el principio de seguridad jurídica, cuando una norma como la Ley 1/2002 del Parlamento Vasco, que no es la de presupuestos generales a la que aluden los arts. 134.2 CE, 21.1 LOFCA y 44 EAPV, recoge el grueso del contenido que la Constitución y el bloque de la constitucionalidad reservan a la Ley de Presupuestos (esto es, la autorización de los gastos y la determinación del destino de los mismos para un determinado ejercicio económico).

C) Principio de publicidad de las normas: exige que las normas sean dadas a conocer públicamente mediante su inclusión en los boletines oficiales correspondientes

La STC 3/2002, de 16 de enero, establece que la Ley 1/2002 del Parlamento Vasco no está formalmente publicada en su integridad por lo que vulnera el art. 9.3 CE. Aunque la Ley 1/2002 del Parlamento Vasco tiene un “Anexo referido al estado de gastos” donde enumera ocho Secciones relativas “al estado de gastos del proyecto de ley por la que se aprueban los presupuestos generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2002” que aprobó el Pleno del Parlamento Vasco, sin embargo no incorpora la cuantía de las mismas; en consecuencia es contraria al principio de seguridad jurídica y también al de publicidad, como elemento inherente a ella. El hecho de que los aplicadores de la Ley impugnada se encuentren restringidos al Gobierno Vasco, que es quien debe aplicar la Ley, y al propio Parlamento, que es quien la aprueba y a quien corresponde la función de control de la acción de Gobierno, como alegaron en el proceso sus respectivas representaciones procesales, no es argumento para excluir la aplicación del principio

de publicidad, ya que dicha Ley, como toda disposición de carácter general, va dirigida a los ciudadanos, siendo éstos quienes deben alcanzar el conocimiento de su contenido.

D) Principio de irretroactividad de las normas

a) La irretroactividad de los reglamentos admite excepciones

La jurisprudencia ha establecido que la regla general de la irretroactividad de las leyes es trasplantable 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 la retroactividad. Este principio deriva del art. 9.3 CE y del art. 57.3 LRJPAC; este último precepto se refiere a la retroactividad de los actos administrativos pero la doctrina y la jurisprudencia confirman la identidad de la motivación que justifica la limitación de retroactividad en los citados preceptos y admiten su aplicación a los reglamentos.

La irretroactividad de la eficacia de los reglamentos u ordenanzas permite 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 resulten inocuas para los ciudadanos e incluso cuando vengan a sustituir a otras normas reglamentarias previamente anuladas, siempre que se respeten los límites prescritos por el art. 57 LRJPAC (STS 7 de junio de 2002, Ar. 8605).

b) No vulnera el artículo 9.3 CE la aplicación de una nueva normativa a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas

El art. 9.3 CE resulta vulnerado cuando se pretende interpretarlo en el sentido de que no es admisible otorgar efecto retroactivo a la norma, cuando la retroactividad venga impuesta por la necesidad de modificar las condiciones de manipulación o elaboración de un producto, a partir de un momento determinado, con el fin de adaptar su calidad o las condiciones de su comercialización a las exigencias que demande el nuevo régimen jurídico a que se haya sometido. Se trata de una retroactividad de grado mínimo pues no afecta a derechos adquiridos sino, en todo caso a situaciones o relaciones jurídicas actuales no concluidas. En este sentido, el principio de confianza legítima no garantiza a los agentes económicos la perpetuación de la situación existente ni les reconoce un derecho adquirido al mantenimiento de una determinada ventaja (STS de 2 de julio de 2002, Ar. 8800).

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ
JORGE AGUDO GONZÁLEZ

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Clases de actos. A) La doctrina de los “actos propios” tiene como límite la no vinculación del precedente ilegal. **3. Requisitos del acto**

administrativo. A) Subsanación de motivación insuficiente mediante la resolución del recurso de reposición. Para determinar la suficiencia de la motivación debe analizarse el contenido del acto en su conjunto. B) La denegación de una subvención, que años anteriores ha sido otorgada a la entidad solicitante, requiere una motivación suficiente en cuanto implica separarse de actuaciones precedentes. **4. Procedimiento**

Administrativo. A) Presentación de escritos en el registro de otros órganos administrativos. Alcance de esta posibilidad. B) Silencio positivo y terceros interesados. No cabe referir la técnica del silencio a solicitud de constituirse como interesado en un procedimiento ya incoado. C) Silencio negativo y obligación de resolver. Imposibilidad de considerar firme y ejecutivo el acto presunto negativo.

5. Invalidez del acto administrativo. A) Nulidad de pleno derecho por incompetencia manifiesta por razón de la materia. B) Subsanación de la omisión del preceptivo trámite de audiencia en vía de recurso administrativo e incluso en vía judicial, cuando con ocasión de la interposición del recurso procedente el particular ha podido articular su defensa con todas las garantías.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre noviembre de 2002 y febrero de 2003 (marginales 6185 a 8194) respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y octubre a diciembre de 2002 (marginales 601 a 920) respecto de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

2. CLASES DE ACTOS

A) La doctrina de los “actos propios” tiene como límite la no vinculación del precedente ilegal

La STS de 14 de mayo de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 3º, Ar. 7895, reitera la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal y afirma ante la concesión por parte de un Ayuntamiento de determinadas licencias de plazas de garaje no ajustadas al ordenamiento jurídico que “(...) dicha circunstancia no permite atribuir a la recurrente el derecho de disposición sobre las mismas (las plazas de garaje) pues es reiterada la doctrina jurisprudencial que recuerda que no se puede crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico o cuando del acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por la norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos y/u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina de los “actos propios” sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones de Derecho público el principio de autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad; principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta (...)”.

3. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Subsanación de motivación insuficiente mediante la resolución del recurso de reposición. Para determinar la suficiencia de la motivación debe analizarse el contenido del acto en su conjunto

La STS de 29 de julio 2002, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 4º, Ar. 6837, afirma que: “(...) de una manera uniforme hemos establecido la obligación de motivar este género de decisiones administrativas” (se trata de la denegación de una subvención), declarando “que podrá debatirse sobre el mayor o menor grado de suficiencia de motivación, en concreto, pero nunca se ha dudado de la exigencia de ésta en sí misma considerada, puesto que el componente discrecional de la actividad administrativa de fomento en modo alguno impide que la decisión deba ser también motivada si limita derechos subjetivos o intereses legítimos (...)”. Y a continuación asevera que “(...) Tal como hemos dicho reiteradamente en esta materia de denegación de subvenciones, sobre la que ya esta Sala y Sección tiene un cuerpo de doctrina uniformemente establecido al resolver recursos de casación (...), si bien el acto originario pudo adolecer de tal falta de motivación, el recurso resolutorio del recurso de reposición es lo suficientemente explícito, tal como hemos dejado constancia, y la sentencia recoge, para considerar cumplido el mencionado requisito; y sin que sea pertinente a estos efectos ir descomponiendo en partes el contenido de una resolución, para analizar cada parte aisladamente de las demás (...) cuando es en conjunto como debe analizarse (...). Máxime si los informes a los que

V. Actos, Procedimiento y Contratos

se refiere el actor obran en el expediente administrativo (...) y han podido ser examinados por la parte, desapareciendo así cualquier atisbo de indefensión, único supuesto al que se puede ligar una nulidad por esta causa (...).”

B) La denegación de una subvención, que años anteriores ha sido otorgada a la entidad solicitante, requiere una motivación suficiente en cuanto implica separarse de actuaciones precedentes

La STS de 30 de mayo de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 1º, Ar. 7748, reitera la doctrina jurisprudencial mayoritaria del Alto Tribunal y manifiesta que “(...) habiendo sido la revista beneficiaria en años anteriores de subvenciones análogas, el acto de su denegación para el año 1994, en cuanto implica separarse de actuaciones precedentes, requería de una motivación [art. 54.1.c) LRJPAC] que hiciese más explícita la razón del cambio de criterio, en vez de constituir su fundamento una mera declaración negativa de lo que con los mismos datos había sido en los otros años un pronunciamiento afirmativo (...)”.

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Presentación de escritos en el registro de otros órganos administrativos. Alcance de esta posibilidad

No cabe encuadrar en la regulación del art. 38.4 de la Ley 30/1992 la posibilidad de presentar una solicitud administrativa ante un órgano jurisdiccional, como reitera la STS de 29 de enero de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 2º, Ar. 6.982.

B) Silencio positivo y terceros interesados. No cabe referir la técnica del silencio a solicitud de constituirse como interesado en un procedimiento ya incoado

La regulación del silencio positivo en la LRJPAC, a juicio de la SAN de 6 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso, Sección Cuarta, FD 1º, se circunscribe a aquellas resoluciones que pongan fin a los procedimientos administrativos, pero no a los actos de trámite y, dentro de ellos y con carácter específico, a la solicitud de constituirse como interesados en un procedimiento incoado por un tercero.

C) Silencio negativo y obligación de resolver. Imposibilidad de considerar firme y ejecutivo el acto presunto negativo

La STS de 8 de mayo de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 6º, Ar. 6.593 reitera la doctrina jurisprudencial sobre la naturaleza y efectos del silencio administrativo negativo. En concreto, precisa que esta figura es “(...) Una ficción legal, establecida en beneficio del administrado, para permitirle si así lo estimare oportuno, interponer las reclamaciones o recursos adecuados legalmente en cada supuesto enjuiciado, pero no exime a la Administración de su deber de resolución expresa de lo petitionado, en el supuesto de falta de formulación por el interesado de los correspondientes recursos ante el silencio de la Administración, que no puede considerarse como acto firme y ejecutivo de la Administración, a los efectos de adoptar las medidas pertinentes, derivadas de la firmeza del acto, y especialmente cuando tales medidas son constitutivas de unos efectos gravemente perjudiciales para los intereses del afectado (...)”. Esta construcción permite declarar contraria a Derecho la orden de demolición dictada ante la desestimación por

silencio del recurso interpuesto frente a la denegación de la petición de legalización de la edificación realizada sin licencia.

5. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Nulidad de pleno derecho por incompetencia manifiesta por razón de la materia

La STS de 25 de junio de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 3º, Ar. 7065, declara nula de pleno derecho la comunicación del Alcalde mediante oficio a la entidad destinataria de un Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento por el que se determina la resolución de un contrato celebrado entre el propio Ayuntamiento y dicha entidad, dado que en la mencionada comunicación del Alcalde se modificaba de forma significativa el contenido del Acuerdo del Pleno. La comunicación del Alcalde a la entidad destinataria determinaba “la incautación de la fianza constituida”, es decir, de la fianza definitiva, mientras que el Pleno del Ayuntamiento había acordado la “incautación de la fianza provisional depositada a tal efecto”. El Alto Tribunal manifiesta que: “(...) al proceder de esta forma, el Alcalde alteró cualitativamente el precedente acuerdo del Pleno, sin competencia alguna para ello, ya que siendo el Pleno el órgano de contratación, el Alcalde no podía irrogarse unilateralmente las facultades que a aquél le correspondían, e incompetencia que, además, es manifiesta y resulta del simple examen de las decisiones municipales concernidas (...)”. Por ello, sigue argumentando el Alto Tribunal “(...) Puede, a tenor de lo expuesto, concluirse que los actos posteriores al acuerdo plenario de 31 de mayo de 1993, en cuanto referidos a la incautación de la garantía definitiva, que no de la provisional, carecían de acto administrativo que los sustentara y contradecían ese acuerdo plenario, que en ningún momento fue revocado o anulado por la misma Corporación, que por el contrario lo confirmó expresamente de forma reiterada. Y de esta conclusión fluye a su vez la consecuencia de que al comunicar el Alcalde la incautación de la fianza definitiva en solo aparente cumplimiento de aquel acuerdo plenario, se produjo una omisión absoluta del procedimiento legalmente establecido en el art. 47 de la LPA, como determinante de nulidad de pleno derecho (...)”, actual art. 62.1.b) LRJPAC.

B) Subsanación de la omisión del preceptivo trámite de audiencia en vía de recurso administrativo e incluso en vía judicial, cuando con ocasión de la interposición del recurso procedente el particular ha podido articular su defensa con todas las garantías

La STS de 22 de abril 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 7º, Ar. 6837, reitera la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo que afirma que la omisión del preceptivo trámite de audiencia (art. 84 LRJPAC) puede subsanarse en vía de recurso administrativo e incluso en vía judicial, cuando con ocasión de la interposición de los correspondientes recursos el particular ha tenido suficientes oportunidades de defensa, puesto que en este caso –entiende el Tribunal– que el particular no ha sufrido una indefensión material.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar 2. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.

A) Prohibición para contratar. a) Denegación de adjudicación definitiva por incurrir en prohibición para contratar. B) Fianza. a) Fianza prestada a través de aval por compañía aseguradora: naturaleza. 3. Formas de adjudicación. A) Concurso. a) Inexistencia de obligación de adjudicarlo a la segunda oferta más ventajosa. b) Posibilidad de que la Mesa de Contratación requiera un informe verbalmente. c) Innecesariedad de que los órganos asesores sean funcionarios. d) Posibilidad de declarar un concurso desierto. 4. Régimen jurídico de los contratos. A) Prerrogativas de la Administración. a) Modificación del contrato. B) Equilibrio económico. a) El principio de enriquecimiento injusto obliga a abonar el coste de las obras adicionales ejecutadas. b) Revisión de precios. C) Extinción de los contratos. a) Resolución improcedente de contrato de suministro por omisión del dictamen del Consejo de Estado. b) La inhabilitación del contratista no es una consecuencia automática del incumplimiento. 5. Contratos administrativos típicos. A) Contrato de obra. a) Naturaleza de las certificaciones de obra. b) Los abonos a cuenta resultantes de las certificaciones están sujetos a las rectificaciones que se produzcan en la valoración final. c) Momento inicial para computar los intereses de demora. B) Contrato de gestión de servicio público. Naturaleza.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de abril a julio de 2002, por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de abril a diciembre de 2002, en relación con las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Quizás el escaso número de sentencias analizadas en esta ocasión sea la causa de que ninguna de ellas resulte de especial interés.

2. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Prohibición para contratar

a) Denegación de adjudicación definitiva por incurrir en prohibición para contratar

La STS de 17 de julio de 2002, Ar. 7102, reconoce la posibilidad de denegar la adjudicación definitiva de un contrato cuando la Administración considere que incurre en una causa de prohibición para contratar la entidad que resultare provisionalmente adjudicataria.

B) Fianza

a) Fianza prestada a través de aval por compañía aseguradora: naturaleza

La STS de 23 de abril de 2002, Ar. 7015, considera que constituida la fianza por medio de aval depositado, a éste le resulta aplicable el régimen legal establecido por la normativa de contratación administrativa con carácter general para las fianzas, de forma tal 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. Así lo entendió ya la Sala de instancia que señala que el aval-caución es un acto de afianzamiento o de garantía que expresamente se rige por la normativa pública de contratación.

Por lo tanto, si el art. 370 RGCE permite que el aval pueda ser otorgado por una entidad de seguros y el art. 375 RGCE añade que, en todo caso, responderá en los mismos términos que si lo otorgara el contratista, los supuestos que cubre la fianza no pueden quedar a la elección de la forma concreta de prestar la fianza (sea en metálico, aval bancario o de entidad de seguro), sino que vienen determinados en los arts. 115 de la Ley de Contratos del Estado y 358 RGCE.

3. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) Inexistencia de obligación de adjudicarlo a la segunda oferta más ventajosa

Así lo afirma la STSJ de Andalucía de 15 de abril de 2002, Ar. 728, que recuerda que, de un lado, el art. 85 LCAP, relativo a las subastas, no resulta aplicable a los concursos y que, de otro, de admitirse su aplicación, este precepto utiliza el vocablo “podrá”, lo que implica una facultad discrecional que puede ser ejercitada o no por la Administración.

b) Posibilidad de que la Mesa de Contratación requiera un informe verbalmente

La STSJ de Galicia de 27 de diciembre de 2002, Ar. 651, considera que no existe impedimento para que la Mesa de Contratación recabe informes técnicos de forma verbal. Así, en el Pliego de Condiciones se decía que “las ofertas que reúnan las condiciones exigidas serán estudiadas por la Mesa de Contratación, quien recabará los informes técnicos de los órganos asesores...”. No hay pues ningún vicio de procedimiento en que tal requerimiento se produjera de forma verbal.

c) Innecesariedad de que los órganos asesores sean funcionarios

La STSJ de Galicia de 27 de diciembre de 2002, Ar. 651, afirma que el art. 82.2 LCAP no impone la exigencia de que el asesoramiento a la mesa de contratación tenga que realizarse por órganos o funcionarios de la Administración contratante. Nada impide que los órganos asesores que lo realicen sean personal vinculado por un contrato de asistencia técnica.

d) Posibilidad de declarar un concurso desierto

La STSJ de Galicia de 27 de diciembre de 2002, Ar. 651, reitera la posibilidad que siempre se reconoce a la Administración de declarar un concurso desierto, y ello aunque alguno o algunos de los licitadores se ajuste a lo exigido en las bases del contrato.

4. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS

A) Prerrogativas de la Administración

a) Modificación del contrato

– Modificación sin establecimiento de plazo

En la STS de 28 de junio de 2002, Ar. 7071, el Tribunal Supremo aprecia que después de haberse convenido la modificación de la obra inicial, no se ha fijado otro plazo para la nueva obra que había de ser realizada a consecuencia de esa modificación, lo que impide aceptar que haya existido un incumplimiento contractual en cuanto al plazo de ejecución que pudiera justificar la penalización.

– Modificación indemnizable: aquella que no es decidida unilateralmente por el contratista

La STS de 10 de julio de 2002, Ar. 7081, declara al respecto:

“La doctrina jurisprudencial reiterada viene declarando que si bien es cierto que el contratista tiene derecho al abono de la obra realmente ejecutada, constituye regla general que

el cumplimiento y efecto de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de una de las partes contratantes y, en consecuencia, ningún contratista puede pretender el abono de obras que excedan en calidad o cantidad de las que expresamente fueron convenidas, cuando no ha mediado orden alguna de la Administración para su realización [Sentencia de 28 de enero de 2000 (RJ 2000\1579), entre otras muchas]. Pero, esta doctrina no es aplicable al caso controvertido, desde el momento que la sentencia de instancia considera acreditado que el exceso de obras sobre el proyecto inicial y posterior proyecto reformado (tanto en el volumen de obra como en las calidades superiores a las inicialmente convenidas) fue asumido y aceptado por ambas partes, por lo que no puede sostenerse que la ejecución de ese tan citado exceso de obras respondiera a una decisión unilateral de la contratista, que, ciertamente, de haber sido así, no habría generado derecho a su pago.”

B) Equilibrio económico

a) El principio de enriquecimiento injusto obliga a abonar el coste de las obras adicionales ejecutadas

Este principio, aplicable a los contratos administrativos (como ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en Sentencias, entre otras, de 16 de octubre de 2000, Ar. 8249, y 26 de febrero de 2001, Ar. 1831), trae consigo, a juicio de la **STS de 23 de abril de 2002**, Ar. 7014, que la obligación de pago por parte de la Administración implique el importe también de aquellas obras que tengan carácter accesorio o complementario no incluidas en el proyecto durante el curso de las obras principales, bien hayan sido objeto de contrato independiente o bien se hayan confiado al contratista, de acuerdo con los precios fijados en el contrato contradictoriamente.

Asimismo, en la **STS de 16 de abril de 2002**, Ar. 7006, se afirma que la aplicación del principio que veda un enriquecimiento injusto posibilita el reconocimiento en los contratos de obras de reclamaciones por exceso sobre el proyecto que hubiere sido efectivamente ejecutado como consecuencia de órdenes de la Administración. Los requisitos del enriquecimiento injusto serían a juicio de esta jurisprudencia: a) Aumento del patrimonio del enriquecido. b) Correlativo empobrecimiento de la parte actora, representado por un daño emergente o por un lucro cesante. c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento y d) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio. En esta misma línea la **STS de 1 de julio de 2002**, Ar. 7075, aprecia la existencia de enriquecimiento injusto y condena a la Administración contratante a abonar las obras adicionalmente ejecutadas.

b) Revisión de precios

La **STSJ de Andalucía de 18 de marzo de 2002**, Ar. 616, considera que en un contrato de gestión de servicio público, la revisión de precios o tarifas, —pactada para cuando el coeficiente, determinable en función de diversas variantes (aplicación de los índices de mano de obra del mes, de materiales siderúrgicos del año, de energía del mes de enero y el índi-

ce del cemento, aprobados por el Gobierno para los contratos de obras y supletoriamente los correspondientes a los índices de precios fijados por el Instituto Nacional de Estadística) alcance un aumento del 20 por ciento—, ha de ser interpretada atendiendo a que el precio que satisface la Administración al contratista resulte estable, por lo que no cabe dicha revisión por pequeñas variaciones en los índices de los costes del contratista.

C) Extinción de los contratos

a) Resolución improcedente de contrato de suministro por omisión del dictamen del Consejo de Estado

La STS de 16 de julio de 2002, Ar. 7097, considera que la resolución del contrato de suministro de contenedores para la recogida selectiva de vidrio infringe el ordenamiento jurídico, por haberse omitido el dictamen del Consejo de Estado.

Esta sentencia se refiere a la jurisprudencia que viene declarando de forma reiterada (por citar una de las últimas, en STS de 23 de julio de 2001, Ar. 7404): “Que el art. 22.11 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, señala que la Comisión Permanente del mismo deberá ser consultada, entre otros, en los asuntos referidos a la ‘nulidad, interpretación y resolución de los contratos administrativos cuando se formule oposición por parte del contratista y, en todo caso, en los supuestos previstos en la legislación de contratos del Estado’, sin que la precisión que efectúa el art. 18 de la Ley de Contratos del Estado, cuando se refiere a que en los casos de interpretación y resolución, cuando el precio del contrato sea superior a cien millones de pesetas, será además preceptivo el dictamen del Consejo de Estado, anude a dicha cuantía el presupuesto de la intervención del Órgano Consultivo, pues la dicción del art. 22.11 de la Ley Orgánica 3/1980 claramente determina la procedencia de su dictamen en los supuestos de resolución contractual administrativa cuando se formule oposición por parte del contratista; es decir, que el único condicionante que excluye su intervención en los supuestos de resolución contractual radica en el aquietamiento del contratista”.

En esta sentencia se alude, también, a jurisprudencia anterior de la Sala, como la contenida en la Sentencia de 20 de enero de 1992, Ar. 622, en la que se relativiza hasta cierto punto la exigencia de la consulta al Consejo de Estado, “cuando es razonablemente previsible que, después de su intervención, el contenido de la nueva resolución habrá de ser el mismo”.

b) La inhabilitación del contratista no es una consecuencia automática del incumplimiento

Así lo sostiene la STS de 14 de mayo de 2002, Ar. 6530, a tenor de lo que resulta del art. 4.5° del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, en relación con lo previsto en la Disposición Final Diez de la Ley 46/1985, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1986. El Tribunal Supremo declara así que la inhabilitación requiere una previa calificación del incumplimiento. No se trata de una

consecuencia automática sino de un acuerdo que se adopta con una apreciación global de las circunstancias, lo que en el caso enjuiciado por la sentencia no se había verificado.

5. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obra

a) Naturaleza de las certificaciones de obra

Como recuerda la citada STS de 23 de abril de 2002, Ar. 7014, la naturaleza de las certificaciones de obra no es otra que la que se deriva del art. 47 de la Ley de Contratos del Estado y la aplicación conjunta de los arts. 142 y 144 del Reglamento de Contratación del Estado, es decir, la de un título de crédito a favor del Contratista por la realización de las obras realmente ejecutadas a cambio de su precio. [Sobre esta cuestión Vid. Justicia Administrativa, núm. 17, crónica V.6.A).a).]

b) Los abonos a cuenta resultantes de las certificaciones están sujetos a las rectificaciones que se produzcan en la valoración final

Así lo sostiene la STS de 24 de junio de 2002, Ar. 7060, que recuerda en este sentido la STS de 24 de septiembre de 1994, en la que se fundamenta el derecho a cobrar una certificación de obra en que la Administración demandada no hizo valer en tiempo y forma las deficiencias contractuales exigiendo su subsanación o acordando la resolución del contrato, presupuestos que sí se cumplen en el caso enjuiciado.

c) Momento inicial para computar los intereses de demora

Entiende la STS de 29 de abril de 2002, Ar. 6508, siguiendo una reiterada jurisprudencia, que el momento inicial que marca la obligación de pago de los intereses de demora a que se contraen los arts. 47 y 57 de la Ley de Contratos del Estado, 144, 172 y 176 del Reglamento es el de la fecha del transcurso de los 3, 6 y 9 meses establecidos en aquellos preceptos (respectivamente para los casos de certificaciones de obra, de recepción definitiva de la obra, y de la recepción provisional) y no el de la fecha de la intimación, ni el de la certificación. Si bien una jurisprudencia anterior, ya claramente superada, hubiera fijado, con ciertas variantes, el de la fecha de la intimación, que hoy, sin duda, se considera como un requisito meramente formal que pone en marcha la actuación administrativa, pero que no es requisito sustancial condicionante de la constitución en mora, actuando *ope legis* la finalización del plazo de pago.

B) Contrato de gestión de servicio público. Naturaleza

La STS de 16 de abril de 1996, Ar. 7005, recoge la evolución de la jurisprudencia que se pronuncia acerca de la naturaleza jurídica del contrato de gestión de servicio público. Tras un primer momento en que la jurisprudencia considera que se trata de un acto unilateral de la Administración, un acto de poder, soberanía o privilegio, en la actualidad se llega a la conclusión de que en todo régimen concesional existe una “relación bilateral paccionada”.

JULIA ORTEGA BERNARDO

MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Administración local. A) Autonomía local: necesaria intervención municipal en relación con obras promovidas por otras Administraciones Públicas. B) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. a) Privación de voto a un concejal en una moción de censura por falta de formulación de declaración de bienes. b) La incompatibilidad del cargo de concejal con el de director de escuela-taller de un mismo Ayuntamiento conforme al art. 178.2.b) LOREG. c) Consecuencias de la falta de citación de los concejales para la celebración de plenos municipales. d) El abono de los gastos de defensa y representación de los cargos públicos locales derivados de su impugación en causas penales por causas derivadas del ejercicio de sus funciones.

C) Mociones de censura: obligación de convocarlas. D) Impugnación de acuerdos.

2. Colegios Profesionales. A) La convocatoria para la elección del Presidente del Colegio Profesional en base a la normativa interna del mismo es válida y conforme a Derecho. B) Corresponde a las Juntas Generales de los Colegios de cada Provincia la fijación de las cuotas colegiales y no a los Consejos Generales.

1. ADMINISTRACIÓN LOCAL**A) Autonomía local: necesaria intervención municipal en relación con obras promovidas por otras Administraciones Públicas**

La STC 204/2002, de 31 de octubre, resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra los arts. 24 y 166 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social.

El apartado 3º del art. 166 vulnera, según el Tribunal, la autonomía local constitucionalmente garantizada al disponer que “las obras de nueva construcción, reparación y conservación que se realicen en el ámbito del aeropuerto y su zona de servicio por AENA no estarán sometidas a los actos de control preventivo municipal a que se refiere el art. 84.1.b) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, por constituir obras públicas de interés general”. El párrafo transcrito excluye no sólo el control preventivo municipal de los usos del suelo a través de la licencia municipal, sino tam-

bién la posibilidad de someter esta actividad a cualquier otro tipo de intervención municipal, como por ejemplo, la intervención vía informe, que permitió salvar la constitucionalidad del art. 19.3 de la Ley de Puertos de la Marina Mercante (STC 40/1998, cuya doctrina es aplicada por el Tribunal en la Sentencia que comentamos). En palabras del Tribunal “este derecho de intervención en los asuntos de su competencia forma, por tanto, el núcleo primigenio de la autonomía local. (...) No es necesario argumentar particularmente que, entre los asuntos de interés de los municipios y a los que por tanto se extienden sus competencias, está el urbanismo” (FJ 13º citando la STC 40/1998).

Además, al margen del tema de la autonomía local, la Sentencia comentada declara inconstitucionales y nulos por vulnerar el orden constitucional de distribución de competencias el inciso “en todo el territorio nacional” del título y del apartado primero del art. 24 de la Ley 13/1996 y, asimismo, el apartado tercero del citado art. 24, referido todo él a la expedición de guías de circulación para máquinas recreativas y de azar.

B) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales

a) Privación de voto a un concejal en una moción de censura por falta de formulación de declaración de bienes

La STS de 19 de diciembre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6482, desestimó el recurso interpuesto por un Ayuntamiento contra la Sentencia del Tribunal de Instancia que había revocado previamente el acto municipal por el que se rechazaba una moción de censura contra su alcalde.

Los hechos tienen su origen en la moción de censura que se interpuso contra un alcalde que denegó a uno de los concejales su derecho a votar porque no tenía presentadas las declaraciones de actividades y bienes que debía formular antes de tomar posesión del cargo. A este respecto, el Tribunal de instancia señala, argumentos que hace suyos el Tribunal Supremo, que el art. 75.5 de la Ley 7/1985 exige a todos los miembros de las Corporaciones Locales que formulen declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione ingresos económicos, así como sus bienes patrimoniales, estableciendo que estas declaraciones deben realizarse antes de la toma de posesión del cargo, si bien la Sala matiza, que la norma no contiene sanción o consecuencia alguna en caso de incumplimiento, motivo por el cual el concejal en cuestión estaba habilitado para votar válidamente en la moción de censura contra el citado alcalde, que no podía dejarle de plano sin facultad de votar por esta razón pues ya se había posesionado de su cargo.

b) La incompatibilidad del cargo de concejal con el de director de escuela-taller de un mismo Ayuntamiento conforme al artículo 178.2.b) LOREG

La STS de 26 de abril de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6503, estimó el recurso interpuesto por un ayuntamiento frente a la Sentencia del Tribunal de instancia que no

VI. Organización Administrativa

apreció la existencia de incompatibilidad entre el cargo de concejal y el de director de la escuela-taller de un mismo municipio. La cuestión central debatida es la dependencia que existe entre los ayuntamientos y aquellas entidades o establecimientos cuyos puestos de directores y personal podrían ser incompatibles con el desempeño del cargo de concejal, cuestión muy relacionada con la naturaleza de las escuelas-taller que no son propiamente servicios municipales, ni sus directores funcionarios o personal laboral estable de los entes locales, por lo que resulta difícil determinar la existencia de incompatibilidad conforme al último inciso del art. 178.2.b) de la LOREG.

En este sentido, el Tribunal Supremo estimó como suficiente la dependencia que existía entre la escuela-taller y el ayuntamiento para considerar que el cargo de concejal es incompatible con el de director de aquella al existir un contrato de trabajo concertado por ambas partes que tenía por objeto la prestación de servicios con la categoría profesional de director de la escuela-taller. Este dato es de por sí suficientemente revelador de una relación creadora, al menos, de una apariencia objetiva de que las actuaciones como concejal del ayuntamiento con respecto a la escuela-taller podían estar influidas por su condición de director. Y junto a ello, la permanente actuación municipal con respecto al régimen de financiación de la escuela-taller no hace sino abundar en la misma idea de mantener una interpretación del art. 178.2.b) LOREG que incluya dentro de la dependencia que hace incompatible ambos cargos.

c) Consecuencias de la falta de citación de los concejales para la celebración de plenos municipales

Las SSTs de 3 y 7 de mayo de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6519 y 6522, tienen como objeto común la estimación parcial por el Tribunal Supremo de los recursos interpuestos contra la Sentencia de instancia que declaró ajustados a derecho sendos acuerdos municipales adoptados sin notificar a cinco de los once concejales que conformaban el pleno de una corporación municipal y que habían manifestado previamente su intención de no comparecer en el mismo, por lo que se incumple el art. 46.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, relativo a las normas de la convocatoria de plenos.

Asimismo, el Tribunal Supremo afirma que no cabe en el presente caso aplicar el principio de conservación del acto, que permitiría mantener la validez de los acuerdos municipales si la ausencia de los concejales no hubiese podido alterar el resultado de la votación final al haberse obtenido la mayoría necesaria para ello, supuesto diferente del enjuiciado, donde la escasa diferencia numérica podría quebrar por cualquier incidente una mayoría absoluta tan exigua.

d) El abono de los gastos de defensa y representación de los cargos públicos locales derivados de su imputación en causas penales por causas derivadas del ejercicio de sus funciones

La STS de 4 de febrero de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6788, estimó el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal de instancia relativa a un acuerdo municipal mediante el que se asumió con cargo a los fondos municipales los gastos

de defensa letrada y representación procesal de varios miembros de esa corporación. El tema en cuestión debatido es en consecuencia, si los gastos de defensa y representación de los cargos públicos locales derivados de su imputación en causas penales por causas derivadas del ejercicio de sus funciones pueden ser considerados como gastos indemnizables por la Corporación a que pertenezcan.

En este sentido el Tribunal Supremo responde afirmativamente, señalando que la corporación puede, en uso de la autonomía local, considerarlos como indemnizables a título de gastos ocasionados en el ejercicio del cargo, siempre que no concurren circunstancias que obliguen a calificarlos como gastos realizados en interés propio o a favor de intereses ajenos al de la entidad local. Para ello, es necesario que se cumplan las siguientes exigencias:

- a) Que hayan sido motivados por una inculpación que tenga su origen o causa directa en la intervención del miembro de la corporación en una actuación administrativa o de otra índole realizada en el cumplimiento de las funciones atribuidas por las disposiciones aplicables a su actividad como tal miembro de la corporación o en cumplimiento o desarrollo de acuerdos de los órganos de ésta.
- b) Que dicha intervención no haya sido llevada a cabo con abuso, exceso, desviación de poder en convergencia con intereses particulares propios de los interesados o del grupo político o de otra índole al que pertenecen susceptibles de ser discernidos de los intereses de la corporación.
- c) Que se declare la inexistencia de responsabilidad criminal por falta objetiva de participación o de desconocimiento en los hechos determinantes de la responsabilidad penal, la inexistencia de éstos o su carácter ilícito.

C) Mociones de censura: obligación de convocarlas

La obligación de convocar el pleno para debatir una moción de censura presentada en cumplimiento de los requisitos establecidos por el art. 70.1.b) de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

La **STS de 19 de julio 2002**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7111, desestimó el recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal de instancia que ordenó la convocatoria de un pleno para debatir y votar una moción de censura contra el alcalde de una corporación, que se había negado a celebrarlo en tanto no se resolviesen asuntos de interés para el municipio, y con independencia de que hubiese sido elegido por la mayoría de los concejales, o por el procedimiento automático de la lista más votada.

VI. Organización Administrativa

En este sentido, señala el Tribunal Supremo la obligatoriedad para los alcaldes de tramitar aquellas mociones de censura que reúnan los requisitos legales prevenidos en el art. 70.1.b) de la Ley 30/1992, como es el supuesto que nos ocupa, a que le sometan los concejales, pues en un sistema democrático la moción de censura no es sino un mecanismo para exigir responsabilidades políticas de los gobernantes designados por los ciudadanos.

D) Impugnación de acuerdos

La STS de 29 de mayo de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6280, resuelve un recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, que declaró la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo interpuesto por un concejal del Ayuntamiento de La Laguna contra el acto de elección del Alcalde en 1995.

La Sala casa la Sentencia impugnada en cuanto declaraba la inadmisibilidad del recurso contencioso basándose en que el recurrente había votado favorablemente la elección del Alcalde cuya nulidad solicitaba. Considera la Sala que el art. 209.2 del TRRL, que excluye la legitimación para impugnar acuerdos de las Corporaciones Locales a aquellos que hubiesen votado a favor de los mismos, no debe aplicarse puesto que la causa en que se basa el Concejal demandante para anular el nombramiento del Alcalde es precisamente, “la del engaño o maquinación dolosa y fraudulenta supuestamente empleada para captar dicho voto por parte del Alcalde que resultó elegido” (FJ 6°).

La cuestión litigiosa objeto del recurso que la Sala finalmente desestima radica en el incumplimiento del pacto concertado antes de la constitución del Ayuntamiento entre las dos fuerzas políticas concurrentes a las elecciones, por medio del cual Coalición Canaria se aseguró el voto de, entre otros, el concejal demandante a su candidato para Alcalde a cambio de asegurar al Partido Socialista, al que pertenece el demandante, determinados cargos municipales. Una promesa incumplida posteriormente por Coalición Canaria.

La Sala desestima el recurso contencioso-administrativo señalando que:

“el natural desencanto ocasionado por el incumplimiento de lo convenido en cuanto a la adjudicación de puestos de gobierno local no puede equipararse a un incumplimiento contractual jurídicamente sancionable, ya sea de derecho público o privado. (...) La conclusión de pactos políticos, al igual que las promesas electorales, no engendra la existencia de derechos y obligaciones jurídicamente exigibles en caso de incumplimiento. Sostener lo contrario equivaldría a habilitar un medio procesal que podría llegar incluso a impugnar la validez de las elecciones caso de incumplimiento total o parcial del correspondiente programa electoral, cuando la corrección de dichos incumplimientos ha de encontrar su cauce adecuado a través del rechazo manifestado por la participación ciudadana en ulteriores comicios” (FJ 6°).

2. COLEGIOS PROFESIONALES

A) La convocatoria para elección de Presidente del Colegio Profesional en base a la normativa interna del mismo es válida y conforme a Derecho

La STS 16 de julio de 2002, Ar. 7660, rechaza el recurso de casación interpuesto contra Sentencia del TSJ de Madrid que desestimaba el recurso contencioso-administrativo que impugnó la proclamación del Presidente del Consejo General de Colegios de Administradores de Fincas.

Se rechazaba por los diversos colegios demandantes de Administradores de Fincas la imposibilidad legal de que el candidato proclamado como Presidente pudiera serlo, ya que no tenía la condición de elector por no presidir ningún Colegio territorial de Administradores de Fincas, por lo que el nombramiento para dicho cargo, según los recurrentes, incumplía el requisito establecido al respecto por el art. 9.2 de la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974.

La Sala de instancia rechazó la petición de los Colegios territoriales recurrentes tras poner de manifiesto que las elecciones cuyo resultado final se impugnaba se habían celebrado al amparo de una legislación que no exigía la condición previa de presidir un Colegio territorial para ser Presidente del Consejo General.

Recordaba la Sentencia de instancia que el art. 36 de la Constitución Española, al establecer que las leyes regularan las generalidades propias y el régimen jurídico de los colegios profesionales y que la estructura interna y el funcionamiento de los mismos deberán ser democráticos, no excluye la posibilidad legal de desarrollo vía reglamento de las leyes formales que han de contener inexcusablemente las líneas básicas del régimen jurídico aplicable a los Colegios Profesionales según establece, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 1986, como así ocurre en el presente caso en materia de elección de cargos del Consejo General con las normas citadas.

El TS analiza el contenido de los artículos de la Ley de Colegios Profesionales aplicable en la fecha en que se celebraron las elecciones y en este sentido, según lo dispuesto en su art. 7.3, en relación con las elecciones para cargos de los Colegios Profesionales, los candidatos han de ostentar entre otros requisitos la condición de elector, pero tal circunstancia no se contempla en el art. 9.2, relativo a las elecciones para cargos de los Consejos Generales, precisándose exclusivamente la condición de Presidente del Colegio para ser elector de los Colegios Profesionales. Toda vez que la condición de elector para los cargos del Consejo General ya se encuentra restringida a los Presidentes de los Colegios por el propio art. 9.2; por lo que debe entenderse que respetado la necesidad de que los miembros del Consejo sean electivos o tengan origen representativo puede establecerse reglamentariamente una mayor o menor amplitud para ostentar la cualidad de candidato a los mismos, como han efectuado las normas electorales en el presente recurso, reservando tal

VI. Organización Administrativa

condición a todos los colegidos que cumplan los demás requisitos que establece el art. 7.3 de la Ley de Colegios Profesionales.

La convocatoria se celebró en base a la Normativa interna de los Colegios que no establecían la necesidad de ser Presidente de un Colegio para ser candidato a los cargos del Consejo General.

La Sala continúa en sus argumentaciones en el sentido de que el citado art. 7.3 podrá aplicarse en la medida en que exige que los elegibles para cargos colegiales ostenten determinados requisitos profesionales (antigüedad, por ejemplo) y no se hallen incursos en prohibiciones o incapacidades legales o estatutarias. Pero la previsión de carácter general que contiene, según la cual sólo los electores con derecho a voto pueden ser candidatos, no ha de ser extendida más allá de su ámbito específico, esto es, el relativo a las elecciones de primer grado para los cargos colegiales territoriales.

En otras palabras: en las elecciones de segundo grado la Ley ha querido tan sólo limitar el número de electores (los presidentes, decanos o similares, de los colegios territoriales) pero no necesariamente el de los elegibles, determinación que se confía a cada uno de los Estatutos colegiales. Y, no habiéndola recogido los Estatutos de los Colegios territoriales de Administradores de Fincas y de su Consejo General en la fecha de autos, es válido el resultado de las elecciones para la presidencia de este último celebradas conforme a ellos.

B) Corresponde a las Juntas Generales de los Colegios de cada Provincia la fijación de las cuotas colegiales y no a los Consejos Generales

La STS de 27 de mayo de 2002, Ar. 7958, desestima el recurso de casación interpuesto por el Consejo General de Colegios de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados en Enfermería y estima parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Colegio Oficial de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados de Enfermería de Alicante y Valencia sobre Acuerdo de la Asamblea General de Colegios relativo a la cuota homogénea a satisfacer por todos los colegiados y otros acuerdos de este colectivo profesional.

Se discute por la Sentencia objeto de nuestro estudio varios supuestos que tienen directa relación con el desarrollo de la actividad colegial de referencia y relativo uno de ellos a la posibilidad legal de que el Consejo General pueda fijar con carácter homogéneo las cuotas de los colegiados.

En el primer aspecto hemos de poner de relieve que la Ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974, no otorga directamente competencia al Consejo General para fijar las cuotas de los colegiados. Por el contrario, el art. 71, apartado e), de los Estatutos colegiales que se invocan atribuyen competencia respecto al tema a las Juntas Generales de los Colegios de cada provincia.

El TS apoya la tesis mantenida por el Colegio Oficial de Alicante y Valencia al considerar que la competencia del Consejo General según la Ley de Colegios Profesionales no se extiende a la fijación del importe de la cuota por todos los colegiados, correspondiendo

por el contrario la fijación de cuotas de los colegiados a los Colegios según el precepto citado de los Estatutos profesionales siguiendo a este respecto la doctrina sentada por la Sala según la cual el Consejo General puede fijar cuotas, pero en definitiva se trata de cuotas a abonar a dicho Consejo por los Colegios Provinciales y no de cuotas a satisfacer por los Colegiados.

El Tribunal confirma la doctrina sentada por la Sala en lo relativo a que la aportación de los colegios Provinciales debe de ser equitativa y debe de efectuarse por los Colegios mismos y no por los colegiados.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

EVA NIETO GARRIDO

LUIS CESTEROS DAPENA

PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Concepto de sanción. No es sanción administrativa. 2. Tipificación de conductas y derechos fundamentales. 3. Principio de legalidad: reserva de ley y tipicidad.

A) Una tipificación indirecta sólo resulta inconstitucional cuando no consigue satisfacer el necesario grado de certeza. B) Reserva de ley y relaciones de sujeción especial.

C) Ordenanzas municipales que tipifican conductas. D) Prohibición de las interpretaciones extensivas.

4. Elementos subjetivos de la infracción. A) La culpabilidad es un elemento imprescindible de las infracciones. B) Sujeto responsable: lo es el empresario principal y no sólo el contratista o subcontratista. C) El alcance del deber de diligencia del empresario no se extiende a las imprudencias temerarias de sus trabajadores.

5. Competencia territorial sancionadora: infracciones suprarregionales. 6. Concurrencia de infracciones frente a la prohibición de doble sanción.

A) Condena penal tras sanción administrativa firme: supuesto en que no se entiende vulnerado el *non bis in idem* porque se descontó de la pena el contenido de la sanción. B) No se vulnera la prohibición de

doble castigo cuando la Administración sanciona al funcionario por haber sido condenado penalmente por delito doloso. C) Admisión de doble castigo por no existir

identidad de hechos ni de fundamentos en la infracción de no dar prioridad a los intereses del cliente y el delito de apropiación indebida. D) Una sanción administrativa de

expulsión de extranjero del territorio nacional impuesta por condena a pena privativa de libertad no vulnera el *non bis in idem*. E) Infracción continuada, permanente y diversas

infracciones. **7. Procedimiento sancionador.** A) Las garantías del procedimiento sancionador son similares pero inferiores a las del proceso penal, especialmente en lo relativo a imparcialidad, publicidad y prueba. B) Deber de tramitar las denuncias que tengan

“cierto fundamento”. C) Medida provisional: es lícita aunque luego se archive el procedimiento sancionador porque en el momento en que se acordó había indicios

racionales que la justificaban. D) La exigencia de acompañar a la notificación de la propuesta de resolución una relación de los documentos que obran en el expediente.

E) La falta de conocimiento por el imputado de los informes requeridos por el órgano

sancionador (no por el instructor) no genera indefensión. F) Límites al derecho de asistencia letrada en el procedimiento disciplinario militar. **8. En especial, la prueba y la presunción de inocencia.** A) Derecho a la utilización de los medios de prueba en el procedimiento sancionador: requisitos para que se entienda vulnerado el derecho fundamental a la prueba. B) Lo declarado probado en una resolución administrativa sancionadora firme no vincula a los órganos judiciales. C) La presunción de inocencia se extiende también a la certeza del juicio de culpabilidad. D) La observación directa del hecho por el órgano sancionador constituye prueba de cargo suficiente para sancionar. E) Admisión de la prueba indiciaria. F) Medios de prueba obtenidos ilícitamente, pero sobre los que no se funda la imposición de la sanción. **9. La caducidad del procedimiento administrativo sancionador.** A) La caducidad del procedimiento y el art. 24 CE. B) La caducidad y la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento sancionador si la infracción no ha prescrito. Límites. C) Caducidad del procedimiento: el día inicial en el procedimiento sancionador de infracciones del orden social es aquel en que se levanta el acta. **10. Extensión de la sanción procedente en cada caso.** A) Distinción entre proporcionalidad e individualización de la sanción. B) La autoridad sancionadora puede atemperar la sanción impuesta por haber mediado previamente una medida cautelar. **11. Extinción de la responsabilidad.** A) Las reglas de inicio de cómputo y de interrupción del plazo en la prescripción contenidas en la LAP son de aplicación supletoria. B) Prescripción: día inicial en las infracciones que cometen los abogados en su relación con el cliente. **12. Control contencioso-administrativo de las sanciones.** A) Sentencia que condena a un Ayuntamiento a imponer las sanciones administrativas que correspondan a las infracciones que ella misma considera probadas. B) Cambio del tipo infractor apreciado por la Administración. Requisitos para que no provoque indefensión.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN. NO ES SANCIÓN ADMINISTRATIVA

– La cancelación de la inscripción en el Registro de Seguridad Privada de una empresa de seguridad por incumplimiento de las obligaciones de adaptación a la normativa vigente (STS de 24 de mayo de 2002, Sección Sexta, Ar. 5741).

VII. Derecho Administrativo Sancionador

– La retasación en una expropiación forzosa. Dice la **STS de 24 de junio de 2002**, Sección Sexta, Ar. 5754, que la retasación no es un instrumento sancionador para la Administración a causa de su inactividad sino que es una institución jurídica de marcado carácter garantista en beneficio del propietario expropiado.

– Una resolución de una Confederación Hidrográfica que, dando por probado que la actora había cubierto un arroyo con hormigón, le impuso la obligación de demoler, reintegrando el cauce a su estado anterior. En este sentido, reitera la **STS de 24 de junio de 2002**, Sección Tercera, Ar. 5858, que “la obligación de reponer las cosas a su estado primitivo no tiene carácter sancionador, (...) es una obligación que deriva del acto de alteración del estado de cosas querido por el ordenamiento, que cabe así imponer a quien lo ha realizado, con independencia de que su conducta reúna o no la totalidad de las circunstancias objetivas y subjetivas, que son necesarias para su calificación como infracción administrativa y para su sanción como tal”.

– La retirada o revocación definitiva de una licencia de autotaxi por incumplimiento de una de las condiciones con que había sido otorgada aquélla; en concreto, por su arrendamiento o alquiler no autorizado (**STS de 8 de octubre de 2001**, Sección Cuarta, Ar. 5862).

– Las medidas de intervención y sustitución previstas en la legislación bancaria. Así lo afirma expresamente la extensa **STSJ de Madrid de 26 de noviembre de 2001**, Ar. 480 de 2002, al ocuparse de la medida acordada por el Banco de España de sustitución de los miembros del Consejo de Administración de BANESTO. Dice la sentencia que “la limitación temporal en el ejercicio de facultades o derechos acordada conforme a una norma no tiene por qué determinar la naturaleza sancionadora de la medida adoptada cautelarmente con la finalidad prevista en la propia Ley (...)”.

– La descalificación como propio de una denominación de origen de una cantidad de vino equivalente a la uva indebidamente expedida. La **STS de 19 de diciembre de 2001**, Sección Cuarta, Ar. 6484, sostiene que se trata de una medida administrativa para neutralizar los efectos de los actos realizados contra el ordenamiento.

2. TIPIFICACIÓN DE CONDUCTAS Y DERECHOS FUNDAMENTALES

– **STS de 7 de junio de 2002**, Sección Sexta, Ar. 5749. Confirma la sentencia de instancia que declara nulo un precepto del Reglamento de Régimen Disciplinario de la Policía Autonómica Vasca por colisionar con el principio fundamental de libertad de expresión. Dicho precepto tipifica “las manifestaciones públicas, orales o escritas, de crítica o disconformidad respecto a las decisiones de los superiores, asuntos del servicio, disciplina o relaciones de armonía en el Cuerpo”. Dice el Tribunal Supremo que “el precepto anulado está claramente inspirado en el art. 7.2 del Real Decreto 884/1989 (...), que había sido anulado por la Sentencia de esta Sala Tercera del TS, Sección Séptima, de 26 de septiembre de 1996. No puede sorprender que (el Tribunal de instancia) haya seguido la doctrina sentada por dicha sentencia: el derecho de libre expresión que reconoce la CE

es un derecho fundamental que, como todo derecho puede ser limitado o restringido, siempre y cuando se respete su contenido esencial. Los cuerpos de policía se hallan sujetos a una estructura jerárquica que incluye el deber de obediencia, y esto se traduce en la necesidad de que las críticas públicas a los superiores puedan verse restringidas de forma más intensa que en otro tipo de organizaciones. Ahora bien, una cosa es la necesidad de que las restricciones a la libertad de expresión sean mayores que en otros ámbitos y otra cosa bien distinta es que sea constitucionalmente legítimo prohibir absolutamente todo tipo de críticas, cualquiera que sean, y la forma y contenido de las mismas”.

– **STS de 18 de junio de 2001**, Sección Tercera, Ar. 5845. Entiende la recurrente que el art. 57.3 del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, que tipifica como infracción grave el incumplimiento por el expendedor de tabaco de la obligación de residencia, vulnera los principios constitucionales de libertad de residencia e igualdad. Sin embargo, afirma la sentencia que tal precepto “no conculca el derecho fundamental a la libre elección de residencia, pues es consecuencia de la previa y voluntaria decisión del expendedor de asumir la gestión personal y directa de la expendedoría”.

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Una tipificación indirecta sólo resulta inconstitucional cuando no consigue satisfacer el necesario grado de certeza

Se impugna por vulneración del principio de tipicidad el art. 58.3 y 5 del Reglamento de la Ley 13/1998 de Ordenación del Mercado de Tabacos que, al igual que dicha Ley, tipifican como leves “cualquier otra infracción del régimen jurídico de la actividad de venta al por menor tipificada en el Estatuto Concesional como actuación negligente en la prestación del servicio y no configurada como infracción muy grave o grave” así como “cualquier otra infracción de lo previsto en esta Ley por cualquiera de los operadores en el mercado de tabacos no tipificada como infracción grave o muy grave”. Según la **STS de 18 de junio de 2001**, Sección Tercera, Ar. 5845, no hay razón bastante para alcanzar tal conclusión pues “una tipificación indirecta, en la que el tipo infractor intenta describirse a través de la conjunción de dos normas, la que identifica la conducta debida y la que advierte que el incumplimiento es infracción, sólo resulta (...) contraria (al principio de tipicidad), cuando no consigue satisfacer el necesario grado de certeza”. No es esto lo que ocurre con la tipificación realizada por el precepto impugnado: en cuanto al número 3 porque “el tipo no eleva a la categoría de infracción leve cualquier infracción de aquel régimen (...), sino, tan sólo, aquellas que estén tipificadas como actuación negligente”. Y en cuanto al número 4, “porque esa *cualquier otra infracción* lo ha de ser de lo previsto en la Ley 13/1998 (...), (y) para quien ocupa la posición de concesionario de una expendedoría no ha de resultar nada difícil conocer (...) cuáles (son) las conductas debidas por el expendedor por mor de una Ley que dedica al comercio al por menor de labores de tabaco un único precepto, su art. 4. En suma, aquella técnica tipificadora

VII. Derecho Administrativo Sancionador

empleada por los números 3) y 5) no impide al concesionario-expendedor predecir con suficiente grado de certeza cuales son las conductas constitutivas de infracción”.

B) Reserva de ley y relaciones de sujeción especial

El art. 8.3 de la Ley de modificación de la regulación del monopolio de tabacos del año 1985 dispone que reglamentariamente se establecerán las condiciones de la concesión y funcionamiento de las expendedorías, así como su régimen sancionador. El mismo precepto añade algunas precisiones sobre las sanciones que se pueden imponer. Sin embargo, en lo relativo a las infracciones, la ley no contiene ningún tipo, sino una remisión en blanco al reglamento. Con acierto, la **SAN de 10 de enero de 2002**, Ar. 685, afirma que “la amplia habilitación contenida en la Ley 38/1985 no es suficiente para entender cumplido con el requisito de la definición de los elementos esenciales constitutivos de la infracción, aunque puede entenderse suficiente en cuanto a las sanciones”. A partir de ahí, la Sala declara que la relación existente entre los expendedores de tabaco y la Administración del Estado es una relación de sujeción especial, y esto le sirve para concluir que “en el seno de tales relaciones, es admisible y ha de entenderse la existencia de base normativa legal, cuando la Ley se remite para la especificación de las infracciones y la gradación de las sanciones a norma con rango reglamentario”. Lo que en definitiva significa dejar en nada el principio de reserva de ley en el ámbito sancionador.

C) Ordenanzas municipales que tipifican conductas

La **STS de 16 de abril de 2002**, Sección Cuarta, Ar. 6834, reitera la jurisprudencia que respalda la licitud de las ordenanzas municipales sobre estacionamiento de vehículos que tipifican como infracción administrativa el incumplimiento de algunas de sus previsiones.

Por su parte, la **STS de 8 de octubre de 2001**, Sección Cuarta, Ar. 5862, rechaza que una Ordenanza Municipal pueda ser fuente primaria de un ordenamiento sancionador, incluso en el ámbito de las relaciones de sujeción especial (servicio de autotaxis), sin una previa regulación en la Ley, a la que deba ajustarse.

D) Prohibición de las interpretaciones extensivas

La **STS de 26 de enero de 2002**, Sección Segunda, Ar. 6569, reitera “la necesidad de que las conductas imputadas como supuestos de infracción encajen, sin interpretaciones forzadas ni aplicaciones extensivas, en los casos contemplados legalmente como infracción”.

4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA INFRACCIÓN

A) La culpabilidad es un elemento imprescindible de las infracciones

Por ese motivo, la STS de 18 de junio de 2001, Sección Tercera, Ar. 5845, rechaza un recurso contra una disposición reglamentaria que a la hora de tipificar una conducta no mencionaba expresamente la excepción de fuerza mayor o caso fortuito.

B) Sujeto responsable: lo es el empresario principal y no sólo el contratista o subcontratista

La STS de 26 de enero de 2002, Sección Cuarta, Ar. 7330, confirma una sanción impuesta a RENFE por una infracción de las normas de seguridad laboral que originó el fallecimiento de un trabajador de una empresa contratista. La sancionada alega que no cabe imputar responsabilidad al empresario principal porque no omitió ella misma las normas de seguridad que le incumbían ni el accidente se debió a falta alguna por su parte. Al respecto, la sentencia afirma que “la responsabilidad del empresario principal no es una responsabilidad presunta fundada en el mero hecho de la subcontratación, sino una responsabilidad fundada en el principio de culpabilidad en el incumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene que deriva de las facultades de organización del centro de trabajo siempre que se trate de actividades propias”.

C) El alcance del deber de diligencia del empresario no se extiende a las imprudencias temerarias de sus trabajadores

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2002, Ar. 734, entiende que no se puede sancionar a una empresa por una infracción en materia de seguridad e higiene en el trabajo, a raíz de un accidente sufrido por un trabajador con una máquina, cuando esta máquina estaba homologada, disponía de los mecanismos de protección preceptivos, y el trabajador –que llevaba dos años trabajando en la empresa– había recibido instrucciones precisas de no limpiarla sin detener su funcionamiento. La Sala aprecia una imprudencia temeraria en el trabajador y, por tanto, la inexistencia de culpabilidad para la empresa. Y ello, a pesar de que se reconoce que la empresa podía haber adoptado más medidas de seguridad, que de hecho fueron adoptadas voluntariamente con posterioridad, y que impiden tales accidentes.

5. COMPETENCIA TERRITORIAL SANCIONADORA: INFRACCIONES SUPRARREGIONALES

La STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de junio de 2002 (no publicada en Aranzadi) afronta el problema de determinar la Administración autonómica competente para sancionar infracciones que se han cometido simultáneamente en varias Comunidades. En concreto, se trataba de la infracción de una empresa que en su catálogo de venta a distancia comunicaba a los destinatarios que habían obtenido “un regalo excepcional: un vídeo” que se

VII. Derecho Administrativo Sancionador

les enviaría si contestaban y mandaban un cupón. Posteriormente se les informaba en estos términos de las características técnicas: “Sistema VHS. Soporte magnético. Embalaje frágil. Serie Inst-002”. Si contestaban se les indicaba que el vídeo era una cinta de vídeo a elegir entre dos títulos (“Diana. La evolución de una Princesa” o “Venca y Cindy Crawford”) y que, para conseguirlo, debían remitir 500 pesetas en sellos como participación en gastos de envío. Tras 79 denuncias, la Generalidad de Cataluña sancionó a la empresa, que tenía su domicilio social allí, con multa de 1.280.000 pesetas. La Administración castellano-manchega, que también había recibido denuncia de un consumidor de esa Comunidad, impuso dos multas, cada una de 1.250.000 pesetas, por dos infracciones graves “al ofrecer, pero no entregar gratuitamente a dicha denunciante, sucesivamente un vídeo y una cinta de vídeo”. La sentencia considera que se trata de una infracción continuada que si se sancionara en todas las Comunidades Autónomas en que se produjo “daría lugar a una exacerbación punitiva”. Así, afirma, que “la solución en el caso de autos venía dada por determinar en rigor qué Comunidad Autónoma debía entender del expediente sancionador y dictar la resolución oportuna, si dos Administraciones autonómicas habían iniciado expedientes de esta naturaleza ante una infracción que se evidenciaba como continuada (...) con una pluralidad diferenciada de sujetos pasivos o de consumidores perjudicados, con domicilio en el territorio en el que ejercen competencias en materia de consumo otras Administraciones autonómicas”.

Ante ello, declara, con acierto, que “el criterio que propugna (...) como punto de conexión el domicilio social no puede ser aceptado porque carece de suficiente fundamento legal”. Entiende que existe una “laguna legal” que hay que integrar con la solución establecida para los delitos continuados para lo que, según la jurisprudencia penal, hay que acudir a las reglas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para los delitos conexos. Y con esa base establece la siguiente conclusión:

“Preferencia de la Administración que abstractamente podía imponer sanción mayor y que primero comenzó la instrucción del expediente sancionador.”

En el caso, considera que esa regla comporta la competencia de la Generalidad y la anulación de la sanción impuesta por la Administración de Castilla-La Mancha.

6. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN

A) Condena penal tras sanción administrativa firme: supuesto en que no se entiende vulnerado el *non bis in idem* porque se descontó de la pena el contenido de la sanción

La STC 2/2003, de 16 de enero, Pleno, recurso de amparo, plantea el problema de la forma de aplicación del principio que prohíbe el doble castigo y el doble enjuiciamiento de los mismos hechos cuando la Administración ha incumplido su deber de suspender el procedimiento administrativo y lo ha continuado hasta su terminación, de manera que los órganos judiciales –que son los únicos que debían haber condenado por el delito concurrente– se encuentran ya con una resolución sancionadora administrativa

que, aunque ilegal, ha devenido firme. En tal hipótesis, la impugnación por supuesta vulneración del *non bis in idem* se dirige contra la sentencia penal, no contra los actos administrativos firmes, y ello condiciona la solución. Lo reconoce como punto de partida la sentencia analizada: el recurso de amparo se dirige contra las sentencias penales “de modo que la eventual vulneración de derechos fundamentales ocasionada por la Administración en el expediente administrativo o al dictar resolución sancionadora ha de quedar fuera” de este control.

En esta situación descrita, o bien se acepta que los jueces ya no pueden imponer la pena (que es lo que se entendió procedente en la STC 177/1999, de 11 de octubre, de la que dimos cuenta en la crónica del número 7 de esta revista) lo que, de hecho, supone que basta que la Administración incumpla su deber para impedir la actuación de los jueces penales y alterar la preferencia de la jurisdicción penal; o bien se acepta que en estos casos el juez penal, pese a todo, puede imponer la pena, lo que comporta una vulneración de la prohibición de doble castigo y de doble procedimiento (así lo hizo la STC 152/2001, de 2 de julio, según se recogió en la crónica del número 13, pero ante un supuesto muy peculiar y por una razón específica cual era la falta de alegación del sancionado que había utilizado la sanción administrativa para conseguir la impunidad penal). La STC ahora referida opta por esta segunda solución con carácter general, aunque con importantes matizaciones y límites. Pero, además de esto, ofrece razonamientos interesantes sobre las diferentes vertientes del *non bis in idem* y otros extremos. En todo ello, se aparta explícita y razonadamente de su jurisprudencia anterior. En concreto, de las anteriores sentencias 177/1999 y 152/2001. Por eso, para revisar la doctrina constitucional precedente, el Pleno avocó la competencia de conformidad con el art. 13 LOTC.

Los hechos relevantes son los siguientes: 1º) Cuando ya se instruían diligencias penales, la Jefatura Provincial de Tráfico tramitó procedimiento administrativo hasta dictar resolución en la que, estimando cometida una infracción administrativa (conducción con tasa de alcohol superior a la permitida), impuso sanción de multa de cincuenta mil pesetas y privación del permiso de conducir por tres meses; 2º) El sancionado interpuso recurso administrativo en el que, entre otras cosas, alegó que por los mismos hechos se seguía diligencias penales por lo que solicitaba la suspensión del procedimiento sancionador hasta tanto recayera resolución judicial; 3º) La Dirección General de Tráfico resolvió el recurso reduciendo la privación del permiso de conducir a un mes y desestimándolo en todo lo demás. Con error, afirma que obra en el expediente resolución penal absolutoria. El sancionado interpuso recurso contencioso-administrativo, pero se desistió después por lo que la sanción devino firme el 10 de diciembre de 1998; 4º) Pese a que alegó como cuestión previa al comienzo del juicio oral la excepción de cosa juzgada por haber recaído resolución sancionadora administrativa firme, el Juzgado, desestimando la cuestión previa por la preferencia de la jurisdicción penal, dictó sentencia condenatoria por delito del art. 379 CP a penas de multa y privación del permiso de conducir por dos años; 5º) Recurrida la sentencia en apelación, la Audiencia Provincial la confirmó porque la Administración cometió un error que no puede impedir la imposición de la pena. No obstante, al mismo tiempo ordena que en ejecución de sentencia

VII. Derecho Administrativo Sancionador

se descuenta la multa ya satisfecha y la duración de la privación del carné de conducir así como que se libre testimonio para que la Administración deje sin efecto cualquier consecuencia posterior del expediente administrativo.

Lo más relevante de la sentencia puede sintetizarse así:

1. Respecto al derecho a no ser sancionado dos veces.

– Se vulnera la prohibición constitucional de doble castigo aunque no haya absoluta identidad de hecho y de fundamento si, pese a ello, un ilícito absorbe al otro. Pese a la diferencia esencial entre la infracción administrativa de conducción superando determinado nivel de alcohol (que es una infracción meramente formal para la que basta el peligro abstracto sin necesidad de que quede acreditada la pérdida de facultades ni la creación de un concreto riesgo) y el delito de conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas previsto en el art. 379 CP (que sí exige un peligro real y concreto), castigar ambos supone vulneración del art. 25.1 CE. Se razona así:

“(…) ambas infracciones, administrativa y penal, comparten un elemento nuclear común –conducir un vehículo de motor habiendo ingerido alcohol, superando las tasas reglamentariamente determinadas–, de modo que al imponerse ambas sanciones de forma cumulativa, dicho elemento resulta doblemente sancionado, sin que dicha reiteración sancionadora pueda justificarse sobre la base de un diferente fundamento punitivo, dado que el bien o interés jurídico protegido por ambas normas es el mismo (...) Se trata de un caso en que el delito absorbe el total contenido de ilicitud de la infracción administrativa (...)”

– El fundamento de la prohibición del doble castigo es la legalidad y proporcionalidad de las sanciones sufridas. La “garantía material” del *non bis in idem* “tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (...) en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de la previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente”. Por ello no se vulnera por el mero hecho de producirse un “doble reproche afflictivo”.

– No se vulnera la prohibición de doble castigo si, pese a imponerse pena tras sanción administrativa, se descuenta en la ejecución de aquélla el contenido de ésta. Eso era lo que había establecido la sentencia penal de la Audiencia Provincial y así las cosas el TC no entiende que se haya realmente impuesto un doble castigo:

“En el caso no puede afirmarse que se hayan impuesto dos sanciones al recurrente, una en vía administrativa y otra en vía penal, pues materialmente sólo se ha impuesto una sanción (...) Una solución como la adoptada en este caso por el órgano judicial no puede considerarse lesiva de la prohibición constitucional de incurrir en *bis in idem* sancionador, dado que la inexistencia de sanción desproporcionada en concreto, al haber sido descontada la multa administrativa y la duración de la privación del carné de conducir, permite concluir que no ha habido una duplicación –bis– de la sanción constitutiva del exceso punitivo materialmente proscrito por el art. 25.1 CE.”

Se aparta así clara y expresamente de la solución adoptada en su anterior sentencia 177/1999, de 11 de octubre. Justamente en torno a ello gira el argumento capital del voto particular que se formula por un Magistrado: “He de insistir en el criterio mantenido por la STC 177/1999, a cuyo tenor se produce también en este caso una superposición o adición de otra sanción distinta, como son las penas impuestas en la sentencia condenatoria. Con independencia de que es sumamente cuestionable que la jurisdicción penal tenga facultades para invalidar o dejar ineficaces resoluciones administrativas firmes, incluidos los antecedentes que de la misma se derivan, lo cierto es que el Sr. Y recibió dos resultados punitivos: la multa administrativa y la privación temporal del carné de conducir, y la multa penal y la pena de privación de dicha autorización administrativa. No es ocioso señalar que, por otra parte, esta operación de absorción o compensación efectuada por la sentencia penal puede conducir a un resultado de cierta predeterminación de la principal pena configurada como alternativa para el delito de conducción ilegal. En efecto, si ésta se conmina con pena de arresto de ocho a doce fines de semana o multa, el órgano judicial puede verse abocado a imponer, sin real margen de apreciación, la sanción pecuniaria para en ella realizar la indicada absorción”.

2. Respecto al derecho a no sufrir dos procedimientos.

Hasta ahora, este derecho sólo había sido reconocido de modo expreso por el TC, según precisa la sentencia, “cuando se trata de un doble proceso penal”. En esta sentencia, por contra, siguiendo Tratados Internacionales, lo extiende a los procedimientos administrativos: “tanto el art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el art. 4 del Protocolo 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, protegen al ciudadano no sólo frente a la ulterior sanción –administrativa o penal–, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado –absolución o sanción– del mismo”. Sin embargo, para la sentencia la extensión debe ser parcial, limitada de modo que la prohibición de dos procedimientos sólo se produce en ciertos casos: sólo cuando el primero es un proceso penal o un procedimiento administrativo sancionador equiparable a un proceso penal:

En efecto, la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquellos que, tanto en atención a las características del procedimiento –su grado de complejidad– como a la sanción que sea posible imponer en él –su naturaleza y magnitud– pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal.

Con ese discutible presupuesto –construido con una argumentación nada clara y con materiales poco sólidos– cuya aplicación produce en sí mismo total inseguridad se llega a la conclusión de que en el caso “no regía la prohibición constitucional de doble pro-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

cedimiento sancionador. La sencillez del procedimiento administrativo sancionador y de la propia infracción administrativa, y la naturaleza y entidad de las sanciones impuestas, impiden equiparar el expediente administrativo sustanciado –por conducir habiendo ingerido alcohol en un grado superior a las tasas reglamentariamente determinadas– a un proceso penal a los efectos de entender que el recurrente ha sufrido una vulneración de su derecho a no ser sometido a un nuevo procedimiento sancionador”. Así, pues, habrá que ver caso por caso y con criterios muy vagos si el procedimiento sancionador de que se trate es “equiparable” a un proceso penal.

B) No se vulnera la prohibición de doble castigo cuando la Administración sanciona al funcionario por haber sido condenado penalmente por delito doloso

En la misma dirección de otras sentencias de las que se ha dado noticia en crónicas anteriores, las SSTS de 12 de junio de 2001, Ar. 5552 de 2002, Sala de lo Militar y 20 de mayo de 2002, Ar. 5877, reiteran esta doctrina ya consolidada. La STS de 20 de mayo de 2002, Sección Séptima, Ar. 7901, presenta una singularidad de interés porque en la condena penal por delito de hurto al agente de policía se había apreciado la agravante de prevalimiento del carácter público del culpable: “El dato de que la sentencia penal apreciase la agravante de prevalimiento del carácter público del culpable, al tratarse de una circunstancia modificativa de la responsabilidad que no altera el interés jurídicamente protegido por el tipo penal, carece de eficacia para estimar la concurrencia del principio *non bis in idem*”.

C) Admisión de doble castigo por no existir identidad de hechos ni de fundamentos en la infracción de no dar prioridad a los intereses del cliente y el delito de apropiación indebida

La STS de 19 de julio de 2002, Sección Séptima, Ar. 7109, no observa violación del principio *non bis in idem* en la sanción impuesta por una infracción de la Ley del Mercado de Valores (“infracción del principio de prioridad de los intereses del cliente”) pese a que contra el mismo sancionado se seguía causa penal por delito de apropiación indebida, porque no se advierte la identidad de hechos ni de fundamento. Ni siquiera se considera que fuera necesaria la suspensión del procedimiento administrativo pese a que el art. 96 de dicha Ley establece que “cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible el procedimiento quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial”.

D) Una sanción administrativa de expulsión de extranjero del territorio nacional impuesta por condena a pena privativa de libertad no vulnera el *non bis in idem*

En este sentido se pronuncia la STS de 21 de junio de 2002, Sección Sexta, Ar. 5753, al precisar que “en el presente caso no han existido dos procedimientos sancionadores en persecución del mismo hecho. El hecho, en cuanto que tipificado penalmente (como delito contra la salud pública y de contrabando y defraudación), origina en el orden penal una condena (a sendas penas de 2 años y de 3 años de prisión menor), y tal condena supone la comprobación de la actuación de un extranjero tan indeseada como

incompatible con su convivencia pacífica con los nacionales. Y es la comprobación de tal conducta a través de la sentencia penal firme la que faculta a la Administración a dar solución a la permanencia del extranjero en España. Las penas impuestas y la expulsión (sanción administrativa)(...) (tienen) un fundamento o *ratio essendi* totalmente distinto”.

E) Infracción continuada, permanente y diversas infracciones

Al recurrente se le imponen diversas sanciones administrativas, como responsable de infracciones graves contra la seguridad ciudadana, por la organización y participación en diversas manifestaciones llevadas a cabo durante varios días de los meses de febrero, marzo y abril de 1997, contra la ubicación de una empacadora en la localidad. Algunas de estas infracciones coinciden en el tipo, pero corresponden a días distintos. El recurrente, a los efectos de lo previsto en el art. 4.6 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora (RPS) (imposibilidad de iniciar un nuevo procedimiento hasta que no recaiga una resolución sancionadora en las infracciones continuadas), alega que se trataba de una infracción continuada. La **STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2002**, Ar. 473, entiende que no es una infracción continuada pues “se sancionan comportamientos adoptados en días distintos, que aunque próximos, no se ha demostrado que obedezcan a un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión. Y recuerda que un requisito esencial de la infracción continuada es que “concurra un dolo unitario, no renovado, con un planteamiento único que implique la unidad de resolución y del propósito infractor”, “y que no cabe confundir con la infracción continua o permanente, la cual consiste en una conducta reiterada por una voluntad duradera, en la que no se da situación concursal alguna sino una progresión unitaria con repetición de actos”.

También se enfrenta a esta cuestión la **STSJ de Asturias de 12 de marzo de 2002**, Ar. 652, según la cual en el caso de infracciones continuadas hay una pluralidad de infracciones aunque, para evitar un resultado sancionador desproporcionado, se imponga una sola sanción. En concreto, no se había anotado en el rollo de tickets las operaciones realizadas (falta el CIF del expedidor y la expresión IVA incluido): “las infracciones simples por incumplimiento de deberes formales tienen carácter autónomo y se cometen tantas infracciones cuantas veces no se cumple con el deber (...). Sin perjuicio de que, en determinados casos puedan a efecto de sanción tratarse como una sola (...) para evitar que ante esta situación de incumplimiento múltiple la sanción de todos esos incumplimientos llegue a ser desproporcionada”.

7. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Las garantías del procedimiento sancionador son similares pero inferiores a las del proceso penal, especialmente en lo relativo a imparcialidad, publicidad y prueba

La **STC 2/2003**, de 16 de enero, ya analizada en el apartado 6.A), fundamenta que el *non bis in idem* no supone necesariamente la nulidad de la sentencia penal posterior a la reso-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

lución administrativa sancionadora por los mismos hechos, en el dato de las menores garantías administrativas. Para ello, ofrece esta síntesis de su jurisprudencia que es interesante en sí misma:

“(…) la declaración de responsabilidad penal se efectúa en un proceso en el que rigen garantías específicas integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), mientras que la declaración de responsabilidad por infracción administrativa se realiza en un procedimiento en el que tal derecho se aplica de forma modalizada, lo que implica un menor contenido garantista del mismo (por todas, SSTC 18/1991, de 8 de junio; FJ 2º; 7/1998, de 13 de enero, FJ 5º; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3º).

En cuanto a las modulaciones con las que se proyecta el derecho al proceso con todas las garantías se han de resaltar las relativas a las garantías de imparcialidad, pues ésta no puede predicarse de la Administración sancionadora en el mismo sentido que respecto de los órganos judiciales –especialmente en las infracciones de autoprotección–, ni impone las mismas reglas a la actuación de la Administración (SSTC 22/19990, de 15 de febrero, FJ 4º; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 4º).

En relación al derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), si bien hemos declarado que en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador rige este derecho sin restricciones (por todas, SSTC 170/1990, de 5 de noviembre, FJ 4º; 212/1990, de 20 de diciembre, FJ 5º), no puede desconocerse que hemos denegado la extensión del derecho a la publicidad del proceso al ámbito del procedimiento administrativo sancionador (STC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6º) y que hemos admitido la validez como prueba de cargo de los partes de inspección (STC 170/1990, de 5 de noviembre, FJ 4º) o de los informes obrantes en autos (SSTC 212/1990, de 20 de diciembre, FJ 5º; 314/1993, de 18 de noviembre, FJ 11º), con independencia de que carezcan de presunción de veracidad (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8º). La admisión de validez de estas pruebas, en conexión con la existencia de garantía de publicidad en el procedimiento administrativo sancionador, implica que en éste no se proyecta una de las garantías esenciales del derecho al proceso justo y a la presunción de inocencia en el ámbito penal (por todas, STC 167/2002, de 18 de septiembre), esto es, que la valoración de la prueba ha de efectuarse en condiciones de oralidad, publicidad e inmediatez y que la declaración de responsabilidad penal y la imposición de una sanción de este carácter sólo puede sustentarse en pruebas valoradas en dichas condiciones”.

La **STC 9/2003, de 20 de enero** (recurso de amparo), también recoge una interesante síntesis de la jurisprudencia constitucional (siguiendo, sobre todo, a la STC 157/2000, de 12 de junio) sobre la extensión matizada –no literal sino “en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica” y sólo “con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional”– de las garantías del art. 24.2 CE al procedimiento sancionador y, más concretamente, al disciplinario penitenciario.

B) Deber de tramitar las denuncias que tengan “cierto fundamento”

El Tribunal de Defensa de la Competencia confirmó la decisión del Director General de Defensa de la Competencia de archivar una denuncia. La STS de 22 de mayo de 2002, Sección Tercera, Ar. 7412, declara, por el contrario, que “no pueden rechazarse las (denuncias) que tengan un cierto fundamento sobre la realidad de las conductas denunciadas, debiendo abrirse el procedimiento en el que, con intervención y audiencia de los implicados, puedan practicarse las pruebas de cargo y de descargo por todos los intervinientes y deducirse con pleno conocimiento sobre la realidad de los hechos denunciados”.

C) Medida provisional: es lícita aunque luego se archive el procedimiento sancionador porque en el momento en que se acordó había indicios racionales que la justificaban

STS de 17 de junio de 2002, Sección Séptima, Ar. 7167. Ante la existencia de indicios racionales de comisión de una infracción muy grave y en aplicación del art. 424 LOPJ se acordó como medida provisional la suspensión de funciones de un juez. Después se acordó el archivo del expediente sancionador. Impugnada la medida provisional, la sentencia declara que “las posteriores propuestas de archivo del expediente disciplinario, que efectivamente dieron lugar a dicho archivo, son actos posteriores al acuerdo de suspensión provisional (...) que no pueden viciarlo y que se fundan en el examen del fondo de las cuestiones plantadas por el expediente, una vez instruido éste, por lo que no invalidan ni pueden prevalecer sobre la concurrencia en el momento en que se acordó la suspensión provisional de funciones de indicios racionales de la comisión de una infracción muy grave”. Al existir éstos, la medida, que “no constituye anticipo de sanción alguna”, no es contraria a la presunción de inocencia. Con todo, cabe añadir que, aunque, en efecto, cuando se acordó la medida provisional estaba justificada por la existencia de indicios racionales de falta muy grave, posteriormente tales indicios se desvanecieron, como demuestran las propuestas de archivo; y, ante ello, cabe plantear si fue lícito mantener la suspensión del juez hasta el definitivo archivo del expediente sancionador o si debió ser levantada antes incurriéndose en una especie de nulidad sobrevenida por no hacerlo así. Pero la sentencia no se plantea esta posibilidad.

D) La exigencia de acompañar a la notificación de la propuesta de resolución una relación de los documentos que obran en el expediente

Esta exigencia está recogida en el art. 19.1 RPS. La STSJ de Galicia de 15 de febrero de 2002, Ar. 473, sostiene que la omisión de esta formalidad “carece de efectos invalidantes”, con el argumento –quizás discutible– de que “el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, regulador de los derechos de los ciudadanos frente a la actividad de las Administraciones Públicas, comprende entre ellos el derecho a conocer, en cualquier momento, el estado de tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesado, y obtener copias de documentos contenidos en ellos”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

E) La falta de conocimiento por el imputado de los informes requeridos por el órgano sancionador (no por el instructor) no genera indefensión

Alega el recurrente vulneración del art. 24 CE por “falta de comunicación al imputado del contenido del expediente, fundamentalmente de los informes”; en concreto, de un informe del Arquitecto Jefe de la Oficina de Disciplina Urbanística solicitado por el órgano con competencia para resolver el procedimiento sancionador. Al respecto, dice la STS de 1 de octubre de 2001, Sección Séptima, Ar. 5872, que esta alegación no puede ser acogida, “ya que los informes requeridos por la autoridad que tiene que resolver un expediente sancionador no deben ser puestos de manifiesto al interesado, como resulta de lo establecido en el art. 20.1 RPS, según el cual, no tendrán la consideración de actuaciones complementarias, respecto de las cuales hay que conceder plazo para alegaciones, los informes que preceden inmediatamente a la resolución final del procedimiento”. A ello se añade que, según señala la sentencia de instancia, el aludido informe no tenía otra finalidad que “puntualizar las alegaciones formuladas por el recurrente, sin añadir nuevos hechos a los que ya le eran conocidos”.

F) Límites al derecho de asistencia letrada en el procedimiento disciplinario militar

Dice la STS de 3 de junio de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 5878, que en tal procedimiento “la asistencia de letrado debe ser permitida en forma y grado estimables como proporcionados a la falta, a la sanción y al procedimiento. Por ello, atendidas (estas circunstancias), queda razonablemente justificado que en el procedimiento (disciplinario) oral no se permita la intervención de letrado”.

8. EN ESPECIAL, LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) Derecho a la utilización de los medios de prueba en el procedimiento sancionador: requisitos para que se entienda vulnerado el derecho fundamental a la prueba

Un preso sancionado por participar en un motín había pedido en el procedimiento prueba testifical de otros reclusos para probar que el expedientado no intervino de ninguna forma. La prueba fue rechazada con esta motivación: “La prueba solicitada se desestima por ser improcedente ya que no altera la resolución final del procedimiento, reflejando el pliego de cargos los hechos que se le imputan a usted, siendo solamente estos los que califican la supuesta infracción”. Para la STC 9/2003, de 20 de enero (recurso de amparo), esta motivación es “arbitraria e irrazonable”, “comporta un prejuicio negativo acerca del resultado de la prueba” y “vacía de contenido propio y hace inútil el expediente sancionador”. Por todo ello vulnera el derecho a la utilización de los medios de prueba. Para llegar a esa conclusión afirma que de este derecho –sustento, a su vez, del derecho de defensa– deriva la obligación de motivar la denegación de los medios de prueba propuestos por el expedientado (...). Con independencia de que se incurra en vulneración de la legalidad ordinaria en más supuestos, se viola ese derecho fundamental cuando, ante la propuesta de prueba, se rechaza concurriendo estas dos circunstancias: 1ª) sin motivación o con motivación manifiestamente arbitraria o irrazonable; 2ª) produciendo

con ese rechazo “indefensión en sentido real y efectivo”, o sea, que la prueba rechazada era “decisiva en términos de defensa”. Esto debe ser justificado por quien invoca la vulneración del derecho con estas condiciones que, citando sentencias anteriores, recoge así:

“Esta carga de la argumentación se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución (...) final podría haberle sido favorable, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso, ya que sólo en tal caso, comprobando que el fallo pudo, acaso, haber sido otro, si la prueba se hubiera admitido o practicado, podrá apreciarse también un menoscabo efectivo del derecho de defensa.”

Una aplicación de esta doctrina constitucional podemos encontrar en la **STS de 1 de octubre de 2001**, Sección Séptima, Ar. 5872; y las **SSTSJ de Baleares de 24 de mayo de 2002**, Ar. 679, y de **Navarra de 10 de diciembre de 2001**, Ar. 482 de 2002, donde se añade que “la falta absoluta de todo pronunciamiento sobre los medios de prueba propuestos ha supuesto la aplicación de una sanción de plano, prescindiendo, por otra parte, de todo el procedimiento establecido para el ejercicio por la Administración de la potestad sancionadora en la materia que nos ocupa –tráfico–”.

B) Lo declarado probado en una resolución administrativa sancionadora firme no vincula a los órganos judiciales

La **STC 2/2003, de 16 de enero**, basándose en que el procedimiento administrativo sancionador ofrece menores garantías que el proceso penal y admite pruebas que no son suficientes en éste, concluye lo siguiente:

“(...) ni siquiera la determinación fáctica realizada en el procedimiento administrativo sancionador puede considerarse que ha sido objeto de pronunciamiento definitivo en estos casos de concurrencia de infracción administrativa y penal, pues esta acotación jurídica de los hechos ha tenido lugar por un órgano público del que no puede predicarse la imparcialidad en el mismo sentido en que se predica y exige de los demás órganos judiciales y sin sujeción a las garantías de inmediación, oralidad y publicidad en la valoración de la prueba”.

Aplicada esta doctrina al supuesto enjuiciado, afirma que, si bien “la ingestión de alcohol pudo considerarse acreditada en el procedimiento administrativo a través del anexo documental del atestado policial, ello no es suficiente para considerar este hecho válidamente acreditado en el proceso penal, pues en éste se requiere la ratificación en el juicio oral del atestado y de los resultados de las pruebas de alcoholemia por los agentes que lo realizaron (por todas, **STC 188/2002, de 14 de octubre**)”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

C) La presunción de inocencia se extiende también a la certeza del juicio de culpabilidad

La STS de 4 de marzo de 2002, Sección Tercera, Ar. 6790, establece que “la presunción de inocencia no sólo tiene que ver con la prueba de la autoría de los hechos, aunque sea su vertiente más usual de aplicación, sino que además se relaciona con la culpabilidad imputable al que, en su caso, los realiza, sin que pueda acantonarse (...) al ámbito de su funcionalidad en aquel primer plano de demostración de los hechos (...), ya que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos”.

D) La observación directa del hecho por el órgano sancionador constituye prueba de cargo suficiente para sancionar

Según la STS de 17 de junio de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 5880, “no existe presunción alguna de veracidad que ampare lo manifestado por el Suboficial” que sancionó a un guardia civil por manifestarle que “estaba harto de tanto servicio, que no estaba de acuerdo con los que se le nombraban y por eso se había dado de baja y que con tanta tensión en los servicios se le estaba causando un grave problema mental”. No obstante, al ser tal Suboficial el Mando del guardia civil y, por tanto, correspondiéndole a él sancionarle, la sola observación directa de los hechos por el mismo es prueba de cargo suficiente que desvirtúa la presunción de inocencia.

E) Admisión de la prueba indiciaria

Una empresa es sancionada por la realización de la función de mediación en la actividad de arrendamiento de vehículos de alquiler sin conductor, careciendo de la autorización preceptiva. No existe prueba directa de la mediación, pero ante las alegaciones del sancionado de que sólo ofrecía información, la STSJ de Baleares de 3 de mayo de 2002, Ar. 585, afirma que “difícilmente puede admitirse la tesis de la mera información a clientes ya que ello sería comprensible en supuestos de existencia de folletos en recepción sobre restaurantes, bares, excursiones, museos, etc., pero no es imaginable dicha mera función informativa cuando se colocan paneles en el exterior anunciando alquiler de vehículos (...) Es imaginable que se coloquen carteles ofreciendo alquiler de vehículos y que posteriormente todo lo que se ofrezca no sea sino la entrega de un folleto con precios. (...) también es imaginable que ello se realice de modo desinteresado y sin finalidad de lucro alguno, ya que no se explica razonablemente la razón por la que un establecimiento comercial se ofrece una información gratuita a terceros, sin contraprestación alguna”.

Algo más allá parece ir la SAN de 14 de diciembre de 2001, Ar. 683 de 2002, que en la argumentación de la admisión de una prueba de presunciones para probar la concertación de varias empresas lácteas para aplicar los mismos precios base e idénticas bonificaciones y penalizaciones por calidad de leche en las compras de leche de vaca realizadas con los ganaderos, afirma: “si (...) la coincidencia en las fijaciones de precios no

puede explicarse razonablemente al margen de la existencia de una práctica concertada, no cabe sino confirmar el acto administrativo impugnado”.

F) Medios de prueba obtenidos ilícitamente, pero sobre los que no se funda la imposición de la sanción

En una denuncia que presentó la Unión de Pequeños Agricultores contra la Federación Nacional de Industrias Lácteas, por la realización de una práctica restrictiva de la competencia, se presentó un documento ilícitamente obtenido. La SAN de 14 de diciembre de 2001, Ar. 683 de 2002, recuerda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional según la que la sanción impuesta con base en una prueba ilícitamente obtenida será nula si esta prueba hubiese sido el único medio probatorio en el que se funde la imposición de la sanción. Al respecto, argumenta que se presentó una segunda denuncia, practicándose posteriormente una amplia prueba, no basándose la sanción en dicho documento.

9. LA CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A) La caducidad del procedimiento y el artículo 24 CE

La STSJ de Castilla y León, Burgos, de 24 de mayo de 2002, Ar. 703, afirma que “la figura de la caducidad del expediente sancionador es consecuencia de la aplicación del artículo 24 de la Constitución, que declara el derecho a procedimientos administrativos que se tramiten sin dilaciones indebidas, sobre todo en materia sancionadora”. Interesa recordar que lo que recoge textualmente, entre otras cosas, dicho precepto constitucional, es el derecho de todas las personas “a un proceso público sin dilaciones indebidas”, y que la garantía de este derecho en los propios procesos judiciales no ha llevado a establecer una figura similar a la caducidad.

B) La caducidad y la posibilidad de iniciar un nuevo procedimiento sancionador si la infracción no ha prescrito. Límites

Ante la posibilidad que tiene la Administración de declarar caducados e iniciar nuevos expedientes sancionadores mientras la infracción no haya prescrito, la STS de 20 de noviembre de 2001, Sección Cuarta, Ar. 6588 de 2002, afirma que tal actuación se puede “revisar y controlar, entre otros, bien por el principio de eficacia que en la actuación de la Administración consagra el art. 103 de la Constitución, o por los principios que establece el Título Preliminar del Código Civil, en los casos en que se acredite y denuncie la paralización injustificada de la actuación de la Administración, y en los que la Administración no justifique o motive la necesidad de un nuevo expediente, (...) o en fin, en su caso, por la incidencia de la desviación de poder”. Parece que con este pronunciamiento se quiere dar una llamada de atención y advertir de la posibilidad de un control jurisdiccional sobre esta facultad que tiene la Administración de declarar caducados procedimientos e iniciar otros nuevos por los mismos hechos.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

C) Caducidad del procedimiento: el día inicial en el procedimiento sancionador de infracciones del orden social es aquel en que se levanta el acta

En recurso en interés de ley, la STS de 12 de noviembre de 2001, Sección Cuarta (Ar. 7789 de 2002) fija la siguiente doctrina legal:

“El cómputo del plazo de caducidad de seis meses que establece el art. 20.3 del Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por RD 928/1998, se inicia en la fecha del acta de infracción levantada por la Inspección, y no en la fecha de la visita de inspección de la que traiga causa si ésta fuera anterior, y termina en la fecha de la notificación de la resolución del procedimiento sancionador.”

Se acepta, pues, como en realidad se deduce fácilmente del citado RD 928/1998, que entre la visita de inspección y el acta de inspección puede transcurrir cierto tiempo en el que se realicen otras actividades de comprobación antes de decidir la iniciación del procedimiento sancionador que en este ámbito se produce con el acta; y que sólo con ésta comienza el plazo de caducidad. Pero debe tenerse en cuenta que, según el art. 8 del RD 928/1998, hay un plazo máximo de nueve meses para esas actuaciones de la inspección anteriores al acta.

10. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO

A) Distinción entre proporcionalidad e individualización de la sanción

Dice la STS de 23 de mayo de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 5551, quizás estableciendo una distinción algo artificiosa, que “la proporcionalidad viene referida a la adecuación entre los hechos (constitutivos de la infracción) y la sanción, mientras que la individualización se contrae a la concreción de su alcance atendidas las circunstancias objetivas y subjetivas que puedan concurrir en el caso de que se trate. La proporcionalidad sólo puede operar en los supuestos en que las previsiones sancionadoras ofrezcan alternativas posibles” como sucede en el caso concreto en que el art. 103.3 de la Ley Orgánica 11/1991 contempla como posibles sanciones por falta muy grave, la de separación del servicio, la suspensión temporal de empleo y la pérdida de puestos en el escalafón.

B) La autoridad sancionadora puede atemperar la sanción impuesta por haber mediado previamente una medida cautelar

Un guardia civil es sancionado disciplinariamente por no prestar con urgencia el auxilio debido en un hecho grave. En concreto, en un accidente de tráfico que él ocasionó, permaneció con los faros apagados de su vehículo en la proximidad del lugar de ocurrencia, comprobando que era asistido el lesionado. Alega el recurrente vulneración del *non bis in idem*, porque en la sanción de un año de suspensión de empleo no se le descontó la medida provisional que se adoptó de suspenderle de funciones durante siete meses y nueve días. A ello se opone la STS de 18 de junio de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 5554,

por entender que las dos medidas son heterogéneas: “la primera es de carácter cautelar (...) y no tiene más efecto que el cese en sus funciones habituales, la segunda, de carácter definitivo produce la inmovilización en el empleo con la consiguiente pérdida de puestos en el escalafón (...). Siendo jurídicamente imposible el abono pretendido, (puede) únicamente la autoridad sancionadora atemperar la sanción impuesta, por haber mediado previamente la medida cautelar”.

11. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

A) Las reglas de inicio de cómputo y de interrupción del plazo en la prescripción contenidas en la LAP son de aplicación supletoria

Así, lo proclama la STSJ de Cataluña de 24 de abril de 2002, Ar. 706, a propósito de una ley catalana que establece que la interrupción de la prescripción se produce por cualquier actuación de la Administración con respecto a la infracción, y no, como dice la LAP, por la iniciación del procedimiento sancionador con conocimiento del interesado.

B) Prescripción: día inicial en las infracciones que cometen los abogados en su relación con el cliente

El hecho constitutivo de infracción consistió en entregar a persona distinta del cliente la cantidad recibida para éste en una transacción. En concreto, entregó el dinero “con una ligereza imperdonable” a quien le presentó al cliente y ello sin cerciorarse de que tuviera poder o autorización para cobrar. El cliente nunca cobró lo recibido. Pese a que estaba perfectamente determinado el día en que el abogado entregó el dinero a persona distinta del cliente, la STS de 15 de junio de 2002, Sección Sexta, Ar. 7594, no considera que ése sea el día en que deba comenzar a correr el plazo de prescripción sino que, por el contrario –invocando sus anteriores Sentencias de 10 de noviembre de 1993, Ar. 8200, 18 de febrero de 1994, Ar. 947, y 9 de marzo de 1995, Ar. 1933– lo sitúa en la fecha en que terminaron las relaciones entre abogado y cliente, fecha en la que todavía cabe presentar una liquidación correcta. Aunque en otros supuestos esa doctrina pueda resultar correcta porque realmente no se consuma la infracción hasta que termina la relación con el cliente o porque pueda entenderse que la infracción se sigue cometiendo en tanto tal relación permanece, en el presente caso su aplicación parece una modificación de la fecha de comisión de la infracción sin justificación suficiente.

12. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS SANCIONES

A) Sentencia que condena a un Ayuntamiento a imponer las sanciones administrativas que correspondan a las infracciones que ella misma considera probadas

De gran interés, es la STS de 17 de junio de 2002, Sección Quinta, Ar. 6594, que resuelve un recurso de casación contra una STSJ de Cantabria de 12 de junio de 1998, en la

VII. Derecho Administrativo Sancionador

que este Tribunal condenaba al Ayuntamiento de Noja a imponer las sanciones administrativas que correspondan como consecuencia de las infracciones urbanísticas que la sentencia declara probadas, a la luz de las pruebas practicadas en el proceso. La STS, tras constatar diversos hechos (tales como que la demanda presentada en instancia constituyó la segunda acción jurisdiccional que debieron interponer los denunciantes en su intento de que el Ayuntamiento restableciera la legalidad urbanística, que la sentencia de instancia declara que ha existido una pasividad municipal contumaz), considera que un mero fallo anulando el archivo del expediente de disciplina urbanística no habría amparado los derechos de los denunciantes y demandantes y considera ajustado a Derecho el fallo de la sentencia recurrida. En cuanto al alegato del Ayuntamiento de la indefensión que pudiera sufrir un tercero (la promotora a quien la sentencia de instancia condena al Ayuntamiento a sancionar), que no ha sido emplazado en el proceso, la Sala recuerda que el Ayuntamiento carece de legitimación para denunciar supuestas indefensiones ajenas, pero –además– añade que hubo un emplazamiento a dicha promotora.

B) Cambio del tipo infractor apreciado por la Administración. Requisitos para que no provoque indefensión

En ocasiones, el juez contencioso-administrativo anula la sanción impuesta por la Administración, pero encuadra los hechos en otro tipo y fija la sanción correspondiente a dicho tipo. Una muestra de ello, la ofrece la *STSJ de Baleares de 3 de mayo de 2002*, Ar. 585. Enfrentándose a esta cuestión, la *STS de 29 de abril de 2002*, Sala de lo Militar, Ar. 5811, entiende que con el cambio del tipo infractor (por el tribunal de instancia) “no se ha producido indefensión alguna, pues (...) no se han variado los hechos objeto de sanción y la distinta calificación de los mismos es admisible siempre que entre una y otra calificación exista relación de homogeneidad, en consideración a los elementos objetivos y subjetivos de los tipos sucesivamente apreciados así como la identidad del bien jurídico protegido”.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
MANUEL REBOLLO PUIG

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:

1. Consideración preliminar. **2. Objeto de la expropiación.** A) Demérito en parte sobrante: indemnización procedente aunque no resulte antieconómica la explotación. El cálculo del demérito está en función de la calificación urbanística del suelo, con independencia de cuál sea su uso real. B) Expropiación parcial para la constitución de servidumbres de uso público: no cabe prescripción adquisitiva a favor del Ayuntamiento sin desapoderación formal de la facultad de uso exclusivo a los propietarios, que, por tanto, tienen derecho al inicio del expediente expropiatorio. **3. Sujeto expropiado.** A) Legitimación del subarrendatario que no fue parte en el expediente expropiatorio ni en el proceso judicial subsiguiente: consecuencias procesales de la falta de notificación a la Administración de los negocios jurídicos *inter privatos* celebrados durante la tramitación del expediente expropiatorio. **4. Procedimiento expropiatorio.** A) Expropiación de urgencia: la motivación de la declaración de urgencia no sólo debe acreditar suficientemente los presupuestos fácticos que justifican el empleo de este procedimiento excepcional, sino que, además, ha de guardar coherencia con la actuación expropiatoria subsiguiente. **5. Garantías formales.** A) Vía de hecho: cálculo de la indemnización en supuestos de ocupación en vía de hecho y *dies a quo* para el cómputo del interés devengado. **6. Garantías sustanciales.** A) Reversión: legitimación de la Comunidad de Regantes para renunciar a la reversión de las acequias de su propiedad que transcurren por los terrenos de unos comuneros expropiados. B) Retasación: no tiene carácter sancionador para la Administración, sino que incorpora una garantía para el expropiado; por ello, el justiprecio fijado originariamente debe actuar como un “mínimo garantizado”.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se comenta en esta crónica la jurisprudencia más destacada del segundo y tercer trimestre de 2002. Ente lo más sobresaliente de los pronunciamientos analizados merece consignarse la doctrina sentada en relación a la motivación de la declaración de urgencia, en

la medida en que el Tribunal Supremo ha exigido, como refuerzo del control judicial del recurso —muchas veces inopinado— al procedimiento del art. 52 de la LEF, que dicha motivación guarde coherencia con la actuación expropiatoria subsiguiente. Asimismo destaca el pronunciamiento que se comenta en relación a la tutela demanial de un derecho de uso público sobre unas vías urbanas privadas protegidas registralmente que, desde la perspectiva de las servidumbres de uso público, sitúa al instituto expropiatorio en el eje de la garantía patrimonial en estos casos.

2. OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

A) Demérito en parte sobrante: indemnización procedente aunque no resulte antieconómica la explotación. El cálculo del demérito está en función de la calificación urbanística del suelo, con independencia de cuál sea su uso real

Como hemos señalado en otras ocasiones (véase, por ejemplo, el núm. 9 de esta Revista, pág. 144, o el núm. 16, págs. 179 y 180) la indemnización que corresponde a los expropiados que sufran un demérito en el valor de sus terrenos como consecuencia de una expropiación parcial de los mismos es una garantía patrimonial diferente a la que establecen los arts. 23 y 46 de la LEF, esto es, a la indemnización que procede ante la negativa de la Administración a la expropiación total cuando la explotación del resto no expropiado resulta antieconómica.

En relación a la primera garantía mencionada, la indemnización por demérito de la finca a consecuencia de una expropiación parcial (que no está supeditada a lo “antieconómico” que pueda resultar la explotación de lo no expropiado), cabe reseñar la doctrina sentada por la STS de 2 de julio de 2002, Ar. 5810, que resuelve en casación el recurso planteado contra la denegación judicial de la indemnización correspondiente por la expropiación parcial de unos terrenos que tenían la calificación de “suelo urbano industrial”. El Tribunal *a quo* había rechazado la procedencia de la indemnización solicitada por un demérito consistente en la angostura del acceso resultante a la parte no expropiada de la finca (2,5 metros de ancho) argumentando que no quedaba probado el uso industrial de los terrenos pese a gozar de esa calificación urbanística.

Al resolver el recurso planteado, el Tribunal Supremo recuerda su doctrina según la cual cuando la expropiación parcial de una finca produce un demérito en la porción restante, dicho demérito debe ser compensado “mediante una indemnización que sea proporcional al perjuicio real causado”, sin que sea necesario —frente a lo afirmado por el Tribunal *a quo*— la solicitud previa de la expropiación total conforme al art. 23 de la LEF. Tras lo cual, y frente a lo afirmado por el Tribunal de instancia, el Tribunal Supremo afirma que para reconocer y calcular dicha indemnización no puede:

VIII. Expropiación Forzosa

“desconocerse la trascendente circunstancia de estar en presencia de suelo urbano industrial, determinante de que esta especial calificación ha de ser considerada inexcusablemente a los efectos de las oportunas valoraciones, computándola por ser la que corresponde al momento de iniciarse el expediente de justiprecio, sin que en modo alguno pueda resultar transformada o alterada la aludida calificación del suelo, que si ha servido para valorar el terreno, debe también ser tenida en cuenta para determinar la procedencia de las indemnizaciones pretendidas como consecuencia de los deméritos alegados, resultando, pues, obligado el reconocimiento de la indemnización correspondiente al ‘acceso angosto’, en cuanto éste hace desmerecer notablemente el valor de la parcela, al ser ‘insuficiente para el paso de vehículos industriales’”.

Por lo que casa la sentencia impugnada y acuerda la procedencia de la indemnización solicitada aplicando a la superficie del suelo no expropiado un valor igual al cincuenta por ciento del precio unitario fijado para calcular el justiprecio de lo expropiado.

B) Expropiación parcial para la constitución de servidumbres de uso público: no cabe prescripción adquisitiva a favor del Ayuntamiento sin desapoderación formal de la facultad de uso exclusivo a los propietarios, que, por tanto, tienen derecho al inicio del expediente expropiatorio

Una de las posibilidades que brinda legislación expropiatoria es que puedan efectuarse expropiaciones parciales de modo tal que no se sustraiga al propietario el dominio pleno sobre la cosa sino una facultad del derecho de propiedad como, por ejemplo, la de uso exclusivo (arts. 1 LEF y 1 REF). En esta posibilidad se inscribe la constitución de derechos reales de servidumbre que se establecen sobre bienes privados para posibilitar el uso público del bien gravado, de modo que lo característico de estas servidumbres es la inexistencia de un predio dominante.

El desarrollo teórico de esta posibilidad tiene su raíz en art. 825 del Código Civil italiano que contempla la figura de los *diritti di uso pubblico* señalando el carácter demanial de estos gravámenes, lo que permite proyectar el régimen jurídico del dominio público sobre ciertos usos públicos que cabe extraer a la propiedad privada. En este sentido, debe convenirse que los derechos reales de uso público tienen perfecta cabida en el art. 531 CC, entrando en el ámbito de las servidumbres personales o impropias que pueden constituirse en favor de una persona o de la colectividad, según la clasificación genuina y propia de las servidumbres legales que hace nuestro Código Civil.

Desde el punto de vista del régimen jurídico de estos gravámenes, la consecuencia más importante es que el carácter demanial de las servidumbres personales de utilidad pública presupone aceptar que la afectación, cuando recae sobre bienes de titularidad privada, puede alcanzar naturaleza real y constituir un verdadero *ius in re aliena*. Esto conecta la teoría de los derechos reales de uso público con la idea de vinculación de la propiedad privada a fines públicos pero añadiéndole un plus determinante de su régimen jurídico: que esa vinculación constituye una auténtica afectación demanial que se materializa en la disociación del *ius utendi* del derecho de propiedad privada para abrirlo al uso público y someterlo a un régimen jurídico administrativo. Se verifica, con ello, una separación

entre titularidad pública del bien y régimen demanial en la que éste actúa de forma autónoma a la idea titularidad del bien.

Las servidumbres legales de utilidad pública constituidas a favor de un conjunto determinado de usuarios o del público en general son, por lo demás, una figura de gran raigambre en nuestro Derecho histórico, muchas de cuyas manifestaciones típicas se han dado en la órbita conceptual de las vías y caminos (es paradigmático el caso de las vías pecuarias que, antes de su conversión legal en bienes de dominio público, fueron definidas como servidumbres legales de paso para ganados por el propio art. 570 del Código Civil). Éste es el caso de los caminos rurales destinados al servicio de explotaciones agrarias o forestales que en muchos supuestos son objeto de un uso público invertido —a veces desde tiempo inmemorial— para el paso de personas, vehículos o ganado, pese a que, en la inmensa mayoría de los casos, se trata de caminos de propiedad estrictamente privada protegidos por la tutela posesoria e incluso registral. Como consecuencia de ello, los problemas posesorios que presentan estos caminos ha aflorado invariablemente cuando las Administraciones locales han intentado su recuperación o la tutela demanial de su uso público ante actos obstativos de los propietarios, amparándose para ello en la naturaleza demanial de los caminos que se deduce del art. 79.3 de la Ley de Bases de Régimen Local y, más claramente, del art. 3.1 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales. Pero de todos es conocido que frente al titular registral que se opone interdicialmente ante semejante pretensión administrativa, los proclamados dogmas de la imprescriptibilidad y la reipersecutoriedad demanial se desvanecen fácilmente.

En este contexto merece destacarse la **STS de 8 de julio de 2002**, Ar. 6549, que analiza la naturaleza de unas vías públicas destinadas al uso público durante más de treinta años sin que sobre ellas se hubiese producido actuación expropiatoria alguna. El caso enfrenta a un Ayuntamiento y a los propietarios registrales de las fincas afectadas por solicitar éstos la expropiación —nunca formalizada— del derecho de uso que sobre unos terrenos de su propiedad ejercía la comunidad por estar aquéllos destinados a vía pública. Frente a dicha solicitud, el Ayuntamiento afectado esgrime que los terrenos en cuestión han pasado a formar parte del dominio público por prescripción treintenal, afirmación que el Ayuntamiento apoya en los arts. 1, 2, 3.1 y 8.4 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales y en los arts. 1959 y 1963 del CC.

A la vista de estas alegaciones, el Tribunal Supremo apoya la tesis de los recurrentes afirmando que la usucapión alegada por el Ayuntamiento no se ha producido, pues:

“no es ésta la manera en que puede producirse la usucapión de la que habla el art. 8.4 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, pues ese destino a un uso o servicio exige, según doctrina jurisprudencial, que salgan del patrimonio de quien ostenta la titularidad de las fincas de que se trate, y que se realice un acto de afectación que, en el caso de las vías públicas, es de transformación de los terrenos en calle (...) la posesión por 30 años determinante de la usucapión tiene que estar basada en actos inequívocos, con clara

VIII. Expropiación Forzosa

manifestación externa, que revelen que se trata de una auténtica posesión en concepto de dueño, y no una mera detentación (...). Y como nada de esto ha ocurrido aquí, es claro que la prescripción adquisitiva no ha tenido lugar, por lo que la Administración demandada debe proceder a iniciar el correspondiente e inexcusable procedimiento expropiatorio para fijar el justiprecio correspondiente de unos terrenos que siguen siendo propiedad de la (...) recurrente (...).

Porque no es que un particular haya ocupado bienes del dominio público, sino que unos bienes particulares, inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de su dueño, inscripción que no ha sido anulada en ningún momento, la Administración pretende que son suyos porque en un plano parcelario aparecen representados gráficamente como calles (...). No es razonable que la Administración municipal pretenda que baste con dibujar un plano para que, sin más, se produzca la afectación de unos terrenos a un uso o servicio público.

Las fotografías que figuran en las actuaciones claramente muestran que se trata de unos caminos sin asfaltar, sin aceras ni signo de ninguna clase que permita acreditar una presencia municipal activa, ostensiva de esa posesión en concepto de dueño, que en modo alguno pueden ser tenidos por un viario de uso público (...). Lo que esas fotografías ponen de manifiesto es que allí hay una ausencia total de presencia municipal que sea indicativa de preocupación por una mínima actividad posesoria que patentice ese destino a ese uso o servicio público”.

En consecuencia, el Tribunal Supremo ordena que se inicie el procedimiento expropiatorio sobre las fincas en cuestión para que se fije el correspondiente justiprecio para compensar el uso público viario que se ha establecido sobre las mismas.

3. SUJETO EXPROPIADO

A) Legitimación del subarrendatario que no fue parte en el expediente expropiatorio ni en el proceso judicial subsiguiente: consecuencias procesales de la falta de notificación a la Administración de los negocios jurídicos *inter privados* celebrados durante la tramitación del expediente expropiatorio

La STS de 8 de julio de 2002, Ar. 6547, resuelve el recurso planteado por el subarrendatario de un local de negocios que fue objeto de expropiación con ocasión de la ejecución de un Plan Especial de Reforma Interior. El recurrente, que no fue parte en el expediente expropiatorio ni intervino en el proceso contencioso-administrativo a que dio lugar la expropiación, plantea en casación dos cuestiones de interés: la primera es la relativa a la capacidad procesal de quien es el actual arrendatario (subarrendatario de quien tuvo la condición formal de arrendatario en el procedimiento expropiatorio) para interponer el recurso de casación que se sustancia; la segunda se refiere al derecho que le puede asistir para reclamar el justiprecio derivado de la expropiación.

En relación a la primera de las cuestiones enunciadas, el Tribunal Supremo condiciona la legitimación casacional del recurrente que no ha sido parte en el proceso sustanciado en

instancia a la resolución de la cuestión de fondo. La argumentación del Tribunal es doble. De un lado, considera que el recurrente ostenta la condición de tercero interesado en el expediente expropiatorio, por lo que su posición procesal está íntimamente ligada a la resolución de la cuestión de fondo, lo que impide aplicar literalmente la aparente falta de legitimación activa casacional que se deduce del art. 96.3 de la LJCA de 1956 (aplicable al caso). De otro lado, el Tribunal señala que la cualidad de expropiado o de legitimado en la expropiación es una cualidad *ob rem*, por relación con el objeto real de la expropiación, de ahí que el art. 7 de la LEF disponga que las transmisiones operadas sobre el objeto expropiado no impedirán la continuación de los expedientes expropiatorios considerándose subrogado el nuevo titular en las obligaciones y derechos del anterior, precisando el art. 7 del REF que para que dicha subrogación se opere formalmente debe comunicarse a la Administración el negocio jurídico celebrado.

Comoquiera que el negocio celebrado entre el arrendatario primitivo que fue parte en el expediente expropiatorio y el ahora recurrente no fue notificado en su día a la Administración para que dicho traspaso pudiese constar y surtir efectos en el expediente expropiatorio –como disponen los preceptos referidos–, el Tribunal Supremo acaba declarando la improcedencia del recurso de casación interpuesto, fallando que las actuaciones expropiatorias se realizaron correctamente con la persona formalmente sujeta a soportar la potestad, pues:

“los derechos que invoca la sociedad recurrente en base a los artículos 3 y 6 de la Ley y del Reglamento del Expropiación Forzosa, emanan o derivan de un contrato locaticio de fecha posterior a las fechas de iniciación de los expedientes de expropiación y justiprecio; por cuya razón ni la Administración ni la Sala de instancia pudieron percatarse del conflicto intersubjetivo de las personas que pergeñaron aquel contrato de arrendamiento, sobre el que infundadamente se sustenta el señalado motivo casacional que, desde luego, rechazamos”.

4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Expropiación de urgencia: la motivación de la declaración de urgencia no sólo debe acreditar suficientemente los presupuestos fácticos que justifican el empleo de este procedimiento excepcional, sino que, además, ha de guardar coherencia con la actuación expropiatoria subsiguiente

Como hemos comprobado en ocasiones anteriores (véanse los núms. 1 y 13 de esta Revista, págs. 134 y 140, respectivamente), es doctrina consolidada del Tribunal Supremo la necesidad de interpretar los presupuestos de las expropiaciones urgentes en sentido estricto, tal y como reclama su carácter excepcional. Por ello, ante el abuso sistemático que de este procedimiento ha hecho la Administración, el Tribunal Supremo sostiene la necesidad de que concurra un doble presupuesto para legitimar una declaración tal, y que se concreta, de un lado, en la concurrencia de circunstancias de carácter excepcional que permiten acudir a este procedimiento; y, de otro, en la necesidad de motivar suficientemente el acuerdo que declare la urgencia.

VIII. Expropiación Forzosa

La cuestión de la urgencia constituye el núcleo argumental de la STS de 18 de mayo de 2002, Ar. 5739, relativa a la ocupación de unos terrenos para llevar a cabo los estudios geológicos que requería un proyecto de construcción de una presa en el río Esera en la Provincia de Huesca; caso del que nos ocupamos en el número anterior de esta Revista hidráulica al analizar la importante STS de 2 de marzo de 2002 por la que se declaró que la previa declaración de la utilidad pública de dicha obra hidráulica de interés general no se cubre con una mención legal, genérica e inespecífica, a las obras que resulten necesarias para paliar los efectos de sequía, aunque la inclusión del proyecto en los planes de obras del Estado sí habilita para la ocupación temporal de los terrenos (Justicia Administrativa, núm. 18, págs. 166 y 167).

La cuestión que se debate en esta otra sentencia se refiere a los presupuestos que determinaron en este caso la declaración de la urgencia efectuada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de octubre de 1998. Entre las razones que figuran en dicho Acuerdo como presupuestos legitimadores del recurso al procedimiento de urgencia del art. 52 de la LEF destacan las circunstancias señaladas en el Proyecto técnico de ejecución de la presa elaborado por la Secretaría de Estado de Aguas, en el que se recoge la necesidad de hacer frente a las carencias de la zona dominada por el Canal de Aragón y Cataluña que, como reza el citado informe, “es especialmente dinámica, y donde se han realizado fuertes inversiones privadas en la modernización del uso del agua que debe atenderse en el plazo más breve posible”, para lo que el propio informe aconseja el empleo del procedimiento expropiatorio de urgencia.

A juicio del Tribunal Supremo, este dato sería por sí mismo “una cumplida justificación de la urgente ocupación decidida por el Acuerdo impugnado”. Ahora bien, dicha justificación pierde su legitimidad porque:

“seguidamente en el propio acuerdo se declara que hay necesidad de realizar estudios geológicos y geotécnicos complementarios para garantizar la viabilidad y seguridad del proyecto (...), con lo que se viene a reconocer que no es posible acometer inmediatamente la ejecución de la obra hasta tanto no se hayan efectuado esos estudios imprescindibles (...) y, en consecuencia, no existe la urgencia declarada, y así en el mismo acuerdo se prevé la posibilidad de no ejecutarse las obras, para cuyo caso se recuerda que la legislación vigente contempla el eventual ejercicio del derecho de reversión” (la cursiva es nuestra).

Es decir, si es imprescindible llevar a cabo determinados estudios geológicos y geotécnicos para determinar la viabilidad y la ejecución técnica del proyecto es impropio del acuerdo de urgencia, que incurre así en una incoherencia lógica, aludir a la posibilidad de que no sea ejecutada la obra para la que se declara la urgente ocupación de los terrenos, que precisamente se acuerda para ejecutar inmediatamente la obra. En ello encuentra el Tribunal Supremo la clave para llegar a la conclusión que tal urgencia no existía en realidad. De hecho, como el propio Abogado del Estado afirma al contestar la demanda, la auténtica razón para declarar la urgente ocupación de los terrenos en este caso no vino dada por la urgencia de la ejecución de la obra, sino por la actitud obstruccionista de los propietarios y vecinos afectados, que dificultaban la tarea de los técnicos que debían eva-

luar la seguridad de las laderas del vaso del embalse proyectado. Pero, como afirma la sentencia comentada,

“El obstáculo que para la realización de los estudios encaminados a conocer si es o no viable la ejecución de la presa pueda suponer la conducta de algunos ciudadanos no puede vencerse o eludirse utilizando un instrumento legal, cual es la declaración de urgencia, previsto exclusivamente con la finalidad de no demorar la imprescindible ejecución de una obra.”

Lo que sería tanto como incurrir –añadimos por nuestra parte– en un supuesto de desviación de poder, en la medida en que se utilizarían espúriamente potestades administrativas para fines distintos a los previstos por el Ordenamiento jurídico. Obsérvese, por lo demás, que lo que al cabo hace el Tribunal Supremo es exigir coherencia entre las motivaciones de la urgencia y la actuación administrativa de ejecución de lo acordado. Ello significa reconocer una dimensión más incisiva del requisito de la motivación como presupuesto legitimador del recurso al procedimiento del art. 52 de la LEF y del ulterior control judicial, que no sólo operaría en un plano interno (el que atiende a la coherencia de la decisión misma en función de los presupuestos de hecho que la justifican), sino en un plano dinámico que se proyecta temporalmente y que se refiere a la necesaria coherencia “externa” que ha de guardar la declaración de la urgencia con la actuación administrativa subsiguiente. Cabe señalar, en fin, que esta doble coherencia exigible a la declaración de urgencia (“interna” y “externa”) es una técnica de control de la discrecionalidad a través de la motivación del acto que tiene un amplio asiento en otros ámbitos de la actuación administrativa, como es el caso del control judicial de la motivación contenida en la Memoria de los Planes urbanísticos.

5. GARANTÍAS FORMALES

A) Vía de hecho: cálculo de la indemnización en supuestos de ocupación en vía de hecho y *dies a quo* para el cómputo del interés devengado

La jurisprudencia ha sosteniendo reiteradamente el carácter dogmático unitario que, desde un punto de vista finalista, tiene la garantía patrimonial pública frente a las privaciones de bienes o derechos que provienen tanto de actuaciones lesivas con título (expropiaciones) como de las que carecen del mismo (responsabilidad patrimonial). La anterior afirmación se hace especialmente evidente en los supuestos en que la Administración realiza una actuación expropiatoria en vía de hecho, prescindiendo del procedimiento establecido al efecto, de forma que la garantía patrimonial frente a la privación no puede hacerse efectiva por el cauce procedimental del expediente de justiprecio y se formula por la vía de la reclamación patrimonial a la que se refieren los arts. 139 y siguientes de la Ley 30/1992.

VIII. Expropiación Forzosa

La distinción entre el procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración y el de expropiación forzosa no es, pues, sustancial, sino que tiene carácter formal o adjetivo. Es por ello que puede afirmarse que existe una similitud básica, derivada de su común finalidad, entre la indemnización por expropiación forzosa y la que procede del daño o perjuicio causado por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, como la jurisprudencia pone de manifiesto al acudir al instituto de la responsabilidad en supuestos materialmente expropiatorios. Todo ello sin olvidar, además, que la propia Ley 30/1992, al establecer los criterios para calcular la indemnización correspondiente en supuestos de responsabilidad se remite a los criterios de valoración establecidos en la legislación expropiatoria.

En este contexto dogmático, la orientación jurisprudencial más reciente ha declarado que en las expropiaciones ilegales que resultan de una vía de hecho administrativa al justiprecio por la privación del terreno debe añadirse una indemnización derivada de la responsabilidad patrimonial de la Administración expropiante, pues, de no reconocerse ésta, resultarían equivalentes los actos legales a los ilegales. Indemnización que, como recuerdan las SSTS de 20 de diciembre de 2001, Ar. 6104 de 2002, y de 8 de junio de 2002, Ar. 6138, viene fijándose en el 25 por ciento del valor de sustitución material de la cosa; porcentaje que no procede incrementar, sin embargo, con el premio de afección, pero sí con el interés legal del dinero que se devenga desde la fecha en la que la ocupación tiene lugar, tal y como afirma la STS de 8 de junio de 2002, Ar. 6139.

6. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Reversión: legitimación de la Comunidad de regantes para renunciar a la reversión de las acequias de su propiedad que transcurren por los terrenos de unos comuneros expropiados

La STS de 22 de julio de 2002, Ar. 6932, analiza el ejercicio de un derecho reversional que tiene como antecedente la expropiación que en el año 1975 se efectuó en beneficio de “Altos Hornos del Mediterráneo, SA” para la ejecución de una Planta Siderúrgica Integral en Sagunto; expropiación que comprendió los terrenos de algunos de los propietarios integrados en la Comunidad de Regantes del término municipal de Sagunto así como las acequias que permitían el riego de los mismos.

Al quedar algunas de las parcelas sin utilizar tras la ejecución de la mencionada Planta Siderúrgica, el Consejo de Ministros acordó su desafectación y así lo notificó a los antiguos propietarios para que pudieran ejercitar el derecho de reversión. Por su parte, la Comunidad de Regantes de Sagunto convocó una Junta General extraordinaria para abordar el asunto de la reversión de las acequias, pero no convocó a los antiguos propietarios expropiados por entender que al haber perdido por expropiación la propiedad de sus terrenos ya no eran usuarios del agua y, por tanto, no formaban parte de la Comunidad. En dicha Junta General se adoptó el acuerdo de que la Comunidad gestionara con “Altos Hornos del Mediterráneo” la posibilidad de renunciar al derecho de reversión de las acequias expropiadas a cambio de una cantidad de dinero y del compromiso de mantener

el uso de las acequias en tanto no se iniciase un proceso urbanizador, es decir, en tanto los terrenos afectados mantuviesen su destino agrícola.

Tras la fructificación de este acuerdo, los propietarios originariamente expropiados interpusieron un recurso de alzada ante la Confederación Hidrográfica del Júcar, que desestimó el recurso limitándose a señalar que la convocatoria de la Junta estaba legalmente efectuada al ser la Comunidad de Regantes la única propietaria de las acequias. Formulado el recurso contencioso-administrativo contra dicha resolución, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia lo desestima empleando los siguientes argumentos: a) la Junta de la Comunidad de Regantes era competente para adoptar el acuerdo referido por ser la propietaria de las acequias y de todos los brazales por los que se distribuye el agua de riego de los terrenos concernidos; b) la falta de citación a la Junta extraordinaria de los propietarios expropiados no les ha causado indefensión, pues, al haberse reservado la Junta en la escritura de renuncia del derecho de reversión el uso de las acequias mientras se mantenga el destino agrícola de los terrenos, se garantiza que los propietarios expropiados que ejerciten su derecho reversional puedan utilizar el agua para el riego e, incluso, volver a adquirir la condición de comuneros, y c) por esta razón, el Tribunal a quo no considera necesario entrar a considerar si por el hecho de ostentar el derecho de reversión, y antes de hacerlo efectivo, los propietarios expropiados tenían la condición de comuneros con base en un futuro derecho a usar las acequias.

Planteado el recurso de casación por los propietarios expropiados, el Tribunal Supremo lo rechaza y suscribe la tesis de instancia, precisando que:

“Tratándose de las acequias de la Comunidad –no la de los propios fundos expropiados, con las que no deben confundirse–, la consecuencia es que el ejercicio del derecho de reversión o su renuncia compete acordarlo, conforme al propio artículo 54 de la Ley de Expropiación Forzosa, a la misma.”

Asimismo, añade que la Comunidad de Regantes actuó dentro de la legalidad al no citar a los propietarios a la Junta Extraordinaria, porque:

“si como consecuencia de la expropiación los recurrentes perdieron los terrenos que se regaban con el agua que regulaba la Comunidad, su condición de comuneros se extinguió por desaparición de la causa que la determina, que no es otra, según lo previsto en el artículo 73 de la Ley de Aguas, que ser ‘usuario del agua y otros bienes de dominio público hidráulico de una misma toma o concesión’. De ahí que la convocatoria a la Junta General haya sido correcta al entenderse sólo con los usuarios que en ese momento ostentaban tal cualidad, de la que carecían los recurrentes. Otra cosa no era posible a la vista de la redacción del artículo 76.2 de dicha Ley, a cuyo tenor ‘La Junta General, constituida por todos los usuarios de la comunidad, es el órgano soberano de la misma, correspondiéndole todas las facultades no atribuidas específicamente a algún otro órgano’, facultades entre la disponibilidad de sus bienes y derechos [art. 216.3.e) del Reglamento], pues no otra cosa es la renuncia a la reversión”.

VIII. Expropiación Forzosa

Y además, como bien señalaba la sentencia recurrida:

“el posible interés que sobre las acequias puedan tener los recurrentes queda salvaguardado con la cláusula añadida a la escritura de renuncia, al garantizar la continuidad del riego hasta que desaparezcan las condiciones agrícolas de los predios. En cualquier caso, ese interés, caso de tener un contenido patrimonial, sería ejercitable ante los Tribunales de la jurisdicción civil, por ser de naturaleza privada y referirse a las relaciones económicas existentes entre los afectados y la Comunidad, relaciones que están desprovistas de cualquier matiz público, único protegible por esta vía jurisdiccional”.

B) Retasación: no tiene carácter sancionador para la Administración, sino que incorpora una garantía para el expropiado; por ello, el justiprecio fijado originariamente debe actuar como un “mínimo garantizado”

Como hemos señalado en otras ocasiones, la jurisprudencia viene afirmando el marcado corte garantista de la retasación, en la medida en que por ella se pueden evitar los perjuicios que por la demora en el pago del justiprecio pudieran derivarse para aquél mediante la declaración de caducidad de los justiprecios expropiatorios por el mero transcurso de los plazos legales sin haber hecho efectivo al expropiado su importe o haber consignado el mismo. Por ello, la retasación supone una nueva valoración con la que se impone la fijación de un nuevo justiprecio que, como tiene declarado la jurisprudencia, no puede quedar condicionado a lo que las partes ofrecieron en sus iniciales hojas de aprecio, de modo que los criterios de valoración aplicables serán los pertinentes al momento en que se solicita la retasación, pues de otro modo no sería lógica la remisión legal a los preceptos legales contenidos en el Capítulo III del Título III de la Ley de Expropiación Forzosa.

Abundando en esta línea, la STS de 24 de junio de 2002, Ar. 5753, declara que de la retasación no tiene un carácter sancionador para la Administración a causa de su inactividad, siendo su finalidad única incorporar una garantía a favor del expropiado, por lo que:

“resultaría absurda cualquier interpretación que nos permitiera señalar un nuevo justiprecio inferior al fijado inicialmente, a los dos años desde que el justiprecio quedó fijado definitivamente en vía administrativa, sin que éste se pague o consigne, pues el propietario-expropiado tuvo que soportar las consecuencias adversas de la demora en el pago del justo precio, y consiguientemente no puede resultar más perjudicado por el retraso o laxitud de la Administración en el pago”.

Como consecuencia de ello, el justiprecio originariamente fijado opera como un “mínimo garantizado cuando al momento de solicitarse la retasación el valor de los bienes expropiados disminuya en el mercado”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
EMILIO GUICHOT REINA
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad Subjetiva. A) Responsabilidad por daños causados por concesionarios. Imputación a la Administración cuando no tramita las reclamaciones que se formulan ante ella, y posibilidad de repetición ulterior contra el contratista. B) Imputación a la Administración de los daños cometidos por presos en libertad provisional, con independencia del funcionamiento normal o anormal del servicio. C) Falta de imputación a la Administración organizadora del evento de los daños físicos sufridos por un jugador en un partido de fútbol. **3. Objetividad del sistema y nexo de causalidad.** A) Atropellos de personas por ferrocarriles. Diversos grados de contribución de la víctima a su producción. Jurisprudencia civil. B) Suicidio de internos: exigencia de un funcionamiento anormal para establecer el nexo causal. C) Desprendimiento de rocas en carreteras. Inexistencia de fuerza mayor. D) Negativa municipal a la suscripción de un convenio urbanístico tras negociaciones entre una empresa privada y el Delegado de Urbanismo: ausencia de relación de causalidad entre la actuación municipal y la no realización por la empresa de los beneficios esperados. E) Daños sanitarios: doctrina general sobre la exigencia de anormalidad para imputar el padecimiento a la Administración. F) Nacimiento de hijo con síndrome Down de madre en edad de riesgo, sin previa práctica de pruebas para detectar anomalías en el feto. G) Alcance del consentimiento informado en materia sanitaria: imputación de responsabilidad por frustración del derecho a la libertad de opción del paciente. **4. Antijuridicidad del daño. Acogida implícita de la teoría del margen de tolerancia respecto a los daños derivados del ejercicio de potestades discrecionales. 5. Daño indemnizable. Perjuicio moral derivado de un procesamiento penal con base en una información errónea por parte de la Administración. 6. Acción de responsabilidad y procedimiento.** A) *Dies a quo* para solicitar indemnización a un Ayuntamiento por la omisión de adoptar medidas para salvaguardar la legalidad urbanística. B) *Dies a quo* para el cómputo del plazo: interpretación *pro actione*. **7. Responsabilidad del poder judicial.** A) Error judicial: cómputo del plazo para instar su reconocimiento desde el día de notificación de la sentencia incurra en error. B) Prisión preventiva por inexistencia subjetiva acreditada por prueba de ADN.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica hemos destacado un número notable de pronunciamientos que nos sumerge, una vez más, en el casuismo que es connatural al instituto de la responsabilidad, casuismo que, unido a la dificultad de argumentar a partir de un sistema aparentemente objetivo, y al peso silente pero decisivo que con frecuencia juegan las decisiones *pietatis causa*, deja con frecuencia en el jurista la frustrante sensación de que resulta ciertamente difícil prever la suerte que puede correr cada acción de responsabilidad.

2. IMPUTABILIDAD SUBJETIVA

A) Responsabilidad por daños causados por concesionarios. Imputación a la Administración cuando no tramita las reclamaciones que se formulan ante ella, y posibilidad de repetición ulterior contra el contratista

La STS de 26 de marzo de 2001, Ar. 4815, resulta de interés, en cuanto compatibiliza la afirmación de la doctrina general sobre el reparto de responsabilidades entre la Administración y sus concesionarios, con una solución garantista en los supuestos en que la Administración incumple el procedimiento legalmente establecido.

En el caso de autos, el daño había sido provocado por vertidos incontrolados llevados a cabo por la empresa concesionaria del servicio municipal de vertedero de escombros. El perjudicado planteó reclamación indemnizatoria ante el Ayuntamiento correspondiente, que no dio traslado de la misma al concesionario, ni respuesta alguna al reclamante.

El TS comienza recordando cuál es la regulación de la responsabilidad del concesionario en nuestro Derecho, doctrina general que conviene reproducir, por cuanto no siempre ha resultado pacífica:

“(…) la Administración sólo responde de los daños efectivamente causados por su propia actividad o por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización de la actividad administrativa, pues cuando los perjuicios ocasionados a los usuarios o a terceros emanan o derivan de la actuación de los concesionarios de servicios públicos, no se imputan a la Administración concedente, salvo que el daño tenga su origen en una cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento por éste –artículo 121.2 de la Ley de Expropiación Forzosa–; por ello, en estos supuestos, la responsabilidad originada es a cargo del concesionario y es administrativa, y no civil, y se sustancia en el ejercicio de una actividad arbitral por la Administración concedente, ante la cual el perjudicado dirigirá la reclamación, según preceptúan los artículos 123 de la Ley Expropiatoria y 137 de su Reglamento”.

Ahora bien, en el caso de autos, ante la imposibilidad de trasladar la responsabilidad al concesionario (que no fue parte ni en vía administrativa ni en vía contenciosa) se impu-

IX. Responsabilidad Administrativa

ta la responsabilidad a la Administración, por incumplir con su pasividad el procedimiento establecido, no dejando otra posibilidad al perjudicado que reclamar contra ella. Todo ello dejando a salvo el derecho de repetición contra el concesionario.

Nos parece una sentencia modélica, que pone las cosas en su sitio. Es decir, reafirma el reparto de responsabilidades que se extrae del grupo normativo aplicable, y lo compatibiliza con la necesaria garantía del particular, que no puede quedar mermada por una omisión ilegal por parte de la Administración, al tiempo que permite el ejercicio ulterior de la acción de regreso que posibilita la salvaguarda del reparto de responsabilidad consagrado por la ley.

B) Imputación a la Administración de los daños cometidos por presos en libertad provisional, con independencia del funcionamiento normal o anormal del servicio

La STS de 4 de junio de 2002, Ar. 6292, parte de un supuesto que, lamentablemente, no es la primera vez que ocupa lugar en los repertorios de jurisprudencia: el homicidio de una persona a manos de un recluso que se encontraba en libertad condicional. Resulta de interés esta sentencia por cuanto, como hemos insistido en numerosas ocasiones, en los casos en que se imputa a la Administración una responsabilidad por la omisión de prevenir la conducta de terceros o de la propia víctima (en casos de autolesiones), la jurisprudencia exige, como norma general, la existencia de un elemento de anormalidad en el funcionamiento de los servicios públicos. Sin embargo, el que comentamos es uno de los excepcionales supuestos en los que el TS admite una responsabilidad puramente objetiva, al entender que, pese a que “fue correcta y diligente su actuación, tanto en la concesión de la libertad condicional del penado, como en su posterior vigilancia y tutela durante todo el tiempo en que aquél permaneció en la referida situación (de libertad condicional)”, en estos casos la víctima no tiene la obligación de soportar el daño.

“Por ello, con arreglo a la conciencia social, no es adecuado que tales perjuicios sean soportados de manera individual por aquellos en quienes se concretan los resultados dañosos de los inevitables fracasos penitenciarios, sino que deben ser compartidos en virtud del principio de solidaridad por el conjunto de la sociedad que sufraga el gasto público, ya que la lesión causada al particular se asimilaría a una obligación pública —*l'égalité devant les charges publiques*, según la doctrina francesa— que, como tal, no puede gravar sobre un solo ciudadano y, por tanto, debe repartirse entre todos, a través de la correspondiente indemnización de la víctima, cuya carga definitiva, por la mecánica del impuesto, incumbe a los contribuyentes.”

¿Es ésta la respuesta más coherente que un sistema jurídico debe ofrecer a supuestos tan lamentables como el enjuiciado en el asunto de autos? ¿Cabe entender, por el contrario, que estos daños deberían ser previstos y compensados por vía asistencial, fuera de la órbita de la responsabilidad por daños de los poderes públicos? Es éste un interrogante que pone en cuestión la concepción misma del instituto de la responsabilidad. En todo

caso, lo cierto es que en un sistema proclamado objetivo como el nuestro, se trata de una solución que, no es posible negarlo, encuentra fácil acomodo en sede indemnizatoria.

C) Falta de imputación a la Administración organizadora del evento de los daños físicos sufridos por un jugador en un partido de fútbol

A menudo, los tribunales conocen de reclamaciones por perjuicios sufridos con ocasión de la participación del dañado en acontecimientos potencialmente dañinos. Puede decirse que, en estos casos, la producción del daño es un riesgo que asumen los participantes, y la Administración sólo debe responder cuando se detecta una anomalía en la organización que le sea imputable. Hemos visto numerosos ejemplos a lo largo de estas Crónicas, señaladamente los relacionados con festejos municipales con reses, material pirotécnico, etc.

El pronunciamiento que ahora reseñamos se refiere a la organización de competiciones deportivas. En la STS de 1 de julio de 2002, Ar. 6300, se descarta que la Administración municipal deba responder por los daños físicos consecuencia de una lesión sufrida en el curso de un partido de fútbol organizado por un Ayuntamiento. Estima que el accidente se produjo durante el ejercicio de un deporte en donde cada jugador asume el riesgo que se deriva de sus propias incidencias.

3. OBJETIVIDAD DEL SISTEMA Y NEXO DE CAUSALIDAD

A) Atropellos de personas por ferrocarriles. Diversos grados de contribución de la víctima a la producción del daño. Jurisprudencia civil

Traemos a colación tres sentencias que se inscriben en una tipología nada infrecuente de supuestos, a saber, los atropellos ferroviarios (a menudo, de menores) y las posteriores reclamaciones de indemnización, tema este al que ya hemos dedicado la atención en crónicas precedentes, incluido el número anterior.

Lo primero que llama la atención es que las tres sentencias dictadas en el período que abarca esta crónica han sido pronunciadas por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, botón de muestra, uno más, del difícil camino hacia la unificación de jurisdicciones, hoy firmemente afirmada en el plano normativo en la LOPJ y en la LJCA.

El contraste entre las sentencias resulta interesante en cuanto permite seguir comparando la pluralidad de soluciones en función de los hechos determinantes del accidente: en una, el daño es atribuible por entero a la Administración, en otra se reparte por mitades, y en la tercera es imputable exclusivamente a la víctima.

– En la STS de 24 de julio de 2002, Ar. 6490, la atropellada es una niña de ocho años que se salta la barrera de un paso a nivel, habiendo acreditado la Administración que éste

IX. Responsabilidad Administrativa

reunía todos los requisitos tecnológicos de aviso y prevención. La Administración no es responsable, pues, del resultado lesivo.

– En la **STS de 17 de mayo de 2002**, Ar. 4974, un adolescente de quince años que transitaba por un sendero adyacente a las vías del tren es atropellado. El maquinista había hecho sonar la señal acústica para prevenirle, pero el joven, ante la dificultad de abandonar el sendero por la presencia de jaras y zarzales, se limitó a apartarse de forma insuficiente para evitar la colisión. La existencia de un camino paralelo a la vía férrea habilitado para peatones, que el joven no utilizó, y el recurso del maquinista al aviso sonoro no son suficientes, a juicio del TS, para excluir la responsabilidad de la Administración, al entender que el maquinista debió prever la posible presencia de peatones e incluso la reacción del joven de no echarse a un lado (que, no obstante, nótese, el propio TS califica de “insólita”) y detener, en consecuencia, la locomotora. En consecuencia, la responsabilidad se reparte por mitades.

– Finalmente, la **STS de 25 de abril de 2002**, Ar. 5243, condena solidariamente a RENFE y a un Ayuntamiento por el fallecimiento de un menor al atravesar en bicicleta un paso a nivel sin barreras y ser arrollado por el tren, habida cuenta de la peligrosidad de este tipo de cruces, que, de hecho, con posterioridad fue eliminado y sustituido por una paso subterráneo. Por cierto, que la sentencia suscita alguna cuestión adicional, en cuanto desestima la invocación por el Ayuntamiento del cumplimiento de la Ley de Bases de Régimen Local y la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aduciendo el TS que en casación sólo cabe alegar ante el orden civil la infracción de normas de rango legal de derecho privado, lo que nos genera la reflexión de que, en la evolución actual del Derecho, no resulta tan fácil discriminar cuándo una norma tiene ese carácter, ni tan evidente desentrañar el auténtico sentido de esta prescripción, cuando el ordenamiento es uno y, menos aún, en los casos en que los tribunales civiles se empeñan en enjuiciar, la actuación de la Administración, a efectos indemnizatorios.

B) Suicidio de internos: exigencia de un funcionamiento anormal para establecer el nexo causal

Otro de los supuestos tipo que dan origen a una abundante causuística, y que ya hemos analizado en crónicas precedentes, son los casos de fallecimiento por suicidio de detenidos, reclusos o internos en psiquiátricos. La dificultad jurídica estriba en determinar en qué medida el daño, cuya causa inmediata y directa está en la propia voluntad de la víctima, puede imputarse a la Administración. Como es sabido, hace años que el TS ha hecho evolucionar su teoría de la causalidad, que ha pasado de la exigencia de una causalidad inmediata, directa y exclusiva hasta admitir causas mediatas, indirectas y concurrentes que de existir, en la teoría jurídica proclamada por el TS, moderan proporcionalmente la reparación a cargo de la Administración (moderación, todo hay que decirlo, que con frecuencia no se observa, al menos de forma expresa, en la resolución de los casos concretos).

En casos como el que nos ocupa, la clave radica en enjuiciar si el daño puede imputarse a la omisión de adoptar las medidas exigibles en función de los riesgos previsibles a la luz de las circunstancias del interno en cuestión, esto es, si existió un “funcionamiento

anormal”. Para ello, los criterios determinantes del funcionamiento normal son, entre otros, una correcta clasificación médica del paciente —que puede alertar de las tendencias depresivas y/o suicidas—, la requisita y en su caso falta de puesta a disposición del interno de medios con los que pueda intentar quitarse la vida; una vigilancia cuya intensidad varía en función de los antecedentes médicos y psiquiátricos del interno; y una inmediata reacción una vez detectado el intento de suicidio.

En el período considerado, se han dictado diversas sentencias que atienden a este esquema fáctico y jurídico:

– En la **STS de 18 de mayo de 2002**, Ar. 5740, se parte del fallecimiento por ahorcamiento en las dependencias de una Comisaría de Policía de un detenido, que utilizó el cordón que se encontraba cosido a la cintura de su pantalón. Se estima que la responsabilidad deriva de la falta de requisita del cordón y de una vigilancia más intensa. Se modera la indemnización ateniendo a que el interno estaba en estado de ansiedad, pero no de enajenación o trastorno mental transitorio, que hubiera precisado una vigilancia permanente o su ingreso médico, como lo prueba, entre otros, el tesón y razonamiento demostrado para pensar y ejecutar la provisión del medio con que se quitó la vida.

– En la **STS de 3 de junio de 2002**, Ar. 5748, el supuesto es, de nuevo, el suicidio de un detenido en una Comisaría de Policía. Éste se encontraba bajo el síndrome de abstinencia, recluso en una celda de reducidas dimensiones, cuando “atendida su situación física y psíquica, era más aconsejable y razonable que hubiera sido internado en un centro sanitario o se extremase la vigilancia policíaca dispensada”, y ello “a pesar de que el malogrado joven, por haber sido detenido en anteriores ocasiones, era conocido por las fuerzas de seguridad” (sin que nunca antes, parece colegirse, hubiera tratado de quitarse la vida).

– En el supuesto de la **STS de 28 de diciembre de 2001**, Ar. 6285, muere por sobredosis el interno de una prisión cuando se encuentra en celda de aislamiento, precisamente cumpliendo castigo por habersele detectado la posesión de una aguja hipodérmica. La negligencia administrativa es evidente, pues se encontraron útiles para inyectarse ¡en la propia celda de aislamiento! No obstante, el TS tiene en cuenta que el recluso nunca había accedido a integrarse en programas de desintoxicación, por lo que se procede a moderar la indemnización.

– En la **STS de 8 de julio de 2002**, Ar. 6548, de nuevo es un preso el que muere por sobredosis, y de nuevo se modera la indemnización.

– Finalmente, en la **STS de 18 de julio de 2002**, Ar. 6606, el nexo causal entre el suicidio de un recluso y la actuación administrativa se hace derivar, exclusivamente, de la falta de reconocimiento y clasificación médica del mismo en el momento de ingresar en prisión, que podrían haber conducido, de haberse realizado, a detectar las tendencias suicidas del recluso.

IX. Responsabilidad Administrativa

C) Desprendimiento de rocas en carreteras. Inexistencia de fuerza mayor

Las SSTs de 13 de diciembre de 2001, Ar. 5183, y de 31 de enero de 2002, Ar. 5055, tienen en común un mismo presupuesto fáctico, ya que en ambos casos el daño deriva del desprendimiento de rocas de las márgenes de carreteras, que ocasiona sendos accidentes de tráfico. En ambas, la Administración alega que se trata de un supuesto de fuerza mayor excluyente de su responsabilidad.

– En la primera de ellas, el TS tiene en cuenta que en el punto en que se produjo el accidente era frecuente el desprendimiento de fragmentos de roca, circunstancia que era conocida por la Administración, y considera que la dificultad o coste de las medidas que hubieran de haberse arbitrado, no exoneraba a la Administración de haberlas arbitrado si eran necesarias (de hecho, toma en consideración que con posterioridad al accidente se procedió a la colocación de barreras de contención y forrado de un tramo de ladera con rejilla). Y todo ello sin que pueda hablarse de fuerza mayor ya que los desprendimientos no eran ni inevitables ni tampoco ajenos al actuar de la Administración responsable de la conservación y ejecución de las carreteras, ni el día de autos concurrían circunstancias extraordinarias que hiciesen más peligrosa la circulación por incrementar el riesgo de desprendimientos, como podría haberlo sido una situación atmosférica excepcional.

– Esta última nota, precisamente, marca las diferencias con la segunda de las sentencias citadas, sin que ello lleve al TS a acoger una solución distinta. En este caso, el desprendimiento tuvo lugar con ocasión de una fuerte precipitación de lluvia en pleno verano en las horas inmediatas anteriores al desprendimiento. Además, otro elemento diferencial es que en el lugar del accidente sí se habían llevado a cabo obras de contención de las piedras que se desprendían con habitualidad. Aun más, en ese tramo de carreteras existía señalización vertical de tráfico indicadora de peligro de desprendimientos y de obstáculos en la calzada. La Administración alega que el desprendimiento de rocas que causó el accidente tuvo lugar con ocasión de una fuerte tormenta de verano, y que las medidas de seguridad estaban dentro del estándar objetivo del servicio, por lo que había que considerar el supuesto como de fuerza mayor. El TS atiende a la insuficiencia de las medidas adoptadas, puesto que éstas consistían en la instalación en los años setenta de una malla metálica, la cual, no obstante, estaba rota por muchos sitios y destinada a retener exclusivamente piedras de pequeño tamaño; así como a la existencia de quejas reiteradas por la producción de desprendimientos, que habían llevado al municipio por donde transcurría ese tramo de carreteras a instar de la Diputación respectiva la adopción de medidas protectoras más eficaces. Estos factores le llevan a afirmar la existencia de nexo causal y descartar la existencia de fuerza mayor.

D) Negativa municipal a la suscripción de un convenio urbanístico tras negociaciones entre una empresa privada y el Delegado de Urbanismo: ausencia de relación de causalidad entre la actuación municipal y la no realización por la empresa de los beneficios esperados

La STS de 19 de julio de 2002, Ar. 6609, aborda una cuestión de gran interés, el de la indemnizabilidad de las expectativas económicas generadas por la Administración al calor de la negociación de un convenio urbanístico.

Una empresa propuso al Pleno de un Ayuntamiento la firma de un convenio urbanístico por el que se canjeaban unos terrenos de su propiedad, situados en un Parque Natural, y recién adquiridos con el único fin de su posterior trueque a cambio de la cesión por el Ayuntamiento de unos derechos urbanísticos en suelo urbanizable. El Pleno no atendió a la solicitud y la empresa solicitó indemnización por la diferencia entre el valor actual de mercado de dichos terrenos y el de los aprovechamientos urbanísticos a cuyo canje aspiraba. Alegaba que había sido la actuación previa del Ayuntamiento, y, en particular, la negociación con el Concejal de Urbanismo, la que le habían llevado a la compra de terrenos para su frustrado canje. Obsérvese que se pretendía indemnización precisamente por la diferencia de valor entre los dos bienes permutados, lo que revela una falta de sinagmaticidad en las prestaciones. No resulta extraño que en este asunto, el convenio se frustrara al no obtener la operación el visto bueno de los técnicos municipales. En efecto, el Delegado de Urbanismo había negociado la permuta y había seguido adelante con el proyecto de Convenio a pesar de la oposición manifestada en diversos informes desfavorables de diversos técnicos municipales, que ponían de relieve la ilegalidad e inoportunidad del mismo, y su falta de conveniencia desde el punto de vista económico.

Frustrado el convenio a la vista de los informes desfavorables, se formula reclamación patrimonial, alegando vulneración del principio de confianza legítima, teniendo en cuenta, sobre todo, que el Ayuntamiento había hecho pública su intención de suscribir convenios para permutar terrenos del Parque natural por aprovechamientos urbanísticos. El TS entiende que ni este dato, ni las afirmaciones y actuaciones del Concejal de Urbanismo comprometen a un resultado al Ayuntamiento y, por tanto, que:

“(…) por parte de la Administración demandada no solamente en ningún momento se había adquirido compromiso alguno con la recurrente, sino que la posibilidad de la adquisición de los terrenos constituía una simple expectativa de resultados inseguros y desprovistos de toda certidumbre por lo que, en definitiva, no surge el derecho a la indemnización al no darse la relación de causa-efecto entre el actuar administrativo y la lesión patrimonial que se dice causada”.

E) Daños sanitarios: doctrina general sobre la exigencia de anormalidad para imputar el padecimiento a la Administración

En materia de daños sanitarios, la STS de 25 de abril de 2002, Ar. 5276, expresa un principio que hemos puesto aquí de relieve *ad nauseam*, el de que se exige la existencia de un funcionamiento anormal, desviado de lo prescrito en los protocolos médicos, para determinar la responsabilidad. Lo hace de una forma tan rotunda y clara que merece la cita:

“Prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por tanto no pueden tener la consideración de lesiones antijurídicas.”

IX. Responsabilidad Administrativa

F) Nacimiento de hijo con síndrome Down de madre en edad de riesgo, sin previa práctica de pruebas para detectar anomalías en el feto

En el asunto que resuelve la STS de 7 de junio de 2002, Sala de lo Civil, Ar. 5216, una mujer de cuarenta años queda embarazada. A pesar de que la gestante había expresado al ginecólogo sus temores acerca de la salud del feto, por hallarse en edad de riesgo, el especialista se limitó a tranquilizarla, sin hacerle prueba alguna. El niño nació con síndrome Down. El TS entiende que no puede hablarse de un nexo causal entre la falta de pruebas e información a la paciente y el síndrome que aqueja al recién nacido, ni entre aquéllas y la privación del derecho a abortar, al que en ningún caso se refirió la paciente durante la gestación, sino que se limitó a expresar su preocupación.

Nos parece que esta sentencia no guarda coherencia con doctrina jurisprudencial anterior, que hemos comentado en estas crónicas, sobre casos de nacimientos de niños tras operaciones de esterilización sin haber informado de la posibilidad remota de que, aun así, la fecundación pudiera producirse; o de niños aquejados de malformaciones o discapacidades, como en este supuesto, con falta de pruebas previas para detectarlo. De ordinario, el TS distingue entre el nacimiento del niño, que nunca puede considerarse un perjuicio en sí —por razones que entroncan con la propia dignidad humana— y la privación ilegal del derecho a ser informado y la consiguiente frustración de la autonomía decisiva de cada persona, concepto este por el que se concede indemnización. La sentencia comentada se aparta de esta línea.

G) Alcance del consentimiento informado en materia sanitaria: imputación de responsabilidad por frustración del derecho a la libertad de opción del paciente

La sentencia antes comentada puede compararse —bien que guarda diferencias notables en su presupuesto— con la STS de 2 de julio de 2002, Sala de lo Civil, Ar. 5514, que examina el tema del consentimiento informado en materia sanitaria. La base fáctica la proporciona una operación de vasectomía a resultas de la cual el paciente sufre la pérdida de un testículo por atrofia. La Sala de lo Civil descarta la imputación de culpa por negligencia, en ausencia de prueba de la misma, tras rechazar que se produzca en estos supuestos una inversión de la carga de la prueba. Obsérvese que, en este supuesto, el órgano jurisdiccional no aplica su teoría del daño desproporcionado, el resultado “que habla por sí solo” (*res ipsa loquitur*). Nótese, también, la complejidad de que un paciente anestesiado en un quirófano consiga probar que la operación no se desarrolló conforme a la *lex artis ad hoc*.

Descartada, por falta de prueba, la negligencia en la realización de la intervención, se aborda una segunda línea argumental trazada por el recurrente, que deriva el derecho a la indemnización de la falta de información previa acerca de la posibilidad de que de una operación de vasectomía pueda derivarse una secuela como la por él sufrida. En las intervenciones quirúrgicas, se requiere el consentimiento informado del paciente (que no ha de ser necesariamente escrito), y la carga de la prueba corresponde en esta ocasión al facultativo. Su obtención es condición necesaria para que el paciente ejercite “con cabal conocimiento (consciente, libre y completo) el derecho a la autonomía decisoria que

tiene su fundamento en la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)". Ello tiene aun más relevancia en los casos, como el presente, de medicina satisfactiva o voluntaria (por contraposición a la curativa o necesaria), puesto que la libertad de opción del paciente es evidentemente superior, dado que, a la vista de la información, puede decidir renunciar a la intervención sin quebranto de su salud. La sentencia precisa que el deber de informar no tiene carácter absoluto y omnicomprendivo pero obviamente se extiende a complicaciones "previsibles y frecuentes" (como la ocurrida en el caso de autos). Con base, pues, en la omisión del deber de información, se reconoce la pretensión indemnizatoria en su integridad (por un importe considerable, de siete millones de las antiguas pesetas).

4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO. ACOGIDA IMPLÍCITA DE LA TEORÍA DEL MARGEN DE TOLERANCIA RESPECTO A LOS DAÑOS DERIVADOS DEL EJERCICIO DE POTESTADES DISCRECIONALES

La STS de 24 de enero de 2002, Ar. 6881, tiene su origen en la denegación a una empresa de la licencia de apertura de un supermercado. La empresa solicitó ante los tribunales la declaración de ilegalidad de dicha denegación, y el reconocimiento del derecho a obtener indemnización por el montante del alquiler que tuvo que satisfacer durante el tiempo en que no pudo ejercer la actividad como consecuencia de la denegación ilegal de la licencia. El tribunal de instancia estimó parcialmente el recurso. Por una parte, consideró que la denegación, basada en los problemas de tráfico que podía generar la apertura, no estaba justificada a la vista de un informe pericial emitido en período de prueba, según el cual los problemas podían resolverse, destacando que en las proximidades había un centro comercial con cuatro mil plazas de aparcamiento. Sin embargo, no reconoció el derecho a indemnización, ya que "habiéndose sido los informes en parte favorables y en parte desfavorables durante el procedimiento tramitado por el Ayuntamiento, no podía preverse que se otorgase necesariamente la licencia, por lo que debe entenderse que los gastos que debieron afrontarse lo fueron a riesgo de la empresa". El TS adopta la misma argumentación. Entiende que se trata de uno de los supuestos en que el particular tiene la obligación de soportar el daño, puesto que, en el ejercicio de potestades discrecionales, el legislador ha querido que la Administración actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los elementos reglados que puedan existir. Pues bien:

"En supuestos de este tipo, es de entender que, siempre que el actuar de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables, debe considerarse que no existe lesión antijurídica."

La sentencia trae a colación, una vez más, la llamada "teoría del margen de tolerancia", que, en nuestra jurisprudencia se antoja una especie de "muerto que goza de buena salud", ya que, pese a que son reiterados los pronunciamientos que expresamente excluyen su aplicabilidad, no son tan excepcionales aquellos que, sin nombrarla, la acogen. En

IX. Responsabilidad Administrativa

primer lugar, habría que precisar que, en casos como los de autos, no puede hablarse en realidad de un actuar “libre” de la Administración dentro de unos márgenes de apreciación, salvo de forma impropia, puesto que, reconocida que la solución denegatoria adoptada era razonable, si de libertad realmente se tratara, la consecuencia necesaria sería la imposibilidad de anulación judicial de la misma, ya que un órgano judicial no puede sustituir la decisión razonable adoptada por la autoridad administrativa competente en el ejercicio de su libertad de opción. Más bien, estamos aquí ante un supuesto de la llamada “discrecionalidad técnica”, consistente en este caso en decidir si una determinada actividad puede ocasionar problemas de tráfico (en cuyo caso la única solución legal estriba en denegar la autorización) o no (y sólo cabe concederla). Es por ello por lo que, a través de pruebas periciales, un tribunal puede decidir si la solución es o no acorde a derecho. Una vez centrado así el debate jurídico, ha de constatarse que, en un asunto como el de autos, puede resultar comprensible la decisión adoptada por la Administración con base en dictámenes contradictorios, pero no se llega a alcanzar cuál sea el fundamento para que, una vez declarada ilegal dicha decisión, el particular haya de soportar los daños (que, en este caso, por lo demás, se limitaban a los alquileres abonados, y no al lucro cesante). Y no se entiende desde la perspectiva de un sistema que se proclama objetivo, y que prescinde, en pura teoría, del elemento de la culpa. La válvula de escape del sistema radica en la exigencia de una “lesión antijurídica”, esto es, que el particular no tenga obligación de soportar, porque así lo imponga el conjunto normativo. Este rodeo argumental ya resulta un tanto intrincado. Ahora bien, resulta más difícil aún argumentar que, dentro de un sistema objetivo que prescinde de indagar en la culpa, el particular tenga que soportar los efectos perjudiciales derivados de una decisión ilegal (razonable si se quiere, pero ilegal), a cuya producción él desde luego es por completo ajeno. Si esto se asume, habría que convenir que nuestro sistema no es objetivo, sino subjetivo y, aun más, que no toda ilegal puede considerarse culposa a efectos indemnizatorios.

5. DAÑO INDEMNIZABLE. PERJUICIO MORAL DERIVADO DE UN PROCESAMIENTO PENAL CON BASE EN UNA INFORMACIÓN ERRÓNEA POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

La STS de 24 de mayo de 2002, Ar. 5871, muestra hasta qué punto un mero error material puede causar grandes infortunios. En efecto, un error en la certificación emitida por la Administración tributaria sobre la cuantía de las actividades económicas de una persona (que cifra la cuantía en dólares, siendo en realidad en pesetas, dando apariencia así de un volumen de operaciones mucho mayor), lleva al afectado y a su esposa a enfrentarse a una denuncia por alzamiento de bienes. El reclamante alegaba daños materiales (consistente en embargo de cuentas), psicológicos (depresión subsiguiente) y sociales (desprestigio en su profesión, con pérdida de clientes asociada). La sentencia de instancia reconoce el derecho a indemnización por los daños morales derivados del nerviosismo, temores e incertidumbres propios del encausamiento en un procedimiento penal, “daño moral, calvario en nuestro lenguaje corriente, cuya existencia no necesita prueba alguna y ha de presumirse como cierto”. El TS, sin embargo, tiene en cuenta, que, frente a lo que señala el tribunal de instancia, la acción penal no está condenada al fracaso a la vista del error material cometido, puesto que el error se traduce tan sólo en una reduc-

ción de la cuantía y, en consecuencia, el éxito o el fracaso de la denuncia penal depende de otras circunstancias. Ahora bien, añade una argumentación que nos parece excesivamente rigurosa y formalista. Y es que, señala, cuando se utiliza la prueba por presunciones (en este caso, del daño moral), es preciso que el juzgador exprese el enlace preciso y directo entre el hecho admitido o demostrado y aquel otro cuya certeza se presume, que aquí faltaría (aplicado al caso, habría que demostrar el enlace entre la acción penal, que previamente se admite tiene como causa el error material, y el daño moral). Lo contrario, prosigue, sería admitir que siempre que una persona se vea envuelta en un proceso penal que finalmente concluya con sentencia absolutoria o sobreseimiento libre como consecuencia de una actuación u omisión de un poder público procede declarar la responsabilidad extracontractual del mismo, “y esto no es ni puede ser así. Y desde luego no puede serlo de modo automático, que a esto equivale el omitir como lo ha hecho la Sala de instancia— el indispensable (sic) razonamiento demostrativo de ese enlace preciso y directo (sic) entre el hecho indicio demostrado y el presunto daño”.

“Entenderlo de otro modo supondría estimar que el proceso constituye *per se* una lesión antijurídica lo que resulta incompatible con el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. Y sin que —cuando esa prueba tenga que establecerse mediante presunción judicial— pueda admitirse que baste la declaración del juzgador diciendo que se presume probado el hecho de que se trate, para tenerlo efectivamente por probado.”

Casada en este punto la sentencia de instancia, el TS entiende que los “daños morales” reconocidos (que integrarían los psicológicos y los sociales) no han quedado acreditados.

Por nuestra parte, compartimos, sin embargo, la solución acogida en la instancia, dado que es una doctrina muy asentada, emanada principalmente al calor de las acciones de responsabilidad del poder judicial, y de la que hemos dado cuenta en múltiples ocasiones, la que entiende que el verse incurso en un proceso penal provoca *per se* un daño moral, psicológico, en la faceta individual y en la social del individuo, que no es preciso acreditar, puesto que se presume. Ese daño moral no siempre lleva a una depresión clínicamente diagnosticada, o a la pérdida de clientela. Si se añaden estos factores, habrán de ser valorados para incrementar la indemnización, pero en ausencia de prueba de los mismos, sí ha de concederse una cantidad a tanto alzado. Estos daños han de indemnizarse cuando se establece el nexo causal, esto es, cuando derivan del funcionamiento anormal de la Administración, como es el caso y reconoce la misma sentencia, mientras que la argumentación en torno a la necesidad de hacer expreso el enlace preciso y directo nos parece, en este caso, excesivamente formalista y contradictoria con la doctrina apuntada.

IX. Responsabilidad Administrativa

6. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO

A) *Dies a quo* para solicitar indemnización a un Ayuntamiento por la omisión de adoptar medidas para salvaguardar la legalidad urbanística

La STS de 21 de diciembre de 2001, Ar. 5923, aborda una cuestión particular de la que no hemos tratado en estos casi cinco años de crónicas. Se trata de una persona que reclama una indemnización de su Ayuntamiento por no haber impedido, haciendo uso de su potestad de disciplina urbanística, un exceso de construcción en un inmueble contiguo a su propiedad, con la consecuencia de una minusvaloración de la misma. La sentencia analiza cuál ha de considerarse en estos casos el *dies a quo* para ejercitar la acción, y lo fija en el día de prescripción de la infracción urbanística. En efecto, sólo desde ese momento el daño es cierto y definitivo, puesto que el Ayuntamiento ya no podrá en ningún caso ordenar la reinstauración de la legalidad urbanística. Es a partir de ese momento cuando comienza a computar el plazo de un año de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual del propio Ayuntamiento por incumplimiento de su obligación de garantizar el cumplimiento de las normas urbanísticas.

B) *Dies a quo* para el cómputo del plazo: interpretación *pro actione*

La STS de 23 de julio de 2002, Ar. 6563, revela una vez más la amplia interpretación a favor del ciudadano que el TS viene haciendo del *dies a quo* para emprender acciones de responsabilidad (y también, en otro orden de cuestiones, de la existencia de nexo causal). La generosidad, a nuestro juicio, se explica, además, por las razones “humanitarias” presentes en el asunto.

En el caso de autos, la víctima es un disminuido psíquico que sufre un accidente a consecuencia del vuelco de una carretilla arrastrada por otros dos compañeros, a causa de la existencia de un escalón o desnivel en una rampa carente de la protección adecuada. El accidente ocurrió el 5 de mayo de 1983 en un taller ocupacional municipal. El 30 de enero de 1985, el padre de la víctima solicitó una ayuda económica para el sostén de su hijo al Ayuntamiento. El 7 de julio de 1986 instó del INSS la pensión de invalidez permanente, que le fue denegada, por lo que entabló acciones ante la jurisdicción social, que dieron origen a pronunciamientos en que la jurisdicción social, el 18 de abril de 1988 y en suplicación el 18 de octubre de 1991, en los que se desestima la demanda. Finalmente acudió con una pretensión similar a la jurisdicción contencioso-administrativa, que el 13 de julio de 1993, se declaró incompetente. Por fin, el 14 de enero de 1994 se interpone reclamación administrativa solicitando indemnización por responsabilidad extracontractual. El TS entiende que el *dies a quo* no puede ser el de la producción del accidente, porque entonces no se conoció el alcance de las secuelas, sino un momento posterior, que queda indeterminado. Habida cuenta de las acciones emprendidas, y, nótese, a pesar de que ninguna de ellas desde 1983 hasta 1994 fuera propiamente una reclamación de responsabilidad extracontractual, entiende interpuesta la demanda en plazo (y, cabe reseñar, la estima, al entender que la Administración está obligada a indemnizar, siendo intrascendente el cumplimiento acreditado de la normativa de seguridad).

7. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL

A) Error judicial: cómputo del plazo para instar su reconocimiento desde el día de notificación de la sentencia incurra en error

La STS de 14 de abril de 2002, Ar. 6631, aclara que el plazo para interponer demanda de declaración de error judicial, que conforme al art. 293.1.a) LOPD computa a partir del “día en que pudo ejercitarse”, se inicia el día de la notificación de la sentencia a la que se imputa el error, y no del día en el que se dicta la providencia que declara que dicha sentencia es firme, que juega a los solos efectos de iniciar la ejecución de la misma.

B) Prisión preventiva por inexistencia subjetiva acreditada por prueba de ADN

En la STS de 20 de diciembre de 2001, Ar. 6053, se reconoce el derecho a indemnización de una persona que había sido encausada por un grave delito, y acordada prisión provisional contra el mismo, a resultas de un cotejo de su ADN y el encontrado en el semen hallado en el lugar del delito, que descarta la autoría. Se considera un caso de inexistencia subjetiva.

EMILIO GUICHOT

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Personal funcionario. Puestos reservados. Están reservados a personal funcionario los puestos de trabajo cuyas funciones consisten en tareas burocráticas o de gestión administrativa. **3. Instrumentos de gestión del empleo público. Catálogo de puestos de trabajo. Modificación que queda fuera del ámbito de negociación colectiva. 4. Acceso al empleo público.** A) Requisitos. La colegiación no es un requisito para el acceso al empleo público, pero sí es obligatoria para el ejercicio de determinadas profesiones en el ámbito público y en el privado. B) Méritos. La posesión de un título de doctorado expedido por una Universidad extranjera puede ser valorada como mérito si dicho título está homologado. Acceso a plaza de profesor titular de Escuela universitaria. C) Convocatoria. Nulidad de pleno derecho por exclusión de la negociación colectiva de las bases a uno de los sindicatos más representativos. Publicidad en diarios locales. D) Sistemas selectivos. Concurso-oposición. Carácter eliminatorio de la fase de oposición. Entrevista. E) Órganos de selección. a) Motivación de resoluciones. Enseñanza universitaria. b) Discrecionalidad técnica. Límites de revisión. Enseñanza universitaria. F) Listas de aspirantes a interinidades. Pueden figurar en ellas quienes hayan obtenido una puntuación de cero en el procedimiento selectivo. Enseñanza no universitaria. **5. Carrera administrativa. Sistemas de provisión de puestos de trabajo.** A) Supuestos de nombramientos provisionales: comisión de servicios y adscripción provisional. Requisitos. B) Comisión de servicios. a) No caben sistemas extraordinarios de provisión para la cobertura definitiva de los puestos de trabajo ocupados en comisión de servicios. b) Los puestos de trabajo provistos mediante este sistema han de ser cubiertos por funcionarios. **6. Derechos.** A) Derechos colectivos. a) La regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Administración Local no puede realizarse a través de acuerdos corporativos que innovan en la materia una política municipal propia. b) El establecimiento de los criterios generales para la aplicación de las gratificaciones por servicios extraordinarios ha de ser objeto de negociación colectiva. B) Derechos económicos. Complemento específico. a) Determinación.

Actividad discrecional especialmente cualificada. b) Fijación discrecional limitada por los derechos adquiridos de los funcionarios públicos. c) Concepto retributivo de naturaleza objetiva basado en el desempeño de un puesto de trabajo. d) La congelación de las retribuciones complementarias del personal militar establecida en la Ley de Presupuestos para 1997 no se extiende al denominado “complemento específico singular” que va asociado al puesto de trabajo. C) Derechos laborales. Permisos.

a) Ejercicio de funciones representativas en un colegio profesional. b) El funcionario con un hijo menor de 9 meses tiene derecho a una hora diaria de ausencia del trabajo, sin que sea preciso acreditar que el otro progenitor no trabaja o que renuncia a su disfrute. D) Derechos fundamentales. La readaptación laboral justifica la denegación de prórroga de baja por incapacidad temporal sin vulneración del derecho a la integridad física. **7. Incompatibilidades. El desempeño de cargos electivos en Colegios Profesionales no precisa autorización de compatibilidad.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta crónica de jurisprudencia sobre función pública hemos recogido numerosas resoluciones de los Tribunales sobre diversos aspectos del régimen jurídico de los empleados públicos. Cabe destacar especialmente el interés de las resoluciones judiciales relativas al acceso al empleo público y a los derechos colectivos, económicos, laborales y fundamentales de los funcionarios.

2. PERSONAL FUNCIONARIO. PUESTOS RESERVADOS. ESTÁN RESERVADOS A PERSONAL FUNCIONARIO LOS PUESTOS DE TRABAJO CUYAS FUNCIONES CONSISTEN EN TAREAS BUROCRÁTICAS O DE GESTIÓN ADMINISTRATIVA

De conformidad con el Texto Refundido de Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local, corresponde a los funcionarios de la Escala de Administración General el desempeño de las funciones comunes al ejercicio de la actividad administrativa. Por tanto, los puestos de trabajo predominantemente burocráticos habrán de ser desempe-

X. Función Pública

ñados por funcionarios Técnicos, Administrativos o Auxiliares de Administración General.

En virtud de esta norma y de lo dispuesto por la Ley de la Función Pública Valenciana, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de octubre de 2001, Ar. 492, anula el Acuerdo del Ayuntamiento de Torrent que aprueba el Presupuesto y la plantilla de dicha Corporación, incluyendo como reservados a personal laboral varios puestos de Auxiliar Administrativo, Auxiliar Administrativo de Cámara, Auxiliar Administrativo Gabinete de Alcaldía y uno de Abogado. Advierte la Sala que las funciones asignadas a los puestos de trabajo de Auxiliares Administrativos (genéricos, de Cámara o de Gabinete Alcaldía) son de “gestión administrativa”, por lo que están reservados a personal funcionario. Si bien, tal como señala la Disposición Transitoria Decimoquinta de la Ley 30/1984 y la Disposición Transitoria Primera de la Ley de la Función Pública Valenciana, la determinación de la naturaleza funcionarial de un puesto de trabajo en las relaciones de puestos de trabajo no implica el cese del personal laboral que lo desempeñase, que podrá permanecer en el mismo sin merma de sus expectativas de promoción profesional.

También las tareas asignadas al Abogado tienen cabida entre las de administración (asesoramiento jurídico-económico y defensa en juicio). Señala la STSJ de la Comunidad Valenciana de 25 de octubre de 2001, que no puede predicarse de estas tareas la nota de temporalidad que caracteriza a los puestos de naturaleza laboral, pues las funciones del Abogado son propias de la organización administrativa y, en este sentido, son también permanentes.

3. INSTRUMENTOS DE GESTIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO. CATÁLOGO DE PUESTOS DE TRABAJO. MODIFICACIÓN QUE QUEDA FUERA DEL ÁMBITO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La STS de 22 de diciembre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8190, declara no haber lugar al recurso de la actora contra el Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Oviedo por el que se suprimieron los puestos de trabajo de jefe de sección de gestión de tributos y jefe de sección de inspección de tributos, creando el de jefe de sección de gestión e inspección de tributos.

La Sala desestima los motivos de casación esgrimidos por la actora, declarando que, en el caso enjuiciado, no ha existido infracción de las normas –ni de la interpretación jurisprudencial de éstas– sobre el alcance de la negociación colectiva en las cuestiones relativas a la clasificación de puestos de trabajo. En efecto, el puesto de trabajo litigioso (nivel 24) no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Acuerdo de la Mesa de Negociación del Ayuntamiento de Oviedo, que excluye, entre otros, a los trabajadores con nivel de complemento de destino superior al 23. La supresión de dos jefaturas de sección para la creación de una nueva jefatura llevada a cabo tampoco precisa informe de la Junta de Personal.

Más aun, la correspondiente modificación del catálogo de puestos de trabajo constituye una manifestación de la potestad organizativa administrativa excluida de la obligación de negociación (art. 34 de la Ley 7/1990 y art. 52 del Acuerdo de la Mesa de Negociación del Ayuntamiento de Oviedo). En definitiva, corresponde al Pleno del Ayuntamiento —a través de la elaboración o modificación de la relación de puestos de trabajo— organizar y estructurar sus servicios de la forma más adecuada para satisfacer las necesidades públicas y el interés general, determinando los puestos de trabajo que deben ser desempeñados por un Jefe de Servicio o de Sección, así como el nivel de complemento de destino y el complemento específico correspondiente a cada uno.

4. ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

A) Requisitos. La colegiación no es un requisito para el acceso al empleo público, pero sí es obligatoria para el ejercicio de determinadas profesiones en el ámbito público y en el privado

En relación con la obligatoriedad o no de la colegiación de una ATS que presta sus servicios en la Consejería de Sanidad y Consumo de la Junta de Extremadura, la STSJ de Extremadura de 22 de julio de 2002, Ar. 882, señala que aquélla no constituye un requisito exigible para el acceso al empleo público, por lo que no debe extrañar que la Ley de la Función Pública de Extremadura no haga mención a dicha colegiación. Sin embargo, con carácter general, la colegiación es requisito imprescindible para el ejercicio público o privado de la profesión, salvo excepción legalmente prevista que no concurre en el presente caso.

Cuestión distinta es si corresponde a la Administración exigir a sus funcionarios la obligada colegiación. Sobre esta cuestión, la STSJ de Extremadura de 22 de julio de 2002 aclara que, aun cuando la profesión se ejerza al servicio de una Administración Pública, es potestad propia y exclusiva de los Colegios Profesionales la exigencia de la colegiación obligatoria.

B) Méritos. La posesión de un título de doctorado expedido por una Universidad extranjera puede ser valorada como mérito si dicho título está homologado. Acceso a plaza de profesor titular de Escuela universitaria

La posesión del título de doctorado no constituye un requisito legalmente exigible para el acceso a plazas de profesores titulares de Escuela universitaria, aunque puede ser valorada como mérito a tal efecto. Ahora bien, tratándose de un título expedido por una Universidad extranjera no puede ser valorado si no está homologado en los términos establecidos por el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero, por el que se regulan las condiciones de homologación de títulos extranjeros de educación superior. Así lo estima la STSJ de Baleares de 26 de julio de 2002, Ar. 844, en contra de la posición mantenida por la Universidad de las Islas Baleares que, realizando una interpretación no formalista, computó como mérito para la cobertura interina de una plaza de profesor de Escuela

universitaria la posesión de un título de doctorado expedido por una Universidad extranjera, pese a que el mismo no había sido homologado.

C) Convocatoria. Nulidad de pleno derecho por exclusión de la negociación colectiva de las bases a uno de los sindicatos más representativos. Publicidad en diarios locales

La STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de junio de 2002, Ar. 814, anula la convocatoria efectuada por el Ayuntamiento de Albacete para la provisión interina de puestos vacantes de funcionarios, por haber quedado excluido de la negociación colectiva de las bases de la misma al menos uno de los sindicatos más representativos en dicha Administración Local.

Puesto que la Ley 9/1987 sujeta a previa negociación colectiva las bases de las convocatorias de los sistemas de ingreso, provisión y promoción de los funcionarios públicos, sin distinguir si se trata de funcionarios de carrera o interinos, no cabe excluir de dicha exigencia de negociación los supuestos de cobertura temporal por funcionarios interinos. Ciertamente, si en el Ayuntamiento demandado previamente se han negociado y establecido las bases generales para la selección de funcionarios, no será preciso volver a negociar dichas bases en cada convocatoria concreta. Pero si, como en este caso, se trata de una convocatoria específica para puestos que revisten características singulares, la exigencia de negociación es ineludible. De otro modo, siempre podrían obviarse las bases negociadas con carácter general mediante el recurso a convocatorias singulares.

Por otro lado, esta misma STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de junio de 2002, no estima vulneración del art. 97 de la LBRL por el hecho de que se diese publicidad a la convocatoria para la provisión de puestos de funcionarios interinos en dos diarios de difusión local y no en el Boletín Oficial de la Provincia de Albacete. Entiende la Sala que la falta de publicidad de la convocatoria en el correspondiente Boletín Oficial no ha causado perjuicio al actor –que solicitó ser admitido a las pruebas– ni a terceros, habida cuenta del elevado número de aspirantes que presentaron solicitud de participación.

D) Sistemas selectivos. Concurso-oposición. Carácter eliminatorio de la fase de oposición. Entrevista

El sistema selectivo de concurso-oposición se basa en el carácter eliminatorio de la fase de oposición. Si, por el contrario, como en el caso examinado por la STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de junio de 2002, Ar. 814, la Administración convocante no fija una puntuación mínima para la superación de la fase de oposición, podría ocurrir que el candidato seleccionado lo sea exclusiva o fundamentalmente por los méritos reconocidos en la fase concurso, lo que supondría desvirtuar la naturaleza de este sistema selectivo que valora de modo objetivo la capacidad del aspirante.

Por esta última razón apuntada, la STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de junio de 2002 señala que tampoco puede incluirse una entrevista en la fase de oposición. No es que la entrevista deba rechazarse sin más por su carácter subjetivo, sino que se trata de un medio de comprobación de los aspirantes y, por ello, en su caso, ha de realizarse en la fase de concurso. Precisamente, las bases generales para la selección de funcionarios aprobadas por el

Ayuntamiento convocante limitan la posibilidad de entrevistas a la fase de concurso y sólo en los casos en que varios aspirantes obtengan una misma puntuación.

E) Órganos de selección

a) Motivación de resoluciones. Enseñanza universitaria

El deber de motivación de las propuestas de las Comisiones de Evaluación de concursos para el acceso a los Cuerpos docentes universitarios obliga a dichas Comisiones a establecer criterios de puntuación claros, específicos y concretos. Tal como afirma la **STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2002**, Ar. 577, los principios de mérito y capacidad en el acceso a los empleos públicos resultan respetados siempre que la Comisión Evaluadora establezca criterios de puntuación objetivos (entre los que puede encontrarse la adecuación de la actividad docente e investigadora de los candidatos al perfil de la plaza y del área de conocimiento), aplicados de igual manera todos los concursantes y ajustados a las facultades discrecionales que la normativa reconoce a estos órganos. En consecuencia, el deber de motivación se entiende satisfecho siempre que se hayan establecido criterios imparciales de valoración, que no tienen que ser puramente cuantitativos.

Desde otra perspectiva, la exigencia de motivación de los acuerdos de las Comisiones de Evaluación de las pruebas para el acceso a los Cuerpos docentes universitarios se entiende satisfecha con independencia de que alguno de los concursantes discrepe de los criterios técnicos que dichas Comisiones hayan seguido para la puntuación de los requisitos y méritos de los aspirantes. La **STSJ de Baleares de 26 de julio de 2002**, Ar. 844, afirma que las eventuales discrepancias de la recurrente en cuanto a la puntuación obtenida por ella y la otorgada a otros candidatos no constituye defecto de motivación sino, en su caso, arbitrariedad o error en la motivación.

Por lo demás, el deber de motivación de los acuerdos de las Comisiones evaluadoras tampoco alcanza a la necesidad de justificar por qué a cada uno de los aspirantes se le otorga una puntuación y no otra, pues se trata de valoraciones expresivas de la discrecionalidad técnica de los evaluadores.

b) Discrecionalidad técnica. Límites de revisión. Enseñanza universitaria

Los juicios técnicos emitidos por los órganos de selección no pueden ser revisados en vía de recurso administrativo ni judicial, salvo que el impugnante acredite que ha existido vulneración de las bases de la convocatoria, desviación de poder, error patente o arbitrariedad clara, manifiesta y evidente.

Obviamente, esta misma doctrina, basada en la presunción *iuris tantum* de certeza y razonabilidad de la actuación de los órganos de selección, es aplicable al control de la discrecionalidad técnica de las Comisiones Evaluadoras de las pruebas de acceso a los Cuerpos docentes universitarios. De ahí que la **STSJ de Galicia de 27 de febrero de 2002**,

X. Función Pública

Ar. 577, haya sostenido que la Comisión de Reclamaciones sólo puede apartarse de la propuesta de la Comisión evaluadora cuando a la vista del currículum de los aspirantes, de los criterios de valoración y de los informes emitidos resulte manifiesta la arbitrariedad de la adjudicación efectuada, por desconocimiento de los principios de mérito, capacidad e igualdad. Ninguna de estas circunstancias concurrían en el supuesto resuelto por la STSJ de Galicia, puesto que los juicios técnicos emitidos por la Comisión Evaluadora descansaban en la valoración de la aptitud profesional de los candidatos y de su idoneidad para el área de conocimiento de la plaza convocada.

F) Listas de aspirantes a interinidades. Pueden figurar en ellas quienes hayan obtenido una puntuación de cero en el procedimiento selectivo. Enseñanza no universitaria

Para poder formar parte del listado de aspirantes a interinidades en puestos de centros docentes públicos de Cantabria, según la Orden reguladora, es preciso haber participado con carácter previo en un procedimiento selectivo sin haber resultado seleccionado y haber formulado petición de ser incluido en dicha lista en la solicitud de participación en el mencionado procedimiento selectivo. Interpretando estos requisitos, la **SJC.A núm. 3 de Santander de 15 de marzo de 2002**, Ar. 646, concluye que puede formar parte de las listas de interinos cualquier aspirante presentado a las pruebas, aunque haya obtenido un cero en la fase de oposición.

5. CARRERA ADMINISTRATIVA. SISTEMAS DE PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

A) Supuestos de nombramientos provisionales: comisión de servicios y adscripción provisional. Requisitos

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de febrero de 2002, Ar. 737, estima en parte el recurso interpuesto contra los nombramientos provisionales de Jefaturas de Servicio y de Sección en instituciones de la Consejería de Sanidad.

Los nombramientos provisionales tienen cobertura en la Ley de la Función Pública Valenciana y en el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado, que contempla las modalidades de comisión de servicios y adscripción provisional. Concretamente, en el supuesto enjuiciado por la Sentencia de 8 de febrero de 2002, los nombramientos provisionales tienen cobertura en la figura de la comisión de servicios, puesto que concurren los requisitos legales exigibles para acudir a esta modalidad de provisión de puestos de trabajo como son la existencia de un puesto vacante, la inaplazable necesidad de su cobertura, la imposibilidad de sustitución reglamentaria por el inferior inmediato y la disponibilidad presupuestaria para la cobertura. Sin embargo, la razón del fallo estimatorio estriba en que los nombrados no cumplían los requisitos necesarios para el desempeño de los puestos provistos, pues ninguno de ellos pertenecía a los grupos de titulación A o B.

No obstante, la Sala aclara que tratándose de nombramientos provisionales no se vulneró la normativa reguladora de la promoción interna y, por la misma razón de provisio-

nalidad, la provisión de los puestos aludidos tampoco requería previa convocatoria ni publicidad.

B) Comisión de servicios

a) No caben sistemas extraordinarios de provisión para la cobertura definitiva de los puestos de trabajo ocupados en comisión de servicios

La LFCE y el RGIPP fijan la duración temporal de la comisión de servicios y disponen que el puesto de trabajo ocupado temporalmente será provisto con carácter definitivo por el sistema que corresponda. Pero en modo alguno contempla la legislación básica la posibilidad de que los puestos de trabajo ocupados en comisión de servicios sean provistos mediante un procedimiento especial en el que, para optar a la cobertura definitiva de esos puestos, se valore el tiempo en que se haya desempeñado la comisión de servicios en tales puestos.

Por ello, la **STSJ de Andalucía, Sevilla, de 23 de mayo de 2001**, Ar. 811, anula la Disposición Transitoria Quinta del Reglamento del Personal Funcionario del Ayuntamiento de Sevilla que contempla la posibilidad de dicho procedimiento especial de provisión para cubrir los puestos desempeñados en comisión de servicios durante más de dos años. Es decir, además, el aludido sistema especial de provisión se contempla para supuestos que exceden de la duración legal de la comisión de servicios.

b) Los puestos de trabajo provistos mediante este sistema han de ser cubiertos por funcionarios

Los puestos de trabajo provistos mediante el sistema de comisión de servicios han de ser cubiertos por funcionarios y no por personal laboral fijo. Por ello, la **STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 14 de junio de 2002**, Ar. 803, anula el Acuerdo del Ayuntamiento de Palencia que nombró a un trabajador laboral para ocupar en comisión de servicios un puesto de Coordinador de la Sección de Juventud (Área de Bienestar Social).

La referencia del Reglamento de Provisión del Ayuntamiento de Palencia a la provisión en comisión de servicios de un puesto vacante con otro “trabajador” que reúna los requisitos establecidos para su desempeño en la relación de puestos de trabajo, no puede interpretarse en el sentido de la posible cobertura del puesto con personal laboral.

A idéntica conclusión llega la Sala respecto de la falta de mención en la convocatoria de la necesidad de que el puesto vacante debiera ser cubierto por un funcionario. La determinación de las características esenciales de los puestos de trabajo corresponde a las relaciones de puestos de trabajo y no la orden de convocatoria para su provisión. La solución no varía si, como en este caso, la relación de puestos de trabajo no ha sido aún aprobada, pues tanto en la Plantilla Orgánica del Ayuntamiento de Palencia y el Organigrama de puestos de trabajo del Área de Bienestar Social como en otros documentos se refleja la reserva de ese puesto a personal funcionario.

6. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS

A) Derechos colectivos

- a) **La regulación de las condiciones de trabajo de los funcionarios de la Administración Local no puede realizarse a través de acuerdos corporativos que innovan en la materia una política municipal propia**

La STSJ de Extremadura de 30 de julio de 2002, Ar. 884, vuelve a ratificar la jurisprudencia sentada en múltiples ocasiones por el Tribunal Supremo acerca de los límites de la negociación colectiva funcionarial en el ámbito local. Tras hacer un análisis de cada una de las materias impugnadas, llega a la conclusión de que el Ayuntamiento no se extralimita en sus competencias cuando regula las licencias, vacaciones y los permisos retribuidos de sus funcionarios porque el contenido del Acuerdo es prácticamente idéntico al establecido en la legislación de función pública de la Comunidad Extremeña. Por ello, deduce que “no existe extralimitación o invasión de competencias, sin que las normas que contiene en orden a las fechas y forma de disfrute tengan otro alcance que el meramente organizativo en interés del funcionamiento del servicio público y de los propios funcionarios”.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con el acuerdo alcanzado en torno a las ayudas de carácter social previstas para los funcionarios o sus familiares con derecho a asistencia médica a cargo del Ayuntamiento, con las ayudas de carácter social, con la regulación de la compensación de las horas extraordinarias, con las medidas previstas para el fomento del empleo a través de las jubilaciones anticipadas y con el aumento de crédito horario de los representantes de los trabajadores. Los preceptos del Acuerdo que regulan todas estas son declarados nulos en la medida en que establecen una regulación nueva o en términos distintos de los fijados por el Estado o, en su caso, por la Comunidad Autónoma, pues, a juicio del Tribunal, la regulación de todas estas materias “debe realizarse siguiendo las pautas de la legislación estatal o autonómica y no a través de acuerdos corporativos que innovan en la materia una política municipal propia”.

- b) **El establecimiento de los criterios generales para la aplicación de las gratificaciones por servicios extraordinarios ha de ser objeto de negociación colectiva**

La STSJ de Castilla-La Mancha de 2 de abril de 2002, Ar. 665, ha anulado el Acuerdo adoptado por el pleno de un Ayuntamiento, no sólo porque las gratificaciones concedidas en dicho Acuerdo no se ajustaban a las condiciones legales de este tipo de retribuciones, sino también porque los criterios para su determinación no habían sido previamente negociados con los representantes sindicales de los trabajadores. Efectivamente, considera la Sala que “el artículo 32.b) de la Ley 9/1987 se refiere expresamente a la determinación y aplicación de las retribuciones de los funcionarios públicos, dentro de lo cual indudablemente se comprende precisamente el establecimiento de los criterios generales que han de ser aprobados por el Pleno para la distribución o aplicación de las gratificaciones por servicios extraordinarios, de conformidad con el artículo 6.2 del RD 861/1986, de 25 de abril, siendo ésta, de los criterios para la aplicación de este tipo de

retribuciones, una materia en particular típica de la negociación colectiva, que en el caso presente ha de reconocerse se ha obviado, por lo cual es claro que se ha producido una infracción del Ordenamiento Jurídico”. Ello es, a juicio de la Sala, motivo suficiente para declarar la nulidad de pleno derecho de dicho Acuerdo así como la imposibilidad de su convalidación”.

B) Derechos económicos. Complemento específico

a) Determinación. Actividad discrecional especialmente cualificada

La STSJ de Madrid de 18 de abril de 2002, Ar. 911, se pronuncia sobre la discrecionalidad que tiene la Administración a la hora de fijar los complementos específicos de los funcionarios de prisiones. Se discute en este caso hasta dónde llega la potestad de la Administración a la hora de reclasificar las actividades penitenciarias que sirven de base y justificación para la determinación del complemento específico.

El funcionario recurrente había solicitado la reclasificación del centro penitenciario donde prestaba sus servicios porque no estaba de acuerdo con el complemento específico que la Administración le había asignado. No obstante, y respecto a este concreto punto, recuerda el TSJ de Madrid que en la aprobación de las relaciones de los Puestos de Trabajo actúa la Administración con la denominada “potestad de autoorganización”, “siendo también un acto puramente discrecional el inicio del procedimiento para la aprobación de dicha relación de puestos de trabajo, discrecionalidad que, según la jurisprudencia, es especialmente cualificada, siendo en base a estas potestades como la Administración, con la ocasión de la aprobación de la relación de los puestos de trabajo, estableció unos criterios de clasificación de todos los centros penitenciarios en base a tres categorías y dos grados de peligrosidad, siendo la combinación de ambos criterios, el punto de referencia para la fijación de los complementos específicos de todos los puestos de trabajo”. Toda esta argumentación permite a la Sala desestimar la impugnación presentada por el funcionario recurrente.

b) Fijación discrecional limitada por los derechos adquiridos de los funcionarios públicos

La STSJ de Castilla y León de 11 de octubre de 2002, Ar. 876, viene a complementar la anterior doctrina respecto de los límites de la potestad discrecional de la Administración para la fijación de los complementos específicos a través de la elaboración de las relaciones de puestos de trabajo. En este caso, el Tribunal estimó el recurso de apelación interpuesto por el funcionario recurrente por entender que la decisión de la Administración suponía un desconocimiento de los derechos económicos adquiridos por el funcionario recurrente.

Efectivamente, la sentencia reconoce que, en la medida en que en la elaboración de las relaciones de puestos de trabajo la Administración ejercita su potestad organizativa, que

es discrecional, también la fijación del complemento específico reviste dicho carácter, aunque los criterios relevantes para su determinación sean reglados. Ahora bien, “ese ejercicio de la potestad de autoorganización no puede suponer un olvido de los derechos adquiridos por los funcionarios, de ahí que la propia jurisprudencia haya aplicado las previsiones de la Disposición Transitoria Décima de la Ley 30/1984 para reconocer en supuestos como el presente en el que se reducen las retribuciones, un complemento personal y transitorio que garantice el derecho del funcionario a mantener el montante económico que venía recibiendo”. Para ello, recoge la jurisprudencia del TS (STS de 12 de julio de 1991, Ar. 5662), en cuya virtud, “aunque no puede incluirse entre los derechos adquiridos el mantenimiento de una determinada estructura de las retribuciones, sin embargo, sí merece aquella calificación el montante económico consolidado de las mismas al que normalmente suele atenderse, en caso de que el nuevo régimen lo disminuya, mediante la técnica de los complementos personales y transitorios, absorbibles por futuros aumentos”.

c) Concepto retributivo de naturaleza objetiva basado en el desempeño de un puesto de trabajo

El Tribunal Supremo se ha vuelto a pronunciar sobre la naturaleza objetiva del complemento específico en su **STS de 8 de marzo de 2002**, Ar. 6492, reiterando la ya inconclusa jurisprudencia sentada al respecto que no obstante, y dado que se trata de un recurso de casación en interés de la ley, no está de más recordar.

El recurso es planteado por el Ayuntamiento de Madrid, que considera gravemente errónea la sentencia de un Juzgado de lo Contencioso-administrativo que lo había condenado a elevar a los recurrentes el importe de la cantidad percibida como complemento específico hasta alcanzar la cantidad máxima que recibían otros funcionarios que, realizando el mismo trabajo, tenían asignado un mayor complemento. El TS, no obstante, ha desestimado el recurso de casación y ha reiterado su doctrina en torno a la naturaleza objetiva de dicho complemento, en la medida en que únicamente ha de venir condicionado por las condiciones particulares del puesto. Por ello, la sentencia recurrida fundamenta el derecho que reconoce a los demás funcionarios, “no en la pertenencia al mismo Grupo, sino en esa identidad de circunstancias que también aprecia en cuanto a las tareas y a las condiciones de trabajo”.

d) La congelación de las retribuciones complementarias del personal militar establecida en la Ley de Presupuestos para 1997 no se extiende al denominado “complemento específico singular” que va asociado al puesto de trabajo

La **STS de 25 de febrero de 2002**, Ar. 7395, ha estimado el recurso de casación en interés de ley interpuesto por la Administración del Estado y ha fijado como doctrina legal que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1997 “sólo permite la adecuación de las retribuciones complementarias de carácter fijo o periódico asignadas por razón del puesto de trabajo desempeñado, no siendo aplicable este precepto al complemento específico previsto en el artículo 4.3.1 del Reglamento del Personal Militar Profesional, aprobado por el RD 1494/1991, de 11 de octubre”.

Para llegar a esta conclusión parte del análisis de la diferente naturaleza jurídica a que responde el complemento específico en el ámbito militar y en el civil, toda vez que las retribuciones del personal militar giran fundamentalmente en torno al empleo militar que se ostenta, mientras que en la función pública civil las retribuciones se determinan en mucha mayor medida por el concreto puesto de trabajo que se desempeña. Estas notas diferenciales permiten comprender la diferente caracterización del complemento específico en uno y otro sector de la función pública, así como “la existencia en el ámbito militar de dos complementos específicos diferentes: el que podría llamarse “complemento específico general”, que se percibe únicamente en función del empleo militar que se ostente, sin referencia alguna al puesto de trabajo desempeñado, y el “específico singular”, que corresponde a concretos puestos de trabajo en función de sus características peculiares”. Ello permite a la Sala concluir que la congelación de las retribuciones complementarias de los militares prevista para el año 1997 “sólo tuvo una excepción, la relativa a las retribuciones complementarias concernientes o asociadas al puesto de trabajo, es decir, al complemento específico singular, no incluyendo dicha excepción al complemento específico general, que se determina en razón del empleo, sin referencia alguna a la vacante o destino ocupado por el militar”.

Trienios. Los servicios prestados como becario en la Universidad no pueden ser reconocidos como servicios previos a efectos de la determinación de los trienios:

La STSJ de Castilla y León de 4 de junio de 2002, Ar. 837, estima el recurso de apelación interpuesto por la Universidad de Salamanca frente a la Sentencia que había estimado las pretensiones de la funcionaria recurrente de considerar como servicios previos los prestados como becaria. La Sala reproduce la doctrina fijada al respecto por la STS de 11 de diciembre de 2001, dictada en interés de ley, y según la cual, “del hecho de disfrutar de una beca de investigación y de una beca de formación del profesorado, en etapa anterior al ingreso del becario como funcionario docente universitario, no se desprende que el período de disfrute de las becas sea considerado de servicios efectivos prestados a la Administración universitaria a efectos de servicios previos y de trienios por aplicación del artículo 1 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre”. Y ello porque los becarios sólo resultan beneficiarios de una forma de subvención, de ayuda pecuniaria para que obtengan la debida formación, sin que exista relación de servicios profesionales con la Universidad y sin que implique dicha ayuda económica una contraprestación de los trabajos que eventualmente realicen.

C) Derechos laborales. Permisos

a) Ejercicio de funciones representativas en un colegio profesional

En la presente sentencia se dilucida si un funcionario público tiene derecho a solicitar permisos para el ejercicio de sus funciones como presidente de un colegio profesional y si el mismo puede ser encuadrado en el derecho contemplado en el artículo 30.2 de la Ley 30/1984, que permite que se puedan conceder permisos por el tiempo indispensable

X. Función Pública

ble para el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público o personal. La sentencia desestima el recurso de apelación interpuesto por la Junta de Castilla-León contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Soria que había estimado las pretensiones del funcionario recurrente.

La STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 2002, Ar. 517, rechaza los argumentos realizados por la Administración respecto a la necesidad de que el funcionario recurrente hubiera solicitado previamente una autorización de compatibilidad para poder desarrollar un cargo electivo en un colegio profesional. Para ello, parte de la premisa de que la propia ley exige el requisito de la colegiación para ciertos funcionarios que ejercen su profesión en el ámbito de una Administración pública, de modo tal que, si ello es así, “han de admitirse las lógicas consecuencias que ello conlleva, como son el cumplimiento de ciertos deberes y el reconocimiento de los derechos de los colegiados, entre los que está el derecho de ocupar cargos representativos”. En caso contrario, se llegaría al absurdo de admitir que sólo podrían ejercer estos cargos los colegiados que desarrollan actividades privadas, “dejando al margen a los del sector público, cuando ellos también van a estar sometidos a la disciplina del colegio, lo que vulneraría el principio de su funcionamiento democrático que rige en los colegios”.

Una vez admitida la compatibilidad del funcionario con el desempeño de puestos electivos en los colegios profesionales, pasa a analizar el Tribunal si el estatuto funcional ampara el derecho del funcionario a disfrutar de un permiso para el desarrollo de tales tareas y, más concretamente, si el desempeño de dichos puestos puede ser considerado como un deber de carácter público. Para ello recupera la doctrina sentada en la STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de febrero de 2000 que, tras resaltar la naturaleza pública de gran parte de las funciones que por ley tienen encomendados los colegios profesionales, llega a la conclusión de que “no puede el poder público decidir atribuir tales características a estas agrupaciones para después negar las consecuencias del carácter al menos parcialmente público que le ha atribuido y que, incluso supone la sujeción en esa parte de su actividad, al Derecho Administrativo y a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”.

b) El funcionario con un hijo menor de 9 meses tiene derecho a una hora diaria de ausencia del trabajo, sin que sea preciso acreditar que el otro progenitor no trabaja o que renuncia a su disfrute

En la STSJ de Andalucía de 1 de julio de 2002, Ar. 553, se ha interpretado el alcance del derecho que tiene el funcionario con un hijo menor de nueve meses a ausentarse durante una hora de trabajo o a reducir su jornada en media hora. La Administración había denegado este permiso tras realizar una interpretación analógica del artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores que al regular el permiso de las trabajadoras por lactancia permite que pueda ser disfrutado indistintamente por el padre o la madre en caso de que ambos trabajen. De ahí había deducido que si ambos progenitores trabajan, sólo uno de ellos podría disfrutar de ese derecho, pero no los dos.

Pues bien, la Sala estima el recurso presentado por el funcionario recurrente al entender que el argumento analógico no puede invocarse en materia de derechos sociales para

propiciar una equiparación a la baja y restrictiva de los derechos de la norma que resulta aplicable a los funcionarios. Dada, pues, la realidad social del tiempo en que han de ser interpretadas las normas, que en este caso aconseja la dedicación al hijo menor tanto del padre como de la madre, o de ambos conjuntamente, no puede considerarse que exista una laguna legal que deba ser colmada por analogía, sino una regulación diferente, por lo que debe prevalecer la interpretación literal y sistemática propuesta por el funcionario recurrente. Efectivamente, “si el mismo artículo, en su apartado tercero, establece especialmente la incompatibilidad de la concesión de determinados derechos a los dos progenitores cuando ambos trabajan, parece claro al no haberlo dispuesto así en el apartado primero, es porque el legislador ha querido concebirlo como derecho de cada uno de los progenitores, indistinta y conjuntamente”.

Condiciones de trabajo. La incompatibilidad con un superior jerárquico no constituye una condición de trabajo de las tuteladas por la legislación de prevención de riesgos laborales. Denegación de solicitud de traslado de puesto de trabajo:

Al amparo de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, la actora solicitó traslado de puesto de trabajo, acreditando mediante informe médico padecer un cuadro ansioso-depresivo ocasionado por sus condiciones de trabajo, más concretamente, por incompatibilidad con la Jefa de Negociado.

Si bien la Ley de Prevención de Riesgos Laborales contempla fundamentalmente la prevención y eliminación de factores de riesgo netamente físicos, sus disposiciones son también aplicables a supuestos de padecimientos psíquicos o mentales. De este modo, el empresario o, en este caso, la Administración debe garantizar las condiciones de trabajo adecuadas para asegurar la protección de los trabajadores. En este sentido, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales ofrece un concepto objetivo de condición de trabajo, relativo a “cualquier característica del mismo que pueda tener influencia significativa en la generación de riesgos para la salud y la seguridad del trabajador [art. 4.7.e)]”.

A juicio de la Sala, la incompatibilidad con una o varias personas no tiene cabida dentro del aludido concepto objetivo de condiciones de trabajo. Por ello, la **STSJ de Castilla y León, Burgos, de 20 de mayo de 2002**, Ar. 581, declara inadmisibles por subjetiva la pretensión de la recurrente, pues, incluso en el supuesto de que la actora hubiese indicado el puesto de trabajo más adecuado para la superación de sus alteraciones psíquicas, nada impediría que volviese a plantearse la incompatibilidad con otras personas. En definitiva, afirma la Sala, la Administración no tiene obligación de garantizar un ambiente cordial y amigable en los centros de trabajo, sino que éste debe resultar de la conducta espontánea del personal.

No obstante, la Sentencia de 20 de mayo de 2002 concluye señalando que, si bien el trato humillante o autoritario del superior jerárquico queda al margen del concepto de condiciones de trabajo derivado de la legislación de prevención de riesgos laborales, este comportamiento, en tanto que constitutivo de infracción disciplinaria, puede ser combatido con los mecanismos que a tal efecto contempla el ordenamiento jurídico.

X. Función Pública

D) Derechos fundamentales. La readaptación laboral justifica la denegación de prórroga de baja por incapacidad temporal sin vulneración del derecho a la integridad física

La denegación de una segunda prórroga por incapacidad temporal asignando a la recurrente un nuevo puesto de trabajo compatible con los impedimentos físicos ocasionados por un accidente de trabajo no lesiona el derecho a la integridad física. Basándose en los informes del Jefe del Servicio Médico de Correos y Telégrafos que recomendaban la readaptación laboral de la demandante, aconsejando que se le asignase un puesto de trabajo que no le exigiese levantar peso, forzar la rodilla o permanecer largo tiempo en pie, la STSJ de Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 4 de febrero de 2002, Ar. 559, declara ajustada a Derecho la Resolución de la Jefatura Provincial de Correos y Telégrafos por la que se denegó la prórroga de la baja, habida cuenta de la asignación a la actora de un nuevo puesto de clasificación y reparto en el área de Tráfico Interior de la Unidad de Reparto en sustitución del trabajo de reparto en moto que desempeñaba con anterioridad.

7. INCOMPATIBILIDADES. EL DESEMPEÑO DE CARGOS ELECTIVOS EN COLEGIOS PROFESIONALES NO PRECISA AUTORIZACIÓN DE COMPATIBILIDAD

La colegiación es requisito imprescindible para el ejercicio de determinadas profesiones en el ámbito de la Administración Pública, y esta circunstancia comporta una serie de obligaciones y derechos entre los que se encuentra el de elegir y ser elegido para los cargos representativos colegiales. De lo contrario, sólo quienes ejercen dichas profesiones en el ámbito privado podrían acceder a los cargos colegiales. Por ello, la STSJ de Castilla y León, Burgos, de 15 de marzo de 2002, Ar. 517, concluye señalando que los funcionarios públicos no precisan autorización de compatibilidad para el ejercicio de cargos colegiales. No olvida la Sala que en el desempeño de tales cargos pueden presentárseles a los funcionarios conflictos entre los intereses generales que debe servir la Administración y los intereses de los Colegios Profesionales. En tal caso, la protección de los intereses generales debe quedar asegurada mediante la puesta en marcha de los mecanismos (abstención y recusación, entre otros) que a tal efecto contempla el ordenamiento jurídico.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

XI. URBANISMO**Sumario:**

- 1. Ejecución del planeamiento.** A) Reparcelaciones urbanísticas. B) Sistemas de ejecución: Compensación. **2. Otorgamiento de licencia.** A) Concurrencia de diversas Administraciones públicas en la expedición de las licencias urbanísticas. B) Técnico competente para la elaboración del proyecto técnico que acompaña a la solicitud de licencia. C) Condicionamiento de las licencias urbanísticas. **3. Deber de conservación: órdenes de ejecución de obras de seguridad, salubridad y ornato publicos.**
- 4. Intervención en la edificación y uso del suelo.** A) Acción pública. B) Órdenes de demolición. C) Régimen sancionador.

1. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO**A) Reparcelaciones urbanísticas**

El TS se ha ocupado en diversas sentencias analizadas durante este período de las reparcelaciones urbanísticas de tipo económico, más concretamente, de un aspecto de las mismas: las devoluciones de cantidades aportadas en concepto de reparcelación económica.

A este respecto, el TS ha indicado en **STS de 4 de junio de 2002**, Ar. 7520, que “la reclamación de devolución de cantidades ingresadas por el concepto que nos ocupa no es procedente cuando el pago de la carga económica para la reparcelación y obtención de la licencia ha devenido firme y consentido” (FJ 4º). Ello es debido a que, según el TS, las sentencias que en estimación de una pretensión de anulación declaran nula una disposición general produce efectos *erga omnes*, quedando la misma sin efectos para todos, mientras que las que estiman una pretensión de plena jurisdicción y anulan un acto por ser nula la disposición en que se fundaba, sólo producen efectos en relación a los que hubieran sido parte en el pleito respecto a esa pretensión, sin que suponga en modo alguno un reconocimiento de la situación jurídica de quienes no dedujeron la misma.

Además, señala el TS que si bien en puridad de doctrina la declaración de nulidad de una disposición de carácter general, por ser de pleno derecho, produce efectos *ex tunc* y no *ex nunc*, es decir, que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula, esta eficacia, por razones de seguridad jurídica y en garantía de las relaciones establecidas, se atempera por la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, aplicable al supuesto de que se trataba, en la que se dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de una dis-

posición general declarada nula, opción que, por otro lado, se mantiene en la actual Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Esta opinión jurisprudencial llevó a desestimar el reembolso de las cantidades aportadas previamente por resultar firme el acto de depósito, a pesar de que el propio TS y en la misma sentencia reconoce la nulidad de la Ley 8/1990, de la que trae causa la reparcelación económica indicada y su inaplicabilidad al caso.

Sin embargo, a diferente conclusión va a llegar la **STS de 7 de octubre de 2002**, Ar. 9158, básicamente porque respecto a ese criterio general antes indicado se aprecian dos notas diferenciadoras: por un lado, seguido un expediente reparcelatorio inicial en cuyo seno se hizo el ingreso cuya devolución se reclama, la Administración dictó un acto explícito por el que deja sin efecto los acuerdos de aprobación inicial de delimitación de Unidades de Actuación Discontinua y Proyecto de Reparcelación con renuncia a la misma; por otro lado, no consta que la Administración iniciase un nuevo expediente reparcelatorio al que aplicara la cantidad ingresada en el expediente dejado sin efecto y al que se ha hecho mención anteriormente.

Teniendo en cuenta esta circunstancia, el TS indica que “es evidente que la doctrina del acto firme que esta sala ha mantenido resulta inaplicable con respecto a lo actuado en el primer expediente, pues por un acto voluntario de la Administración se ha dejado sin efecto ese expediente (...) Secuela insoslayable es la obligación de comunicar su contenido al interesado quien en cualquier momento, mientras no conste la notificación del mismo, podrá reclamar de la Administración las cantidades ingresadas (...)” (FJ 2º).

B) Sistemas de ejecución: Compensación

En la **STS de 22 de octubre de 2002**, Ar. 9302, el Tribunal va a tener oportunidad de determinar el carácter reglamentario o no de unas Bases de Actuación en razón a su posible recurso de manera indirecta.

La parte recurrente indicaba que las Bases de Actuación objeto de debate poseen carácter reglamentario y que el Proyecto de Compensación es un acto de aplicación de las mismas, por lo que sería susceptible de ser atacado mediante la impugnación indirecta de aquéllas.

El TS va a analizar las Bases de Actuación discutidas, y entiende que dichas Bases no constituyen una disposición de carácter general. Para ello, analiza el contendio de las mismas, indicando que se limitan a valorar un resto de finca que la entidad recurrente había adquirido previamente: así, esas Bases se limitan a reseñar que ese resto de finca no es susceptible de aprovechamiento urbanístico, por lo cual su compensación deberá ser en metálico.

XI. Urbanismo

Por ello, el TS reseña que las Bases de Actuación atacadas indirectamente son un instrumento urbanístico regulador de operaciones concretas de compensación y urbanización que se agotan con su cumplimiento; es decir, su regulación se refiere a un caso concreto e irrepitable, por lo que no tienen el carácter de disposición general.

2. OTORGAMIENTO DE LICENCIA

A) Concurrencia de diversas Administraciones públicas en la expedición de las licencias urbanísticas

Algunas sentencias del Tribunal Supremo dictadas recientemente solucionan problemas concretos derivados de la situación de concurrencia competencial entre diversas Administraciones públicas llamadas a intervenir en el otorgamiento de una licencia de obras.

En el fallo de la **STS 20 de diciembre de 2001**, Ar. 6051, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que la autorización administrativa del Organismo de Cuenca para la realización de obras en la zona de policía de cauces, prevista en los arts. 9 y 78 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, no es un requisito *previo* al otorgamiento de otros permisos que correspondan a las autoridades municipales.

Para el TS abonan esta tesis los siguientes argumentos:

“A) Las autorizaciones que los preceptos citados contemplan lo es en previsión de ‘construcciones’; B) El procedimiento de otorgamiento de licencias que se contempla en los artículos 52 a 54 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico las sujeta a las reglas generales de las leyes de procedimiento, sin otorgar privilegio y preferencia a los organismos de cuenca sobre las demás autorizaciones que puedan ser concurrentes; C) La naturaleza preferente de la licencia de los organismos hidrográficos debería estar consagrada, de existir, en una norma con rango de ley, y no meramente reglamentaria, que es lo que sostienen los recurrentes” (FJ 2º).

Por su parte, la **STS de 21 de enero de 2002**, Ar. 6879, confirma la disconformidad a Derecho decretada por la Sala de instancia de una licencia concedida por el Ayuntamiento de Santander para la realización de obras para la construcción de un edificio destinado a aparthotel. La ejecución del edificio se proyectaba en la zona de “El Sardinero”, afectada por la declaración de Bien de Interés Cultural, con categoría de Conjunto Histórico.

Los recurrentes pretenden que la sentencia recurrida resuelve sobre la autorización de la Diputación Regional de Cantabria como órgano autonómico competente para la protección de bienes culturales, decisión que no había sido objeto de impugnación. El Tribunal Supremo en el FJ 4º de este juicio argumenta que, hasta la aprobación por parte del Ayuntamiento del Plan Especial de Protección del Área afectada por la declaración de Bienes de Interés Cultural, se debe recabar este permiso como paso previo a la concesión de la licencia de obras, señalando la naturaleza del mismo como trámite integrado dentro del expediente de concesión del permiso, tal y como establece la Ley de Patrimonio

Histórico Español. Por todo ello concluye la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para acordar la nulidad del mismo, bien con entera independencia, bien al atacar la licencia después de concedida.

Finalmente, la **STS de 6 de mayo de 2002**, Ar. 7188, considera que la exigencia de la autorización que el legislador autonómico de Castilla-La Mancha atribuye a la Administración titular de la carretera para realizar obras junto a la misma (Ley regional 9/1990, de 28 de diciembre, de Carreteras y Caminos) no es aplicable cuando se trata de edificaciones en travesías, supuesto en que es al Ayuntamiento a quien le corresponde resolver acerca de la solicitud, dado que el mismo cuenta con normas de ordenación urbanística que fueron aprobadas por la propia Junta de Comunidades castellano-manchega.

B) Técnico competente para la elaboración del proyecto técnico que acompaña a la solicitud de licencia

Las **SSTS de 3 de julio de 2002**, Ar. 6442, y **4 de julio de 2002**, Ar. 6595, resuelven a favor de la competencia de los Arquitectos Superiores frente a la de los Arquitectos Técnicos para redactar los proyectos técnicos destinados a la obtención de licencias de obras en los supuestos concretos sometidos a su consideración. Partiendo de la existencia entre ambos grupos de profesionales de un ámbito de competencias concurrentes de proyección e intervención parcial de construcciones, sin reglas precisas ni claras de delimitación, es necesario resolver la cuestión caso por caso, concluyendo en estos fallos a favor de los primeros dada la afectación de las obras en cuestión sobre la estructura arquitectónica de los edificios y la necesidad de exigir los mayores niveles de seguridad en las mismas.

C) Condicionamiento de las licencias urbanísticas

El TS ha dictado en el período de tiempo considerado en esta Crónica tres sentencias en las que establece la posibilidad que asiste a los Ayuntamientos de condicionar la licencia de obras a la satisfacción de determinadas exigencias.

La **STS de 27 de junio de 2002**, Ar. 6015, estima el recurso de casación interpuesto por la Generalidad de Cataluña frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que había anulado los condicionamientos impuestos por el Ayuntamiento de Barcelona en la concesión de una licencia de obras. Concretamente, estos requisitos se referían a la construcción de un correcto y constante suministro de agua en la instalación, así como la necesaria conexión eléctrica. El Tribunal *a quo* entendió que estas exigencias no son urbanísticas, únicas que deben ser apreciadas para la concesión de una licencia de obras, sino que van referidas al funcionamiento de la instalación.

Para la Sala, sin embargo, el hecho de contar con los servicios de agua y energía eléctrica no es una cuestión ajena a las facultades de control a ejercitar en la concesión de una

XI. Urbanismo

licencia de obras, habida cuenta que se trata de unas obras proyectadas en suelo no urbanizable, para cuya ejecución se ha obtenido una autorización previa de la Comunidad Autónoma, lo que implícitamente significa la necesidad de comprobar que tales instalaciones van a poder llevarse a la práctica con las dotaciones urbanísticas que se requieran en cada caso.

Por su parte, la **STS de 24 de abril de 2002**, Ar. 6905, mantiene la validez de la condición impuesta a una Junta de Compensación de constituir un aval para garantizar la realización de obras de urbanización, especialmente cuando se trata de terrenos que no sean solares, y aun cuando los mismos estén incluidos en polígonos o unidades de actuación.

En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 12 de julio de 2002**, Ar. 6124, declarando la validez de una cláusula impuesta a la licencia de obras solicitada de presentación de un aval como garantía para responder de los posibles daños y perjuicios que se puedan originar a los servicios municipales, así como para garantizar la ejecución de las obras de urbanización y para responder al pago de exceso de edificabilidad.

3. DEBER DE CONSERVACIÓN: ÓRDENES DE EJECUCIÓN DE OBRAS DE SEGURIDAD, SALUBRIDAD Y ORNATO PÚBLICOS

El deber de conservación de los edificios en condiciones de seguridad, salubridad y ornato públicos no puede extenderse a elementos de un inmueble que afecten a objetos depositados por el arrendatario del mismo en el desarrollo de su actividad, como es el caso enjuiciado en la **STS de 19 de julio de 2002**, Ar. 6136, en la que lo que se pretendía por el Ayuntamiento era la retirada de materiales peligrosos existentes en el interior de un solar.

4. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO

A) Acción pública

Como señala la ya comentada **STS de 21 de enero de 2002**, Ar. 6879, el ejercicio de la acción popular en materia urbanística es independiente de la naturaleza de las causas que hayan inducido al que ejercita tal acción, aun cuando éstas sean consideradas como represalias de actuaciones anteriores. Prevalcen, en este sentido, los fines de protección y observancia del Ordenamiento urbanístico.

B) Órdenes de demolición

La **STS de 8 de mayo de 2002**, Ar. 6593, considera que el acuerdo de demolición de las obras realizadas en un edificio debe ir precedido de la firmeza del acto de denegación de la licencia, requisito indispensable que viene exigiendo este Tribunal como título habilitante de la orden de demolición. Dicha circunstancia no se cumple cuando la

Administración municipal no se ha pronunciado expresamente sobre la solicitud de legalización deducida por el actor.

Por su parte, la STS de 18 de julio de 2002, Ar. 6134, recuerda que, en los supuestos de imposibilidad de legalización de las obras, la jurisprudencia ha declarado que puede acordarse la demolición de lo construido prescindiendo de este trámite claramente inútil.

C) Régimen sancionador

La STS de 17 de junio de 2002, Ar. 6594, desestima el recurso de casación deducido contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que había condenado al Ayuntamiento de Noja a imponer la sanción que proceda como consecuencia de las infracciones urbanísticas que detalla en sus fundamentaciones jurídicas.

Para el Tribunal, esta declaración se justifica en la “pasividad municipal contumaz a la hora de hacer cumplir la legalidad urbanística, así como ‘una intención manifiesta de dejar a un lado a dichos denunciante’, por lo que resulta evidente que, ‘(...) en tal situación, un fallo meramente anulatorio no habría amparado suficientemente los derechos e intereses legítimos de los demandantes ni satisfecho su pretensión de que se establezca la legalidad vulnerada sin que se reproduzca la actitud municipal pasiva que les ha obligado a recurrir por dos veces al auxilio jurisdiccional” (FJ 4º).

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

CONSUELO ALONSO GARCÍA

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

RUBÉN SERRANO LOZANO

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**Sumario:****1. Consideración previa. 2. Bienes locales: Adquisición de los bienes por prescripción.****Condiciones para que se entienda producida. 3. Aguas continentales.**

A) Aguas privadas: inscripción en el Catálogo fuera del plazo de los tres años. B) Aprovechamientos hidroeléctricos: otorgamiento de concesión. C) Autorización para construcciones en zona de policía de cauces. No es preciso que sea previa a la licencia de obras.

D) Concesión de aguas para riego: cláusula sin perjuicio de tercero. Interpretación.

E) Comunidades de Regantes: cuestiones de procedimiento. F) Régimen económico-

financiero: canon de vertido. Correcta la liquidación aun con autorización provisional

y sin Plan Hidrológico de cuenca. G) Sanciones: independencia de las mismas respecto

de la obligación de reponer las cosas a su estado anterior. H) Sobreexplotación de acuíferos: sequía y medidas extraordinarias. Inexistencia de responsabilidad administrativa.

4. Aguas marítimas.

A) La potestad de recuperación de oficio es imprescriptible.

B) Deslinde. Hay obligación de notificarlo a los afectados y posibilidad de realización

material fragmentada. Tiene como efecto la suspensión del otorgamiento de nuevas

licencias municipales de obras, sin que pueda detener la eficacia de las ya otorgadas

legalmente. C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: edificaciones prohibidas

en zonas de servidumbre de protección y de tránsito. D) Usos privativos del demanio

marítimo: necesidad de concesión. Cabe revisión de oficio de la misma por motivos de

interés general. El rescate concesional tiene naturaleza expropiatoria. La ausencia de

prórroga de la concesión o la declaración de caducidad por inobservancia del clausula-

do no son muestras de arbitrariedad ni de desviación de poder. E) Infracciones y san-

ciones: el relleno artificial del demanio marítimo es una infracción sancionable.

F) Puertos. Su naturaleza demanial determina la aplicación a los mismos de las reglas

jurídicas propias de las propiedades públicas: deslinde, beneficio de expropiación forzosa,

flexibilización de exigencias urbanísticas, exigencia de concesión. Tarifas portuarias: tienen

la naturaleza jurídica de tasa. G) Pesca marítima: existencia de normativa para la

homologación de títulos que habiliten el ejercicio de profesiones marítimas. Limitaciones al ejercicio de la actividad pesquera: otorgamientos individuales de los derechos de acceso a los caladeros y paralización de embarcaciones, previa compensación económica. **5. Carreteras: accesos a instalaciones a través de vía urbana. 6. Patrimonio Cultural.** A) Prohibición de exportar un Bien incluido en el Inventario. No vulnera el derecho de propiedad. B) Limitaciones a la edificación en un Conjunto Histórico.

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi correspondiente a 2002 desde la 4776 a la 6860 (cuadernillos 23 al 31) y se ha revisado la del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 191/2002, de 28 de octubre hasta la 239/2002, de 11 de diciembre (BOE de 10 de enero de 2003).

2. BIENES LOCALES: ADQUISICIÓN DE LOS BIENES POR PRESCRIPCIÓN. CONDICIONES PARA QUE SE ENTIENDA PRODUCIDA

En la STS de 8 de julio de 2002, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 6549, se examinan las condiciones que deben cumplirse para que un Ayuntamiento adquiera por prescripción unos bienes de particulares. En ella se afirma que para que se produzca la posesión por 30 años determinante de la usucapción tiene que estar basada en actos inequívocos, con clara manifestación externa que revelen que se trata de una auténtica posesión en concepto de dueño, y no una mera detentación. Tal posesión no se aprecia en el caso concreto debatido en el proceso, dado que lo único que se había hecho es delimitar sobre las fincas de los particulares unas calles en planos parcelarios aprobados; y las fotografías que figuran en las actuaciones, claramente muestran que se trata de unos caminos sin asfaltar, sin aceras, ni signo de ninguna clase que permita acreditar una presencia municipal activa, ostensiva de esa posesión en concepto de dueño, que en modo alguno pueden ser tenidos por un viario de uso público, ni siquiera por un parque; lo que ponen de manifiesto que allí hay una ausencia total de presencia municipal que sea indicativa de preocupación por una mínima actividad posesoria que patentice ese destino a ese uso o servicio público.

En consecuencia, tampoco se habrá producido la afectación de los terrenos controvertidos a un uso o servicio público prevista en el art. 8.4 del RBEL, pues ese destino a un uso o servicio público exige, según doctrina jurisprudencial, que salgan del patrimonio de quien ostenta la titularidad en propiedad de las fincas de que se trate, y que se realice un acto de afectación que, en el caso de las vías públicas, es la transformación de los terrenos en calle.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Aguas privadas: inscripción en el Catálogo fuera del plazo de los tres años

Siguiendo jurisprudencia anterior [v.gr. STS de 20 de septiembre de 2001 –crónica XII.3.A) del núm. 16 de *Justicia Administrativa*–] la **STS de 21 de enero de 2002**, Ar. 6876, reconoce el derecho de unos particulares a la inscripción de un manantial en el Catálogo de aguas privadas a que aludía la Disposición Transitoria Cuarta de la Lag. de 1985 (hoy DT 4 del TR de Lag.), sin que sea obstáculo para ello que haya transcurrido el plazo de 3 años a que hace referencia el art. 195 del RDPH, pues es la Administración la más interesada en recabar la máxima información posible para la consecución de un mejor control del recurso hídrico.

B) Aprovechamientos hidroeléctricos: otorgamiento de concesión

La **STS de 1 de abril de 2002**, Ar. 6894, declara válida la concesión hidroeléctrica otorgada a una empresa por la CH del Norte, al no prosperar los argumentos de la parte recurrente (Ayuntamiento de Ribadavia) sobre falta de respeto a derechos preexistentes y ausencia de informes preceptivos a que se refiere el art. 110 del RDPH (que sustituye al art. 8 del RD 916/1985) por efecto del art. 128 del RDPH. Según el Alto Tribunal, dichos informes sobre ordenación del territorio, medioambientales, o de desarrollo agrario tuvieron lugar, aunque a dicho Ayuntamiento no le pareciesen suficientes, no pudiéndose aceptar tampoco por falta de prueba que con la concesión hidroeléctrica se perjudicase el uso común para baño y el de pesca situados aguas abajo.

C) Autorización para construcciones en zona de policía de cauces. No es preciso que sea previa a la licencia de obras

Conforme al art. 9.3 del RDPH, la ejecución de cualquier obra en la zona de policía de cauces precisa de autorización previa del Organismo de cuenca, siendo ésta independiente de cualquier otra autorización que haya de ser otorgada por los órganos de otras Administraciones. En la **STS de 20 de diciembre de 2001**, Ar. 6051, se interpreta este precepto en conexión con el art. 78 del mismo Reglamento, para concluir que es conforme a derecho la licencia de obras dada por un Ayuntamiento para la construcción de una industria láctea, a pesar de que dicha licencia se otorgase con carácter previo a la autorización de la Administración hidráulica. Según el Alto Tribunal, de esos preceptos no se desprende que esta última autorización haya de ser previa a la que corresponde a las autoridades municipales.

D) Concesión de aguas para riego: cláusula sin perjuicio de tercero. Interpretación

Según el art. 59.1 de la Lag. de 1985 (actualmente art. 61.1 del TR de Lag.): “Toda concesión se entenderá hecha sin perjuicio de tercero”. En la **STS de 7 de diciembre de 2001**, Ar. 5116, se entiende que no se vulneró este precepto por la CH del Tajo cuando legalizó una captación de aguas de manantiales llevado a cabo inicialmente sin habilitación administrativa y cuando otorgó la correspondiente concesión para ajustar la situa-

ción a lo que prescribe el ordenamiento. La Comunidad de Regantes recurrente no ostentaba derecho alguno sobre el uso de las aguas de que se trata, no existiendo tampoco en aquel momento concesión a su favor que pudiera perjudicarse por la legalización discutida. No se actuó por la Administración hidráulica una revisión de oficio sin procedimiento, pues la legalización mencionada es algo diferente, debiéndose recordar además que el abastecimiento a poblaciones (que es el fin que motivó las diversas captaciones por parte del Ayuntamiento) es un uso preferente al de riegos.

E) Comunidades de Regantes: cuestiones de procedimiento

Por otro lado, la STS de 22 de julio de 2002, Ar. 6931, confirma la validez de unas Resoluciones de la CH del Ebro por las que se aprueba la modificación de las Ordenanzas de la Comunidad General de Regantes de los Canales de Urgel. La razón aducida por la Comunidad de Regantes que se opone a integrarse en la citada Comunidad General es que el acto de aprobación fue nulo por falta de procedimiento. Sin embargo, el TS señala que la integración venía impuesta por mandato legal (art. 228 Lag. de 1879) al tomar aguas del mismo Canal de Urgel.

En la STS de 22 de julio de 2002, Ar. 6932, el conflicto principal gira en torno a si debieron ser citados los recurrentes a la convocatoria de Junta General de la Comunidad de Regantes de Sagunto para decidir sobre la reversión de unas acequias respecto de unas parcelas que no fueron finalmente utilizadas en la expropiación llevada a cabo para la instalación de una Planta Siderúrgica. El TS estima procedente la convocatoria, debido a que los recurrentes no fueron citados por haber perdido como consecuencia de la expropiación los terrenos que se regaban con el agua que regulaba la Comunidad, de manera que su condición de comuneros se extinguió por desaparición de la causa que la determinaba. De ese modo, no cabe que se opongan a la renuncia a la reversión de las acequias inicialmente expropiadas que a cambio de una contraprestación económica decidió la Junta General, la cual conforme al art. 216.3.e) del RDPH puede disponer de los bienes y derechos de la Comunidad.

F) Régimen económico-financiero: canon de vertido. Correcta la liquidación aun con autorización provisional y sin Plan Hidrológico de cuenca

Citando Sentencias precedentes [v.gr. SSTS de 26 de febrero de 2000 –crónica XII.3.E) del núm. 9 de esta Revista– y de 13 de febrero de 2002 –crónica XII.3.E) del núm. 17 de Justicia Administrativa–] la STS de 4 de junio de 2002, Ar. 5916, afirma que es correcta la liquidación de canon de vertido girada a un Ayuntamiento que contaba con autorización provisional en virtud de la Orden de 23 de diciembre de 1986. Para el TS la no existencia en ese momento de PHC no es impedimento para que la Administración determinase la exacción de acuerdo con lo contenido en la Lag. y RDPH, y además, de la conjugación del art. 92 con el art. 105 de la Lag. de 1985 resultaba que no sólo cabía exigir el canon de vertido a las autorizaciones definitivas.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

G) Sanciones: independencia de las mismas respecto de la obligación de reponer las cosas a su estado anterior

En la STS de 24 de junio de 2002, Ar. 5858, se decide que las resoluciones administrativas recaídas en el expediente sancionador que obligaban a una empresa inmobiliaria a demoler la obra realizada y a reintegrar el cauce a su estado anterior son válidas, por cuanto el encauzamiento y recubrimiento del arroyo se habían llevado a cabo sin la preceptiva autorización de la CH del Duero. No puede considerarse prescrita la obligación de reponer las cosas a su estado anterior, ya que su plazo de prescripción de 15 años (referido en el art. 327 del RDPH) es mucho más amplio y además independiente del relativo a la acción para sancionar las infracciones.

H) Sobreexplotación de acuíferos: sequía y medidas extraordinarias. Inexistencia de responsabilidad administrativa

Como en otras Sentencias [así, STS de 22 de septiembre de 2001 –crónica XII.2.F) del núm. 17 de esta Revista–], en la STS de 22 de enero de 2002, Ar. 6880, se vuelve a reiterar la idea de que no puede estimarse la reclamación de responsabilidad derivada de la suspensión de las extracciones del Acuífero 24 del Campo de Montiel (en este caso para el año 1990), declarado en situación de sobreexplotación por la circunstancia de sequía con base en el art. 56 Lag. de 1985, no siendo obstáculo el que se trate de aguas privadas, pues el apartado 4 de las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de dicha Lag. permitía la adopción de medidas limitativas de carácter general también sobre este tipo de aguas. No estamos pues ante una privación singular indemnizable, sino ante una medida de carácter general.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) La potestad de recuperación de oficio es imprescriptible

Frente a usurpaciones de bienes de dominio público marítimo llevadas a cabo por particulares, la Administración del Estado, en cuanto que titular y como modo permanente de tutela de la demanialidad, debe ejercitar la potestad de recuperación de oficio. Esta potestad es ejercitable en cualquier tiempo desde que quede probada la invasión (STS de 3 de octubre de 2001, FJ 3º, Ar. 6085 de 2002).

B) Deslinde. Hay obligación de notificarlo a los afectados y posibilidad de realización material fragmentada. Tiene como efecto la suspensión del otorgamiento de nuevas licencias municipales de obras, sin que pueda detener la eficacia de las ya otorgadas legalmente

El ejercicio de la potestad administrativa de deslinde –mediante la prosecución del consiguiente procedimiento– tiene como pretensión la de acotar los límites del dominio público marítimo-terrestre para diferenciarlo física y jurídicamente de los terrenos limítrofes. La normativa vigente (art. 13 de la Ley de Costas de 1988) le atribuye unas consecuencias extraordinarias, al declarar su resultado no sólo la posesión pública de los bie-

nes considerados demaniales sino también su titularidad dominical en favor de la Administración; declaraciones ambas –singularmente esta última– que prevalecen frente a inscripciones contradictorias previas existentes en el Registro de la Propiedad. Esto no significa que los particulares afectados no dispongan de mecanismos jurídicos para defender su posición –recurso a la jurisdicción ordinaria singularmente–, debiendo, no obstante, ser notificados en todo caso de las anotaciones preventivas derivadas de las órdenes de deslinde, y resultando imposible que la Administración pueda ordenar *per se* la rectificación de los títulos de propiedad (STS de 22 de octubre de 2001, Ar. 5616 de 2002). A *contrario sensu*, los bienes anteriormente integrantes del demanio costero que hayan quedado al margen del mismo en el último deslinde practicado no precisan de otro procedimiento análogo para la declaración de su innecesariedad, demandándose tal solamente para proceder a su desafectación (STS de 19 de noviembre de 2001, Ar. 4169 de 2002).

Este procedimiento –a cuya realización efectiva en dos tramos independientes nada obsta habida cuenta su condición de acto de trámite que no concluye definitivamente las titularidades, y siempre que por ello no se afecten derechos subjetivos de los propietarios o resultado material del deslinde (STS de 20 de febrero de 2002, Ar. 3214)– tiene como consecuencia destacable la suspensión del otorgamiento de concesiones y autorizaciones –singularmente, licencias municipales de obras– en tanto se realiza, siendo imposible detener la eficacia de títulos ya otorgados legalmente mientras el procedimiento se está llevando a cabo (STS de 6 de mayo de 2002, Ar. 4245).

Es de señalar, por último, que el hecho de que una superficie pierda, como consecuencia de la realización de obras de regeneración, sus características naturales de playa no significa que pierdan asimismo la consideración demanial que le correspondía en cuanto tal, siendo preciso un nuevo deslinde y una posterior desafectación para conseguir este fin (STS de 19 de abril de 2002, Ar. 6651).

C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: edificaciones prohibidas en zonas de servidumbre de protección y de tránsito

La existencia de limitaciones sobre la propiedad privada contigua al demanio marítimo es habitual en la normativa costera. La finalidad de las mismas es tanto la de cumplir necesidades públicas como, principalmente, la de permitir su salvaguardia. Un típico ejemplo de estas limitaciones es la prohibición que fija la Ley de Costas de 1988 en lo que hace a la realización de edificaciones destinadas a residencia o habitación en zona de servidumbre de protección –extensiva a una franja de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (art. 23.1 de la Ley de Costas)–. En estos casos, resulta evidente el deber de ordenar la paralización de cualquier obra ilegal que se encuentre en esta situación (STS de 25 de febrero de 2002, Ar. 6362), sin que la previa obtención de una licencia de edificación al amparo de la normativa anterior lo legitime, debiendo considerarse caducado este título una vez pasados dos años desde la entrada en vigor del ordenamiento actual (STS de 10 de junio de 2002, Ar. 5423).

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

También, y por la misma razón manifestada al principio, la Ley de Costas prohíbe realizar en zona de servidumbre de tránsito —extensiva a una franja de terreno de 6 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (art. 27.1)— obras de construcción que puedan obstaculizar el paso público peatonal y de vehículos de vigilancia y salvamento, lo que determina la demolición de las indebidamente realizadas, salvo que quepa legalización en atención al interés general (lo que no ocurre en el supuesto resuelto por la (STS de 19 de abril de 2002, Ar. 6651).

D) Usos privativos del demanio marítimo: necesidad de concesión. Cabe revisión de oficio de la misma por motivos de interés general. El rescate concesional tiene naturaleza expropiatoria. La ausencia de prórroga de la concesión o la declaración de caducidad por inobservancia del clausulado no son muestras de arbitrariedad ni de desviación de poder

La realización de un uso privativo del demanio costero requiere la obtención previa de una concesión administrativa; concesión que, como tal, podrá ser revisada de oficio por la Administración otorgante en cualquier tiempo, siempre en atención al interés general y cuando concurren circunstancias de esta índole que lo justifiquen. Tal ocurre en el supuesto resuelto por la STS de 4 de junio de 2001, Ar. 3119 de 2002, en la que instalaciones de acceso a la zona marítimo-terrestre realizadas por el concesionario se abren al público por decisión de la Administración con el fin de garantizar la entrada al mismo y la servidumbre de tránsito. En ningún caso esta eventualidad ha de considerarse un supuesto expropiatorio sin indemnización, habida cuenta que el concesionario sigue disfrutando de los beneficios inherentes a la misma, y sin que la mayor onerosidad de este cambio de condiciones pueda confundirse con la privación del derecho a ocupar el dominio público (FJ 12º de la misma Sentencia). En este mismo orden de consideraciones, por las mismas razones y con idénticas valoraciones, ha de entenderse una posible reducción del plazo concesional, al que también alude este pronunciamiento.

Sin embargo, el rescate urgente de la concesión por su afectación a la realización de obras de regeneración del demanio costero sí tiene un evidente sentido expropiatorio, consistiendo en una auténtica privación singular de derechos de contenido patrimonial. Como afirma la STS de 24 de diciembre de 2001, Ar. 4988 de 2002, “si bien es cierto que dadas las particularidades propias del demanio marítimo y del derecho expropiado, la expropiación presenta en estos casos peculiaridades respecto de otros bienes y derechos, no por ello queda excluido el régimen común de la Ley de Expropiación Forzosa en lo no regulado de forma expresa para el rescate de concesiones”. Por ello, las ausencias de declaración previa de utilidad pública y de previo dictamen del Consejo de Estado demandadas en el ordenamiento jurídico aplicable determinan la improcedencia del rescate, sin que intentos de subsanación posterior de estos defectos alteren en absoluto esa imposibilidad.

Debe saberse también que por el propio carácter limitado en el tiempo del título (art. 82 de la Ley de Costas), la denegación de prórroga de una concesión una vez llegado el momento de su vencimiento no puede ser considerada como muestra de desviación de poder y arbitrariedad por parte de la Administración (STS de 1 de octubre de 2001, Ar.

6079 de 2002). Como tampoco puede considerársele a la declaración de caducidad de la misma por inobservancia de su clausulado (STS de 21 de diciembre de 2001, Ar. 4915 de 2002).

E) Infracciones y sanciones: el relleno artificial del demanio marítimo es una infracción sancionable

El relleno artificial de terrenos en la zona marítimo-terrestre es considerado por los arts. 90.a) y b) y 91.2.b), g) e i) de la Ley de Costas de 1988 como una infracción grave y, como tal, susceptible de sanción y de la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado por parte del infractor. Así lo recuerda la STS de 3 de octubre de 2001, Ar. 6085 de 2002.

F) Puertos. Su naturaleza demanial determina la aplicación a los mismos de las reglas jurídicas propias de las propiedades públicas: deslinde, beneficio de expropiación forzosa, flexibilización de exigencias urbanísticas, exigencia de concesión. Tarifas portuarias: tienen la naturaleza jurídica de tasa

La consideración de las instalaciones portuarias como bienes demaniales trae como consecuencia indeclinable la aplicación a las mismas de todos los principios y reglas jurídicas inherentes a las propiedades públicas. De esta manera, gozarán de tal categorización sólo las zonas que sean así declaradas en virtud del ejercicio de la potestad de deslinde; declaración que, como corresponde a su finalidad –delimitar los confines de los bienes demaniales–, y de acuerdo con las últimas regulaciones normativas, se impone a cualquier inscripción registral previa (STS de 14 de marzo de 2002, Ar. 4381, FJ 5º). Igualmente, la utilidad pública que deriva de los mismos justifica el ejercicio de la potestad de expropiación forzosa sobre aquellos terrenos –colindantes en la mayor parte de las ocasiones– precisos para atender posibles incrementos de necesidades (caso de los aparcamientos a que se refería el supuesto resuelto por la STS de 12 de marzo de 2002, Ar. 2996), de la misma manera que, también en atención al servicio que prestan, ven flexibilizado el régimen de instrumentación urbanística –posibilidad de planificación propia especial– y licencias municipales requeridas para su realización (SSTS de 14 de marzo, FFJJ 2º, 3º y 4º, y de 1 de abril de 2002, Ar. 4381 y 3843, respectivamente). Por último, debe destacarse que la realización de cualquier actividad que tenga como basamento físico las instalaciones portuarias requiere del correspondiente título administrativo (generalmente, una concesión), cuyo cumplimiento en sus términos precisos debe ser fiscalizado por la Administración titular, obligada –entre otras medidas– a incoar procedimiento sancionador constatado el incumplimiento (STS de 13 de junio de 2002, Ar. 5853) y a declarar, por esa misma razón, la caducidad del título (STS de 22 de julio de 2002, Ar. 6825), sin que esto suponga vulneración alguna del principio de seguridad jurídica (STS de 16 de enero de 2000, Ar. 6828).

La meritada concesión lleva anudado, como contraprestación pecuniaria, el devengo de una figura tributaria (cánones diversos en función del tipo de uso). En relación con estos

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

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 por ende al principio de reserva de ley característico de los tributos. Este hecho determina la ilegalidad de la utilización de una Orden Ministerial a los efectos de la determinación de sus elementos esenciales, como vuelven a manifestar las SSTS de 8, 9 (cuatro), 22 (dos), 23 (tres), 29 y 30 (cuatro) de mayo de 2002, Ar. 4803, 4804, 4805, 4806, 4807, 4706, 5153, 4708, 4710, 4711, 4720 y 5033, 5034, 5035 y 5036, respectivamente, en relación con la Tarifa G-3 sobre mercancías y pasajeros, y 2 de enero, 11 de febrero, 25 de abril, 4 de mayo y 7 y 18 de junio de 2002, Ar. 4522, 5520, 5027, 5148, 6359 y 6360, en relación con el canon por ocupación de superficie portuaria. Por cierto que la necesidad de adecuar el importe exacto de este último canon a los valores de mercado es destacada por la STS de 8 de junio de 2002, Ar. 5373; pronunciamiento en el que se reconoce, asimismo, la posibilidad de aplicar a aquéllos un coeficiente adicional –el denominado “componente portuario”– que concrete el plusvalor de unos terrenos situados en el puerto. No cabe, sin embargo, añadir aun otro coeficiente lineal no discriminatorio de zonas o espacios –hecho que se pretendía en el supuesto recurrido, amparándose en un presunto valor de los terrenos sobrevenido por el interés que tienen los mismos para los particulares–, en lo que este hecho supondría de duplicidad de plusvalías sobre una misma valoración.

La jurisprudencia consolidada que acaba de manifestarse es contravenida, sin embargo, por la STS de 9 de junio de 2000, Ar. 4813 de 2002, de la que es ponente Gota Losada. A juicio de este pronunciamiento (FJ 3º), el carácter relativo de la reserva de ley limita la intervención de tal modelo normativo al señalamiento de los elementos fundamentales del hecho imponible de las tarifas, estando el Gobierno, por su parte, habilitado para aprobar la política económico-financiera. Política que, por basarse en la autofinanciación de los puertos, marca las directrices cuantitativas de las tarifas, correspondiendo por ello la concreción de las mismas al Ministerio de Obras Públicas, en la medida en que existe una atribución de potestades y facultades *in suo ordine* al poder legislativo y al poder ejecutivo (Gobierno y Ministerio).

G) Pesca marítima: existencia de normativa para la homologación de títulos que habiliten el ejercicio de profesiones marítimas. Limitaciones al ejercicio de la actividad pesquera: otorgamientos individuales de los derechos de acceso a los caladeros y paralización de embarcaciones, previa compensación económica

El ejercicio de las profesiones marítimas –las relacionadas con la marina mercante y con el sector pesquero– se encuentra normativamente regulado en una pluralidad de textos que suponen, en su mayoría, bien la trasposición a derecho interno español de Directivas comunitarias en la materia, bien la incorporación a este mismo de instrumentos convencionales internacionales suscritos por nuestro país. No podía ser de otro modo, habida cuenta que la pertenencia de España a organizaciones supranacionales impone la observancia de estas regulaciones comunes. Uno de los textos a considerar es el RD 2062/1999, de 30 de diciembre, por el que se regula el nivel mínimo de formación exi-

gido para la práctica de las profesiones marítimas; norma que, como indica su propio nombre, pretende simplemente eso: reconocer y homologar los títulos profesionales expedidos por las autoridades de los diversos Estados-parte. No cabe, pues, solicitar su nulidad en vía contencioso-administrativa alegando insuficiencia de tratamiento de las condiciones exigibles a los trabajadores extranjeros en el mar —en el supuesto resuelto por la **STS de 15 de marzo de 2002**, Ar. 2619, una pretendida falta de exigencia de autorización administrativa previa a los trabajadores extranjeros—, puesto que no es éste el objeto de la norma, concretándose éste exclusivamente en el antecitado reconocimiento de títulos.

Por su parte, la dinámica natural de la actividad pesquera impone la adopción de medidas limitadoras de la misma, que impidan la esquilma de las especies y que permitan, simultáneamente, su regeneración. Una de ellas vendría dada por la restricción del derecho de acceso a los caladeros, que en el supuesto de flotas de altura, gran altura y buques palangraneros de más de 100 TRB se realiza asignando esos derechos a los buques inscritos en el pertinente censo; derechos que tienen como destinatarios concretos a los buques y no a las compañías a las que éstos pertenezcan, por lo que nada obsta a su acumulación en manos de una misma empresa propietaria de varios buques. Tal es la doctrina extraíble de la **STS de 19 de enero de 2002**, Ar. 4383.

Otra de las merítadas medidas consiste en paralizaciones temporales de las embarcaciones dedicadas a la misma. Considerando el perjuicio económico que este hecho puede ocasionar a sus propietarios, el poder público viene determinando compensaciones económicas que permitan minimizarlo. Estas compensaciones deben ser solicitadas por los interesados en el plazo previsto por la norma que las regula, sin que quepa una pretendida aplicación retroactiva de la norma más favorable en los supuestos de peticiones extemporáneas (**STS de 18 de diciembre de 2001**, Ar. 6279 de 2002).

5. CARRETERAS: ACCESOS A INSTALACIONES A TRAVÉS DE VÍA URBANA

En relación con esta materia, debemos hacer mención a la **STS de 24 de diciembre de 2001**, Ar. 7792, que confirma la Sentencia del Tribunal de instancia, que dio la razón a un Ayuntamiento valenciano, en una decisión relativa a un acceso desde una carretera a una cantera por parte de camiones de más de 38 toneladas.

En este caso se trata del casco urbano, por lo que la normativa aplicable a la vía no es la de carreteras, sino una Ordenanza municipal reguladora del tráfico dentro del casco urbano, Ordenanza que no permite que circulen camiones de más de 38 toneladas.

El Tribunal Supremo considera que el recurrente no ha sido capaz de demostrar la existencia de ninguna norma que amparara el derecho de que los camiones de propiedad de aquél pudieran acceder a la cantera a través de la vía urbana.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

6. PATRIMONIO CULTURAL

A) Prohibición de exportar un Bien incluido en el Inventario. No vulnera el derecho de propiedad

En este apartado, debe destacarse en primer lugar la STS de 6 de mayo de 2002, Ar. 6770, que confirma la STSJ de Madrid de 1996, y da la razón a la Administración, que denegó a unos particulares su solicitud de exportación a Londres de una obra de arte (en concreto, un cuadro). La citada obra se encontraba incluida dentro del Inventario General de Bienes Muebles del Patrimonio Histórico Español, y la Junta de Calificación, Valoración y Exportación de Bienes del Patrimonio Histórico emitió un dictamen desfavorable en relación con su exportación, al tratarse de una obra pictórica de primer orden (valorada, en términos económicos, entre 1.400 y 2.000 millones de pesetas).

El TS considera que no se ha vulnerado el derecho de propiedad del art. 33.2 CE, pues la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, delimita este derecho en relación con los bienes del patrimonio histórico. Y, en su art. 26, se establece la necesidad de autorización expresa de la Administración para exportar los bienes incluidos en Inventario General, como es aquí el caso.

Este Inventario se regula (por remisión del art. 26.5 de la Ley 16/1985), en el RD 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo de aquélla. Pero si un bien se incluye en el Inventario, previa instrucción del correspondiente expediente, se somete a la protección de la Ley 16/1985, y por lo tanto se precisa para su exportación la preceptiva autorización administrativa. Y ello, con independencia de que la exportación tenga lugar a otro país de la Unión Europea, pues la normativa comunitaria (art. 36 del Tratado de la Comunidad, en su versión entonces vigente), permite la existencia de restricciones a la exportación cuando se pretenda proteger bienes del patrimonio histórico.

Además, existía un interés del Museo del Prado (relacionado con el art. 59.3 de la Ley 16/1985) por adquirir la citada obra.

Esta negativa a la exportación no impide, sin embargo, que se llegue a un acuerdo con la Administración o que se solicite una reclamación de responsabilidad patrimonial. No obstante, los dueños del cuadro pueden venderlo en España, pues lo que la Ley 16/1985 prohíbe es la exportación, pero no la venta dentro de nuestro país.

B) Limitaciones a la edificación en un Conjunto Histórico

Por otra parte, debe destacarse la STS de 21 de enero de 2002, Ar. 6879, que confirma la STSJ de Cantabria de 1997, que anuló una Resolución del Ayuntamiento de Santander, que otorgó a una empresa una licencia para construir un edificio destinado a aparthotel, en una zona afectada por la declaración de Bien de Interés Cultural (Conjunto Histórico). En este caso, fue un particular quien ejerció la acción pública prevista en la legislación urbanística y, además, de acuerdo con los arts. 6 y 20 de la Ley 16/1985, la Administración autonómica emitió un informe favorable a la concesión de la licencia.

La Sentencia de instancia y ahora el TS consideran contrarias a la legislación urbanística y a la Ley 16/1985 las decisiones adoptadas aquí tanto por la Administración autonómica como por la municipal.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

ELOY COLÓM PIAZUELO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A) Incumplimientos de varios Estados de la Directiva 98/83/CE, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano. El elemento decisivo de la finalización del plazo fijado en el dictamen motivado. B) Incumplimiento de Irlanda de la Directiva 80/778/CEE relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano. C) Incumplimiento de Bélgica de la Directiva 97/11/CE relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. D) Incumplimiento de Luxemburgo de algunas obligaciones de la Directiva 96/59/CE, relativa a la eliminación de los policlorobifenilos y de los policloroterfenilos (PCB/PCT). Aportaciones sobre el concepto de plan ambiental. E) La obligación de declarar una superficie suficiente como Zona de Protección Especial para las aves establecida en la Directiva 79/409/CEE. F) Incumplimiento de Bélgica de obligaciones presentes en la Directiva 92/43/CEE, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres. G) Incumplimiento de Dinamarca de la Directiva 76/160/CEE sobre calidad de aguas de baño. Infrecuencia de muestreos, cálculos anuales de la calidad, y caso fortuito como causa de incumplimiento. **3. Actividades clasificadas.** A) Cierre de pub, al que se le habían denegado las licencias de instalación y apertura, mediante una medida de policía amparada en el artículo 82.1 del Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas. B) Clausura de actividad que viene funcionando sin licencia desde 1931. C) La clausura ilegal de una actividad que dispone de las autorizaciones correspondientes supone una revocación ilegal de la misma que determina la responsabilidad patrimonial de la Administración. D) A los materiales peligrosos depositados en un inmueble en el desarrollo de una actividad clasificada les es de aplicación la normativa de actividades clasificadas. E) Emplazamiento de actividades peligrosas a menos de 2.000 metros de un núcleo habitado. a) Exigencia de una decisión previa suficientemente

motivada. b) Compatibilidad de las medidas de protección del artículo 4 del RAC con las de seguridad industrial. c) Límites a la aplicación del artículo 15 del RAC en el emplazamiento de actividades insalubres o nocivas. F) Legitimación vecinal y anulación de la licencia para la instalación de una planta de transferencia y tratamiento de residuos industriales y un depósito de seguridad y balsa de lixiviados. G) Denegación de licencias por razones urbanísticas. a) Denegación de licencia de apertura en suelo no urbanizable. b) Denegación de licencia por contravención del planeamiento urbanístico. H) Incidencia de la Disposición Transitoria Tercera del RAC en el cambio de titular de la licencia de actividades. I) Clausura de actividad de bar con equipo de música en aplicación de la jurisprudencia del TC y del TEDH. **4. Aguas continentales.** A) Vertidos: indemnización por daños no exigible por falta de procedimiento. B) Vertidos: adopción de medidas correctoras. **5. Minas: suspensión de labores mineras por motivos medioambientales.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo aparecida desde el 7 de noviembre de 2002 hasta el 5 de febrero de 2003; la ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi correspondiente a 2002 desde la 4776 a la 6860 (cuadernillos 23 al 31) y la del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 191/2002, de 28 de octubre, hasta la 239/2002, de 11 de diciembre (BOE de 10 de enero de 2003).

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

A) Incumplimientos de varios Estados de la Directiva 98/83/CE, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano. Elemento decisivo de la finalización del plazo fijado en el dictamen motivado

Tres Sentencias de la misma fecha han aparecido en el lapso de tiempo estudiado relativas al incumplimiento de tres Estados (España, Gran Bretaña y Bélgica) de la Directiva 98/83/CE del Consejo, de 3 de noviembre de 1998, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano. En el caso de España, la STJCE de 16 de enero de 2003, recaída en el asunto C-29/02 (Sala Primera), que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, constata el incumplimiento de este país por no haber adoptado, en el plazo que fija el dictamen motivado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a lo dispuesto en esta Directiva sin que sirva como excusa justificatoria del incumplimiento el hecho de que

un proyecto de Real Decreto se encuentre en trámite de dictamen del Consejo de Estado. Lo propio hace la **STJCE de 16 de enero de 2003**, recaída en el **asunto C-63/02** (Sala Primera), que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. En este caso la Sentencia constata la adecuada transposición de la Directiva para el País de Gales aun cuando ésta ha sido posterior a la finalización del plazo del dictamen motivado. No ha tenido lugar, sin embargo, ninguna actuación de transposición en relación a Irlanda del Norte sin que la “insuficiencia de medios” que aduce el demandado sirva de excusa adecuada. Finalmente, la **STJCE de 16 de enero de 2003**, recaída en el **asunto C-122/02** (Sala Primera), que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Bélgica, constata que en relación a las Regiones Flamenca y Valona no había habido cumplimiento de la Directiva puesto que en el plazo fijado por el dictamen motivado sólo existían anteproyectos en relación a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano.

B) Incumplimiento de Irlanda de la Directiva 80/778/CEE relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano

La **STJCE de 14 de noviembre de 2002**, recaída en el **asunto C-316/00** (Sala Sexta), que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda, constata el incumplimiento de este país de diversas obligaciones que le fija la Directiva 80/778/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1980, relativa a la calidad de las aguas destinadas al consumo humano. Debe hacerse constar inicialmente que esta Directiva ha sido sustituida por la 98/83/CE [que es objeto de comentario en el punto A) anterior] lo que el Tribunal incorpora a su razonamiento que es plenamente homogéneo con lo que indica la actual Directiva vigente.

El supuesto contemplado en la Sentencia es relativamente complejo y se fundamenta en el entendimiento de la expresión “redes que garantizan un suministro de agua conjunto” (*Group Water Schemes*) estableciéndose en torno al mismo una discusión en torno a su sujeción, o no, a la Directiva 80/778/CEE. Irlanda manifiesta, en concreto, que estas redes comenzaron a establecerse en 1962 y constituían la solución a las dificultades que provocaba una escasa densidad de población para la creación de la infraestructura necesaria para el suministro de agua potable a las regiones rurales retrasadas de Irlanda. En concreto estas redes son las que abastecen a dos o más viviendas utilizando una fuente común o compartida y un sistema que es propiedad de una cooperativa constituida en el medio rural que asegura su funcionamiento y su mantenimiento. El Tribunal va a establecer sin fisuras la sujeción de estas redes a la Directiva 80/778/CEE indicando la no aplicabilidad de su **STJCE de 5 de julio de 1990 Comisión/Bélgica (asunto C-42/89)** que sólo se referiría a supuestos de autoconsumo para una única vivienda o unidad de consumo.

Se juzga, consiguientemente, que la normativa de Irlanda relativa a estas redes (1988) no supone un adecuado cumplimiento de la Directiva 80/778/CEE, en cuanto que determinados parámetros de calidad de las aguas de ésta se configuran como no vinculantes. Por otra parte, el Tribunal lleva a cabo una adaptación derivada de la Directiva 98/83/CE resultando una condena a Irlanda por no observar determinados parámetros de calidad

en sus redes públicas de distribución de agua o redes que garantizan un suministro de agua conjunto con la excepción de las redes que produzcan como media menos de 10 m³ diarios o que abastezcan a menos de 50 personas, a no ser que el agua se suministre como parte de una actividad comercial o pública. Estas últimas referencias cuantitativas suponen la recepción de lo dispuesto en el art. 3.2 de la Directiva 98/83/CE.

C) Incumplimiento de Bélgica de la Directiva 97/11/CE relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente

En el número anterior de esta Revista dimos cuenta de la aparición de una Sentencia (de 7 de noviembre de 2002) que constataba el incumplimiento de Francia de algunos aspectos de la Directiva 97/11/CE y ahora debemos referirnos a la **STJCE de 19 de noviembre de 2002**, recaída en el **asunto C-319/01** (Sala Sexta), que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Bélgica sobre la misma cuestión. En esta Sentencia se constata que los proyectos normativos de la Región Valona, de la Flamenca o de las autoridades federales belgas, no bastan para considerar cumplidos los requerimientos pues en el caso de las Regiones se trata solamente de proyectos y en el caso de las autoridades federales, los proyectos se han aprobado definitivamente fuera del plazo fijado en el dictamen motivado.

D) Incumplimiento de Luxemburgo de algunas obligaciones de la Directiva 96/59/CE, relativa a la eliminación de los policlorobifenilos y de los policloroterfenilos (PCB/PCT). Aportaciones sobre el concepto de plan ambiental

La **STJCE de 5 de diciembre de 2002**, recaída en el **asunto C-174/01** (Sala Quinta), que opone a la Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo constata el incumplimiento de este Estado de su obligación de elaborar un inventario de los aparatos que contengan un volumen de PCB superior a 5 dm³ (art. 4) y de la elaboración de un Plan para la descontaminación y la eliminación de los aparatos que figuren en el inventario y de los PCB que contengan (art. 11.1). En concreto y como más notables aportaciones de la Sentencia, se afirma que la existencia de un inventario anterior a la Directiva (en concreto era de 1984 en el caso de Luxemburgo) no supone el cumplimiento de la Directiva a no ser que el inventario esté adaptado a la misma. Las disposiciones que posee Luxemburgo no cumplirían el concepto de “plan” dado que no llevan a cabo una evaluación de las capacidades de eliminación y de descontaminación disponibles en el territorio nacional y que las fechas que fijan no se basan en un análisis comparativo del número de aparatos que han de tratarse y de las capacidades efectivas de tratamiento. Estas últimas menciones relativas a “evaluación” y sus formas, y los plazos dentro del concepto de “plan”, deberán tenerse en cuenta en el futuro tanto en los planes mencionados en esta Directiva como, en general, en tantos planes relativos a materias medioambientales y que diversas Directivas obligan a realizar a las autoridades competentes.

E) La obligación de declarar una superficie suficiente como Zona de Protección Especial para las aves establecida en la Directiva 79/409/CEE

La STJCE de 26 de noviembre de 2002, recaída en el asunto C-202/01 (Sala Sexta), que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, declara el incumplimiento de este país de algunas obligaciones establecidas en la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres. En la Sentencia se debaten las presumibles obligaciones para el Gobierno francés de clasificar zonas contenidas en algunos estudios científicos realizados tanto para el Gobierno francés como para la Comisión. La cuestión no se resuelve expresamente —y sería de gran importancia, obviamente, tal resolución para éste y otros casos— porque el propio Gobierno reconoce que en contradicción con lo que indica la Directiva, 6 de las 116 especies de aves silvestres contempladas en el Anexo I de la Directiva (que se nombran específicamente), no disfrutaban de una protección por lo menos en una Zona de Especial Protección francesa lo que le basta al Tribunal para constatar el incumplimiento.

Por otra parte y al margen de las reflexiones de carácter general ya indicadas, se debate en esta Sentencia en torno a la clasificación de una insuficiente superficie de protección en la llamada Plaine des Maures. Originalmente existían clasificadas 879 Ha y en los estudios científicos mencionados, se incluían 7.500 Ha. Como el propio Gobierno reconoce su intención de clasificar más de 4.700 Ha —y no lo ha hecho efectivamente— el Tribunal reconoce también en este punto el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva 79/409/CEE dada, además, la riqueza ornitológica existente.

F) Incumplimiento de Bélgica de obligaciones presentes en la Directiva 92/43/CE, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres

La STJCE de 5 de diciembre de 2002, recaída en el asunto C-324/01 (Sala Sexta), que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Bélgica, constata el incumplimiento de este país de algunas obligaciones presentes en esta Directiva. En concreto y en relación a la Región de Bruselas-Capital se establece que no existe en el derecho interno ninguna disposición que permita cumplir lo establecido en el art. 6.4 (obligación de informar a la Comisión de las medidas compensatorias que se adopten cuando se decida, pese a la evaluación negativa, realizar un plan o proyecto por imperiosas necesidades de interés público), en el art. 7 (sucesión de las protecciones establecidas en la Directiva 79/409/CEE con las de la Directiva 92/43/CEE) y 22.c) (fomento de la educación e información general sobre la necesidad de proteger las especies de fauna y flora silvestres y de conservar sus hábitats, así como los hábitats naturales). Los razonamientos de Bélgica relativos a que estos preceptos no necesitan de normativa interna, son desechados por el Tribunal.

G) Incumplimiento de Dinamarca de la Directiva 76/160/CEE sobre calidad de aguas de baño. Infrecuencia de muestreos, cálculos anuales de la calidad y caso fortuito como causa de incumplimiento

La STJCE de 30 de enero de 2003, recaída en el asunto C-226/01 (Sala Sexta), que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Dinamarca, cons-

tata el incumplimiento de este país de algunas obligaciones que fija la Directiva 76/160/CEE del Consejo, de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño. En concreto, se indica que no se ha analizado la calidad con la frecuencia de muestreo que indica la directiva. De algún interés es el rechazo de la alegación de Dinamarca de que en la mayor parte de las ocasiones los incumplimientos eran por “caso fortuito” y se debían a defecaciones puntuales y constatables de animales. Afirma también el Tribunal que hay que medir anualmente la calidad y no por períodos plurianuales. La apelación al carácter “objetivo” del recurso por incumplimiento, justifica la condena de Dinamarca pese a que el mismo Tribunal indica el “alcance reducido” de este incumplimiento.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) Cierre de pub, al que se le habían denegado las licencias de instalación y apertura, mediante una medida de policía amparada en el artículo 82.1 del Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas

El art. 40 del Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas de 27 de agosto de 1982 exige como requisito previo para la apertura de los locales sujetos a su ámbito de aplicación, entre los que se encuentran los dedicados a la actividad de pub, la licencia municipal de apertura y funcionamiento. La ausencia de dicha licencia, como se reconoce en la **STS de 7 de mayo de 2002**, Ar. 5052, habilita a las Autoridades competentes en la materia para adoptar “medidas de policía, de carácter general o particular en relación con las distintas actividades recreativas y establecimientos públicos, de acuerdo con lo dispuesto en el citado Reglamento o en los Reglamentos específicos de tales actividades o establecimientos” según prescribe el art. 74.2 del Reglamento. Medidas entre las que se encuentra, por expresa disposición del art. 82.1, la de “cierre de locales carentes de licencias o autorizaciones”. Sin que dicha medida pueda calificarse de sanción sino como una medida de policía, cuya justificación resulta evidente una vez que denegadas dichas licencias y habiéndose requerido al solicitante para que procediera a la ejecución voluntaria de cierre de la actividad ésta no se había realizado.

B) Clausura de actividad que viene funcionando sin licencia desde 1931

Se trata de la ratificación por el TS en su **STS de 21 de noviembre de 2001**, Ar. 6665 de 2002, de la clausura de un establecimiento de proyección cinematográfica que venía funcionando sin licencia desde 1931 y que no fue solicitada en los sucesivos plazos de que disponía tras la entrada en vigor del Reglamento de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas de 1961 (RAC). Mencionamos el caso simplemente por la curiosidad de constatar cómo se puede funcionar durante tantos años en la ilegalidad, pues por lo demás el TS no hace sino aplicar su doctrina general al afecto.

XIII. Medio Ambiente

C) La clausura ilegal de una actividad que dispone de las autorizaciones correspondientes supone una revocación ilegal de la misma que determina la responsabilidad patrimonial de la Administración

Cuando una actividad dedicada a discoteca, como en el presente caso, dispone de las licencias de instalación y funcionamiento y se clausura sin fundamento legal, la orden de cierre, clausura y precinto del local de la misma equivale a una revocación ilegal de las licencias que determina la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento y hace surgir el derecho a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios.

La base que ha de tenerse en cuenta para la fijación de la indemnización, será la cifra de los ingresos netos que el demandante consignó como procedentes del negocio de la discoteca en las declaraciones tributarias del último ejercicio anterior al cierre, como determina el TS en su STS de 4 de junio de 2002, Ar. 6448.

D) A los materiales peligrosos depositados en un inmueble en el desarrollo de una actividad clasificada les es de aplicación la normativa de actividades clasificadas

Cuando no se trata de elementos referentes a la seguridad del inmueble sino de objetos depositados en el mismo en el desarrollo de la actividad concreta que se está llevando a cabo en dicho inmueble, la facultad del Ayuntamiento para controlar que esa actividad se desarrolla en las debidas condiciones de seguridad no responde a la habilitación concedida por la legislación urbanística sino a la derivada de la legislación de régimen local y la reguladora de las actividades clasificadas las cuales permiten al Ayuntamiento ejercer el control para que el titular de la actividad ejerza ésta conforme a las condiciones establecidas en la licencia (STS de 19 de julio de 2002, Ar. 6136).

E) Emplazamiento de actividades peligrosas a menos de 2.000 metros de un núcleo habitado

a) Exigencia de una decisión previa suficientemente motivada

A la instalación de una fábrica de poliestireno expandido calificada como actividad fabril potencialmente peligrosa le es de aplicación en principio la distancia de 2.000 metros que exige el art. 4 del RAC. Para que pudiera ser de aplicación la reducción de esa distancia en las actividades peligrosas, para lo que facultan los arts. 15 y 20 del mismo Reglamento, hace falta motivación suficiente en el informe de la Comisión de Actividades Clasificadas que justifique la excepcionalidad de la medida. En su defecto se genera indefensión a los administrados y provoca un vicio de anulabilidad del acto autorizador (STS de 14 de junio de 2002, Ar. 5430).

b) Compatibilidad de las medidas de protección del artículo 4 del RAC con las de seguridad industrial

La STS de 29 de octubre de 2001, Ar. 5045 de 2002, confirmando la sentencia recurrida del TSJ de Cataluña, ratifica el criterio de aquél declarando conforme a derecho la

denegación de una licencia de actividad para la instalación de un depósito de gas licuado. Reconociendo el TS plenamente aplicables las normas de emplazamiento establecidas en el art. 4 del RAC sin perjuicio de la aplicación de las normas de seguridad industrial sobre instalación de aparatos a presión que no derogan el RAC. Y admitiendo, con base en la doctrina constitucional que cita, la compatibilidad de las medidas de protección ambiental, entre las que se encuadra el RAC, con las de otros sectores como, en este caso, las de seguridad industrial.

c) Límites a la aplicación del artículo 15 del RAC en el emplazamiento de actividades insalubres o nocivas

La disminución de la distancia de 2.000 metros en el emplazamiento de las actividades que señala el art. 4 del RAC, y que permite su art. 15 hay que interpretarla al hilo de lo dispuesto en el art. 5. Es decir que puede autorizarse una distancia menor siempre que sea “sin mengua de la comodidad, salubridad y seguridad de los vecinos”. Y en cuanto no se cumplen dichas condiciones en el caso atendido en la sentencia, en el que se trata de un aprisco de ganado ovino en zona residencial, se declara contrario a derecho el otorgamiento de la licencia de apertura y funcionamiento (STS de 7 de junio de 2002, Ar. 6846).

F) Legitimación vecinal y anulación de la licencia para la instalación de una planta de transferencia y tratamiento de residuos industriales y un depósito de seguridad y balsa de lixiviados

En la STS de 3 de diciembre de 2001, Ar. 4912, se contienen diversos pronunciamientos de suficiente interés, a juicio de este comentarista, como para ponerlos de relieve.

Se acepta por un lado la legitimación del demandante por interés legítimo, que había sido cuestionada, dada su condición de vecino de Valladolid, en cuanto, se entiende, no sólo que tiene un interés objetivo en que se cumpla la legalidad, sino por la utilidad subjetiva de poder resultar beneficiado, en su condición de vecino, con el control adecuado de los vertidos de la planta depuradora al cauce del río Pisuegra, que se producen aguas arriba de Valladolid y a escasos kilómetros de la ciudad (FJ 7º). Reforzándose su legitimación al admitir el Tribunal la posibilidad de ejercer además la acción pública respecto de la licencia urbanística que comporta el RAC cuando en su art. 30 contempla las razones urbanísticas como una de las causas de denegación de la licencia de actividades en cuanto se refiera al emplazamiento de la actividad (FJ 10º).

Una vez admitida la legitimación del recurrente en casación y entrando en el fondo del asunto, el TS (FJ 11º) anula la licencia de actividad por el mismo motivo que provocó la nulidad de la licencia de obras, es decir, por construir el depósito de seguridad y la balsa de productos procedentes de lixiviación en suelo no urbanizable sin seguir el procedimiento establecido en el art. 43.3 del TRLS de 1976, lo que afecta indefectiblemente a la licencia de actividad a tenor de lo establecido en los arts. 30.1 del RAC y concordantes.

G) Denegación de licencias por razones urbanísticas

a) Denegación de la licencia de apertura en suelo no urbanizable

La STS de 28 de noviembre de 2001, Ar. 5537 de 2002, ratifica la anulación por sentencia previa del TSJ de la Comunidad Valenciana de la licencia de apertura a precario otorgada por la Alcaldía de Benidorm para la implantación de la actividad de almacenes frigoríficos en suelo no urbanizable en base a que, según la normativa del Plan General de Ordenación Urbana, tal actividad constituía un uso prohibido en ese tipo de suelo.

En línea con la sentencia anterior la STS de 23 de diciembre de 2001, Ar. 5791 de 2002, confirma la denegación de la licencia para la actividad de bar o mesón, por cuanto, conforme a la normativa aplicable, el uso solicitado no constituye un uso característico ni compatible en suelo no urbanizable según lo dispuesto en la Normas Subsidiarias Provinciales. También se confirma por la STS de 1 de julio de 2002, Ar. 5945, la denegación de licencia de apertura para hamburguesería por estar ubicado el local en zona no comercial contraviniendo las ordenanzas de zonas comerciales.

b) Denegación de licencia por contravención del planeamiento urbanístico

Otras sentencias de la presente entrega encuentran también en las razones urbanísticas la justificación para la denegación o anulación de las licencias, entre ellas: la STS de 24 de mayo de 2002, Ar. 6167, relativa a la anulación de la licencia de sala de bingo por contravención del planeamiento, o la STS de 16 de mayo de 2002, Ar. 4923, denegatoria de la legalización de instalaciones de aparcamiento en cubierta de edificio comercial en interpretación de las Normas Subsidiarias Municipales.

H) Incidencia de la Disposición Transitoria Tercera del RAC en el cambio de titular de la licencia de actividades

La Disposición Transitoria Tercera del RAC impide el traspaso de industrias o actividades que no reúnan las condiciones exigidas en él, a no ser que las medidas correctoras que se adopten eliminen las causas determinantes de su calificación como actividades clasificadas. Pero, como razona la STS de 19 de diciembre de 2001, Ar. 6478 de 2002, no proscribire el cambio de titularidad de una actividad, salvo que previamente se hubiera conminado efectivamente al anterior titular para el establecimiento de medidas correctoras específicas y éstas no se hubieran introducido. Ya que no puede servir el cambio de titularidad que ampara el art. 13 del RSCL para exigir un rigor no tenido en cuenta con el dueño anterior del negocio.

I) Clausura de actividad de bar con equipo de música en aplicación de la jurisprudencia del TC y del TEDH

En aplicación de la jurisprudencia constitucional española (STC 119/2001) y de la europea del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, reflejada en las Sentencias de 21 de febrero de 1990 (caso Powell y Rayner contra el Reino Unido), de 9 de diciembre de 1994 (caso López Ostra contra España) y de 19 de febrero de 1998 (caso Guerra y otros contra Italia), el TS, en su STS de 15 de marzo de 2002, Ar. 5047, va a considerar ajust-

tada a derecho las resoluciones del Ayuntamiento de Oviedo en orden a la clausura de un bar con instalación musical, por incumplimiento reiterado de las medidas correctoras exigidas, para salvaguardar la exposición de los vecinos a ruidos excesivos que lesionaban la tranquilidad de los mismos.

Hay que dejar constancia desde este momento que, como se deduce de la exposición de los hechos que analiza el Alto Tribunal, el Ayuntamiento fue escrupulosamente cuidadoso en la tramitación del procedimiento ofreciendo al titular de la actividad todas las garantías exigidas por el ordenamiento jurídico. En la misma medida que hay que resaltar, como también se deduce de la sentencia, que el responsable de la actividad utilizó múltiples trucos para evadir las medidas correctoras exigidas adecuadamente para evitar los efectos directos del ruido generado que perturbaba gravemente la tranquilidad de los vecinos.

Pues bien el TS, dando indudable relevancia a los bienes que el poder público está llamado a proteger, atendiendo a la ponderación de la gravedad de las conductas infractoras, cuando adquieren una notable intensidad por el exceso de ruido o se prolongan en el tiempo, y al grado de ejecución o no de las medidas correctoras aplicables para evitar las repercusiones del ruido sobre los vecinos, va, en aplicación del principio de proporcionalidad entre todos los aspectos mencionados, a dar con su sentencia respaldo de legitimidad a las decisiones administrativas recurridas.

Con base en el principio de proporcionalidad va a interpretar que la aplicación del procedimiento de los arts. 36 a 38 del RAC ha sido adecuadamente cumplido, que los plazos y requerimientos efectuados al titular de la actividad son conforme a una aplicación más que razonable de la legalidad aplicable y que la decisión es racionalmente proporcional al grado de incumplimiento reiterado de las medidas correctoras exigidas sin que éstas llegaran a cumplir con el fin de evitar las repercusiones perturbadoras de la tranquilidad vecinal. Para acabar concluyendo que la amenaza grave de la tranquilidad de los vecinos constituye un daño suficiente como para estimar proporcionada la medida de cierre, y que la extensión a la totalidad del local se justifica ante la razonable necesidad de evitar que el mismo continuara funcionando ilegalmente por la vía de hecho.

4. AGUAS CONTINENTALES

A) Vertidos: indemnización por daños no exigible por falta de procedimiento

A la diferencia entre la sanción en sí y la obligación de reparar los daños causados (art. 110 Lag. de 1985, después art. 118 del TR de Lag.) se refiere la **STS de 25 de marzo de 2002**, Ar. 6363, cuando alude a que tanto en un caso como en otro ha de seguirse el correspondiente procedimiento con audiencia del interesado. En el presente litigio, a pesar de que la CH del Júcar ordenó el abono de una indemnización en concepto de reparación de daños al dominio público hidráulico por considerar que una empresa

XIII. Medio Ambiente

superó los parámetros permitidos que constaban en su autorización de vertido, no incoó expediente sancionador, ni llegó a probar que las muestras se tomaran con garantías, y tampoco concretó los daños reales, por lo que dicha resolución es incorrecta.

B) Vertidos: adopción de medidas correctoras

La **STS de 4 de julio de 2002**, Ar. 6596, estima correcta la licencia otorgada por el Alcalde de Lorca (Murcia) en el marco del Reglamento de 1961 de actividades clasificadas a una industria de encurtidos. No pueden prosperar los argumentos de los particulares que pretenden impedir la actividad mencionada amparándose en el derecho a la salud (art. 15 CE) y a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), pues tales razonamientos sirvieron al hilo de un anterior pronunciamiento judicial (en ese caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y a raíz del cual se exigió la licencia y las correspondientes medidas correctoras a la mencionada industria, pero cuando se interpone el presente recurso ante el TS, la depuración del vertido de aguas residuales ya se lleva a cabo por haberse otorgado finalmente la licencia antes aludida, de manera que aunque se trata del mismo supuesto, se refieren a circunstancias distintas.

5. MINAS: SUSPENSIÓN DE LABORES MINERAS POR MOTIVOS MEDIOAMBIENTALES

Cabe mencionar aquí la **STS de 26 de diciembre de 2001**, Ar. 6874, donde se rectifica la Sentencia del Tribunal de instancia, y se da ahora íntegramente la razón a la Administración, en un asunto relativo a dos resoluciones de 1993 del Ministerio de Industria en relación con dos explotaciones mineras. En concreto, en aplicación de los arts. 116.2 LMin. y 142.2 de su Reglamento de 1978, se ordenó la suspensión de los movimientos de tierras y otros trabajos extractivos, entre otros aspectos, en una zona ubicada dentro de las Marismas de Santoña, Victoria y Joyel, declaradas reservas naturales mediante la Ley 6/1992, de 27 de marzo.

La citada suspensión se acordó hasta que se publicara el Plan de Ordenación de los Recursos Naturales oportuno.

Según la interpretación que el TS realiza de los preceptos antes citados de la LMin. y de su Reglamento, no es preciso que las resoluciones impugnadas incluyeran un pronunciamiento sobre las medidas indemnizatorias a adoptar por la Administración, como por el contrario sí consideró que era preciso la Sentencia de instancia, ahora rectificada.

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. Subvención a los productores de soja. B) Ayudas. A la exportación. Análisis del concepto de fuerza mayor. **3. Comercio interior.** A) Fusión de empresas e intervención del Tribunal de Defensa de la Competencia. Sujeción a condiciones de la operación. Planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJCE. B) Determinación de los días de apertura de comercios por una Comunidad Autónoma. **4. Denominaciones de origen.** **5. Energía.** A) Energía eléctrica. Facturaciones. **6. Industria.** A) Ayudas. Denegación. B) Ayudas. Incumplimiento de condiciones y recuperación de las cantidades satisfechas. **7. Servicio público.** A) Capacidad regulatoria de la Administración estatal en la venta de tabaco. B) Servicios municipales funerarios. Posibilidad de otorgar dos concesiones en un mismo término municipal con anterioridad al proceso de liberalización. **8. Telecomunicaciones.** A) Instalaciones interiores de edificios y actividad de instalación de equipos y sistemas. B) Interconexión de redes. C) Instalación telefónica con coste adicional de conexión. Sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia que anula la jurisdicción contencioso-administrativa. **9. Transportes.** A) Competencia municipal para concesión de transporte urbano y necesaria coordinación con la Comunidad Autónoma. **10. Tribunal de Defensa de la Competencia.** A) Recomendación colectiva. Tasa de utilización del dominio público aeroportuario. B) Autorizaciones singulares. Concentración económica. No sujeción. Empresa en común. Banca electrónica. Internet. C) Autorizaciones singulares. Pool ferroviario. Agrupación de interés económico. D) Autorizaciones singulares. Distribución selectiva. Comercio electrónico. E) Autorizaciones singulares. Contrato de franquicia. Academias de inglés. F) Laboratorios farmacéuticos. Negativa de suministro de especialidades farmacéuticas. Abuso de posición de dominio. G) Entidades financieras. Vinculación de contrato del contrato de crédito hipotecario a la suscripción de una póliza de seguro de vida. Prácticas restrictivas. H) Colegios profesionales. Prohibición de la publicidad relativa al ejercicio de la profesión de abogado. Decisión colectiva prohibida por el artículo 1 HLDC.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica incluye las Sentencias del Tribunal Supremo publicadas en los cuadernos Aranzadi números 23 a 36, y las resoluciones del Tribunal de defensa de la competencia del período de julio a diciembre de 2001.

2. AGRICULTURA

A) Ayudas. Subvención a los productores de soja

La aplicación de la norma comunitaria por la que se regula la adjudicación de ayudas a la producción de soja ha suscitado algunos problemas interpretativos. En el caso enjuiciado en la STS de 1 de octubre de 2001, Ar. 5859 de 2002, la cuestión de fondo debatida se centró en determinar si la subvención se ha de fijar a través de la equivalencia con la producción o con la superficie declarada que fuera correctamente cultivada.

El Tribunal Supremo confirma que la subvención debió fijarse en razón de la superficie declarada y correctamente cultivada. No obstante la doctrina que se establece, no se anula el acuerdo basado en el otro criterio al no haberse formalizado en relación a esta cuestión recurso de casación.

B) Ayudas. A la exportación. Análisis del concepto de fuerza mayor

La STS de 8 de julio de 2002, Ar. 7276, dictada en recurso de casación, conoció de la impugnación de la sentencia de primera instancia que confirmó la resolución de la Dirección General de Comercio exterior mediante la cual se acordó la ejecución de un aval en garantía de la exportación a Argelia de una partida de trigo duro. Al no llevarse a cabo la exportación en el tiempo previsto, se ordenó la ejecución del aval.

Al margen de otras cuestiones, la sentencia citada tiene como cuestión central la relativa a si la frustración de la operación de exportación a Argelia se debió o no a fuerza mayor, ya que en caso de haber existido fuerza mayor no debería haberse ejecutado el aval.

El Tribunal analiza esta cuestión en el FJ 5º de la Sentencia, poniendo de relieve en primer lugar que cuando a juicio del exportador medie fuerza mayor el mismo debe solicitar la prórroga del período de exportación.

En relación a la determinación de qué deba entenderse por fuerza mayor a los efectos de la normativa aplicable al caso (Reglamento 3183/1980 de la Comisión de 3 de diciembre), el Tribunal Supremo acude a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha elaborado al respecto una importante doctrina general y específica.

XIV. Derecho Administrativo Económico

Según la doctrina general del Tribunal Europeo el concepto de fuerza mayor contiene junto al elemento objetivo, consistente en las circunstancias anormales y ajenas a la voluntad del operador, el elemento subjetivo, relativo a la obligación por parte del interesado de tomar precauciones contra las consecuencias del acontecimiento anormal, adoptando las medidas adecuadas sin aceptar sacrificios excesivos.

Junto a esta doctrina general se recoge también la doctrina de la jurisprudencia comunitaria que, ante diversos casos concretos, se ha pronunciado sobre la existencia o no de fuerza mayor.

De acuerdo con la doctrina general y específica expuesta, el Tribunal Supremo concluye que en el caso enjuiciado no existió fuerza mayor, ya que en los casos de comercio exterior con países en los que se da una fuerte intervención pública sobre el comercio exterior, como el caso de Argelia, el recurrente debió prever el riesgo de posibles actuaciones del poder público argelino que retrasaran la exportación.

En consecuencia, la sentencia citada estima que no existió fuerza mayor en los hechos que impidieron la exportación a Argelia antes de la expiración del certificado expedido a tal fin, por lo que concluye reconociendo la adecuación a derecho del acuerdo que exigió la ejecución del aval.

3. COMERCIO INTERIOR

A) Fusión de empresas e intervención del Tribunal de Defensa de la Competencia. Sujeción a condiciones de la operación. Planteamiento de cuestión prejudicial ante el TJCE

El Consejo de Ministros, en aplicación del artículo 17 de la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, subordinó una determinada operación de fusión de dos empresas azucareras a un importante conjunto de condiciones.

Recurrido el acuerdo del Consejo de Ministros, el Tribunal Supremo, en la **STS de 3 de octubre de 2001**, Ar. 6474 de 2002, pasa revista a los datos económicos en los que se fundó el acuerdo impugnado, así como a los argumentos utilizados por el Consejo de Ministros para legitimar las condiciones impuestas a la fusión.

Llegados a este punto, para el Tribunal Supremo surge una cuestión preliminar que condiciona su resolución. Esta cuestión es la interpretación de la OCMA en un punto muy concreto: el referido a si la normativa comunitaria reguladora de la OCMA permite que la Autoridad de un Estado miembro –una vez que ha considerado necesaria, por razones de defensa de la competencia, una nueva distribución de las cuotas de producción de azúcar entre las empresas establecidas en su territorio– disponga que tal transferencia o reasignación sea onerosa, no gratuita, realizándose a través de subasta.

Al haberse impuesto esta condición, el Tribunal Supremo se plantea si la misma es o no conforme al derecho comunitario. Y al entender, además, que se trata de una cuestión no clara, no resuelta ya por la propia jurisprudencia comunitaria, decide plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

La cuestión queda planteada en los siguientes términos:

“Si al ejercer el control administrativo sobre una operación de fusión de empresas, considerara necesaria la autoridad del Estado miembro, por razones de defensa de la competencia, una nueva distribución de las cuotas de producción de azúcar entre las empresas establecidas en su territorio:

a) ¿se oponen las normas del Reglamento (CEE) núm. 1785/1981 del Consejo, de 30 de junio de 1981, y/o del Reglamento (CEE) núm. 193/1982 del Consejo, de 26 de enero de 1982, a que dicha autoridad disponga que tal transferencia o reasignación de cuotas sea onerosa y, por tanto, con obligación para la empresa o empresas que lleguen a ser destinatarias de satisfacer una contraprestación económica?

b) Aun en el caso de que la respuesta fuera negativa, ¿se oponen aquellas normas, sin embargo, a que el precio de la cuota a transferir y el reparto de la misma se decida mediante pública subasta?; ¿se oponen las repetidas normas a este mecanismo de la pública subasta incluso estando previsto que en la operación de reasignación de cuotas que se realice mediante tal procedimiento de subasta se adoptarán las medidas oportunas para evitar cualquier eventual repercusión negativa sobre los agricultores productores nacionales de remolacha azucarera?

c) ¿la interpretación de la normativa comunitaria es la misma y las respuestas deben serlo también tras el Reglamento (CE) núm. 1260/2001 del Consejo, de 19 de junio de 2001, por el que, derogados los Reglamentos anteriores, se establece la organización común de mercados en el sector del azúcar?”

B) Determinación de los días de apertura de comercios por una Comunidad Autónoma

Por Orden de la administración autonómica de Canarias se determinaron los domingos y festivos en los que podrían permanecer abiertos los comercios de aquella Comunidad Autónoma. Impugnada la citada Orden por la Asociación Nacional de Medianas y Grandes Empresas de Distribución, el recurso fue desestimado por el TSJ de Canarias con sede en Santa Cruz de Tenerife. Recurrida la sentencia en casación, el recurso fue de nuevo desestimado por STS de 28 de diciembre de 2001, Ar. 5040 de 2002.

El primer motivo del recurso casacional era de carácter competencial. Para la entidad recurrente, la Comunidad Autónoma poseía tan sólo competencia ejecutiva en materia de comercio interior, razón por la cual no podía aprobar la determinación de los días de apertura, ya que tal decisión posee contenido normativo.

XIV. Derecho Administrativo Económico

El Tribunal Supremo rechaza esta alegación por entender que la resolución impugnada no posee carácter normativo pero, fundamentalmente, al afirmar que la Comunidad Autónoma recibió la atribución de competencias normativas en materia de comercio interior mediante la LOTRACA (LO 11/1982, de 10 de agosto).

Una vez reconocida la competencia autonómica, el Tribunal Supremo entra en el análisis de las restantes cuestiones planteadas por la entidad recurrente, consistentes en afirmar que el establecimiento de una limitación de diez días de apertura de establecimientos comerciales en domingos y festivos vulneraba diversos principios constitucionales (libertad de empresa, unidad de mercado, protección de los consumidores, igualdad de los españoles). En el caso de estimarse alguna de dichas alegaciones, el Tribunal Supremo apunta que debería plantearse una cuestión de inconstitucionalidad, ya que la Orden impugnada tiene cobertura en la Ley canaria 4/1994, de 25 de abril.

La sentencia de casación confirma los razonamientos de la sentencia de primera instancia y rechaza en consecuencia el recurso interpuesto. Para el Tribunal Supremo no existe vulneración del principio de igualdad por el hecho de que la ley estatal permita regímenes de horarios diferenciados, ni es constitucionalmente exigible que exista un régimen de apertura comercial sin restricciones, ni existen impedimentos desde el punto de vista del derecho comunitario para limitar la apertura dominical del comercio. Concluye afirmando que no se vulneran los artículos 14, 38, 51 y 139 de la Constitución y, consecuentemente, no se plantea cuestión de inconstitucionalidad.

4. DENOMINACIONES DE ORIGEN

El Consejo Regulador de la Denominación de Origen Calificada Rioja resolvió no calificar una determinada partida de vino tinto. Impugnado dicho acuerdo, el recurso fue rechazado en primera instancia, interponiéndose a continuación recurso de casación que fue desestimado por la **STS de 16 de abril de 2002**, Ar. 6498.

El recurso interpuesto trata de centrar su argumentación de fondo en la ilegalidad de la regulación del procedimiento para llevar a cabo el análisis organoléptico, regulación que para el recurrente vulnera el principio de seguridad jurídica generando indefensión. Entiende el recurrente que la indefensión se causa por el hecho de que la norma no determina ningún parámetro ni las condiciones que deben reunir los vinos para superar el análisis sensorial, por ser los expertos catadores juez y parte, por no existir análisis inicial, contradictorio y dirimente y por no motivarse las resoluciones.

El Tribunal Supremo rechaza esta línea argumental poniendo de manifiesto la singularidad del análisis organoléptico, fundado en un control sensorial –valoración del olor y sabor de vino– que imposibilita una previa determinación del contenido de la resolución en virtud de parámetros de fijación normativa. Por ello entiende que la garantía está en la designación de los expertos catadores por el Consejo Regulador (designación que

puede impugnarse), pero que una vez designados se les debe reconocer una amplia discrecionalidad técnica de muy difícil control.

5. ENERGÍA

A) Energía eléctrica. Facturaciones

Impugnado el RD 2066/1999 por el que se aprobaron las tarifas eléctricas para el año 2000, el Tribunal Supremo desestimó el recurso mediante la STS de 11 de junio de 2001, Ar. 6075 de 2002.

En el contenido de la Sentencia se plantea el análisis de dos importantes cuestiones. Por un lado, la incidencia de la normativa nuclear en la fijación de las tarifas eléctricas y, por otro, el contenido y alcance de los llamados Costes de Transición a la Competencia. Por último, la Sentencia contiene también algunas reflexiones de interés sobre la posición del Tribunal Supremo ante la posible vulneración del régimen comunitario de ayudas públicas.

En relación a la primera cuestión, los recurrentes cuestionan la legalidad de la compensación de las pérdidas derivadas de la moratoria nuclear mediante su repercusión en las tarifas eléctricas a cargo de los usuarios. Entienden los recurrentes que la moratoria nuclear constituyó de hecho una expropiación legislativa que debió ser compensada directamente por el Estado sin trasladar la carga a los usuarios vía tarifa.

El Tribunal rechaza este argumento, al entender que la moratoria supuso una revocación de una autorización de funcionamiento por razones de interés general. El legislador pudo optar entre diversas fórmulas para establecer la indemnización, sin que pueda tacharse de contraria a derecho la fórmula escogida.

La segunda cuestión planteada, la legalidad de los Costes de Transición a la Competencia, obliga al Tribunal a analizar qué entendió el legislador por CTC, cómo se han fijado y en qué han consistido los sucesivos mecanismos utilizados para calcular y hacer frente al pago de la compensación (por ejemplo, la titulización permitida por la Ley 50/1998 y suprimida por la Ley 2/2001).

Al margen de cuál sea la calificación jurídica de los CTC (el Tribunal alude a justiprecio de expropiación legislativa, indemnización derivada de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria, prestación patrimonial de derecho público, tributo, exacción parafiscal, ayuda o subsidio), lo relevante es la afirmación del Tribunal según la cual el cambio de monopolio a un régimen de libertad no da derecho a compensación económica (“un cambio legal en el modelo regulatorio de suyo no genera en los afectados el derecho a recibir una compensación obligatoria por parte del Estado cuando la nueva situación permite a aquellas empresas, a diferencia de lo que ocurría con la paralización nuclear, proseguir su actividad, si bien en condiciones de mercado distintas de las que estaban acostumbradas” FJ 8º).

XIV. Derecho Administrativo Económico

Continuando con este razonamiento, se analiza la existencia de una hipotética responsabilidad del Estado legislador. Tras un importante análisis de esta cuestión y de los límites de tal responsabilidad, se rechaza que en el caso analizado deba prosperar el reconocimiento de responsabilidad del Estado legislador.

Se concluye afirmando que en este tipo de actuaciones debe reconocerse al legislador un amplio margen de apreciación. El legislador puede decidir qué compensa (no hay un derecho a tal compensación, pero puede preverse algún tipo de compensación) y cómo establece la compensación.

Por último, ante la alegación de una posible vulneración de la normativa comunitaria en materia de ayudas, el Tribunal Supremo aprecia que el Estado comunicó la creación de los CTC a la Comisión Europea, sin que hasta el momento aquélla se hubiera pronunciado. En esta situación entiende que no le corresponde a él pronunciarse sobre la adecuación o no de los CTC al derecho comunitario.

6. INDUSTRIA

A) Ayudas. Denegación

La STS de 29 de julio de 2002, Ar. 7385, examinó de nuevo un supuesto de denegación de una solicitud de subvención en aplicación de la normativa en materia de incentivos regionales.

El Tribunal reitera una jurisprudencia ya consolidada sobre la obligación de motivar la denegación y la posibilidad de entender suficiente el contenido de la respuesta al recurso de reposición. Así mismo reitera que no existe un derecho subjetivo a la ayuda al poderse valorar la existencia de limitaciones económicas. En consecuencia, desestima el recurso y se mantiene la validez del acuerdo denegatorio.

B) Ayudas. Incumplimiento de condiciones y recuperación de las cantidades satisfechas

También en este caso las SSTS de 6 de noviembre de 2001, Ar. 5881 de 2002, 15 y 23 de julio de 2002, Ar. 7228 y 6827, se reitera una doctrina consolidada sobre los requisitos para poder determinar que se han incumplido las condiciones establecidas y exigir la devolución de la ayuda recibida.

En la Sentencia de 15 de julio de 2002, Ar. 7228, se afirma la competencia estatal para acordar el incumplimiento, y se fijan unos criterios para determinar la existencia de incumplimiento cuando se trata de la creación de puestos de trabajo.

7. SERVICIO PÚBLICO

A) Capacidad regulatoria de la Administración estatal en la venta de tabaco

Impugnado el Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolló la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria, y se regula el Estatuto concesional de la Red de Expendedurías de Tabaco y Timbre, el Tribunal Supremo desestimó el recurso mediante la STS de 18 de junio de 2001, Ar. 5845 de 2002.

El motivo central de la impugnación eran los cambios organizativos establecidos en el régimen de ventas del tabaco, imponiendo limitaciones de diverso tipo y las correspondientes sanciones. Este nuevo régimen derivaba del proceso de liberalización del sector impulsado por la Ley 13/1998.

Sin entrar en el detalle de los diversos preceptos regulatorios impugnados, el Tribunal Supremo rechaza el recurso en base a dos argumentos centrales. Por un lado recuerda que la relación existente entre el Estado y los expendedores de tabaco es la propia de las relaciones de sujeción especial, lo que supone reconocer a la Administración una propia e independiente potestad de autoorganización y, por otro, pone de manifiesto la imprecisión del recurso.

B) Servicios municipales funerarios. Posibilidad de otorgar dos concesiones en un mismo término municipal con anterioridad al proceso de liberalización

La STS de 28 de junio de 2002, Ar. 7636, posee en la actualidad un interés relativo al analizar un supuesto de hecho anterior al proceso de liberalización del sector de los servicios funerarios.

El supuesto de hecho enjuiciado es la concesión de una autorización para prestar el servicio funerario y de traslado de cadáveres en un término municipal donde ya existía una concesión previa.

El Tribunal Supremo rechaza la impugnación de esta segunda autorización al entender que la primera concesión no se dio en régimen de monopolio, razón por la cual nada impedía dar una segunda concesión.

Ahora bien, tras adoptar su decisión, el Tribunal apunta dos cuestiones que no deben incidir en su fallo dado que no fueron alegadas por las partes pero que estima debe poner de manifiesto. Por un lado, que la nueva autorización ha incidido en el equilibrio financiero de la primera concesión y, por otro, que la segunda habilitación para actuar en el término municipal debió otorgarse por concesión y no por autorización.

8. TELECOMUNICACIONES

A) Instalaciones interiores de edificios y actividad de instalación de equipos y sistemas

Interpuesto recurso por la Asociación de Promotores Constructores de España frente al Real Decreto 279/1999, de 22 de febrero, el Tribunal Supremo lo desestimó mediante su STS de 18 de octubre de 2001, Ar. 6093 de 2002.

El recurso planteado suscitó en primer lugar una cuestión de orden competencial, ya que se discute el título competencial del Estado para aprobar la norma impugnada.

Dado el contenido material de la norma que se cuestiona el recurrente entiende que el título competencial aplicable debió ser el de urbanismo y vivienda, competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, mientras que para el Estado su competencia se fundamenta en el título régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones (art. 149.1.21 CE).

Para el Tribunal Supremo no hay duda acerca de que el título competencial en base al que se puede dictar la norma impugnada debe ser el establecido en el artículo 149.1.21 CE, y consecuentemente entiende que la norma dictada por el Estado es válida desde la perspectiva competencial.

Por lo que hace a la cuestión de fondo, el Tribunal Supremo va rechazando las diversas alegaciones de la entidad recurrente apelando a la amplia discrecionalidad que posee el Gobierno al aprobar una norma reglamentaria. Así, se afirma como cabecera de la Sentencia, en el FJ 5º, que “la Asociación recurrente no tiene suficientemente en cuenta que el juicio reservado a esta Sala al enjuiciar las disposiciones generales se limita a la comprobación de su ajuste a derecho, no de su bondad ni oportunidad ni de la conveniencia de las soluciones técnicas en ella plasmadas. Cuando, como aquí ocurre, el titular de la potestad reglamentaria tiene ante sí dos o más opciones, todas igualmente legítimas en principio, la elección de una de ellas debe ser respetada por los tribunales de esta jurisdicción salvo que infrinja algún precepto de superior jerarquía normativa o se demuestre su absoluta irrazonabilidad o arbitrariedad”.

De acuerdo con este criterio general, se rechazan a continuación todas las alegaciones del recurrente al entender que las disposiciones discutidas no vulneran ninguna norma de rango superior, ni pueden ser calificadas de irrazonables o arbitrarias.

B) Interconexión de redes

El Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, desarrolló el Título II de la Ley 11/1998 regulando la interconexión de redes, con la finalidad de garantizar la comunicación entre los usuarios en condiciones de igualdad y con arreglo al principio de leal competencia entre todos los operadores de telecomunicaciones.

“Telefónica de España, SA” interpuso recurso frente al citado Reglamento, recurso que fue desestimado por STS de 22 de marzo de 2002, Ar. 7396.

En la Sentencia se analizan las múltiples alegaciones realizadas frente a diversos preceptos del Real Decreto 1651/1998, alegaciones fundadas en la contradicción de la norma reglamentaria con normas comunitarias o en la inexistencia de cobertura legal de las reglas limitativas introducidas por el precepto reglamentario. Algunas de las alegaciones no son analizadas al haber quedado sin objeto la cuestión debatida por haberse producido con posterioridad al recurso un cambio normativo.

Al rechazar todas las alegaciones el Tribunal declara la validez de las siguientes prescripciones contenidas en el Real Decreto impugnado: limitación del acceso por parte de los interesados sólo a los acuerdos de interconexión celebrados con operadores dominantes, la obligación impuesta a los operadores dominantes de ofrecer la interconexión en las centrales de conmutación local y de nivel superior de conmutación (cuestión resuelta por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de diciembre de 2001), la obligación de los operadores dominantes de facilitar el acceso al bucle de abonado en los términos que fije el Ministerio de Fomento (cuestión afectada por un Real Decreto posterior), la regulación de la publicidad y contenido de la oferta de interconexión, la determinación de las condiciones económicas de la oferta de interconexión, la regulación de la determinación de los precios de interconexión al responder a los principios de transparencia y orientación a costes, la contabilidad de costes, los mecanismos de preasignación y la regulación de la conservación de números por los abonados.

C) Instalación telefónica con coste adicional de conexión. Sanción impuesta por el Tribunal de Defensa de la Competencia que anula la jurisdicción contencioso-administrativa

El Tribunal de Defensa de la Competencia impuso a “Telefónica España, SA” una sanción por entender que había incurrido en el tipo establecido en el artículo 6.2.e) de la Ley 16/1989, al haber actuado con abuso de posición de dominio al subordinar la celebración de un contrato a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Recurrida la sanción, el recurso fue estimado por la Audiencia Nacional. Impugnada en casación la Sentencia citada por el Abogado del Estado, el Tribunal Supremo mediante su sentencia de 22 de abril de 2002 desestimó el recurso y confirmó la sentencia recurrida.

Para la Audiencia Nacional, y el Tribunal Supremo, no se produjo la infracción tipificada en el artículo 6.2.e) antes citado. La entidad recurrente, según expresa el Tribunal Supremo, al exigir una cuota de conexión no exigía un precio anticipado por el equipo que se ofrecía, ya que se limitaba a cobrar una tarifa permitida por la Delegación del Gobierno en Telefónica, como precio distinto del de compra del equipo.

XIV. Derecho Administrativo Económico

Por ello, debe diferenciarse la cuota de conexión de la venta del equipo, y además, en todo caso, debería apreciarse la falta de culpabilidad de la sancionada que actuó conforme a una interpretación razonable de la normativa estatal aplicable a su actividad comercial.

9. TRANSPORTES

A) Competencia municipal para concesión de transporte urbano y necesaria coordinación con la Comunidad Autónoma

Otorgada una concesión de transporte urbano por un determinado Ayuntamiento, la misma fue impugnada por la Comunidad Autónoma alegando que se debió contar con su previa autorización.

El Tribunal de primera instancia estimó el recurso y anuló el acuerdo Municipal. Contra dicha Sentencia recurrió el Ayuntamiento, siendo desestimado su recurso casacional mediante STS de 26 de noviembre de 2001, Ar. 6278 de 2002.

El dato fáctico determinante de la resolución jurisdiccional es la existencia de una previa concesión de línea interurbana coincidente en parte con la nueva concesión urbana. En base a ello el Tribunal *a quo* estimó que era obligatorio hacer efectiva una coordinación con la Comunidad Autónoma, coordinación que no existió de hecho pues la Comunidad Autónoma no otorgó su conformidad a la nueva concesión.

Por ello, y citando dos resoluciones anteriores de igual contenido (SSTS de 2 de octubre de 1992, Ar. 7689 y 14 de noviembre de 2001, si bien también se cita la de 14 de noviembre de 1991 de forma confusa), se confirma la anulación del acuerdo municipal impugnado.

10. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

A) Recomendación colectiva. Tasa de utilización del dominio público aeroportuario

La Resolución del TDC de 4 de julio de 2001 (Expte. 496/00, Operadores aeroportuarios) declara que el *Airport Operation Committee* de Carga Local del Aeropuerto de Madrid-Barajas incurrió en una infracción de la LDC por efectuar una recomendación colectiva con el objeto de restringir la competencia en el mercado del transporte aéreo de mercancías para la exportación desde el Aeropuerto de Madrid-Barajas, induciendo a repercutir a los clientes de las compañías la tasa de utilización del dominio público aeroportuario en las operaciones de carga y descarga de mercancías. La Resolución impone una sanción de 72.121,45 euros.

En la Resolución se da cuenta de numerosos hechos que acreditan la existencia de un acuerdo en el seno del *Airport Operation Committee* y entre diversas compañías aéreas para la repercusión uniforme de la tasa de utilización del dominio público aeroportuario en las operaciones de carga y descarga (tasa E-2). En la medida en que el ordenamiento les imponía la tasa, las compañías aéreas pretendían trasladar su importe, de forma automática, a transitarios y expendedores.

La alegación de los imputados relativa a que la Ley 25/1998 ampara expresamente la repercusión de la tasa E-2 a transitarios y expendedores no es aceptada por el TDC. Afirma el TDC:

“El Tribunal considera equivocado este enfoque de la cuestión porque, si bien es verdad –según el propio Servicio admite en su Informe– que la traslación nominal de la tasa estaba permitida en la fecha de autos, no es menos cierto que eso no puede servir para amparar decisiones colectivas de los competidores al respecto; el que la repercusión esté permitida da a cada compañía la libertad para decidir individualmente su propia política de repercusión (en el cuánto y en el cuándo), pero no abre un camino franco a las compañías competidoras ni a las entidades colectivas que las integran para uniformizar sus políticas en relación con la repercusión de la tasa, en perjuicio de la competencia.”

También alegan las imputadas que la repercusión de la tasa no era obligatoria y requería de instrucciones individuales de las distintas líneas aéreas. Ello llevaría a que eran decisiones individuales de las empresas el repercutir la referida tasa. Esta alegación tampoco es aceptada por el TDC, recordando la noción de recomendación colectiva a efectos de derecho de la competencia:

“Pero es que la segunda decisión que se toma en el seno del órgano colectivo de las compañías, el AOC-Carga de Barajas, es recomendar a éstas que repercutan la tasa E-2 a partir de 1 de enero de 1999, a lo que algunas dicen sí y otras, no, obrando cada una en consecuencia. Claro que no se obliga a nadie, pero se toma el acuerdo para hacer –y se hace– una recomendación colectiva a las compañías sobre la repercusión de la tasa E-2. Y cualquier recomendación colectiva con aptitud para impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional, como es el caso, está expresamente prohibida por el art. 1 LDC.”

B) Autorizaciones singulares. Concentración económica. No sujeción. Empresa en común. Banca electrónica. Internet

La Resolución del TDC de 18 de septiembre de 2001 (Expte. A 300/01 Banca Electrónica Uno E.Com) concluye declarando que el Acuerdo Marco relativo al desarrollo de banca electrónica por la red de Internet en tiempo real, presentado por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA y Terra Networks, SA, no se encuentra incluido entre las conductas prohibidas por el artículo 1 LDC y, por tanto, no precisa ser sometido a autorización singular.

XIV. Derecho Administrativo Económico

La Resolución resulta interesante para analizar la operación de creación de una empresa en común, que no queda sujeta al control de concentraciones por no constituir en verdad una concentración económica y que es revisada desde la perspectiva de una posible infracción al artículo 1, que podría ser autorizada en virtud de las previsiones de la LDC.

El acuerdo consiste en la puesta en marcha y desarrollo conjunto de un proyecto de banca electrónica por la red de Internet en tiempo real, a través de UNOE BANK, SA –hasta ahora filial 100 por ciento del BBVA-, que prevé como principales compromisos la adquisición por TERRA del 49 por ciento del capital de dicha filial y la suscripción de un Acuerdo de accionistas que regule las relaciones entre ambas partes como socios de la misma.

La operación no constituye una concentración económica, ni nacional ni comunitaria. Afirma el TDC que:

“el cambio en el control de UNOE que se produce con la operación del caso no supone la adquisición de un control conjunto que confiera la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre dicha empresa. Así, el control de los aspectos propios de la política estratégica y comercial de UNOE sigue dependiendo exclusivamente del BBVA”.

El acuerdo no implica que TERRA participe en el control de la sociedad. Tan sólo busca la complementariedad de las empresas para la mejor realización del objeto del acuerdo que es la prestación de los servicios financieros en tiempo real bajo el modelo conocido como de “supermercado financiero”.

La perspectiva del caso no es por tanto el de las concentraciones empresariales, sino el de las prácticas prohibidas. En esta perspectiva y teniendo en cuenta el acuerdo analizado es esencial, afirma el TDC, la condición de competidores reales o potenciales de las partes. Al respecto se sostiene que TERRA y BBVA no son competidores reales en el mercado, ya que TERRA no opera en el sector de las entidades de crédito y BBVA no ofrece servicios de telecomunicaciones. En cuanto a competidores potenciales, la Resolución pone de relieve que pueden existir en el futuro algunos nichos de mercado de la actividad financiera en tiempo real en que pueden llegar a serlo. La Resolución distingue el ámbito de la banca minorista (no necesariamente con capacidad de ofrecer una gama completa de servicios que cubra todas las necesidades del usuario), en el ámbito de la banca de inversiones y en el de las operaciones en los mercados monetarios.

Asimismo, es relevante analizar que mediante el acuerdo analizado surjan problemas de exclusión o de discriminación en el acceso al mercado para terceros. Al respecto, afirma el TDC:

“También en este punto, como entiende el Servicio, el carácter procompetitivo del concepto de supermercado financiero (transparencia y acceso a servicios ofertados por distintas entidades) y la naturaleza abierta de la actividad de explotación de portales de Internet, tanto desde el punto de vista de la oferta –por las reducidas barreras a la entrada– como desde el punto de vista de la demanda –inexistencia de incentivos para restrin-

gir el acceso— conducen a la conclusión de que el riesgo para la competencia derivado de hipotéticas relaciones de exclusividad es prácticamente inexistente.”

La entidad económica de TERRA es importante también para el análisis, ya que como indica el TDC:

“cualquier discriminación que TERRA pudiera ejercer no podría tener efectos sustanciales sobre la competencia porque existe la posibilidad de crear otro portal o de recurrir a los competidores de TERRA. Es decir, TERRA no es un ‘recurso esencial’ para la prestación de los servicios financieros en tiempo real o una ventaja comparativa que no pueda ser superada por sus competidores”.

Por todo ello, la Resolución estima que:

“se trata de un acuerdo entre empresas cuyo objeto no es restringir la competencia y que carece de aptitud para producir efectos anticompetitivos. Por el contrario, introduce un canal alternativo, aprovechando las posibilidades de mejora que brindan las nuevas tecnologías y las sinergias entre las empresas financieras y de telecomunicaciones para la distribución de los servicios financieros, que puede tener efectos procompetitivos en los mercados”.

C) Autorizaciones singulares. Pool ferroviario. Agrupación de interés económico

La Resolución del TDC de 20 de julio de 2001 (Expte. A 293/01, Pool ferroviario) autoriza el acuerdo entre las empresas Sociedad de Estudios de Material Auxiliar de Transporte, Transportes Ferroviarios Especiales, SA y Red Nacional de Ferrocarriles Españoles para la explotación en común en el territorio nacional de sus respectivos parques de vagones y plataformas porta-automóviles para el transporte ferroviario.

El acuerdo, en esencia, supone la constitución de una Agrupación de Interés Económico entre las empresas para la explotación de los parques de vagones y plataformas de transporte de vehículos automóviles de que disponen con el fin de conseguir mejoras de eficiencia en beneficio de los consumidores.

El TDC estima que el acuerdo:

“no implica barrera alguna de entrada en el sector del transporte terrestre de automóviles en España. También coincide en que los principales clientes del sector disponen de una notable capacidad para no negociar en desventaja las condiciones comerciales. En virtud de ambas circunstancias y en la situación actual del mercado, el Tribunal asimismo considera que dicho acuerdo puede beneficiar a los consumidores y que no es previsible que atente contra la libre competencia en un horizonte temporal próximo”.

En cambio, el TDC disiente del SDC, que había considerado que el acuerdo no necesitaba ser autorizado por ser una modalidad de cooperación lícita entre empresas. El TDC

XIV. Derecho Administrativo Económico

considera que debe ser analizada con precisión la entidad económica de la Agrupación de Interés Económico que se crea mediante el acuerdo:

“El Servicio aprecia erróneamente que en el acuerdo para el que se solicita autorización se dan las circunstancias previstas por la normativa que regula las Agrupaciones de Interés Económico. En efecto, como el mismo Servicio señala en su Informe, aunque no saca de ello las debidas consecuencias, la Ley 12/1991, de 29 de abril, que regula este tipo de entidades, establece en el apartado primero de su artículo 3 que ‘el objeto de la agrupación de interés económico se limitará exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios’, imperativo que no se cumple en el caso que nos ocupa pues, lejos de ser el transporte de automóviles una actividad auxiliar para SEMAT, TRANSFESA y RENFE, se trata de una parcela de la actividad principal de las mismas que es el transporte ferroviario. El transporte ferroviario de automóviles es para las citadas empresas, no una actividad auxiliar, como lo sería, por ejemplo, un taller de reparaciones de plataformas o una unidad de investigación y desarrollo de prototipos de vagones, sino una parte de su actividad principal.”

D) Autorizaciones singulares. Distribución selectiva. Comercio electrónico

La Resolución del TDC de 16 de julio de 2001 (Expte. A 265/99, Distribución Selectiva Christian Dior) autoriza la modificación de una anterior autorización (Resolución de 29 de diciembre de 1999) para el establecimiento del canal Internet en el contrato-tipo de distribución selectiva de productos de la marca Christian Dior.

La Resolución resulta de interés para analizar la incorporación del canal de venta a través de Internet en sistemas de distribución selectiva.

La empresa pretende regular las condiciones que deberán cumplir los distribuidores autorizados que deseen desarrollar la oferta de productos de la marca correspondiente vía internet.

Se indica en la Resolución que:

“en el Anexo se definen los términos y las condiciones en los que el distribuidor exclusivo podrá promover y vender los productos Christian Dior en su ‘página internet’. Así tanto las características técnicas, como los criterios referentes al entorno de dicha ‘página’, al consejo interactivo, al universo de la marca Christian Dior en el ‘sitio’, o a la modalidad de venta en tiempo real, guardan coherencia con lo establecido en el contrato tipo para mantener el prestigio de la marca que justifica su distribución selectiva. En cuanto a las ‘obligaciones a respetar por el distribuidor exclusivo autorizado’, hay que señalar que no son, en términos generales, superiores a las establecidas para la venta en los locales físicos del distribuidor”.

El TDC efectúa una declaración acerca de la bondad de la incorporación de este canal de distribución explícita:

“Se trata, en definitiva, de una modificación del contrato cuyo objeto no es restringir la competencia, sino que, por el contrario, introduce un canal de distribución alternativo aprovechando las posibilidades de mejora que brindan las nuevas tecnologías de la comunicación en la comercialización de este tipo de productos, que puede tener efectos pro-competitivos en los mercados sin que restrinja, tal y como está diseñado, la libertad de los distribuidores autorizados para establecer los precios a los clientes ni la competencia entre ellos, que pueden seguir haciendo uso de su independencia de comportamiento, compitiendo tanto en precios como en otras condiciones. Se estimula, así, la productividad, la innovación comercial y la creatividad de la empresa que solicitó la autorización de una forma moderna de contratación que merece ser considerada por reforzar su capacidad para competir en el mercado lo que, en último término, es positivo para la competencia y, por tanto, para el consumidor final.”

No obstante, no aborda esta resolución, quizá por no plantear problemas en el análisis del contrato tipo, la cuestión de la prohibición de las ventas activas fuera del territorio del distribuidor. Éste es un concepto que evidentemente puede generar algunas tensiones por la no definición de sus implicaciones en el marco del comercio electrónico.

E) Autorizaciones singulares. Contrato de franquicia. Academias de inglés

La Resolución del TDC de 26 de octubre de 2001 (Expte. A 301/01, Franquicia Open English) declara que el modelo de contrato de franquicia para el que Open English Master Spain, SA (Open English) solicitó autorización singular no la requiere por estar ya autorizado en virtud del Reglamento CEE 4087/88 de la Comisión Europea.

El contrato de franquicia para el que Open English solicitaba autorización singular disponía, entre otras cuestiones, la cesión de licencia de uso de determinados activos comerciales para instalar y explotar un centro de enseñanza presencial no reglada de lengua inglesa para personas mayores de 18 años, mediante el “sistema multimedia personalizado”, así como determinadas obligaciones para la franquiciada con el fin de mantener la imagen corporativa y poder competir con otras academias de enseñanza.

Los acuerdos de franquicia se consideran, desde la perspectiva del Derecho de la competencia, como acuerdos verticales en tanto que suscritos por empresas que operan, a efectos del acuerdo, en planos distintos de la cadena de distribución y que se refieren a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios.

Es de destacar, en el ámbito europeo, la vigencia en esta materia del Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas. Dicho Reglamento sustituye desde el año 2000 al Reglamento

XIV. Derecho Administrativo Económico

(CEE) 4087/88, de 30 de noviembre de 1988, que disponía una exención por categoría para los acuerdos de franquicia.

En su escrito de solicitud, Open English solicitaba sucesivamente, entre otras, las siguientes cuestiones:

1. Declaración de inaplicabilidad del Reglamento 4087/88 a partir del 1 de junio de 2000 por haber ya caducado.
2. Declaración de aplicabilidad directa del Reglamento 2790/99 a los contratos de franquicia suscritos entre empresas españolas que afecten únicamente al mercado nacional.
3. Declaración de que los contratos con cuota de mercado inferior al 10 por ciento no precisan autorización singular, en cumplimiento de la regla de *minimis* referida en las Directrices sobre restricciones verticales.

En este punto, es preciso recordar que la normativa española reguladora de las exenciones por categoría se halla contenida en el Real Decreto 157/1992, de 21 de febrero. Dicho Real Decreto dispone en su artículo 1 que quedan autorizados los acuerdos en que participen únicamente dos empresas y que, perteneciendo a alguna de las siguientes categorías afecten únicamente al mercado nacional y cumplan las condiciones que, en cuanto a los acuerdos de franquicia, se establecen en el Reglamento CEE número 4087/88 de la Comisión.

La resolución del TDC dispone que las peticiones 1 y 2 anteriormente referidas no pueden ser acogidas por cuanto solamente se hallan amparados los contratos que cumplan los requisitos de los reglamentos explícitamente recogidos en el Real Decreto 157/1992.

En cuanto a la petición 3, el Tribunal indica que la Comunicación de *minimis* (en diciembre de 2001 se adoptó una nueva Comunicación que eleva al 15 por ciento el umbral por debajo del cual los acuerdos verticales que no contengan restricciones especialmente graves pueden ser considerados como acuerdos de menor importancia) sólo es aplicable a las Decisiones de la Comisión Europea y constituye una mera recomendación para las autoridades nacionales cuando apliquen el artículo 81.1 TCE y, ni eso, cuando apliquen la legislación nacional.

En síntesis y como el propio TDC indica, en cuanto a la adecuación de la nueva normativa comunitaria en materia de restricciones verticales (y horizontales) habrá que estar a las modificaciones que en su día se produzcan en la normativa nacional, dado que es el nacional el ámbito territorial de actuación del contrato. Dicha afirmación cabe predicarse igualmente para el recientemente aprobado Reglamento (CE) 1400/2002, de la Comisión de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor.

F) Laboratorios farmacéuticos. Negativa de suministro de especialidades farmacéuticas. Abuso de posición de dominio

La Resolución del TDC de 5 de diciembre de 2001 (Expte. R 488/01, Laboratorios Farmacéuticos) desestima el recurso interpuesto por DIFAR Distribuciones Farmacéuticas, SL DIFAR) contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 27 de abril de 2001, por el que se sobreesía totalmente el expediente iniciado por la denuncia de DIFAR contra los laboratorios farmacéuticos MERCK, SHARP & DOHME DE ESPAÑA, SA, GRUPO MSD PFIZER, SA, GLAXO WELLCOME, SA, LABORATORIOS ALTER, SA, ORGANON ESPAÑOLA, SA, ALMIRALL-PRODESFARMA, SA, LILLY, SA, LABORATORIOS DR. ESTEVE, SA y FAES FÁBRICA ESPAÑOLA DE PRODUCTOS QUÍMICOS Y FARMACÉUTICOS, SA por la realización de actos que pudieran suponer abuso de posición de dominio por negativa de suministro de determinadas especialidades farmacéuticas.

Pese al pronunciamiento final del Tribunal, consideramos que la resolución resulta interesante por el tratamiento que el mismo realiza de la negativa de suministro por parte de un operador económico ante una relación comercial nueva y, en particular, cuando dicho operador económico goce de posición de dominio en un mercado relevante considerado.

El punto de partida del expediente es la denuncia presentada por un distribuidor mayorista contra un grupo de laboratorios farmacéuticos por denegarle el suministro de determinadas especialidades farmacéuticas. La denunciante alega que dicha negativa de suministro tiene como finalidad impedirle ejercer su labor de distribución en España, así como la exportación de productos farmacéuticos a países de la Comunidad Europea.

Con carácter previo, 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 cuanto a la definición del mercado relevante, es práctica reiterada de la Comisión Europea que la determinación del mercado relevante se hace aplicando el criterio del uso terapéutico idéntico a los diversos productos competidores y, en lo que al mercado geográfico respecta, el TDC recoge el criterio del Servicio de Defensa de la Competencia indicativo de que los mercados farmacéuticos son, esencialmente, mercados nacionales, dadas las barreras de entrada legislativas existentes.

Respecto a la posición de dominio que invocaba la denunciante, el TDC reitera su doctrina en virtud de la cual “una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tuviera en éste poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores o los consumidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto”.

XIV. Derecho Administrativo Económico

En el caso concreto, el TDC descarta la existencia de posición de dominio de los laboratorios denunciados en ninguno de los mercados considerados “dada la regulación del mercado y el gran poder de compra del Sistema Nacional de Salud, existiendo otras empresas fuertemente instaladas y con productos sustitutivos, unos bien posicionados y otros todavía en fase de investigación, no pudiendo comportarse con independencia respecto de sus competidores y de dicho Sistema Nacional”.

Pese a que la vulneración del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia no puede tener lugar si las empresas no gozan de posición de dominio, el TDC profundizó en el análisis de la negativa de suministro a DIFAR de especialidades farmacéuticas. Es de destacar de dicho análisis que el TDC acoge la opinión del Servicio de Defensa de la Competencia en el sentido de que no cabe predicarse la comisión de una práctica abusiva puesto que la negativa de suministro se produce ante una relación comercial nueva, que tiene alternativas de suministro y donde debe presidir el principio de libertad de contratación. En consecuencia, el TDC sostiene que de la mera posesión de una posición de dominio no implica *per se* una obligación de suministro para dicha empresa y, ello especialmente, cuando la relación de suministro no trae causa de relaciones comerciales anteriores sino que responde a la pretensión del distribuidor de iniciar una relación comercial *ex novo*.

G) Entidades financieras. Vinculación de contrato del contrato de crédito hipotecario a la suscripción de una póliza de seguro de vida. Prácticas restrictivas

La Resolución del TDC de 21 de noviembre de 2001 (Expte. 467/01 Cajamadrid/ Ausbanc) desestima el recurso interpuesto por la Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (AUSBANC) contra el Acuerdo del Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia, de 21 de diciembre de 2000, por el que se archivó su denuncia contra la entidad de crédito Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid (Caja Madrid), por supuestas prácticas prohibidas por el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia.

Los hechos denunciados se refieren a la práctica habitual de las entidades bancarias, en general, y en concreto de Caja Madrid, consistente en la subordinación de la concesión de los préstamos hipotecarios a la suscripción de una póliza de seguro de vida o amortización de crédito con una entidad perteneciente a su mismo grupo empresarial que, en el caso de Caja Madrid, es la entidad aseguradora Caja Vida Madrid (CVM). Adicionalmente, invoca AUSBANC que Caja Madrid, cuando se trata de una póliza suscrita con CVM, utiliza en el caso de tener que ejecutar la garantía hipotecaria otras vías distintas a la del reclamo a la compañía de seguros (reclamación a avalistas o herederos), lo que hace el seguro ineficaz para el usuario.

La resolución del TDC es destacable por cuanto clarifica el concepto de grupo de empresas a los efectos de la aplicación del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia. Dicha cuestión es de especial importancia para la resolución del caso por cuanto, demos-

trada la inexistencia de posición de dominio alguna tanto de CAJAMADRID como de CVM en sus respectivos mercados relevantes, la infracción que se invoca del artículo 1 requiere la existencia de acuerdos, decisiones, prácticas concertadas, recomendaciones colectivas que puedan afectar negativamente al desarrollo de la actividad comercial teniendo por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

En consecuencia, para poder alegarse la infracción del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia se precisa de la concurrencia del elemento de bilateralidad o multilateralidad del acuerdo, que requiere de un cierto grado de autonomía o independencia de las partes. Así, el TDC se ha manifestado reiteradamente sobre la no prohibición de acuerdos de fijación de precios o reparto de mercados celebrados entre empresa filial y matriz, por no existir la referida independencia en la gestión de dichas empresas. *A sensu contrario*, solamente podríamos plantearnos la vulneración del artículo 1 cuando los acuerdos sean suscritos por empresas de un mismo grupo empresarial, siempre que dichas empresas tengan cada una de ellas autonomía real de decisión para fijar su línea de mercado, no existiendo por consiguiente una unidad de decisión dentro del grupo.

Por último, es preciso resaltar que la presente Resolución del TDC se adoptó con el Voto particular discrepante de los Vocales del TDC Sres. Castañeda, Comenge y Martínez.

Entre otras cuestiones, dichos Vocales estiman que, dada la separación de actividades de banca y seguros que impone la normativa legal, resulta aventurado afirmar, sin mayores averiguaciones, que dos empresas pertenecientes al Grupo Caja Madrid, no disfrutaban de verdadera autonomía para fijar su línea de mercado y que, por tanto, no existe el elemento de bilateralidad.

Adicionalmente, es destacable igualmente la crítica que los Vocales discrepantes formulan sobre la omisión del análisis de la posible existencia de una práctica concertada entre la globalidad de las entidades financieras o una conducta conscientemente paralela prohibida por el artículo 1 LDC, consistente en la vinculación del crédito al seguro, dada la generalidad que el Servicio atribuye a la referida conducta.

H) Colegios profesionales. Prohibición de la publicidad relativa al ejercicio de la profesión de abogado. Decisión colectiva prohibida por el artículo 1 LDC

La Resolución del TDC de 11 de octubre de 2001 (Expte. 504/00, Abogados Madrid) declara que el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM) ha cometido una infracción del artículo 1 LDC, mediante la comisión de conductas prohibidas consistentes en la imposición de prohibiciones y limitaciones a la publicidad de los servicios profesionales de los abogados. A resultados de la declaración de la infracción cometida, entre otras cuestiones, el TDC impone al Colegio de Abogados una multa de 119.997'6 euros.

La presente Resolución trae causa de sendas denuncias presentadas por las sociedades Mutuo Acuerdo, SL y Teleconsulta Jurídica, SL y, en cuanto al fondo del asunto, constitu-

XIV. Derecho Administrativo Económico

ye un nuevo pronunciamiento del TDC sobre la problemática de la publicidad de los abogados españoles. Así, cabe recordar en este punto la Resolución del TDC de 18 de enero de 2000 (Expte. 455/99, Abogacía Española) donde el Tribunal declaró acreditada la comisión por el Consejo General de la Abogacía Española de una conducta prohibida por el artículo 1 LDC consistente en haber aprobado en 1997 un Reglamento de Publicidad limitativo y proscriptor de una publicidad de los abogados españoles.

Desde una perspectiva procedimental, cabe destacar el pronunciamiento expreso del TDC en el sentido de que para la resolución del caso atendía, no estrictamente a los hechos denunciados, sino a las imputaciones que el Servicio de Defensa de la Competencia hacía al ICAM por presuntamente haber vulnerado la Ley de Defensa de la Competencia al mantener en vigor unas normas de publicidad irrespetuosas con ella y haberlas supuestamente trasladado más allá del ámbito corporativo.

El TDC sanciona al ICAM porque considera que ha existido vulneración del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, por la realización de la adopción de una decisión colectiva prohibida consistente en: a) no haber adaptado los Estatutos del ICAM a la nueva normativa en materia de Colegios Profesionales que incorporaba la Ley 7/1997; b) haber mantenido en vigor el Código Regulador de la Publicidad con posterioridad a la promulgación de la Ley 7/1997, pese a la publicidad que contiene el mismo, y c) haber aprobado un nuevo Código Regulador de la Publicidad en 1998 cuyo contenido establece inadmisibles prohibiciones y limitaciones a la publicidad de los servicios profesionales de los abogados.

En sus alegaciones, el ICAM indicó que su Código de Publicidad de 1998 estaba revestido de apariencia de legalidad porque se basaba en el Reglamento de Publicidad de la Abogacía Española de 19 de diciembre de 1997, posteriormente declarado contrario a la Ley de Defensa de la Competencia según se ha indicado anteriormente. El TDC, con cierto ánimo moralizante, desmonta tal alegación indicando que “habría tenido que ser tan claro para el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid que sus propias normas de publicidad y las del Colegio General contravenían el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia que debería haber cambiado las propias y hubiera sido leal con el Consejo General, del que forma parte, que le hubiera advertido sobre la necesidad de cambiar las suyas”. En síntesis, el TDC le achaca una conducta negligente al ICAM por su proceder.

LLUIS CASES PALLARÉS
JOAQUÍN TORNOS MAS

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD**Sumario:**

- 1. Consumo.** A) El etiquetaje del tabaco con textos o nombres que induzcan a pensar al consumidor que es menos nocivo que otros, está prohibido a partir del 30 de septiembre de 2003. **2. Deporte.** A) Publicidad de bebidas alcohólicas en acontecimientos deportivos retransmitidos por televisión a Estados cuya legislación prohíbe tal publicidad. **3. Educación.** A) No universitaria. a) El avance de curso no forma parte del derecho fundamental a la educación. B) Universitaria. a) Legalidad de la supresión de un Departamento universitario por falta del número mínimo de profesores exigido. **4. Extranjeros.** A) Permiso de trabajo y de residencia. B) Expulsión. C) Asilo y refugio. **5. Juego.** A) Los sorteos consecutivos de la Lotería Primitiva se ajustan a Derecho. **6. Orden público.** A) Medidas de policía administrativa que limitan el derecho de residencia de un nacional de otro Estado miembro de la Unión Europea por razón de orden público. **7. Sanidad.** A) Retirada de autorización de comercialización para medicamentos de uso humano: requisitos y carácter preponderante de la protección de la salud pública y principio de cautela; denominación y embalaje de estos productos. B) Legalidad del Real Decreto sobre acceso excepcional al título de Médico especialista en Medicina Familiar y Comunitaria.

1. CONSUMO**A) El etiquetaje del tabaco con textos o nombres que induzcan a pensar al consumidor que es menos nocivo que otros, está prohibido a partir del 30 de septiembre de 2003**

La STJCE de 10 de diciembre de 2002, responde a varias cuestiones prejudiciales suscitadas en relación con la interpretación de la Directiva 2001/37/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2001, relativa a la aproximación de legislaciones en materia de fabricación, presentación y venta de tabaco.

En concreto, el art. 3 de la Directiva establece que a partir del 1 de enero de 2004 los cigarrillos comercializados o fabricados en los Estados miembros deberán limitar sus cantidades de alquitrán (10 mg), nicotina (1 mg) y monóxido de carbono (1 mg) por cigarrillo. Como excepción a la fecha mencionada, los Estados miembros podrán aplicar, para los cigarrillos producidos en la Comunidad Europea, pero exportados fuera de ésta,

los citados límites a partir del 1 de enero de 2005, pero en cualquier caso habrán de aplicarlos a más tardar a partir del 1 de enero de 2007.

Ahora bien, el art. 7 de la Directiva no introduce una distinción entre, por un lado la producción-comercialización y, por otro la exportación, relacionada con la prohibición de etiquetar el tabaco “a partir del 30 de septiembre de 2003” con la indicación de que resulta “menos nocivo que otros” (con los calificativos “light” o “suave”, por ejemplo). Al respecto, el Tribunal de Justicia concluye que “no hay por qué presumir que el legislador comunitario deseaba completar la prohibición de comercializar en la Comunidad productos del tabaco que se ajusten a los requisitos del art. 7 de la Directiva con una prohibición similar relativa a los productos del tabaco empaquetados en la Comunidad para su exportación a países terceros.” Por lo que en adelante las tabaqueras que desde la Unión Europea exporten productos podrán añadir en el etiquetaje calificativos que lo hagan aparecer como “menos nocivo que otros”.

2. DEPORTE

A) Publicidad de bebidas alcohólicas en acontecimientos deportivos retransmitidos por televisión a Estados cuya legislación prohíbe tal publicidad

La STJCE de 21 de enero de 2003, tiene como origen una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal inglés en relación con la transmisión televisiva de un partido de fútbol (entre el Newcastle y el Metz) en el marco de la Copa de la UEFA. Los anuncios de bebidas alcohólicas que debían emitirse durante el partido en virtud de los contratos celebrados entre las demandantes en el procedimiento principal y la empresa que los gestionaba, eran conformes a las exigencias del Derecho inglés. No obstante, poco antes del inicio del encuentro el Newcastle informó a tal empresa, que el partido iba a ser transmitido también por una cadena de televisión francesa, por lo que deberían retirarse los anuncios de bebidas alcohólicas. Ante la imposibilidad de materializar tal medida los anuncios cuestionados de los paneles rotativos del campo de fútbol aparecieron durante intervalos de uno a dos segundos, en lugar de los treinta previstos en los contratos, por lo que ante la demanda de indemnización interpuesta, el Tribunal de Justicia debe responder a la cuestión prejudicial de si las disposiciones de la ley francesa, que prohíben la publicidad de bebidas alcohólicas en acontecimientos deportivos, son contrarias al art. 59 del Tratado, de tal suerte que en caso afirmativo el Newcastle sería responsable de los daños y perjuicios causados a las demandantes en el procedimiento principal por incumplimiento de los contratos mencionados.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia afirma que “debe ser particularmente vigilante cuando, en el marco de un litigio entre particulares, se le plantee una cuestión prejudicial destinada a permitir al órgano jurisdiccional nacional apreciar la conformidad de la legislación de otro Estado miembro con el Derecho comunitario”. En el caso de autos, dado que las cuestiones prejudiciales planteadas están destinadas a permitir al órgano jurisdiccional remitente apreciar la compatibilidad de la legislación de otro Estado miembro con el Derecho Comunitario, el Tribunal de Justicia debe ser informado de forma detallada de las

razones por las que dicho órgano jurisdiccional considera que la respuesta de tales cuestiones es necesaria para poder adoptar su resolución. En estas circunstancias, procede señalar que el Tribunal de Justicia afirma no disponer de elementos que indiquen que resulta necesario pronunciarse sobre la compatibilidad con el Tratado de la legislación de un Estado miembro distinto del Estado del órgano jurisdiccional remitente, por lo que mediante Sentencia decide declarar como “no admisible” la petición de la cuestión prejudicial.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) El avance de curso no forma parte del derecho fundamental a la educación

Sendas SSTs de 19 de julio de 2002, Ar. 8005 y 8006, interpretan que del art. 27 CE no se deduce que el avance o adelanto de curso al inmediatamente superior en casos de sobredotación constituya parte del derecho fundamental a la educación consagrado en el mencionado precepto constitucional, sino que, en su caso, será una cuestión de legalidad ordinaria (no invocable en los concretos procesos contencioso-administrativos que se resolvían, seguidos al amparo de la vieja Ley 62/1978).

B) Universitaria

a) Legalidad de la supresión de un Departamento universitario por falta del número mínimo de profesores exigido

La STS de 15 de julio de 2002, Ar. 8541, ratifica una resolución rectoral que había ordenado la supresión de un Departamento universitario –por incumplimiento del número mínimo de profesores exigido– y la correspondiente adscripción provisional a otro Departamento de las áreas docentes afectadas (con su personal docente, investigador y de administración y servicios).

4. EXTRANJEROS

A) Permiso de trabajo y de residencia

La STS de 10 de junio de 2002, Ar. 8196, anula una denegación de permiso de trabajo, pero de esta Sentencia lo que resulta especialmente destacable es su *modus operandi*. Teniendo en cuenta que al acto denegatorio se le imputaba ausencia de motivación, tras afirmar con carácter preliminar que la falta de motivación puede afectar, incluso, a la validez del acto administrativo cuando no hace posible el conocimiento de las verdaderas razones de la decisión administrativa (de manera que la actuación de la Administración no resulta transparente ni proporciona legítima confianza a los particulares) ni permite el control del acto, incluida la verificación de su adecuación al fin para el que se otorga la potestad (en cuyo ejercicio se dicta la resolución), constata en el caso tales circunstancias y –con apoyo en alguna jurisprudencia anterior (se citan las SSTs de 15 de abril

y 15 de julio de 1997, Ar. 2862 y 6223)– establece que la carencia en el expediente del informe del INEM (que la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales pudo solicitar) no da lugar a la nulidad del procedimiento por la ausencia de dicho trámite (imputable a la propia Administración, como ya se ha indicado), sino directamente al otorgamiento del permiso solicitado en su momento.

B) Expulsión

La STS de 14 de junio de 2002, Ar. 6544, considera improcedente aplicar a los países latinoamericanos con los que España tiene vigente la cláusula de nación más favorecida el régimen de expulsión de los ciudadanos de los países miembros de la Unión Europea.

Por su parte, la STS de 6 de julio de 2002, Ar. 7917, reitera la doctrina del Alto Tribunal sobre la aplicación del principio garantista de presunción de inocencia para un supuesto de expulsión (por supuesta realización de un trabajo sin el previo permiso).

C) Asilo y refugio

La STS de 20 de septiembre de 2002, Ar. 8665, merece ser destacada por cuanto que en su fundamento jurídico sexto realiza un amplio esfuerzo de delimitación del marco normativo sobre el asilo y la condición de refugiado (que aquí no procede recoger en su integridad, pero sí dejar consignado).

Por su parte, las SSTS de 19 y 23 de julio de 2002, Ar. 7107 y 6565, reiteran su conocida doctrina de que la expulsión anudada a una denegación de solicitud de asilo no es, técnicamente, un acto negativo (de imposible suspensión, por tanto), sino que comporta también un aspecto positivo susceptible de tal medida cautelar (cuando concurren los requisitos exigidos, obviamente, y sin olvidar las razones humanitarias atendibles en estos casos).

5. JUEGO

A) Los sorteos consecutivos de la Lotería Primitiva se ajustan a Derecho

La STS de 4 de noviembre de 2002 (La Ley, núm. 5675, de 12 de diciembre de 2002) desestima el recurso de casación interpuesto por la Unión de Trabajadores de la ONCE, cuyo objeto era la impugnación de varias resoluciones de la Dirección General del Organismo Nacional de Loterías y Apuestas del Estado, que establecían la celebración semanal de diversos sorteos consecutivos de la Lotería Primitiva, bajo la denominación comercial de “Bonoloto”. Todo ello se llevó a cabo tras la incorporación a la ONCE de “siete mil minusválidos que anteriormente habían trabajado para Prodiectu, cuando esta organización fue declarada ilegal. Incorporación dispuesta por el Consejo de Ministros, mediante el Acuerdo de 27 de septiembre de 1987, el cual también autorizó a la ONCE el sorteo extraordinario de los viernes, conocido como ‘cuponazo’, precisamente para que pudiera allegar los recursos económicos necesarios para afrontar esa incorporación”.

El Tribunal Supremo entiende que no se ha dado la contradicción que se alega ni los actos recurridos suponen quiebra de la buena fe, del principio de coordinación entre las Administraciones o del principio rector de la política social y económica afirmado por el art. 49 de la CE desarrollado por la Ley 13/1982. Ningún elemento hay en los autos, fuera de las manifestaciones de la actora, que permita sostener que se ha perseguido algo distinto que recaudar ingresos para hacer frente al gasto público, finalidad esta plenamente acorde con el ordenamiento jurídico, cuya búsqueda no implica descoordinación administrativa alguna, desde el momento en que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de septiembre de 1987 tiene un propósito y las resoluciones recurridas otro diferente y compatible con el anterior. En definitiva, no se ha demostrado que la instauración del “bonoloto” pretendiera o hubiera supuesto el efecto de perjudicar a la ONCE y sus trabajadores, ni que haya impedido el cumplimiento de sus fines en lo que respecta a los minusválidos, que pueden percibir de los poderes públicos la protección de la Constitución a través de cauces y actuaciones distintas de las que tienen que ver con la ONCE.

6. ORDEN PÚBLICO

A) Medidas de policía administrativa que limitan el derecho de residencia de un nacional de otro Estado miembro de la Unión Europea por razón de orden público

La STJCE de 26 de noviembre de 2002, resuelve una cuestión prejudicial planteada por el Consejo de Estado francés relativa a la interpretación de si los actuales arts. 12, 18 y 39 del Tratado de la Comunidad Europea, el principio de proporcionalidad, así como la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, ¿permiten que un Estado miembro pueda adoptar, respecto a un nacional de otro Estado miembro al que se aplican las disposiciones del Tratado, una medida de policía administrativa que limite, bajo control jurisdiccional de su legalidad, la residencia de aquel nacional a una parte del territorio nacional, cuando existen razones de orden público que se oponen a su residencia en el resto del territorio, o en tal supuesto, la única medida restrictiva de la residencia que puede adoptarse legalmente frente a dicho nacional consiste en una medida de prohibición total de residencia en el territorio, dictada con arreglo al Derecho nacional?

La respuesta del Tribunal de Justicia es que ni el actual art. 39 del TCE, ni las disposiciones de Derecho derivado que aplican la libertad de circulación de los trabajadores se oponen a que un Estado miembro adopte, respecto a un trabajador migrante nacional de otro Estado miembro, medidas de policía administrativa que limiten el derecho de residencia de dicho trabajador a una parte del territorio nacional, siempre y cuando ello esté justificado por motivos de orden público o de seguridad pública basados en su comportamiento individual. De no existir la posibilidad de limitar el derecho de residencia, dichos motivos pueden llevar, debido a su gravedad, a una medida de prohibición de residencia o de expulsión del territorio nacional, aunque, lógicamente, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales controlar si las medidas adoptadas corresponden efectivamente a un comportamiento individual que constituye una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública y si tales medidas respetan, además, el principio de proporcionalidad.

7. SANIDAD

A) Retirada de autorización de comercialización para medicamentos de uso humano: requisitos y carácter preponderante de la protección de la salud pública y principio de cautela; denominación y embalaje de estos productos

La STPI de 26 de noviembre de 2002, as. *Artegodan*, T-74/00 (y otros acumulados), resuelve diversos recursos de anulación contra varias decisiones de la Comisión de retirada de autorizaciones de comercialización de algunos medicamentos de uso humano que contienen determinados productos (sustancias anoxerígenas, comúnmente conocidas como “adelgazantes”, de tipo anfetamínico). De esta larga Sentencia procede mencionar la interpretación que el Tribunal hace sobre los requisitos exigidos por el Derecho comunitario para retirar una autorización de comercialización, por razones de protección de la salud pública: sólo cuando un medicamento resulte ser nocivo en las condiciones normales de empleo o ineficaz, o cuando no posea la composición cualitativa y cuantitativa declarada (art. 11 de la Directiva 65/65); interpretados tales requisitos de conformidad con el principio general, proclamado por la jurisprudencia (que se cita), según el cual debe atribuirse incontestablemente un carácter preponderante a la protección de la salud pública frente a las consideraciones económicas. Este principio exige, en primer lugar, que se atienda exclusivamente a las consideraciones relativas a la protección de la salud; en segundo lugar, que se lleve a cabo una nueva evaluación del balance riesgos/beneficios que presenta un medicamento, cuando datos nuevos susciten dudas en cuanto a su eficacia o seguridad; y, en tercer lugar, que se aplique el régimen probatorio de conformidad con el principio de cautela (que constituye el corolario del principio de la primacía de las exigencias ligadas a la protección de la salud pública frente a los intereses económicos).

Por su parte, la STPI de 10 de diciembre de 2002, as. *Thomae*, T-123/00, también se refiere a autorización comercial comunitaria de medicamentos humanos, pero en lo relativo a las exigencias de denominación (uniforme o no y posibilidades de su modificación) y de presentación de su embalaje, en relación todo ello, obviamente, con las exigencias de la protección de la salud pública.

B) Legalidad del Real Decreto sobre acceso excepcional al título de Médico especialista en Medicina Familiar y Comunitaria

La STS de 16 de septiembre de 2002, Ar. 8654, desestima el recurso directo interpuesto contra el Real Decreto 1753/1998, de 31 de julio, sobre acceso excepcional al título de Médico Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria y sobre el ejercicio de la Medicina de Familia en el Sistema Nacional de Salud, tras rechazar todas las tachas de ilegalidad, inconstitucionalidad y desviación de poder aducidas.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción. a) Jurisdicción Contencioso-administrativa. 1. El acuerdo por el que se nombra la Comisión permanente de la ONCE es revisable ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. 2. Incompetencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para fiscalizar Acuerdo de la Sala de Gobierno de un Tribunal Superior de Justicia sobre imposición de corrección disciplinaria a abogado. 3. La Jurisdicción Contencioso-Administrativa no puede conocer de una declaración de urgente ocupación contenida en una norma presupuestaria con rango de ley. b) Jurisdicción Social. 1. Expediente de regulación de empleo. Competencia de la Jurisdicción Social. 2. Los actos de gestión recaudatoria pueden ser competencia de la Jurisdicción Social. c) Jurisdicción Civil. 1. La designación de auditor que valore las acciones de una empresa es una cuestión civil aunque se derive de acto adoptado por órgano del Ministerio de Justicia. B) Sujetos. a) Los Colegios Oficiales de Farmacéuticos carecen de legitimación para impugnar las autorizaciones de apertura de farmacias otorgadas por las Comunidades Autónomas. b) Los Consejos Generales de Colegios Profesionales están legitimados para impugnar contra disposiciones administrativas reguladoras de planes de estudio. c) El denunciante carece de legitimación para recurrir el archivo de los procedimientos disciplinarios de Jueces y Magistrados. d) Falta de legitimación activa de un funcionario militar para impugnar un convenio de disposición de bienes de dominio público destinados a satisfacer un servicio público. C) Objeto. a) Es inadmisibile el recurso contencioso-administrativo si el acto impugnado es de mera información sin contenido decisorio alguno. b) En el proceso contencioso-administrativo se pueden estudiar motivos nuevos no planteados en vía administrativa. c) Inactividad material; El Tribunal Constitucional no tiene la obligación de sacar a concurso-oposición plazas del Cuerpo de Letrados cubiertas por libre designación. d) Es causa de inadmisibilidat de un recurso contencioso-administrativo la cosa juzgada. D) Procedimiento. a) Efectos de la prueba no practicada por causa no imputable al Tribunal, debido a la negligencia de la parte proponente de la misma.

- b) Las alegaciones previas son un trámite procesal que tiene como finalidad evitar la sustanciación del recurso contencioso-administrativo. c) Fase probatoria; Diligencia para mejor proveer. E) Sentencias. a) El allanamiento de la Administración como forma anormal de terminación del proceso distinto a la sentencia. b) La falta de indicación en la sentencia de los recursos que contra la misma cabe interponer puede ser suplida por los Letrados. c) Incongruencia por exceso; Resolución del pleito basada en un motivo distinto del sometido a debate procesal. F) Ejecución de sentencias. a) Cuando de la ejecución provisional de una sentencia se puedan derivar efectos reversibles, no resulta procedente exigir caución. b) Imposibilidad legal de ejecución de sentencia al convalidarse la ubicación de la farmacia discutida por el otorgamiento de la autorización de traslado. Efectos. c) Extensión de efectos a terceros no personados de una sentencia firme. Procedimiento previsto en el artículo 110 LJ de 1998. G) Medidas cautelares. a) Permisos de armas; en materia de suspensión, deben primar los intereses generales que se tutelan mediante el sistema reglamentado de control de armas de fuego.
- b) No se puede suspender un acto distinto del recurrido. c) La valoración de los perjuicios dimanantes de la suspensión sólo corresponde al órgano a quo. d) Razones humanitarias pueden aconsejar suspender la obligación de salida del territorio nacional, impuesta a los extranjeros en situación irregular. e) Falta de objeto de la petición de suspensión, al haberse resuelto el asunto principal aunque cupiere contra aquella recurso de casación. H) Costas procesales. a) La Abogacía del Estado no tiene como función la representación y defensa de Colegios Profesionales. I) Error judicial.
- a) Procedimiento y plazo. Cómputo desde la fecha de notificación de la sentencia, no desde la fecha en que se declara su firmeza. **2. Recurso de casación ordinario.**
- A) Objeto. a) Extinción sobrevenida por la suspensión del servicio militar obligatorio. b) No son resoluciones impugnables las sentencias dictadas al resolver un recurso de apelación. c) La infracción de normas autonómicas no es recurrible en casación aunque se invoque el principio de jerarquía normativa. B) Procedimiento. a) La falta de mención expresa en el escrito de interposición de la norma que se reputa infringida, puede ser suplida por el escrito de preparación. b) No resulta válido el escrito de interposición al ser su contenido una mera repetición de los argumentos utilizados ante la Sala de instancia. c) El órgano judicial no puede suplir de oficio las deficiencias del escrito

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

de preparación. C) Motivos. a) Quebrantamiento de las formas procesales con relación a la práctica de la prueba. Necesidad de haber formulado la oportuna protesta en la instancia. b) En el escrito de interposición deben fijarse los motivos del artículo 88.1 LJ en que se funda el recurso de casación. c) Alcance del motivo contenido en el artículo 88.1.a) LJ. d) El artículo 3.1 del Código Civil no es citable directamente en casación. e) En relación con la motivación de las sentencias, es posible que la misma sea escueta o por remisión a otra anterior. D) Inadmisión. a) Cuantía. 1. La extinción de concesiones administrativas se calcula según el importe del canon anual de renta. 2. Excepción en la inadmisibilidad por defecto de cuantía; Impugnación indirecta de disposiciones de carácter general. 3. Exenciones tributarias. Diferenciación entre supuestos de declaración de exención y otros en que existe una liquidación tributaria concreta. b) Personal. 1. Delimitación del concepto “relación de empleo con la Administración Pública”. 2. Constituye una situación derivada del estatuto funcional militar lo relativo a las viviendas militares logísticas. 3. Incompatibilidad entre el puesto desempeñado en el sector público de Farmacéutico Titular de la Consejería de Sanidad y la actividad privada de Oficina de farmacia. c) Cuestiones nuevas. 1. Están prohibidas en casación las cuestiones nuevas. E) Tasación de costas. 1. No se puede incluir el concepto de “instrucción” del recurso de casación, dentro de las costas procesales. **3. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Requisitos. a) Sólo puede invocarse la contradicción producida entre sentencias dictadas en única instancia por Secciones distintas a la que dictó la Sentencia recurrida. b) Triple Identidad. B) Procedimiento. a) Requisitos del escrito de interposición. **4. Recurso de casación en interés de la ley.** A) Objeto. a) Naturaleza extraordinaria. **5. Recurso de revisión.** A) Motivos. a) Falsedad de documentos no reconocida judicial ni administrativamente. b) Recuperación de documentos. No se aprecia dado que el documento estaba a disposición del interesado en el registro correspondiente. **6. Incidente de nulidad de actuaciones.** A) Motivos.

INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el periodo 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, a 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

1. El acuerdo por el que se nombra la Comisión permanente de la ONCE es revisable ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Se plantea el Tribunal Supremo tanto la naturaleza jurídica de la ONCE así como el régimen de nombramiento de su órgano de gestión, a saber la Comisión Permanente resolviendo las dudas que pudieran plantearse acerca de la jurisdicción que deba conocer de las impugnaciones que pudieran deducirse contra el nombramiento, afirmando, la **STS de 30 de abril de 2002**, Ar. 5335, que “es claro, que el acto o acuerdo relativo a la constitución de la Comisión Permanente, o del nombramiento de los miembros de la ONCE, no es un mero acto interno y sí un acto que completa la organización de la Corporación de Derecho Público que es la ONCE, y que se ha de revisar por tanto, en condiciones de similitud respecto al del nombramiento del Consejo General, y si como se ha visto, los actos relativos a la elección y nombramiento de los miembros del Consejo General son revisables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de igual modo procede aceptar que acontezca respecto al nombramiento de los miembros de la Comisión Permanente”.

2. Incompetencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para fiscalizar Acuerdo de la Sala de Gobierno de un Tribunal Superior de Justicia sobre imposición de corrección disciplinaria a abogado

En esta interesante sentencia, **STS de 29 de enero de 2002**, Ar. 6983, se da adecuada respuesta acerca de la posibilidad o no que se otorga a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para revisar las correcciones disciplinarias que imponen los órganos jurisdiccionales a los intervinientes en el proceso precisando que no puede considerarse “como materialmente administrativo, sino como acto procesal de carácter sancionador ligado a la función jurisdiccional, siendo tal Acuerdo, aunque se relacione con resoluciones anteriores, el que resulta impugnado en el recurso contencioso-administrativo, sobre el que ahora se resuelve, de modo que las alegaciones referidas a libertad de defensa y de expresión, y a otras cuestiones, por interesantes que resulten, no pueden ser objeto de examen por parte de esta Sala sin resolverse previamente sobre la procedencia de la admisión o inadmisión de tal recurso”.

3. La Jurisdicción Contencioso-Administrativa no puede conocer de una declaración de urgente ocupación contenida en una norma presupuestaria con rango de ley

Nos encontramos en la STS de 27 de marzo de 2002, Ar 5069, con la impugnación de la declaración de urgente ocupación de unos bienes decretada por la Generalidad Valenciana en la Ley de Presupuestos para el año 1993, excusa que hábilmente utiliza el Tribunal Supremo para delimitar el ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, afirmando que, “El artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción es claro al indicar que la misma “conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley”. Evidentemente la declaración de urgente ocupación establecida por Ley no es “un acto de la Administración pública sujeto al derecho administrativo”, de los que además el citado precepto limita la extensión del presente orden jurisdiccional a “las disposiciones de categoría inferior a la Ley”. La sentencia combatida no anula, no podría ser de otra forma la disposición adicional segunda de la Ley Valenciana 7/1992, de 28 de diciembre, sin embargo implícitamente declara la invalidez de la misma ya que considera que no viene justificada la inclusión de dicha declaración en una Ley de Presupuestos, siendo esta cuestión precisamente la que debía de haber sido objeto, en su caso, del planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, único órgano al que el artículo 161 de la Constitución atribuye dicho cometido”.

b) Jurisdicción Social

1. Expediente de regulación de empleo. Competencia de la Jurisdicción Social

La difícil delimitación competencial entre el orden contencioso-administrativo y el social tiene una fiel muestra en la STS de 26 de abril de 2002, Ar. 6504, en la que el Tribunal Supremo atribuye a la Jurisdicción Social el conocimiento de un acto relativo a la homologación administrativa de un previo Acuerdo extintivo de empleo, declarando que en este tipo de supuestos “1º) La resolución administrativa no autoriza el despido de personas concretas, sino el de un número determinado de trabajadores, a seleccionar por la empresa de acuerdo con los objetivos del propio expediente y cumpliendo los criterios de afectación establecidos. 2º) La determinación o selección por parte de la empresa se produce después de producida la resolución administrativa y, por consiguiente, fuera del control de la misma. 3º) La resolución administrativa se limita a autorizar una extinción colectiva de relaciones laborales, sin que exista un examen por parte de la Administración de la concurrencia de las causas que posibilite vincularla a la determinación individual de los afectados que se realiza con posterioridad. Por todo ello, en reciente sentencia de 4 de febrero de 2002, hemos concretado nuestra actual doctrina señalando que “la individualización de los puestos de trabajo que deben ser objeto de despido constituyen una de las opciones a que puede acogerse la empresa y aceptar la autoridad laboral al aprobar el expediente de regulación, por entender que está en relación con la consecución de los fines de viabilidad de la empresa perseguidos mediante el mismo. En este supuesto, si dicha individualización debe afectar a unos u otros trabajadores (...) debe ser objeto de discusión ante la jurisdicción contencioso-administrativa. En caso de que no se con-

sidere necesaria la individualización de los puestos de trabajo afectados, las cuestiones relativas a la concreta determinación de los trabajadores objeto de despido (...) debe ser objeto de discusión ante la jurisdicción social”.

2. Los actos de gestión recaudatoria pueden ser competencia de la Jurisdicción Social

La jurisprudencia ha venido aceptando desde finales de los años 80 la atribución general de competencia al orden Contencioso-Administrativo para las cotizaciones. Sin embargo, esta atribución no puede trasladarse a las prestaciones en las que debe establecerse un equilibrio entre el orden social en el ámbito de las controversias de la Seguridad Social y las exigencias derivadas del reconocimiento de la ejecutividad de los actos administrativos. Es lo que ocurre en el caso examinado por la **STS de 22 de marzo de 2002**, Ar. 5717, en el que el litigio se centra en prestaciones de muerte y supervivencia a los herederos de un trabajador fallecido a resultas del accidente laboral, afirmando que “no puede existir duda sobre la competencia de lo social” ya que “cuando existe controversia sobre prestaciones, la competencia del orden social ha de ser plena, tanto para conocer de la impugnación del acto declarativo y liquidatorio, como del recaudatorio, aunque los motivos sean distintos. Esto se refiere a los supuestos en que el acto declarativo de que la recaudación trae causa no ha sido impugnado ante el orden social, pues cuando esta impugnación se ha producido es incuestionable la competencia y su carácter pleno”

c) Jurisdicción Civil

1. La designación de auditor que valore las acciones de una empresa es una cuestión civil aunque se derive de acto adoptado por órgano del Ministerio de Justicia

La competencia para conocer de este tipo de acuerdos corresponde al orden civil, **STS de 8 de julio de 2002**, Ar. 6552, toda vez que, si bien es cierto que la resolución impugnada emana de un órgano de la Administración Pública como es el Subsecretario de Justicia, quien a su vez resuelve una reclamación previa formulada contra un acuerdo anterior de la Dirección General de los Registros y del Notariado, es evidente que dicha resolución no está sujeta a derecho administrativo puesto que la resolución cuestionada respecto al nombramiento de auditor tiene como fondo una materia netamente de derecho privado, fundada en el artículo 64.1 de la Ley de Sociedades Anónimas, como lo demuestra además el hecho de que el recurrente, según pone de manifiesto el recurrido, utiliza en su demanda como principal y primer argumento el artículo 7 de los Estatutos de la entidad mercantil recurrente. En conclusión, no nos encontramos por tanto ante un acto de la Administración Pública sujeto al derecho administrativo sino que se trata de una resolución de la Administración Pública sujeto al derecho privado por lo que el conocimiento de la cuestión, conforme al artículo 1 de la Ley rectora de la Jurisdicción, está excluido de control por la misma y contra la resolución final adoptada únicamente podía actuar-se ante la jurisdicción civil ordinaria según acordó la resolución recurrida en casación.

B) Sujetos

a) Los Colegios Oficiales de Farmacéuticos carecen de legitimación para impugnar las autorizaciones de apertura de farmacias otorgadas por las Comunidades Autónomas

La STS de 27 de mayo de 2002, Ar. 5415, ha examinado la legitimación de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos en relación con los actos de autorización otorgados por las Comunidades Autónomas, titulares de la competencia desde la derogación del Real Decreto 909/1978, de 14 de abril. Así se niega la legitimación de aquéllos para impugnar los actos de la Administración titular de aquellos intereses públicos respecto de los que la Administración corporativa actúa por delegación. En consecuencia, aunque no puede afirmarse, en sentido propio, que el Colegio sea un órgano de la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma, sí ha de entenderse que actúa por delegación una función o competencia de la que ésta es titular y que por ello no cabe reconocerle legitimación para impugnar, actos, como el que aquí se trata, relativos a dicha función o competencia.

b) Los Consejos Generales de Colegios Profesionales están legitimados para impugnar contra disposiciones administrativas reguladoras de planes de estudio

La STS de 19 de abril de 2002, Ar. 4999, ha admitido la legitimación de los Consejos Generales de los Colegios Profesionales para impugnar las disposiciones administrativas reguladoras de los planes de estudio cuyas materias tengan una íntima relación con los intereses defendidos por aquéllos. Se declara que la Orden autonómica controvertida versa sobre la manera de seguir los estudios dirigidos a obtener la Diplomatura de Relaciones Laborales en la Universidad de las Palmas de Gran Canaria, y dicha materia tiene una directa conexión con los intereses cuya defensa es atribuida a los Consejos Generales de los Colegios por los artículos 5 y 9 de la Ley de Colegios, y no puede aceptarse el alcance territorial que a dicha Orden parece atribuir la sentencia recurrida para justificar también esa falta de legitimación que aprecia, pues la habilitación profesional que puede conllevar la Diplomatura de Relaciones Laborales no queda circunscrita sólo a un determinado territorio de España.

c) El denunciante carece de legitimación para recurrir el archivo de los procedimientos disciplinarios de Jueces y Magistrados

Es consolidada jurisprudencia, contenida, entre otras, en la STS de 6 de marzo de 2002, Ar. 6990, la que afirma la falta de legitimación del denunciante para intervenir en los procesos contencioso-administrativos seguidos contra las decisiones del Consejo General del Poder Judicial que ordenan el archivo de los procedimientos disciplinarios merece también ser subrayado que el núcleo argumental de esta jurisprudencia parte del dato de que la imposición o no de una sanción al Juez denunciado no produce efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno de esa esfera.

d) Falta de legitimación activa de un funcionario militar para impugnar un convenio de disposición de bienes de dominio público destinados a satisfacer un servicio público

Según nos recuerda la STS de 16 de abril de 2002, Ar. 7004, los funcionarios militares y personas asimiladas a dichos efectos ostentan derecho alguno respecto a la facultad de elección de la vivienda en una ciudad o plaza militar pues de forma concreta se prevé que los funcionarios militares tengan derecho a una vivienda, no determinada, en la plaza o ciudad donde presten servicio, reglamentada dicha ocupación en el Reglamento Orgánico del Patronato de Casas Militares.

C) Objeto

a) Es inadmisibile el recurso contencioso-administrativo si el acto impugnado es de mera información sin contenido decisorio alguno

A tenor del artículo 25.1 LJCA de 1998, no resultan impugnables los actos de trámite que no decidan directa ni indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Esto es lo que acaece en el supuesto contemplado en la STS de 3 de junio de 2002, Ar. 5798, en el que nos encontramos con que el acto objeto del recurso está constituido por una información sobre la existencia de determinadas licencias y expedientes, tal como habían sido solicitados, y sin que tal acto constituya ningún pronunciamiento sobre la conformidad a derecho de tales licencias o resoluciones dictados, sino meramente una manifestación de su existencia tal como había sido peticionado por el recurrente. Naturalmente, tal acto informativo, deja abierta toda posibilidad al recurrente para instar las acciones y pretensiones sobre la nulidad e ineficacia de las actividades y resoluciones relacionadas en el acto recurrido, pero de ningún modo, puede constituir el soporte jurídico necesario para solicitar, tal como hizo el recurrente en su demanda del proceso de instancia, la nulidad de esas resoluciones y el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas o el cierre y precinto de instalaciones cuando sobre tales extremos no ha existido un pronunciamiento previo de la Administración, ni le han sido planteadas tales cuestiones, que una vez resueltas por la Administración, sí hubieran podido ser objeto de un proceso contencioso-administrativo.

b) En el proceso contencioso-administrativo se pueden estudiar motivos nuevos no planteados en vía administrativa

El artículo 56.1 de la actual Ley de 1998, dispone expresamente que para justificar las pretensiones de las demandas podrán alegarse cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración. Por ello la STS de 15 de junio de 2002, Ar. 5918, ha puesto de manifiesto el error en que incurrió una sentencia al confundir el cambio en la pretensión con el cambio en la fundamentación de la pretensión. La parte recurrente no ha alterado su pretensión, que sigue siendo la misma que propugnó en vía

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

administrativa: la anulación de la liquidación objeto del recurso. Han variado ciertamente los fundamentos de su pretensión, pero ello es procesalmente correcto. Los razonamientos aportados *ex novo* por el recurrente en la vía jurisdiccional no constituyen nuevas pretensiones, sino un complemento impugnatorio totalmente lícito. Si así no fuera, la vía administrativa equivaldría a una primera instancia, y se impediría el adecuado control de la actividad de la Administración, vulnerándose asimismo lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción de 1998, el cual dispone que el objeto del proceso contencioso-administrativo lo constituyen los actos de la Administración, pero no los fundamentos del acto o los que se utilizaron por los recurrentes en vía administrativa.

c) Inactividad material; El Tribunal Constitucional no tiene la obligación de sacar a concurso-oposición plazas del Cuerpo de Letrados cubiertas por libre designación

La STS de 24 de junio de 2002, Ar. 7058, ha colaborado a perfilar lo que cabe entender por inactividad material de la Administración en su condición de objeto del recurso contencioso-administrativo. Se llega a la conclusión, con relación al objeto litigioso, de que el Tribunal Constitucional no resulta obligado, en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación, a la convocatoria precisa del concurso-oposición a que se refiere el recurrente, como requiere el artículo 29.1 de la Ley de esta Jurisdicción, como requisito *sine qua non* de la viabilidad del recurso interpuesto, o, en concreto, de su estimación, y menos, si cabe, obligado a que “todas” las plazas sean cubiertas por dicho sistema de concurso-oposición, tal como, además, resulta de la Exposición de Motivos de la Ley, de valor interpretativo indiscutible, cuando con claridad expresa que este “remedio” (el recurso contra la inactividad) no permite a los órganos jurisdiccionales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el derecho, incluida la discrecionalidad en el cuándo de una decisión o actuación material, ni les faculta para traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales, “pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquella” (de la Administración), por no poder ser el recurso contencioso-administrativo hábil instrumento para poner remedio a todos los casos de indolencia, lentitud e ineficacia administrativa –según el texto de la Exposición de Motivos– sino sólo para “garantizar el exacto cumplimiento de la legalidad”, lo que particular reflejo puede tener en un ámbito de discrecionalidad, al margen de su eventual control jurisdiccional, que se inserta en otro ámbito de autoorganización difícilmente sustituible en vía de jurisdicción cuando a potestades administrativas de organización atañen.

d) Es causa de inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo la cosa juzgada

La identidad existente y constitutiva de la cosa juzgada (STS de 14 de junio de 2002, Ar. 6140), está limitada por el objeto del proceso, y por razón de las personas que en él hayan intervenido, en el supuesto que analizamos concurren las identidades subjetiva, objetiva y causal previstas en el artículo 1252 del Código Civil, pues no constituye un óbice para nuestra apreciación que uno de los sujetos intervinientes en el expediente de justiprecio –la Administración municipal– no compareciera en el primer proceso, ya que al amparo del artículo 29.a) de la Ley Jurisdiccional pudo hacerlo al ser emplazada conforme al artículo 64.

D) Procedimiento**a) Efectos de la prueba no practicada por causa no imputable al Tribunal, debido a la negligencia de la parte proponente de la misma**

La situación de indefensión en que puede quedar colocado al no practicarse una actividad probatoria concreta queda enervada si como refleja la **STS de 19 de julio de 2002**, Ar. 6610, la concurrencia de indefensión, exigible para la viabilidad del motivo, sólo podría haberse producido si la falta de práctica de la prueba es imputable al órgano judicial, como ha declarado el Tribunal Constitucional, no pudiendo entenderse producida la vulneración del derecho a la defensa de la recurrente, y con ello la infracción de tutela del artículo 24 de la Constitución cuando la indefensión denunciada se haya producido mediante negligencia de la parte perjudicada, como tiene también dicho el Tribunal Constitucional en Sentencia 104/2001, de 23 de abril (RTC 2001\104), fundamento jurídico cuarto, y en las que en la misma se recogen. Por otro lado, la práctica de la prueba, como vamos a ver en el examen del motivo siguiente carece de toda trascendencia en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo, circunstancia que determina igualmente la improcedencia de aceptar el primero de los motivos de casación que se invocan por la recurrente.

b) Las alegaciones previas son un trámite procesal que tiene como finalidad evitar la sustanciación del recurso contencioso-administrativo

Nos encontramos en la **ATS de 27 de marzo de 2001**, Ar. 6101, un supuesto concreto donde se revela eficacia de las alegaciones previas con el fin de evitar la tramitación total de un proceso contencioso-administrativo. En este caso la causa habilitante de la alegación previa cabe encontrarla en la falta de jurisdicción del órgano contencioso-administrativo para conocer de la pretensión en él residenciada. En efecto nos encontramos con la impugnación de un Real Decreto-Ley instrumento formal por el se ejerce una potestad distinta de la reglamentaria, y ello abstracción hecha del objeto de la disposición que en este caso es modificar un reglamento y de que desde perspectivas más generales la actuación de que se trata sea conforme con el ordenamiento jurídico, cuestión en la que no debemos entrar pues lo veda el obstáculo que constituye la falta de jurisdicción de la Sala para enjuiciar una potestad como la ejercida mediante la norma que se impugna. Contra lo que sostiene la entidad recurrente ello no resulta enervado porque se esté modificando un reglamento, y ha de entenderse que desde luego no se produce una degradación normativa que no conoce en estos supuestos la doctrina jurisprudencial ni científica, extremo sobre el que además no se pronuncia la disposición impugnada. El argumento más sólido que puede esgrimirse de contrario, y así lo hace la corporación actora, es el de que el propio Decreto-ley sobre el que versa el debate dispone que su normativa puede modificarse por Decreto para alterar los márgenes de los productos farmacéuticos. Pero, a partir del dato de que la materia ha sido regulada por norma con fuerza de Ley, ello supone, por inusual que resulte, que se ha otorgado una habilitación para posteriores regulaciones reglamentarias, y no que se haya producido una degrada-

ción normativa de los preceptos del Decreto-ley como se sostiene en defensa de los intereses de parte. Procede en consecuencia apreciar la falta de jurisdicción de esta Sala y declarar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo directo interpuesto.

c) Fase probatoria; Diligencia para mejor proveer

A tenor de lo establecido en el artículo 75.2 LJCA de 1956, se autoriza a la Sala a acordar antes o después del señalamiento para el fallo la práctica de cualquier diligencia de prueba que estimare procedente. Es lo que se denomina *diligencia para mejor proveer*, muestra de la cual es la **STS de 18 de diciembre de 2001**, Ar. 6869, ya que no es posible acoger la queja que se formula en cuanto la Sala incorporó dicho documento como diligencia de prueba aportada para mejor proveer, como autoriza expresamente el artículo 75.2 de la LJCA y otorgó el plazo de tres días para alegaciones que previene el artículo 75.4 LJCA. La parte recurrente hizo uso de dicho ofrecimiento, al evacuar alegaciones en escrito, por lo que tampoco ha existido indefensión alguna en este punto. La queja carece también de relieve y el motivo debe decaer.

E) Sentencias

a) El allanamiento de la Administración como forma anormal de terminación del proceso distinto a la sentencia

Nos encontramos en la **STS de 28 de junio de 2002**, Ar. 7072, un supuesto de allanamiento de la Administración a las pretensiones del recurrente, circunstancia esta que provoca la terminación del proceso, si bien para que aquella tenga eficacia ha de estar sujeta a una serie de formalidades entre las que se encuentra que la corrección jurídica del mismo corresponde valorarla al Tribunal que tiene la competencia para conocer el proceso contencioso-administrativo donde dicho allanamiento ha de surtir sus efectos, y la decisión que sea dictada sobre esa cuestión habrá de revisarse a través de los recursos procesales que son procedentes en dicho proceso.

b) La falta de indicación en la sentencia de los recursos que contra la misma cabe interponer puede ser suplida por los Letrados

La **STS de 21 de marzo de 2002**, Ar. 4831, nos recuerda que la indicación de recursos, aunque preceptiva con arreglo al artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, es una mera información a las partes respecto de los medios de impugnación que pueden utilizarse contra una resolución judicial, información que aquellas no están obligadas a seguir y que no las exime de la carga de interponer el recurso procedente cuando se encuentren asistidas de Letrado, habiendo dicho el Tribunal Constitucional, en el supuesto de falta de indicación de recursos –que esta Sala reiteradamente viene asimilando al caso de que la notificación sea errónea– que tal defecto puede ser salvado por el propio interesado cuando está asistido de Letrado.

c) Incongruencia por exceso; Resolución del pleito basada en un motivo distinto del sometido a debate procesal

El artículo 67.1 LJCA de 1998, exige a las sentencias que resuelvan todas las cuestiones controvertidas en el proceso, razón por la que la motivación de las mismas no puede basarse en razones distintas a las expuestas por las partes en el proceso. Esto es lo que ocurre en el supuesto examinado por la STS de 21 de enero de 2002, Ar. 6878, supuesto en el que la Sala de instancia fundamentó el fallo en un motivo distinto de aquel que fue objeto del debate procesal y sobre el que, por tanto, no tuvo ocasión la parte de argumentar y probar adecuadamente, incurriendo, por tanto, la sentencia recurrida en incongruencia, al apartarse de las pretensiones y motivos introducidos por las partes como objeto del litigio.

F) Ejecución de sentencias**a) Cuando de la ejecución provisional de una sentencia se puedan derivar efectos reversibles, no resulta procedente exigir caución**

La irreversibilidad de la situación a que se refiere el artículo 91 de la Ley Jurisdiccional como óbice a la ejecución provisional ha de ser contemplada en el propio proceso en que se invoca, por lo que una sentencia favorable al actor en el recurso de casación produciría el efecto inmediato de que el acto anulado por la sentencia de instancia recuperase toda su fuerza ejecutiva, y los actos posteriores realizados como consecuencia de la ejecución provisional perderían su eficacia. En el caso de autos, si se llegase a estimar la casación, el archivo de la denuncia operaría al instante y todos los actos del procedimiento sancionador practicados en ejecución de la sentencia casada, incluso la propia sanción que se hubiera impuesto, desaparecerían del mundo jurídico, quedando sin objeto los eventuales recursos jurisdiccionales que contra ellos se hayan entablado. En el supuesto planteado en la STS de 24 de abril de 2002, Ar. 6904, la pérdida de prestigio comercial, sobre ser discutible en un mercado como el petrolero, en el que los operadores implicados en el proceso actúan desde una posición relevante con cuotas representativas que entre los tres cubren un porcentaje muy elevado del sector, difícilmente esa merma de fama, caso de que se produjera, iba a reducir sus operaciones comerciales, al afectar a todos ellos la tramitación del procedimiento sancionador. En cualquier caso, si ese daño moral tuviera lugar, quedaría reparado en caso de obtener una sentencia favorable, que al mismo tiempo dejaría sin efecto los perjuicios económicos derivados de una sanción, al desaparecer ésta como consecuencia del archivo del expediente.

b) Imposibilidad legal de ejecución de sentencia al convalidarse la ubicación de la farmacia discutida por el otorgamiento de la autorización de traslado. Efectos

Nos encontramos con un supuesto de retroacción de las actuaciones para abrir incidente que determine la existencia y cuantía de los daños y perjuicios (STS de 19 de diciembre de 2001, Ar. 6477), provocado por la imposibilidad legal de la ejecución de una sen-

tencia firme. En este sentido el artículo 18.2 LOPJ prevé la posibilidad de que la ejecución de las sentencias judiciales resulte imposible, acordando que los Tribunales habrán de adoptar las medidas necesarias que aseguren su mayor efectividad, y en todo caso la indemnización que sea procedente, en la parte en que no puede ejecutarse lo fallado. Esta declaración general es objeto de más cumplido desarrollo por el artículo 107, en el que se preceptúa que será el Tribunal respectivo el que, previa audiencia de las partes, determinará la forma de ejecutar el fallo cuando exista causa de imposibilidad legal o material de llevarlo a efecto en sus propios términos. Este último precepto ha ponerse en relación con lo que ya anteriormente se previene en el artículo 106: que la falta de posibilidad de ejecutar la sentencia ha de llevar consigo la tramitación de un incidente en el que, con audiencia de las partes, se señalará la suma que habrá de satisfacerse al perjudicado como reconocimiento de los daños y perjuicios que le hayan sido irrogados por el incumplimiento, sea éste total o parcial.

c) Extensión de efectos a terceros no personados de una sentencia firme. Procedimiento previsto en el artículo 110 LJ de 1998

Entre las principales novedades que, en la regulación del proceso contencioso-administrativo, aporta la LJ de 1998, ocupa un lugar destacado el nuevo tratamiento que la misma dota al régimen de ejecución de sentencias, previendo la posibilidad de extender, en trámite de ejecución, los efectos de las sentencias firmes, que reconozcan una situación jurídica individualizada, dictadas en materia tributaria y de personal, por los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos a quienes no fueron parte en el proceso de instancia y que se encuentra regulado en el artículo 110 LJ.

En este interesante Auto, **ATS de 21 de diciembre de 2001**, Ar. 5518, se han analizado de manera rigurosa y exhaustiva los requisitos a que está sujeto este incidente especial de ejecución de sentencias. Los requisitos procesales, desde la perspectiva de los interesados que pretenden la extensión de los efectos de una determinada sentencia, son los siguientes:

1. Identidad de competencia territorial. La letra b), del apartado 1, del artículo 110, dispone: "(...) los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada a favor de una o varias personas podrán extenderse a otras, en ejecución de la sentencia, cuando concurren las siguientes circunstancias: (...) b) Que el Juez o Tribunal sentenciador fuera también competente, por razón del territorio, para conocer de sus pretensiones de reconocimiento de dicha situación individualizada". Esta es una norma que trata de respetar la competencia territorial, de los diversos órganos Jurisdiccionales, en evitación de la "prórroga" de sus propias competencias, por vía de este incidente de extensión de efectos. En el caso de autos, la sentencia la ha dictado el Tribunal Supremo, resolviendo un recurso contencioso-administrativo indirecto, contra la denegación presunta de un recurso administrativo *per saltum* interpuesto ante el Consejo de Ministros, contra una liquidación del Impuesto sobre Sociedades, fundado en la nulidad de ciertos preceptos del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, aprobado por Real Decreto 2631/1982, de 15 de octubre, recurso contencioso-administrativo que fue estimado, anulándose la liquidación y además declarando nulos de pleno derecho los

preceptos de dicho Reglamento, bajo cuyas normas se dictó la liquidación. La competencia “territorial” del Tribunal Supremo comprende todo el territorio español, de manera que el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, declarado en sentencia del Tribunal Supremo resolutoria de recursos contencioso-administrativos indirectos, precedidos o no de recursos administrativos *per saltum*, implica que los efectos de tal sentencia puedan extenderse, de conformidad con el artículo 110 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, a las situaciones jurídicas individualizadas similares, cualquiera que sea el domicilio del contribuyente o el órgano de la Administración Pública que haya dictado los actos administrativos correspondientes, que determinan a su vez la competencia territorial de los demás órganos jurisdiccionales.

2. Inexistencia de cosa juzgada. No se da esta circunstancia, porque los recursos contencioso-administrativos interpuestos por los interesados ante la Audiencia Nacional se hallan pendientes.

3. Inexistencia de contradicción del fallo con la Jurisprudencia. No se da esta circunstancia, porque el Tribunal Supremo sólo se ha pronunciado sobre esta cuestión, en la Sentencia de 11 de febrero de 2000.

4. Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo, lo cual implica la igualdad en los hechos, en los fundamentos jurídicos y en las pretensiones, debe tratarse pues de “actos en masa”, todos iguales. Salvando la distancia existente entre la extensión de los efectos de una sentencia (artículo 110 LJCA) y el Recurso de Casación para la unificación de doctrina (artículo 96 LJCA) es claro que la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos de “(...) los mismos litigantes y otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, sirve para delimitar el requisito de ‘idéntica situación jurídica’, sin más que modificar el discurso dialéctico, que en el recurso de casación para la unificación de doctrina exige tal igualdad, pero sentencias contrapuestas, para el debido enjuiciamiento sobre la sentencia recurrida en tanto que para la aplicación del artículo 110 se exige simplemente idéntica situación jurídica de la persona que exige tal aplicación extensiva de la sentencia de que se trata”.

G) Medidas cautelares

a) Permisos de armas; en materia de suspensión, deben primar los intereses generales que se tutelan mediante el sistema reglamentado de control de armas de fuego

Es doctrina reiterada, oportunamente recordada por la STS de 14 de junio de 2002, Ar. 5750, que la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, añadiendo que la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. En el caso ahora enjuiciado la resolución recurrida some-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

tió a contraste y ponderó adecuadamente los intereses particulares y los generales resolviendo, en función de esta ponderación, que no procedía acordar la suspensión. Expresamente la Sala en el fundamento de derecho segundo de la resolución recurrida declara que “esta Sala, ponderando los intereses en juego y teniendo en cuenta que la citada condena se funda precisamente en hechos que tienen una indudable relación con el correcto ejercicio de las actividades amparadas por la condición de armera, estima que la suspensión interesada podría poner en peligro los intereses generales que se tutelan mediante el sistema reglamentado de control de las armas de fuego, procediendo, en consecuencia, su denegación”.

b) No se puede suspender un acto distinto del recurrido

En la STS de 10 de abril de 2002, Ar. 5267, se contempla un supuesto en el que se denegó la suspensión interesada por dos razones concurrentes: 1ª) Porque la parte recurrente habría pedido la suspensión de un acto distinto del que había impugnado, toda vez que el recurso contencioso-administrativo y 2ª) Porque aunque la propia Sala de instancia hubiera dictado ya algunas sentencias anulatorias del plan impugnado, esas sentencias aún no eran firmes, y porque había de aplicarse la doctrina contraria, con carácter general, a la suspensión de los instrumentos de planeamiento urbanístico.

c) La valoración de los perjuicios dimanantes de la suspensión sólo corresponde al órgano a quo

La STS de 13 de junio de 2002, Ar. 5429, nos recuerda que la determinación de la cantidad en que se cifran los perjuicios que puede causar la efectividad de la medida cautelar adoptada responde a una estimación del Tribunal de instancia que, por regla general, no puede ser revisada en un recurso de casación. La parte recurrente formula en este recurso de casación unas apreciaciones sobre los perjuicios que le produciría la anotación preventiva del escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo sobre la parcela que se le adjudicó, que han sido hurtadas al debate desarrollado ante el Tribunal a quo, en que no formuló alegación alguna sobre esta cuestión.

d) Razones humanitarias pueden aconsejar suspender la obligación de salida del territorio nacional, impuesta a los extranjeros en situación irregular

Cuando un extranjero al que se ordene la expulsión del territorio nacional pueda verse en grave riesgo en caso de tener que regresar inmediatamente a su país”, resulta aconsejable “por razones humanitarias y conforme a lo dispuesto en el artículo 122.2 de la Ley de esta Jurisdicción y a la jurisprudencia de esta Sala, entre otras STS de 2 de abril de 2002, Ar. 5070, que lo interpreta, acceder a la pretensión de suspensión de la obligación de salir del territorio español mientras se sustancia este proceso, en revisión del acuerdo gubernativo, ya que los intereses públicos o generales no resultan singularmente comprometidos ni afectados por la permanencia en España del recurrente durante la tramitación del presente juicio del que esta pieza dimana.

e) Falta de objeto de la petición de suspensión, al haberse resuelto el asunto principal aunque cupiere contra aquélla recurso de casación

En buena lógica cuando el proceso principal, del que la pieza separada de medidas cautelares es sólo un incidente, ha finalizado bien por sentencia bien por las otras formas de terminación anormal del procedimiento, aquella pieza pierde el objeto para el que fue prevista. Así lo declara la STS de 8 de julio de 2002, Ar. 6551, al afirmar que el recurso de casación resulta sin contenido ya que no es posible ya decidir sobre si resulta pertinente o no decretar la suspensión de la ejecución del acto administrativo impugnado, puesto que el efecto suspensivo que tal medida cautelar podría suponer ha perdido toda virtualidad por la conclusión del proceso a que se refería, teniendo en cuenta que los efectos de la suspensión de la ejecución del acto solamente se mantienen durante la tramitación del recurso y hasta que recaiga sentencia que ponga fin al procedimiento en que se haya acordado, con lo cual el recurso de casación carece de contenido, sin que a la anterior conclusión se oponga la circunstancia de que la sentencia dictada en los autos principales haya sido o no recurrida en casación, pues la medida cautelar, como se dice, ha perdido virtualidad y la posibilidad de suspensión es cuestión que, en su caso, estará referida y resultará de la ejecución de la propia sentencia.

H) Costas procesales**a) La Abogacía del Estado no tiene como función la representación y defensa de Colegios Profesionales**

La STS de 25 de abril de 2002, Ar. 5274, afirma que las funciones de representación y defensa a ejercer por los Abogados del Estado se limitan al propio Estado y sus Organismos Autónomos, salvo que, en cuanto a éstos, sus disposiciones autoricen otra cosa. Por tanto no se encuentran entre las funciones de la Abogacía del Estado la representación y defensa de Colegios Profesionales, como es el caso del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, razón por la que no pueden considerarse indebidas las minutas giradas por el Abogado y el procurador de dicho Colegio Profesional.

I) Error judicial**a) Procedimiento y plazo. Cómputo desde la fecha de notificación de la sentencia, no desde la fecha en que se declara su firmeza**

El procedimiento de error judicial contemplado en el artículo 293.1, letra a), de la LOPJ, dispone que, “c) La acción judicial para el reconocimiento del error deberá instarse inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse”, día que según doctrina reiterada y completamente consolidada de esta Sala Tercera, que excusa de la cita concreta de sentencias, es el de la notificación de la sentencia, que es cuando la parte la conoce y puede apreciar o descubrir el error cometido, a su juicio, en tanto que la providencia por la cual la Sala declara que dicha sentencia es firme, es a los solos efectos de

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

iniciar la ejecución de la misma, que es cosa diferente. En virtud de lo anterior la STS de 14 de abril de 2002, Ar. 6631, contempla un supuesto en el que la sentencia, cuya revisión por demanda de declaración de error judicial se pretende, fue notificada el día 28 de septiembre de 2000, y la demanda fue presentada el día 15 de febrero de 2001, cuando había transcurrido con creces el plazo referido de los tres meses, razón por la cual ha de declararse inadmisibile, circunstancia que se transforma en causa de desestimación.

2. RECURSO DE CASACIÓN ORDINARIO

A) Objeto

a) Extinción sobrevenida por la suspensión del servicio militar obligatorio

Nos encontramos en la STS de 3 de mayo de 2002, Ar. 6515, con un supuesto de pérdida del objeto del recurso de casación, al contemplarse una solicitud de exención en la prestación del servicio militar obligatorio, pretensión que en la actualidad carece de fundamento una vez entrado en vigor el RD 247/2001, en el que se adelantaba al 31 de diciembre de dicho año la suspensión del servicio militar obligatorio prevista en la Ley 17/1999.

b) No son resoluciones impugnables las sentencias dictadas al resolver un recurso de apelación

La STS de 24 de septiembre de 2001, Ar. 5782, declara que las sentencias dictadas en un recurso de apelación no son susceptibles de recurso de casación, ya que como ha dicho esta Sala, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 86.1 LJ de 1998, sólo son susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. Limitación igualmente aplicable en el supuesto del artículo 86.3 de la LJCA, que únicamente configura una contraexcepción a las excepciones relacionadas en el artículo 86.2 de la LJCA.

c) La infracción de normas autonómicas no es recurrible en casación aunque se invoque el principio de jerarquía normativa

Es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, entre otras la STS de 11 de junio de 2002, Ar. 5424, que la infracción de normativa emanada de las Comunidades Autónomas no es invocable en casación, aunque para ello se haga mención al principio de jerarquía consagrado en las normas enunciadas ya que la misma es simplemente retórica y no resulta de relieve a efectos del recurso de casación porque lo que se plantea en realidad en el motivo es la relación que, a juicio de la parte recurrente, presentan dos normas de Derecho local en materias que no trascienden la esfera del Derecho autonómico o la interpretación que deba darse al Plan General —que se plantea tomando como pretexto los preceptos del Reglamento de Planeamiento que se invocan— queda excluida del recurso de casación, por cuanto la creación de pautas interpretativas por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sirve de suficiente garantía nomofiláctica para la aplicación uniforme del Derecho local o para la aplicación del propio Derecho autonómico, siempre que éste no trascienda la esfera autonómica.

B) Procedimiento**a) La falta de mención expresa en el escrito de interposición de la norma que se reputa infringida, puede ser suplida por el escrito de preparación**

La STS de 10 de junio de 2002, Ar. 6533, prevé la posibilidad de que si en el escrito de interposición no se expresaba claramente el precepto infringido, se pueda convalidar dicho error con la mención expresa del precepto en el escrito de preparación, donde se hacía referencia expresa al artículo 32 de la anterior Ley de la Jurisdicción así como al artículo 24 de la Constitución Española, reiterándose, en el desarrollo del motivo, la mención expresa del artículo 32 de la Ley de la Jurisdicción. Ello unido a una aplicación del principio *pro actione* y a la circunstancia de que el supuesto defecto no ha generado indefensión para ninguna de las partes recurridas, que expresamente se refieren a la legitimación corporativa, impide, desde luego, que el supuesto defecto tenga relevancia alguna a efectos de determinar la inadmisión del recurso.

b) No resulta válido el escrito de interposición al ser su contenido una mera repetición de los argumentos utilizados ante la Sala de instancia

Se produce en la STS de 25 de junio de 2002, Ar. 6821, el rechazo del único motivo de casación por cuanto el mismo se ha limitado a repetir el análisis –si bien pormenorizado y detallado–, que ya hizo en la Instancia, y tal análisis fue oportuna y detalladamente valorado por la sentencia recurrida. Y es sabido que el recurso de casación es contra la sentencia recurrida y no es una segunda instancia en la que el Tribunal de Casación pueda conocer nuevamente del proceso, que es lo que pretende el recurrente.

c) El órgano judicial no puede suplir de oficio las deficiencias del escrito de preparación

La jurisprudencia viene sosteniendo que el carácter extraordinario del recurso de casación impone al recurrente el cumplimiento riguroso de determinados requisitos, cuya ausencia determina su inadmisión. Esto es lo que subyace en la STS de 17 de diciembre de 2001, Ar. 5406, supuesto en el que nos encontramos con un deficiente escrito de preparación, defecto, que no corresponde al órgano jurisdiccional ante el que el escrito se presenta, suplir de oficio –en perjuicio de la parte frente a quien se impugna la sentencia– las omisiones en que pueda incurrir el escrito de preparación con la consecuencia –clara y taxativamente establecida en la Ley– de que si el referido escrito no cumple los requisitos señalados, el Tribunal *a quo* dictará auto motivado denegatorio de la preparación del recurso (artículo 97.1 LJCA), correspondiendo también a esta Sala *ad quem* efectuar un nuevo control del trámite de preparación y declarar la inadmisión cuando, a pesar de haber tenido el Tribunal *a quo* por preparado el recurso, se estime que no se han observado las previsiones que sobre la preparación establecen los citados artículos 96 y 97 [artículo 100.2.a) de la Ley].

C) Motivos

**a) Quebrantamiento de las formas procesales con relación a la práctica de la prueba.
Necesidad de haber formulado la oportuna protesta en la instancia**

Las SSTS de 4 de julio y 7 de mayo de 2002, Ar. 6307 y 5738, nos recuerdan que conforme al artículo 95.2 de la Ley de la Jurisdicción el quebrantamiento de las formas procesales sólo podrá alegarse cuando “se haya pedido subsanación de la falta o transgresión en la instancia, de existir momento procesal oportuno para ello”, lo que la recurrente no ha hecho al no interponer recurso alguno contra el Auto de 4 de marzo de 1997 por el que se acuerda la práctica de la prueba pericial por un médico forense.

b) En el escrito de interposición deben fijarse los motivos del artículo 88.1 LJ en que se funda el recurso de casación

Las SSTS de 21 y 14 de junio de 2002, Ar. 5619 y 5395, ahondan en la jurisprudencia según la cual, se exige que en el escrito de interposición, esto es, el que contemplaba el artículo 99 de la repetida Ley, se fije el motivo o motivos en que se fundamente el recurso, con expresión del apartado o apartados correspondientes del artículo 95 de aquella Ley que lo o los amparen; expresando igualmente, si se articula el del apartado 4º, cuál es la norma jurídica o jurisprudencia que se considera infringida o inaplicada por la sentencia. Exigencia a cumplir en aquel escrito que pervive, tal y como matiza aquella jurisprudencia, aunque en el escrito de preparación, esto es, en el que contemplaba el artículo 96, se hubiera hecho cita de aquel artículo 95 y de sus apartados; pues uno y otro escrito contemplan cargas procesales que cada uno, singularmente, debe satisfacer, sin que los defectos del de interposición puedan entenderse subsanados a la vista del contenido del de preparación, ni a la inversa.

c) Alcance del motivo contenido en el artículo 88.1.a) LJ

El motivo contemplado en la letra a) del artículo 88.1 de la LJ de 1998, consistente en el exceso, defecto o ausencia en el ejercicio de la jurisdicción ha sido interpretado por la STS de 20 de abril de 2002, Ar. 5188, en el sentido de que a través del mismo se tiende a evitar la denegación de justicia o el incumplimiento del deber de juzgar (*non liquet*), de modo que, al amparo de este motivo, sólo cabe invocar la infracción de las normas reguladoras de la naturaleza, extensión y límites de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, contenidas en el Capítulo primero del Título Primero de la propia Ley Jurisdiccional, pues con el motivo contemplado por el artículo 95.1.1º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa reformada por Ley 10/1992, de 30 de abril, se pretende exclusivamente impedir la actuación *ultra vires* y el *non liquet* en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y evitar la conculcación de los preceptos incluidos en el referido capítulo y título de la Ley de esta Jurisdicción o de los artículos 2, 3 y 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 117.3 y 4 de la Constitución, que no han sido citados como infringidos en este caso por la Asociación recurrente.

d) El artículo 3.1 del Código Civil no es citable directamente en casación

Es frecuente la utilización meramente nominal del artículo 3.1 CC, relativo a la interpretación de las normas con el fin de evitar una más que probable declaración de inadmisibilidad del recurso de casación por la concurrencia de normativa autonómica. A ello responde la **STS de 23 de mayo de 2002**, Ar. 5087, rechazando tal fraude procesal ya que si bien el artículo 3.1 del Código Civil alude a criterios de interpretación de normas sobre la base de una prioritaria referencia al sentido propio de las palabras utilizadas, aunque en relación con los demás extremos a que se refiere y fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas, resulta, por un lado, que tal interpretación es función de la Sala sentenciadora, salvo que sea ilógica o contraria a la Ley, mientras que, por otra parte, ni el artículo 3.1 del Código Civil es Ley directamente aplicable al caso, sino sólo guía de interpretación de normas, y su posible violación no permitiría su cita directa a efectos de casación, pues vale sólo como pauta hermenéutica en conexión con algún precepto concreto, según reiteradísima jurisprudencia de sobra conocida, ni, por último, cabe su invocación para atribuir a la norma un sentido diferente y forzado del que obviamente resulta a juzgar por los antecedentes obrantes en los propios autos, por lo que si el deporte es de “competencia estatal”, como justifica el Preámbulo de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, en los ámbitos que tienen relación con la cuestión aquí suscitada, también obvio parece que la “innovación” que se introduce en dicho precepto implica alteración sustancial de las bases de que parte la mencionada Ley Estatal, lo que también determina la desestimación del cuarto motivo articulado sobre argumentos similares.

e) En relación con la motivación de las sentencias, es posible que la misma sea escueta o por remisión a otra anterior

La **STS de 14 de febrero de 2002**, Ar. 5063, ha sostenido con la posibilidad de apreciar el motivo contemplado en el artículo 88.1.c) —en relación con la falta de motivación de las sentencias—, que la misma no está reñida con la motivación por remisión, ya que ésta no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que requiere examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido ese requisito de las resoluciones judiciales. No se exige que el órgano judicial se extienda pormenorizadamente sobre todos y cada uno de los argumentos y razones en que las partes fundan sus pretensiones, admitiéndose la validez constitucional de la motivación aunque sea escueta o se haga por remisión a la motivación de otra resolución anterior.

D) Inadmisión**a) Cuantía****1. La extinción de concesiones administrativas se calcula según el importe del canon anual de renta**

En los supuestos de concesiones administrativas, existe una jurisprudencia consolidada, entre otros el **ATS de 24 de abril de 2002**, Ar. 5005, que viene declarando aplicable ana-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

lógicamente a estos casos, a efectos de determinación de la cuantía del proceso, la regla décima del artículo 489 de la LEC –aplicable supletoriamente a este orden jurisdiccional, ex Disposición Adicional Sexta de la Ley reguladora de 1956, a cuyo tenor la cuantía viene determinada por el importe de una anualidad de renta, esto es, por el importe del canon anual, que en este caso no alcanza la suma de seis millones de pesetas, por lo que el recurso de casación resulta inadmisibile, visto el artículo 93.2.b) de la Ley Jurisdiccional.

2. Excepción en la inadmisibilidad por defecto de cuantía; Impugnación indirecta de disposiciones de carácter general

La STS de 10 de mayo de 2002, Ar. 6529, nos recuerda que la única posibilidad de acceder al recurso de casación en los supuestos de insuficiencia de cuantía litigiosa –a salvo las sentencias dictadas en el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales– está en el supuesto previsto en el artículo 93.3 de la Ley de la Jurisdicción en la redacción de 1992, en relación con el artículo 39.2, es decir, en el caso de impugnación indirecta de disposiciones generales a través de sus actos de aplicación, cuyo acceso a la casación –si no concurre con la cuantía– está limitado a los motivos que tengan relación directa con la adecuación a las Leyes de la norma reglamentaria indirectamente impugnada, con exclusión de las que se refieran a la observancia de requisitos formales en su elaboración, según reiterada y conocida doctrina jurisprudencial de esta Sala.

3. Exenciones tributarias. Diferenciación entre supuestos de declaración de exención y otros en que existe una liquidación tributaria concreta

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo, entre otras, STS de 14 de junio de 2002, Ar. 6641, que existiendo un acto de liquidación concreto, es obligado atenerse a su cuantía, sin que a estos efectos tenga trascendencia alguna la circunstancia de que el motivo de impugnación se funde en que el acto no está sujeto o está exento o ha existido cualquier otra infracción del Ordenamiento jurídico, porque la cuantía está plenamente determinada. Cuestión distinta en que la Administración Tributaria no haya practicado liquidación alguna, y lo que se discute es la previa exención, en cuyo caso sí podría mantenerse que el asunto es de cuantía indeterminada.

b) Personal

1. Delimitación del concepto “relación de empleo con la Administración Pública”

La cuestión planteada, según expone el ATS de 17 de septiembre de 2001, Ar. 5780, no es “de personal al servicio de las Administraciones públicas” por lo que la sentencia recaída no está comprendida en la excepción del artículo 86.2.a) de la Ley de esta Jurisdicción. Las plazas ofertadas, aunque convocadas por el Ministerio de Educación y Ciencia en virtud de los convenios internacionales a que antes se ha hecho mención, no comportaban relación alguna de empleo con la Administración Pública del Estado, requisito consustancial a las “cuestiones de personal” a que se refiere el citado precepto. Por ello, la selección de los peticionarios, con arreglo a lo previsto en las resoluciones ministeriales antes reseña-

das, correspondía a las autoridades competentes de los países interesados, al igual que la contratación de los profesores seleccionados, y su consiguiente retribución.

2. Constituye una situación derivada del estatuto funcional militar lo relativo a las viviendas militares logísticas

El asunto a que se refiere la sentencia impugnada, a juicio del **ATS de 9 de abril de 2002**, Ar. 6996, merece la consideración de materia de personal a los efectos de la admisibilidad del recurso de casación, pues los problemas que en él se suscitan guardan relación o derivan de las relaciones funcionariales, ya que la calificación como viviendas militares logísticas ocupadas en consideración a la condición de miembros de las Fuerzas Armadas, puede afectar al disfrute de tales viviendas y constituye una situación derivada de su estatuto funcional militar.

3. Incompatibilidad entre el puesto desempeñado en el sector público de Farmacéutico Titular de la Consejería de Sanidad y la actividad privada de Oficina de farmacia

Al cuestionarse en la casación sólo y exclusivamente la materia relativa a la compatibilidad o incompatibilidad del recurrente en lo que atañe a los puestos de trabajo a que éste se refería, uno en el sector público y otro en el privado, declarando la resolución administrativa originariamente recurrida la incompatibilidad solicitada, nos hallamos, según declara la **STS de 25 de junio de 2002**, Ar. 7064, en presencia de una típica cuestión de personal al servicio de la Administración Pública que, estrictamente, no afecta a la extinción de la relación de servicios de los que ya tuvieran la consideración de funcionarios públicos, claramente excluida del acceso a la casación a tenor del artículo 93.2.a) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción en su versión de la **Ley 10/1992**, de 30 de abril, como ya ha venido declarando una reiterada doctrina jurisprudencial al menos desde el Auto de esta Sala de 2 de febrero de 1994, que en el ámbito conceptual de las cuestiones de personal debe entenderse incluida cualquier controversia que afecte al régimen jurídico y contenido de derechos y obligaciones inherentes a la relación de empleo que traen causa directa del sujeto de dicha relación, cual ocurre en la aquí planteada, al no suponer la declaración sobre compatibilidad o incompatibilidad extinción ni nacimiento alguno de la relación de servicio.

c) Cuestiones nuevas

1. Están prohibidas en casación las cuestiones nuevas

El recurso de casación no es una nueva instancia jurisdiccional; no nos traslada el conocimiento plenario del proceso de instancia, sino con el alcance limitado que resulta de la verificación de los motivos enumerados en el artículo 95.1 de la LJCA. De este punto de partida la **STS de 21 de diciembre de 2001**, Ar. 5419, deduce la prohibición de cuestiones nuevas en el recurso extraordinario de casación. Su justificación teórica se encuen-

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

tra en que sólo conocemos en él para determinar si la Ley se aplicó correctamente, y siguiendo los pasos conforme a los que debía aplicarse, a una situación litigiosa idéntica a la situación que se enjuició en la instancia de la que dimana la casación. Si esa premisa es cierta se comprende fácilmente que no se pueda resolver sobre una tesis distinta de la que las partes sometieron al Tribunal de instancia ya que no cabe censurar una sentencia por no haber resuelto una cuestión que las partes no han propuesto y que la Sala no podía apreciar de oficio. Por eso hemos dicho repetidamente que las cuestiones nuevas son inadmisibles en esta vía de casación.

E) Tasación de costas

a) No se puede incluir el concepto de “instrucción” del recurso de casación, dentro de las costas procesales

La impugnación de la tasación de Costas, por indebidas, en lo referente a la inclusión o no del concepto de instrucción del Recurso de Casación, incluido en la minuta del Letrado de la Comunidad de Madrid, ha sido resuelta por la **STS de 29 de noviembre de 2001**, Ar. 5178, en la que se precisa, entre otros extremos, que en el Recurso de Casación no existen dos trámites distintos para la parte recurrida, uno de estudio de antecedentes e instrucción, y otro de “preparación, redacción y formulación del escrito de impugnación”. El trámite que se concede a la parte recurrida es único, como se deriva del artículo 101 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, por lo que procede suprimir de la Tasación de Costas dicha partida.

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Requisitos

a) Sólo puede invocarse la contradicción producida entre sentencias dictadas en única instancia por Secciones distintas a la que dictó la Sentencia recurrida

Como ha señalado la **STS de 8 de abril de 2002**, Ar. 6680, en el recurso de casación para unificación de doctrina contra sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, sólo puede invocarse la contradicción producida entre sentencias dictadas en única instancia por Secciones distintas de esta Sala. Así resulta igualmente del artículo 96.1 y 6 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 y, antes, del artículo 102.a).1 de la Ley en su versión de 1992 aquí aplicable. Por lo tanto, mal puede invocarse de contraste frente a una sentencia de esta Sala dictada en única instancia, una sentencia dictada en apelación”.

b) Triple Identidad

La **STS de 24 de abril de 2002**, Ar. 6653, nos recuerda que el carácter excepcional que la casación para la unificación de doctrina tiene en el sistema procesal de recursos exige el cumplimiento riguroso de todos los requisitos que se establecen en el artículo

102.1.a) de la Ley Jurisdiccional (RCL 1956\1890; NDL 18435), y entre ellos, muy especialmente, la identidad sustancial entre los hechos, fundamentos y pretensiones que sirvieron de base tanto a la sentencia impugnada como a las de contraste. Por otra parte, no se trata de revisar la sentencia recurrida por haber infringido un precepto legal o un principio jurídico, sino de analizar su desajuste con la doctrina recogida en las que se presentan como término de comparación. No basta, en fin, alegar la aplicación por éstas del derecho a la presunción de inocencia, que a entender del recurrente ha sido desconocido por el Tribunal de instancia, sino de demostrar que los supuestos en contraste desconocieron ese derecho en situaciones iguales a la enjuiciada y determinaron la anulación del acto por este motivo.

B) Procedimiento

a) Requisitos del escrito de interposición

La STS de 19 de diciembre de 2001, Ar. 6052, ha establecido doctrina sobre los requisitos que ha de observar el escrito de interposición de esta modalidad impugnatoria en los siguientes términos; 1.) Que relación precisa y circunstanciada quiere decir “precisa en el lenguaje y circunstanciada en su objeto y contenido, en clara alusión a las identidades subjetivas, objetiva y causal determinantes del juicio de contradicción. 2.) El recurso de casación para unificación de doctrina, por su mismo carácter, no sólo excepcional sino subsidiario del ordinario, no puede recibir un tratamiento más flexible que la casación ordinaria, convirtiendo lo que es una vía de impugnación en defensa de la coherencia de la doctrina jurisprudencial, en una forma de conseguir –y de manera más fácil– lo que no se podía ni siquiera intentar con la casación ordinaria. 3.) Esto no quiere decir, ni dice, que se pretenda crear impedimentos u obstáculos al empleo de este tipo de recursos. Estamos simplemente alertando sobre la necesidad de prestar atención al escrupuloso cumplimiento de los requisitos que, con redacción muy cuidada, establece el texto legal transcrito –que, repetimos, estaba ya en la LJCA anterior desde la Ley 10/1992, de Medidas urgentes de Reforma procesal–. 4.) Una cosa es que las normas sobre requisitos procesales de los recursos deban ser interpretadas en el sentido más favorable a su admisión y otra cosa bien distinta que baste un parecido más o menos remoto entre los supuestos de hecho de la sentencia impugnada y el que dio lugar a la sentencia o sentencias de contrastes para que haya lugar a estimar el recurso de unificación de doctrina.

4. RECURSO DE CASACIÓN PARA EL INTERÉS DE LA LEY

A) Objeto

a) Naturaleza extraordinaria

La naturaleza extraordinaria de este remedio procesal impide que se constituya en un cauce adecuado para revisar las apreciaciones fácticas de la Sentencia impugnada ni para

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

plantear cuestiones que no hayan sido abordadas en ella. Así lo declara la **STS de 8 de marzo de 2002**, Ar. 6492, al afirmar que la viabilidad y el éxito del recurso de casación en interés de la ley, tanto el que se regulaba en el artículo 102.b) de la Ley Jurisdiccional de 1956 como el que se contempla en el artículo 100 de la nueva Ley 29/1998, exige, entre otros presupuestos, que el reproche dirigido a la sentencia recurrida tenga por objeto una argumentación que merezca esa consideración de errónea que aparece en dichos preceptos, y que tal argumentación haya sido determinante del pronunciamiento incluido en su fallo. Y es preciso, paralelamente, que la doctrina legal cuya fijación se postule sea una respuesta necesaria para subsanar el criterio erróneo denunciado, y, por su parte, constituya, respecto de la cuestión debatida, una solución jurídicamente fundada e inequívocamente acertada.

5. RECURSO DE REVISIÓN

A) Motivos

a) Falsedad de documentos no reconocida judicial ni administrativamente

El recurso de revisión es extraordinario ya que únicamente se puede pretender sobre la concurrencia de una serie de causas tasadas. Una de ellas referida a la falsedad de documentos ha sido precisada por la **STS de 20 de abril de 2002**, Ar. 6901, al apreciar que no hay en el presente supuesto tal declaración o reconocimiento. Es más, la entidad recurrente, con encomiable lealtad procesal, se cuida de precisar que en el presente supuesto que la falsedad de la diligencia que nos ocupa no constituye a juicio de la entidad recurrente una falsedad criminal; se trata de un patente error por parte de algún funcionario de la Secretaría de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, pero no creemos que ni exista dolo alguno, ni que la culpa o negligencia que supone consignar como fecha de entrada del escrito de interposición una posterior a la de la providencia que tiene por interpuesto el recurso tenga tampoco la gravedad requerida para darle una trascendencia de negligencia criminal”.

b) Recuperación de documentos. No se aprecia dado que el documento estaba a disposición del interesado en el registro correspondiente

En aras a la consecución de la justicia material, el recurso de revisión ha de ser apreciado desde un punto de vista muy restrictivo. Así lo interpreta la **STS de 23 de abril de 2002**, Ar. 6903, en el que con relación a la causa consistente en la recuperación de documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado, afirma que no se ha podido constatar o desvirtuar por mor de la falta de práctica, a cargo el organismo requerido, de la prueba admitida, lo cierto es que, en cuanto al fondo de la cuestión examinada, no puede decirse que se “recobra” un documento cuando el mismo fue remitido al propio interesado (además de a otras personas), precisamente, como condicionante o premisa *sine qua non*, es decir, como autorización de la Delegación Provincial de la Consejería de Obras Públicas y Transportes, para la ejecución de la obra o de la nave o albergue agrícola llevada a cabo por el mismo (denuncia-

da que ha sido como ocupando parte de la zona marginal de dominio público o de servidumbre de una carretera comarcal), mucho antes del Pliego de Cargos de la denuncia extendida por el servicio de Carreteras de la citada Consejería y mucho antes, por tanto, del consecuente expediente administrativo y, en especial, de la sentencia dictada en el recurso contencioso-administrativo y objeto del presente recurso de revisión.

6. INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

A) Motivos

Nos encontramos con un supuesto en la STS de 18 de julio de 2002, Ar. 7105, en el que se impone la estimación del incidente de nulidad planteado. Esto es, concurre el defecto de forma que produce indefensión, por infringirse, como afirma la parte, el principio de audiencia, al resolverse sobre una cuestión que ni se había planteado ni, al menos por lo que consta en autos la parte pudo suponer que se plantearía, con el efecto de una imposición de costas en el examen de un recurso de casación que hubo de plantear para poder alcanzar la razón. Es cierto que el principio de audiencia es esencial en todo proceso ajustado a derecho, por afectar al derecho de defensa, y es un corolario de la prohibición absoluta de indefensión que se encuentra proclamada en el artículo 24.1 de la Constitución Española y que esta indefensión ha de ser entendida, no en un sentido meramente formal, sino material. En el caso de autos, aparecen las circunstancias precisas para que ese defecto de audiencia, provocase una indefensión real, atendiendo a la práctica simultaneidad temporal de la notificación de la sentencia de instancia en el asunto principal con la fecha de señalamiento de la deliberación, votación y fallo del recurso de casación interpuesto contra las resoluciones denegatorias de la medida cautelar: en ambos casos el día 10 de abril pasado; dictándose la sentencia de casación el mismo día en que vencía el plazo para interponer recurso de casación contra la sentencia dictada en el recurso principal. Así las cosas, la parte no tuvo siquiera la posibilidad de desistir del recurso de casación, evitando en cualquier caso una sentencia que, como aquí ocurrió, le impuso las costas de ese recurso; desistimiento que, efectivamente, de haber sido oída, pudo haber hecho, evitando la sentencia y, con ello, la imposición de costas, que ya no tienen carácter imperativo en el desistimiento (artículos 139.2 y 74.6 de la Ley Jurisdiccional).

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

JAVIER FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

A. SÁNCHEZ LAMELAS

La flota pesquera. Régimen jurídico de las autorizaciones y ayudas para su reestructuración

[Ed. Cedecs, Barcelona, 2000, 436 páginas]

BEATRIZ SITUAIN MENDÍA

Nuevamente se da cuenta en esta REVISTA de un trabajo de Ana SÁNCHEZ LAMELAS, especialista –de los escasos existentes en nuestro país– en el análisis del sector pesquero. En efecto; si la anterior obra de esta autora hacía referencia a la actividad pesquera en cuanto tal (*La ordenación jurídica de la pesca marítima* era su título), la presente se centra en el examen de las “herramientas” materiales que permiten su realización –los buques, constitutivos en conjunto de la flota pesquera– y en toda la problemática, no pequeña, planteada en su relación.

En este orden de consideraciones, y tras una primera parte, esencial para comprender el resto (en la medida en que en ella se clarifica el ámbito material y competencial existente en torno a la cuestión), esta monografía se detiene, en primer lugar, en la identificación de qué ha de entenderse por flota pesquera y, más concretamente, por flota pesquera española, toda vez que la nacionalidad de los buques (abanderamiento) es uno de los aspectos más relevantes en relación con esta temática concreta. A continuación, es el régimen jurídico de la construcción y modernización de los buques de

pesca el que es objeto de análisis, siendo especialmente considerado el sistema de ayudas –esencialmente comunitarias a través del Instrumento Financiero de Ordenación Pesquera, aunque también internas mediante el otorgamiento de subvenciones y ayudas, y de reorientación de la actividad– establecidas para coadyuvar a la realización de tales actividades; sistema absolutamente vital para asegurar un funcionamiento efectivo de esta actividad. Nada fácil, pues, el objeto de este estudio, que, sin embargo, es salvado con solvencia.

P. ACERO IGLESIAS

Organización y Régimen Jurídico de los Puertos Estatales

[Aranzadi, Pamplona, 2002, 386 páginas]

BELEN MARINA JALVO

El autor de esta monografía lleva a cabo un estudio exhaustivo de la evolución y situación actual del régimen jurídico del dominio público portuario y de los distintos servicios portuarios. La experiencia profesional de P. ACERO (Secretario de la Autoridad Portuaria de Santander) contribuye a enriquecer la consideración de los principales aspectos jurídicos de la organización y de la actividad del sistema portuario, con interesantes aportaciones sobre las cuestiones que plantea la gestión de los espacios y de los servicios portuarios.

A. NIETO GARCÍA

Derecho Administrativo Sancionador

[3ª edición ampliada, Tecnos, Madrid, 2002, 532 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

La tercera edición de esta obra de A. NIETO recoge las últimas novedades bibliográficas y jurisprudenciales relativas al Derecho administrativo sancionador. Por lo que respecta a estas últimas, sin perjuicio de notables avances jurisprudenciales que han contribuido a aclarar no pocos aspectos conflictivos del ordenamiento sancionador, A. NIETO destaca la falta de una línea jurisprudencial sólida que permita acabar con la inseguridad jurídica padecida por los ciudadanos en sus relaciones con la Administración sancionadora.

La obra de A. NIETO sigue constituyendo una referencia imprescindible para la construcción de una parte general del Derecho administrativo sancionador. El autor aborda esta tarea dogmática desde los postulados constitucionales, desde el Derecho público estatal y desde el propio Derecho administrativo. Para la construcción de una teoría sistemática del Derecho sancionador, válida para las diversas manifestaciones sectoriales de la actividad administrativa, no resulta lógico tomar el Derecho penal como punto de partida, habida cuenta de la dificultad e inseguridad que plantean los matices que exige su extrapolación al ámbito administrativo. Lo que no excluye que, en la orientación constructiva pretendida por el autor, el Derecho penal sea tenido en cuenta como modelo de consagración y respeto de la garantías individuales en el orden punitivo.

J. BERMÚDEZ SÁNCHEZ

Obra pública y medio ambiente. El Estado y la Administración ante el territorio

[Marcial Pons, Madrid, 2002, 309 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

Una notable aportación al estudio del concepto de obra pública, así como a la interpretación de la singularidad de los títulos competenciales que concurren sobre estas obras. La falta de un tratamiento jurídico global que ordene la incidencia ambiental de las obras públicas y la dificultad de articular las competencias sobre medio ambiente y ordenación del territorio son algunas de las cuestiones que determinan la complejidad de las decisiones que deben tomar las Administraciones implicadas.

Por ello, el autor sostiene la necesidad de contar con un régimen jurídico adecuado a la especificidad de las obras públicas, prestando especial atención a las implicaciones ambientales de las mismas.

F. A. CASTILLO BLANCO

El sistema retributivo en la función pública española

[Marcial Pons, Madrid, 2002, 325 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

Nos encontramos ante una nueva aportación de F. CASTILLO al estudio del régimen de los empleados públicos. En esta ocasión se trata de un completo análisis de las distintas retribuciones de los funcionarios, así como de las cuestiones competenciales y organizativas en materia retributiva.

El estudio de la regulación de las retribuciones de los funcionarios se completa con abundantes referencias jurisprudenciales

que permiten profundizar en el significado y alcance de este bloque normativo.

Por otro lado, habida cuenta del constante desfase entre la efectiva aplicación de la normativa que regula las retribuciones de la función pública española y el modelo de Administración en la que aquélla presta sus servicios, el autor establece una serie de parámetros para la construcción de un sistema retributivo adecuado a un nuevo marco de regulación del empleo público y en sintonía con el actual modelo de sociedad y de organización administrativa.

C. CIERCO SEIRA

La participación de los interesados en el procedimiento administrativo

[Real Colegio de España, Bolonia, 2002, 448 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

Este trabajo comienza con un recorrido histórico que ilustra sobre la evolución hasta nuestros días de la legislación relativa a la participación de los interesados en el procedimiento administrativo. Este punto de partida, del que deriva una visión global y crítica de la regulación de la participación de los interesados en el procedimiento, se completa con un minucioso estudio jurisprudencial y de Derecho Comparado.

Desde la consideración de la centralidad de la participación de los interesados en el procedimiento, C. CIERCO ahonda en la perspectiva estructural y funcional del procedimiento y analiza un buen número de conceptos indeterminados. Entre otros aspectos, merece especial mención el estudio del principio de economía procesal y de la relativización jurisprudencial de la eficacia invalidante de los vicios procedimentales.

El autor concluye sobre la necesidad de repensar las instituciones, los principios y los fines básicos del procedimiento administrativo, en función de las nuevas formas de actuación de la Administración inducidas por las transformaciones jurídicas, económicas y sociales que van consumándose en los últimos tiempos.

J. BARNÉS VÁZQUEZ

Distribución de competencias en materia de urbanismo

[Bosch, Barcelona, 2002, 380 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

J. BARNÉS ha realizado un riguroso estudio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el reparto de competencias en materia de urbanismo y la realidad normativa derivada del mismo. Junto a las normas autonómicas dictadas tras la STC 61/1997, el autor analiza detalladamente, por un lado, el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 y la Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998 y, por otro lado, las competencias urbanísticas de la Administración Local.

Al innegable valor de esta monografía que sistematiza y analiza la jurisprudencia constitucional relativa a la articulación de las competencias urbanísticas del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, se añade una interesante propuesta de consideración del urbanismo como tematestigo para abordar la problemática competencial del Estado autonómico. Según sostiene el autor, las conclusiones obtenidas en el estudio de la problemática constitucional del reparto de competencias en materia de urbanismo, pueden ser extendidas con las necesarias cautelas a otros sectores del ordenamiento en los que concurran los mismos títulos competenciales que la Constitución ha confiado al Estado (arts. 149.1. 11 y 181).

J.L. PIÑAR MAÑAS (Director)

Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente

[Civitas, Madrid, 2002, 428 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

El principio del desarrollo sostenible se apoya fundamentalmente sobre la necesaria armonía del desarrollo económico y social con el entorno natural. Junto a las consideraciones ambientales y económicas, el desarrollo sostenible expresa un innegable componente de solidaridad.

La garantía de un futuro mejor para las próximas generaciones pasa por la existencia de normas que consoliden el derecho al desarrollo sostenible. Por más evidente que sea la responsabilidad de los poderes públicos, el desarrollo sostenible no se hará realidad sin la indispensable solidaridad colectiva que, lógicamente, requiere la educación y formación de la sociedad civil en los valores de respeto del entorno natural y de equidad.

Los estudios y reflexiones que en esta monografía realizan reputados especialistas en temas ambientales representan una valiosa aportación para quienes tienen como obligación el servicio a la comunidad. Esta obra constituye una interesante referencia para los estudiosos del Derecho ambiental y para la articulación por los poderes públicos de las técnicas jurídicas de conservación de los recursos naturales. Además de estudiar aspectos generales del desarrollo sostenible y de la revolución ambiental pendiente, la monografía que nos ocupa aborda desde una perspectiva interdisciplinar la práctica totalidad de las actividades que inciden sobre el medio natural y que, por tanto, deben ser objeto de relectura desde el prisma de este principio de sostenibilidad.

J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ (Director) y M. CALVO CHARRO (Coordinadora)

La Administración Pública Española

[INAP, Madrid, 2002, 942 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

Nos encontramos ante un amplio trabajo elaborado por un conjunto de especialistas en la materia administrativa, que analiza en profundidad los cambios experimentados por las Administraciones Públicas a consecuencia del desarrollo del modelo territorial consagrado por la Constitución Española de 1978. Junto a las reflexiones sobre la implantación del modelo autonómico y sobre el actual proceso de descentralización hacia los entes locales, en esta obra colectiva se recogen propuestas de innegable utilidad para otras reformas que puedan ser puestas en marcha en el futuro.

El estudio de las distintas Administraciones públicas territoriales y no territoriales surgidas al amparo del modelo organizativo establecido por la Constitución de 1978, se completa con el análisis de las diversas modalidades de control de la actividad administrativa y de algunos aspectos centrales del estatuto de la función pública. Por último, a las propuestas y reflexiones doctrinales, la obra comentada añade interesantes ejemplos prácticos de la mejora de la gestión pública.

B. SETUÁIN MENDÍA**El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento español. Régimen jurídico**

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 735 páginas]

BELÉN MARINA JALVO

En los últimos años, los recursos hídricos han sido objeto de múltiples reflexiones, propuestas y normas, destacando entre estas últimas la aprobación del Plan Hidrológico Nacional. En las normas y estudios señala-

dos, además de la escasez de las aguas, ha quedado patente la creciente consideración del valor ambiental de las mismas. De este modo, el valor ambiental se impone en la regulación de todas las cuestiones implicadas en la gestión de los recursos hídricos.

En este marco se sitúa la monografía de B. SETUÁIN. Este trabajo analiza acertadamente el conjunto de normas que confluyen sobre las aguas, así como la articulación de las competencias de las distintas Administraciones implicadas en esta materia.

Por otro lado, la autora desarrolla ampliamente las diversas manifestaciones de la intervención administrativa en el saneamiento de aguas residuales (actividad prestacional, actividad de autorización, inspección y medidas correctoras), sin descuidar tampoco el estudio del régimen económico-financiero del saneamiento.

J. VALERO TORRIJOS

Los órganos colegiados. Análisis histórico de la colegialidad en la organización pública española y régimen jurídico-administrativo vigente

[INAP, Madrid, 2002, 705 páginas]

BELEN MARINA JALVO

J. VALERO ha realizado un riguroso trabajo sobre los órganos colegiados, que comienza con la exposición de la evolución histórica experimentada por esta forma organizativa en los últimos cinco siglos. El autor analiza las condiciones –políticas más que organizativas– que en cada momento han determinado la opción organizativa a favor de órganos colegiados o unipersonales.

En esta monografía se estudian los diversos tipos de órganos colegiados que existen en el actual modelo de Estado descentralizado, ofreciendo al lector la posibilidad

de comprender y valorar la dimensión estructural de la Administración Pública. En definitiva, se trata de un trabajo de investigación sólidamente planteado que enfoca el estudio de los órganos colegiados y, más ampliamente, de la organización administrativa desde la perspectiva de su necesaria adecuación a la realidad social en la que se enmarcan, condición imprescindible para una actuación administrativa eficaz.

M^a.J. MONTORO CHINER y

M^a.C. CONCEPCIÓN HILL PRADOS

Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro

[Atelier, Barcelona, 2002, 133 páginas]

M^a. DEL MAR CARAZA CRISTÍN

Esta obra, específicamente dedicada al tema del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tiene la virtud de aunar en un mismo trabajo las diferentes perspectivas que desde el Derecho Administrativo y el Derecho Mercantil se tienen de este polémico y complejo tema gracias a la respectiva formación y especialización de sus autoras.

MONTORO CHINER y HILL PRADOS abordan a lo largo de once capítulos las cuestiones más problemáticas que plantea la suscripción de un contrato de seguro de responsabilidad patrimonial por parte de las Administraciones Públicas. Comienzan analizando la garantía institucional de la responsabilidad patrimonial que proclama el artículo 106.2 de la Constitución (CE), las bases constitucionales en las que se funda el aseguramiento de la misma, las distintas regulaciones específicas que imponen el aseguramiento de las actuaciones

administraciones y los problemas legislativos que se suscitan si se admite el aseguramiento de la responsabilidad administrativa así como las diversas soluciones prácticas a los mismos.

En el Capítulo V examinan el régimen del seguro de responsabilidad y sus fricciones con el sistema de responsabilidad patrimonial administrativa. Prueba clara de ello lo constituye la Resolución de la Dirección General de Seguros de 26 de junio de 1996, que niega la posibilidad de aseguramiento de la responsabilidad patrimonial, postura esta que no comparten ni la Administración Pública ni el mercado asegurador.

Por su parte, el Capítulo VI se dedica al estudio de las matizaciones de la legislación del seguro privado aplicadas a la Administración, como sucede en materia de defensa jurídica, prestando una especial atención al tema de la acción directa, sin duda, el más arduo de solucionar. En este contexto las profesoras MONTORO CHINER y HILL PRADOS se plantean si la acción directa regulada en el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro (LCS) puede realmente aplicarse al supuesto en el que el asegurado sea una Administración Pública e, incluso, si pueden las partes del contrato de seguro pactar la exclusión de la misma.

Los siguientes Capítulos versan sobre el procedimiento que ha de seguirse al reclamar en el caso de que la Administración haya asegurado su responsabilidad, el aseguramiento de la responsabilidad de las autoridades y agentes de la Administración y la responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito.

A continuación, en el Capítulo IX analizan la cuestión del aseguramiento de la responsabilidad de los entes con forma jurídico-privada, esto es, los entes de capital público que adoptan formas societarias o mercantiles y las llamadas fundaciones en mano pública. En este punto, partiendo de que la Ley 30/1992 no se refiere a estas entidades, MONTORO CHINER y HILL PRADOS proponen que hay que apoyarse en el crite-

rio de “servicio público” para poder aplicar la garantía de la responsabilidad patrimonial que consagra en bloque el artículo 106.2 CE.

A modo de conclusión, en el Capítulo X realizan unas reflexiones. Aquí resaltan que si bien cada Administración en el ámbito de sus competencias y de la prestación de sus servicios puede suscribir contratos de seguros que cubran toda o parte de su actividad, también lo es que resulta necesario especificar en los pliegos de condiciones y en el objeto del contrato los riesgos que se incluyen y los que no. Asimismo, mantienen que habiendo dejado de tener sentido la acción directa cuando el asegurado es una Administración Pública, en los pliegos de condiciones del contrato puede dejarse constancia de la innecesariedad de su tramitación, debiendo siempre reclamarse a través del procedimiento administrativo y correspondiendo la revisión de éste al orden jurisdiccional contencioso-administrativo de conformidad con el artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En este contexto, proponen *de lege ferenda* modificar el Real Decreto 429/1993, incluyendo en la tramitación del procedimiento administrativo a la aseguradora de la Administración como “colaboradora”.

Y por último, en el Capítulo XI hacen algunas consideraciones sobre el concepto de lesión, doctrinalmente construido como daño antijurídico, y el papel de las compañías aseguradoras como “lesionados”.

Ha de destacarse también cómo las profesoras MONTORO CHINER y HILL PRADOS enriquecen aun más este trabajo con un anexo jurisprudencial que contiene sentencias contencioso-administrativas y civiles, tanto del Tribunal Supremo como de Audiencias Provinciales, que muestran claramente la confusión que reina en los Tribunales sobre este tema así como la necesidad de que se dote de una pronta solución que permita conocer a todos a ciencia cierta cuál es el procedimiento que ha de seguirse en estos casos, contra quién o quiénes ha de reclamarse y ante qué orden jurisdiccional. A nuestro parecer,

resulta lamentable que la falta de criterios claros en esta materia esté dando lugar a resoluciones tan polémicas y discutibles como el reciente Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS de 17 de diciembre de 2001 (RJ 2002\4086), donde la Sala atribuye al orden jurisdiccional civil la competencia para conocer de una reclamación de responsabilidad patrimonial realizada contra una Administración Pública y su aseguradora olvidando o dejando al margen, por tanto, el hecho de que la Administración Pública sólo puede ser juzgada de forma exclusiva en materia de responsabilidad por el orden contencioso-administrativo de la jurisdicción según disponen los artículos 142.6 y 144 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 2.e) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Las autoras cierran este trabajo incluyendo el texto completo de la importante Resolución de la

Dirección General de Seguros de 26 de junio de 1996, así como un elenco de las obras bibliográficas más relevantes en este campo.

En suma, no cabe la menor duda de que esta obra representa un material clave para todo aquel que deba enfrentarse con este complicado tema. Ciertamente, su utilidad no sólo es teórica sino práctica, pues permite conocer cuáles son las principales argumentaciones existentes a favor y en contra del aseguramiento de la responsabilidad patrimonial así como cuál es el orden jurisdiccional competente para conocer de los posibles conflictos que puedan surgir, si el civil o el contencioso-administrativo, cuestión esta de máxima relevancia que afecta directamente a los principios de seguridad jurídica y de economía procesal, a la reserva de ley orgánica del artículo 122.1 CE y a los derechos que se consagran en el artículo 24 CE sobre el acceso al juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso sin dilaciones indebidas.

