



Justicia
Justicia

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa
Administrativa

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Administrativa

CONSEJO ASESOR

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

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

SECRETARÍA TÉCNICA

Margarita Beladiez Rojo

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 2003

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

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

Sumario:

DEDICATORIA:

- [5] In memoriam: Sebastián Martín-Retortillo Baquer

DOCTRINA:

- [7] El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía
GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES
- [23] Los Decretos-leyes: algunas cuestiones de teoría y práctica sobre una forma de legislar
IÑAKI LASAGABASTER HERRARTE
- [45] El control judicial sobre la adjudicación del contrato mediante concurso
SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [63] I. DERECHO COMUNITARIO
L. ORTEGA ÁLVAREZ
- [79] II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL:
PROCESOS Y COMPETENCIAS
J. GARCÍA ROCA
- [85] III. DERECHOS FUNDAMENTALES
Y LIBERTADES PÚBLICAS
J. GARCÍA ROCA
- [101] IV. FUENTES DEL DERECHO
A. MENÉNDEZ REXACH
- [115] V. ACTOS ADMINISTRATIVOS,
PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE
LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
A. MENÉNDEZ REXACH
- [131] VI. ORGANIZACIÓN
ADMINISTRATIVA
M. SÁNCHEZ MORÓN
- [143] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR
M. REBOLLO PUIG
- [165] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA
E. LÓPEZ MENUDO
- [177] IX. RESPONSABILIDAD
ADMINISTRATIVA
E. LÓPEZ MENUDO
- [193] X. FUNCIÓN PÚBLICA
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [215] XI. URBANISMO
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [227] XII. BIENES PÚBLICOS Y
PATRIMONIO CULTURAL
A. EMBID IRUJO
- [241] XIII. MEDIO AMBIENTE
A. EMBID IRUJO
- [255] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO
ECONÓMICO
J. TORNOS MAS
- [283] XV. BIENESTAR, CONSUMO,
EDUCACIÓN Y SANIDAD
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
- [293] XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES
G. FERNÁNDEZ FARRERES

[321] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

DEDICATORIA

IN MEMORIAM: SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO BAQUER

Los primeros fríos del mes de octubre nos trajeron la triste noticia de la muerte del profesor Sebastián MARTÍN-RETORTILLO.

Tras una intensa vida, desaparece uno de los grandes maestros del derecho administrativo español. La muerte, ese empujón brutal, lo derribó cuando tantas ilusiones y proyectos tenía entre manos, cuando esperaba impaciente la publicación de su merecido libro homenaje.

Su obra, su apasionada personalidad, su dedicación generosa a las tareas públicas, llenan el inmenso surco vital que nos ha dejado. Hombre de vasta cultura, formado en las Universidades alemanas e italianas, tuvo siempre como guía la preocupación por la cosa pública, por la concepción del derecho como instrumento para mejorar la vida colectiva.

Este talante le llevó a abordar el estudio de temas directamente vinculados con la realidad social. A ellos dedicó su atención, a partir siempre de la reflexión histórica, pues como solía recordar, sólo la historia permite entender el sentido de las instituciones. Así, se ocupó con especial intensidad de la problemática de las aguas, cuestión tan vinculada a su Aragón natal, de la descentralización y organización administrativa, y del derecho administrativo económico, con especial interés por el sector del crédito.

Como hombre de Estado asumió las responsabilidades que se le encomendaron con clara vocación de servicio. Esta vertiente pública de su vida le llevó a ocupar la Dirección del Instituto de Estudios de la Vida Local, desde donde impulsó la espléndida colección “Administración y Ciudadano” (de nuevo la pasión por la historia), más tarde la Subsecretaría del Ministerio de Educación y, finalmente, el Ministerio de Administraciones públicas (sus reflexiones tras esta experiencia ministerial nos las dejó en el libro *El reto de una Administración racionalizada*).

Cerrada su etapa política activa, su vocación por el servicio a los demás se prolongó a través de la Presidencia de la Fundación ENDESA. Desde este nuevo puesto pudo ver cumplida una de sus últimas ilusiones, iluminar viejos monumentos e iglesias, pues entendía que de este modo los devolvía al patrimonio común.

La vida universitaria fue también su gran pasión. Accedió a la cátedra en Santiago de Compostela, para pasar después por Valladolid y Barcelona, hasta llegar finalmente a Madrid. En su camino ejerció con generosidad desbordante su magisterio, formando a un importante número de discípulos. En sus últimos días trabajaba intensamente con el fin de culminar un pequeño Manual de la disciplina. Quería seguir llegando a los más jóvenes, consciente de lo mucho que podía transmitir tras las experiencias acumuladas. Quería mantener vivo el diálogo, continuar abriendo las mentes, seguir impulsando la pasión por la cosa, por un Estado muy diverso del que él conoció como estudiante.

Desgraciadamente la muerte nos impedirá recibir lo mucho que aún tenía por darnos. Pero nos queda su obra, su recuerdo. Y este recuerdo lo mantendrá vivo entre nosotros.

EL CONSEJO ASESOR

El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía*

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

Catedrático de
Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

Sumario:

I. Introducción. II. Servicio reservado por ley al sector público y servicio público.

III. La “despublicación”: significado y alcance jurídico. IV. Algunas consideraciones sobre el estatuto jurídico de los servicios despublicados. V. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco general de la globalización y de los procesos de liberalización de la economía a los que estamos asistiendo –lo que se ha dado en llamar nueva economía–, bien puede decirse que uno de los aspectos jurídicos más sobresalientes es la marcada tendencia a abandonar formalmente la calificación de servicio público en los principales sectores serviciales, fundamentalmente en los servicios que se prestan en red (gas y electricidad, telecomunicaciones, servicios postales). Este abandono de la calificación de servicio público se enmarca, en efecto, en una amplia reordenación de la economía iniciada en la última década. Un proceso que, entre otras consecuencias, ha supuesto la despublicación de las más importantes actividades serviciales reservadas al sector público, aunque –conviene ya resaltarlo– no haya determinado –todo lo contrario– un menor intervencionismo público. Se trata, pues, de articular nuevas formas de intervención, más de ordenación que de gestión pública, lo que, a su vez, da cuenta del fenómeno añadido de la privatización del sector público empresarial –un fenómeno calificable como autén-

(*) Texto de la conferencia pronunciada en el curso de verano de la UNED titulado “Los procesos de liberalización a examen: servicio postal, telecomunicaciones y energía”, celebrado en Ávila los días 15 al 19 de julio de 2002 y dirigido por los profesores M. BACIGALUPO SAGGESE y J.A. FUENTETAJA PASTOR.

tica desamortización industrial— que ha acompañado a la despublificación de los sectores serviciales gestionados directamente por el Estado¹.

El legislador lo ha advertido reiteradamente: en la Exposición de Motivos de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, se afirma que “(...) se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento jurídico pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica (...)”. Una declaración que se reitera prácticamente en los mismos términos en la Exposición de Motivos de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos. En otros casos, en fin, aún sin manifestaciones tan directas y taxativas, las modificaciones operadas determinan inequívocamente la exclusión de esa tradicional calificación: es el caso de las telecomunicaciones, que pasan a definirse como “servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia” (art. 2 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones), o con anterioridad, el caso de las actividades contempladas en la Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero, que también las declara como actividades de interés económico general (art. 2). En idénticos términos se pronuncia, en fin, el artículo 1.2 de la Ley 24/1998, de 13 de julio, de regulación del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales, que una vez más califica a éstos como “servicios de interés general que se prestan en régimen de competencia”.

Los datos son significativos y, en cierto modo, por sí solos parecen dar respuesta a la cuestión de la vigencia misma del concepto de servicio público: se aprecia con facilidad un rechazo explícito de esa calificación y su sustitución por la de “servicios o actividades de interés económico general que se prestan en régimen de competencia”, aunque en alguna ocasión se haya también recurrido a la calificación de “servicios esenciales” (caso, en concreto, de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico). Tanto es así que, dejando ahora de lado a los servicios públicos locales, en los que, no obstante, también ha incidido el proceso “liberalizador” excluyendo, por ejemplo, del elenco de servicios susceptibles de reserva a los servicios mortuorios y liberalizando los servicios funerarios (arts. 22 y 23 del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio)², en los grandes servicios públicos económicos estatales la oleada despublificadora ha sido de gran importancia, respetando por el momento únicamente a los transportes públicos regulares permanentes de viajeros por carretera (art. 69 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres) y a los servicios de radio y televisión (por todas, Ley 4/1980, de 10 de enero, reguladora del Estatuto de la Radio y la Televisión, art. 1.2).

(1) Sobre todas estas cuestiones, dada la ingente bibliografía producida en los últimos años, baste remitir a la magnífica síntesis de S. MARTÍN-RETORTILLO, “Reflexiones sobre la nueva Administración económica”, en vol. col. (dirs. S. Muñoz Machado, J.L. García Delgado y L. González Seara), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Escuela Libre Editorial-Civitas, Madrid, 2000, págs. 449 y ss.

(2) Vid. G. FERNÁNDEZ FARRERES, “Medidas urgentes para la liberalización y fomento de la economía: defensa de la competencia, precios y servicios municipales”, en vol. col. *Reforma y liberalización económica. Los Decretos-Leyes de junio 1996*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 234 y ss. Posteriormente, J.A. GARCÍA DE COCA, *Liberalización de la actividad funeraria*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1998. Con carácter general, vid., asimismo, J.M. DÍAZ LEMA, “La privatización en el ámbito local (el lento declinar de los monopolios locales)”, en REALA, núm. 282 (2000), págs. 71 y ss.

El concepto de servicio público

Pues bien, la trascendencia del cambio obliga a reflexionar sobre la realidad misma de ese rechazo tan expeditivo del servicio público como técnica de ordenación y de gestión de las principales actividades serviciales. Es verdad que las circunstancias características de los períodos de profundas transformaciones económicas y sociales, debidas en gran medida a avances y desarrollos tecnológicos inimaginables hasta hace bien poco, generan tanta tensión como incertidumbre a la hora de reajustar todo el entramado técnico-jurídico a las nuevas realidades. Y con ello también se hace patente el riesgo de considerar que el correspondiente acervo conceptual dogmático-jurídico ya no sirve y que, por tanto, ha de ser sustituido por otros conceptos de nuevo cuño. La categoría de servicio público es un buen ejemplo de lo que digo. Pero fácilmente se convendrá en la necesidad de aplicar en tales situaciones adecuadas dosis de prudencia y hasta cierto grado de conservadurismo antes de dar por liquidadas las tradicionales categorías y técnicas jurídicas.

Justamente éste es el telón de fondo en el que se plantea el problema. Dicho en otros términos: ¿en qué medida puede concluirse que la técnica del servicio público ha perdido definitivamente toda vigencia y funcionalidad?; ¿qué hay de cierto y cuánto de tópico en afirmaciones semejantes? Se trata, desde luego, de una cuestión central en la que bien merece la pena seguir insistiendo, tal como lo viene haciendo parte de la doctrina administrativista³. No otra es, en definitiva, la finalidad de la exposición que a continuación voy a desarrollar, necesariamente condicionada por su propio carácter. Advierto ya, por eso mismo, que algunas cuestiones y aspectos quedarán simplemente esbozados, sin perjuicio de que otros más necesiten aún de análisis sectoriales en profundidad, absolutamente obligados cuando se anticipan conclusiones tan extremadas como las que se están generalizando.

II. SERVICIO RESERVADO POR LEY AL SECTOR PÚBLICO Y SERVICIO PÚBLICO

La reserva de servicios efectuada al amparo del artículo 128.2 de la Constitución [“mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso

SE APRECIA UN RECHAZO DE LA CALIFICACIÓN DE SERVICIO PÚBLICO Y SU SUSTITUCIÓN POR LA DE “SERVICIOS O ACTIVIDADES DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL QUE SE PRESTAN EN RÉGIMEN DE COMPETENCIA”

(3) A ella me referiré a lo largo del trabajo, pero cabe ya destacar la reflexión de T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy”, en RAP, núm. 150 (1999), págs. 57 y ss.

de monopolio (...)”] determina, como mínimo, la quiebra de la libre iniciativa económica privada en el desarrollo de las correspondientes actividades serviciales. Es decir, la reserva mediante ley de servicios esenciales presupone, siempre y en todo caso, la monopolización *de iure* de la actividad en que consista el servicio, sin perjuicio de que esa titularidad pública no suponga que el servicio tenga que ser gestionado por la Administración titular del mismo. Se trata de una opinión generalizada. Como se ha dicho, “(...) a partir del momento de su *publicatio* (...), se consagra en ellos (servicios esenciales) un monopolio *de iure*, una reserva de titularidad, una exclusividad regalística, que puede ir o no acompañada de monopolio *de facto* (...), pero que en cualquier caso impide la libre entrada en ellos de la iniciativa privada, la cual, sólo previa concesión, puede llevarse a cabo”⁴. O, en parecidos términos, “la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales, con la consiguiente exclusión del sector privado, supone un límite a la libertad de empresa que reconoce el artículo 38 de la Constitución (...)”, de manera que esa reserva implica “(...) de una parte, la exclusión del sector privado [pues de lo contrario se confundiría con la iniciativa económica pública a que se refiere el propio precepto], y, de otro, el reconocimiento de la titularidad de la competencia a la Administración (...)”⁵. En suma, por no alargar más las referencias, como también se ha dicho, “(...) con la reserva se trata de asumir ‘con carácter exclusivo’, ‘apartando a los demás’ —son expresiones que se recogen en el Diccionario de la Lengua— una determinada actividad que, por exigencias de interés general, se sustrae de su posible realización por el sector privado”⁶. Por tanto, la despublicación, o derogación de la reserva, supone la eliminación de la titularidad pública y con ello el reconocimiento de la libertad de empresa en el correspondiente sector, en los términos y con las consecuencias que más adelante se señalarán.

Debo añadir, no obstante, que, con independencia ahora de la utilización que el legislador ha hecho de esa habilitación prevista en el artículo 128.2 de la Constitución, no se ha dejado de defender que cabe interpretar el referido precepto constitucional en otros términos bien distintos. En concreto, no hace mucho, se ha mantenido que el artículo 128.2 no obliga a que las reservas se hagan siempre en exclusiva, pues la reserva también puede consistir en la habilitación específica para que la Administración intervenga en un sector económico determinado, sin perjuicio de la participación concurrente de las empresas privadas⁷. De manera que, cuando el servicio no sea esencial, “la Constitución impone que el sector público adopte una posición de subsidiariedad res-

(4) Vid. G. ARIÑO ORTIZ, “Servicio Público y libertades públicas (una interpretación limitadora del artículo 128 de la Constitución)”, en vol. col. *Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, 3 vols., Edt. Complutense, Madrid, 1992, pág. 1.330.

(5) Vid. R. GÓMEZ-FERRER, “La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales”, en vol. col. *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor E. García de Enterría*, t. V, Civitas, Madrid, 1991, págs. 3.808 y 3.815.

(6) Vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, I, La Ley, Madrid, 1988, pág. 294.

(7) Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio Público y Mercado*. I. Los Fundamentos, Civitas, Madrid, 1998, págs. 113 y ss.

El concepto de servicio público

pecto de la libertad de empresa (...); idea de subsidiariedad que “puede deducirse del propio contenido de la libertad de empresa (...)”⁸.

Es preciso advertir que la interpretación expuesta, identificando, en principio, reserva con servicio público, parte de la premisa de que la noción de servicio público es de construcción doctrinal y que, como tal, presenta múltiples variantes, lo que determina que la noción utilizada por el artículo 128.2 de la Constitución no tenga por qué identificarse con una concreta y determinada variante doctrinal. Por ello, cualquiera de esas variantes ha de tener, en principio, acogida o cobertura en el referido precepto, lo que explica que se llegue a afirmar que nada obliga a que las reservas “se hagan siempre en exclusiva”, pues cabe tanto la reserva en exclusiva a favor de la Administración, como la reserva sin que medie esa exclusividad, o, dicho en otros términos, sin que se monopolice la titularidad y sin que, por tanto, quiebren la libre iniciativa privada económica.

Ahora bien, llegados a este punto, fácilmente se detecta que esas reservas sin exclusividad agotan todo su significado en aparecer como habilitaciones específicas para que la Administración pueda ejercer, siempre en concurrencia con empresas privadas, la actividad empresarial en el sector o servicio reservado. Sin embargo, es más que discutible que la Constitución ampare semejante resultado; un resultado que pasa por alto —no por desconocimiento, obviamente— que el mismo precepto constitucional reconoce sin condicionamiento alguno la iniciativa pública empresarial (“se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”, dice en su inicio el artículo 128.2 CE), superando así anteriores planteamientos que colocaron a esa iniciativa en una posición de subsidiariedad respecto de la iniciativa privada⁹. Además, como ya ha sido señalado en otras ocasiones¹⁰, siendo cierto que la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina jurídica, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con muy distintas también finalidades, no lo es menos que la reconducción de determinados sectores de actividades socioeconómicas a la órbita del poder público se ha instrumentalizado sistemáticamente a través de la técnica del servicio público.

(8) *Op. cit.*, pág. 116. Es verdad, de todas formas, que de inmediato se puntualiza que “la conclusión correcta sobre las relaciones entre la iniciativa económica y pública y la libre empresa no debe consistir en situar aquélla en un plano de subsidiariedad (salvo en el caso de los recursos y servicios esenciales en los que la relación se invertiría, primando la iniciativa pública y dejando la participación privada a lo que acuerde el legislador o, por su encargo, la Administración), sino en afirmar que es un componente esencial de la libertad de empresa la igualdad de las empresas, públicas y privadas, en el mercado”. Y es que “la competencia en igualdad es (...) un elemento básico del derecho de libertad de empresa que consagra el artículo 38 de la Constitución”.

(9) El propio autor al que vengo refiriéndome lo señaló con absoluta corrección muy tempranamente: *vid.* su colaboración en el vol. col. (dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA) *La distribución de las competencias económicas entre el poder central y las autonomías territoriales en el Derecho comparado y en la Constitución Española*, IEE, Madrid, 1980, págs. 333 y 334, puntualizando que no resulta lícito interpretar que la diferente posición sistemática de la iniciativa pública y de la libertad de empresa significa, sin más, que la Constitución haya querido otorgar un mayor valor, como principio de ordenación económica, a la segunda que a la primera.

(10) *Vid.*, por ejemplo, J.M. GIMENO FELIÚ, “Servicio público, derechos fundamentales y Comunidad Europea”, en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 5 (1994), págs. 127 y ss., y, del mismo autor, “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reserva al sector público de actividades económicas”, en *RAP*, núm. 135 (1994), págs. 149 y ss.

Por tanto, si la reserva de servicios que se consideran esenciales determina la titularidad pública de las correspondientes actividades y, por tanto, la exclusión de la libertad de empresa en esos ámbitos, todo ello sin perjuicio de que la gestión pueda ser pública —produciéndose así el monopolio de gestión— o privada —a través de las distintas formas de gestión indirecta de los servicios y, en especial, mediante la técnica concesional—, ese servicio reservado o publicado, con tal alcance y consecuencias jurídicas, bien puede identificarse con la categoría de servicio público en su acepción subjetiva. Y es que la categoría de servicio público admite y engloba los supuestos de titularidad pública sobre las correspondientes actividades y la correlativa exclusión del ámbito de la libre iniciativa privada, por lo que, en este sentido, puede identificarse con la reserva realizada conforme al procedimiento del artículo 128.2 de la Constitución¹¹.

En la doctrina española, sobre todo a partir de los trabajos de VILLAR PALASÍ¹² y de GARCÍA DE ENTERRÍA¹³, el servicio público ha quedado referido al conjunto de actividades prestacionales asumidas o reservadas al Estado, a fin de satisfacer necesidades colectivas de interés general, siendo nota distintiva la *publicatio*, es decir, la titularidad pública de la actividad en cuestión y la subsiguiente quiebra de la libertad de empresa. Una *publicatio* que, en ocasiones, ha ido acompañada de la gestión directa por la propia Administración, mientras que en otras ha dado paso a la gestión privada en régimen de concesión¹⁴. Incluso, quienes en su momento mantuvieron que la noción de servicio público podía prescindir de la idea de monopolio, a la vista del artículo 128.2 de la Constitución no dejaron de reconocer que “(...) el régimen de monopolio sólo puede ser consecuencia de esa previa reserva al sector público” y que, por tanto, “(...) el concepto tradicional de servicio público económico en monopolio queda reservado para aquellos servicios esenciales que la ley reserve al sector público¹⁵.”

Servicio público caracterizado, pues, por un régimen jurídico singular: por la titularidad pública sobre la actividad, con la consiguiente exclusión del derecho fundamental a la

(11) También con la reserva de los servicios esenciales que enumera el artículo 86.3 de la Ley de Bases de Régimen Local de 2 de abril de 1985, aunque con alguna particularidad: en concreto, la efectividad de la reserva sólo se producirá si la correspondiente Corporación local, con la aprobación de la Comunidad Autónoma, decide “activar”, por así decirlo, el efecto o consecuencia propia de la reserva, que no es otra que la exclusión de la iniciativa privada, o, si se quiere, la instauración del monopolio *de iure* del servicio. En este sentido, vid. F.J. FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, *La intervención del Municipio en la actividad económica: los títulos que lo legitiman*, Civitas, Madrid, 1995, en especial pág. 350.

(12) Vid. “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”, en *RAP*, núm. 3 (1950), págs. 53 y ss.

(13) Vid. “La actividad industrial y mercantil de los Municipios”, en *RAP*, núm. 17 (1955), págs. 87 y ss., en especial 116 y 117.

(14) Más recientemente, vid., asimismo, J.L. MEILÁN GIL, “El servicio público como categoría”, en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2 (1997), págs. 75 y ss., insistiendo en que la titularidad en exclusiva de la actividad por parte del Estado “(...) es norma característica del servicio público desde su nacimiento” (pág. 88).

(15) Vid. F. GARRIDO FALLA, “El modelo económico en la Constitución y la revisión del concepto de servicio público”, en *REDA*, núm. 29 (1981), págs. 234 y ss. Posteriormente, en su trabajo “El concepto de servicio público en Derecho español”, en *RAP*, núm. 135 (1994), págs. 7 y ss.: “todo servicio esencial puede convertirse mediante ley en servicio público (es decir, de titularidad pública) en régimen de monopolio (...)” (pág. 19).

El concepto de servicio público

libertad de empresa o libre iniciativa económica privada, y por la exigencia de concesiones como único medio de acceder al sector; pero, añadidamente, por el establecimiento de derechos de exclusiva, por la obligación de suministro, por la fijación administrativa de los precios, por el carácter temporal de la permanencia en el sector y, en general, por una regulación total de la actividad¹⁶.

Ahora bien, sobre la base de que la categoría de servicio público no es unívoca¹⁷ y de que la misma no se agota con las reservas efectuadas al amparo del artículo 128.2 de la Constitución, si se contraponen a la noción formal de servicio público otra acepción material o finalista, atendiendo al significado del servicio público como comprensivo del conjunto de actividades prestacionales frente a las cuales los poderes públicos pueden desplegar diversas técnicas de actuación —entre ellas la reserva, pero igualmente otras distintas—, resultará que la coincidencia entre servicio público y servicio reservado será parcial. Todo “servicio reservado” será servicio público, pero no todo servicio público será “servicio reservado” y ello porque, desde esta posición, en el servicio público se subsumen actividades prestacionales de interés general o esenciales que no implican necesariamente la gestión pública, ni sobre todo la *publicatio*.

Doble significado, en definitiva, de servicio público, como “servicio público subjetivo”, vinculado a la titularidad pública de la actividad y eliminación de la libertad de empresa, y como “servicio público objetivo, compartido o concurrente”, referido a aquellas actividades en las que su declaración como servicio público no conlleva el monopolio de la titularidad de la actividad en favor de la Administración, aunque la declaración suponga que la actividad deba estar en todo momento garantizada por el Estado. Supuestos en los que, como es notorio, se subsumen, entre otros, los también llamados servicios no económicos o sociales (educación, sanidad, acción social, etc.) De este modo, como ya ha sido advertido por la doctrina¹⁸, el problema de garantizar a todos la satisfacción regular

**SIENDO CIERTO QUE LA
IDEA DE SERVICIO PÚBLICO
NO CONSTITUYE UNA
NOCIÓN UNÍVOCA,
NO LO ES MENOS QUE
LA RECONDUCCIÓN DE
DETERMINADOS SECTORES
DE ACTIVIDADES
SOCIOECONÓMICAS A
LA ÓRBITA DEL PODER
PÚBLICO SE HA
INSTRUMENTALIZADO A
TRAVÉS DE LA TÉCNICA
DEL SERVICIO PÚBLICO**

(16) Por todos, *vid.* G. ARIÑO ORTIZ, *Economía y Estado: crisis y reforma del sector eléctrico*, Marcial Pons, 1993, págs. 293 y ss. y 356 y ss.; asimismo (junto a J.M. De la Cuétara y L. López de Castro), *Principios de Derecho Público Económico*, Comares, Granada, 1999, págs. 549 y ss.

(17) Así lo ha recordado nuevamente E. MALARET GARCÍA, “Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto”, en *RAP*, núm. 145 (1998), págs. 55 y ss.

(18) *Vid.* T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Del servicio público ...”, *cit.*, pág. 59.

y continua y con un nivel de calidad determinado de ciertas necesidades que se consideran imprescindibles para la vida admite diversas respuestas, desde la *publicatio* y el monopolio de *iure* e, incluso, la gestión pública, hasta otras técnicas menos agresivas pero no menos eficaces, como la reglamentación de las actividades, los servicios públicos impropios, virtuales, etc.¹⁹. Por consiguiente, desde estas premisas, resulta lógico afirmar que “(...) el servicio público ha sido y es una técnica más, que pretende dar respuesta a una idea política que también denominamos, por cierto, con esa misma expresión”²⁰.

III. LA “DESPUBLIFICACIÓN”: SIGNIFICADO Y ALCANCE JURÍDICO

Fijados los términos de la relación existente entre servicio reservado al sector público y servicio público, la eliminación de la reserva o despublificación del servicio da lugar a un nuevo modelo presidido por la libertad de empresa —es decir, libertad de entrada, previa, en su caso, autorización reglada, de permanencia y de salida en el correspondiente sector—, que, aun cuando quede en determinados aspectos modulada, ha de suponer libertad de precios y de amortización y, en definitiva, régimen de competencia abierta²¹.

Sin embargo, dado que las características objetivas de los servicios despublificados permanecen, cabe mantener que tales servicios no dejan de ser servicios públicos en sentido objetivo, o mejor, a fin de evitar equívocos, servicios esenciales o si se quiere, en expresión más generalizada, servicios de interés general. Unos servicios que deberán seguir garantizados, si bien lo sea a través de otras fórmulas, prescindiendo ya del monopolio público para dar entrada a la libertad de empresa. Se trata de una premisa fundamental aceptada desde los propios planteamientos liberalizadores que han conducido a la despublificación de los servicios.

La propia Comisión Europea ha señalado que “(...) si los poderes públicos consideran que ciertos servicios son de interés general y las fuerzas del mercado pueden no prestarlos satisfactoriamente, pueden establecer en forma de obligaciones de servicio de interés general varias prestaciones de servicios concretas con objeto de satisfacer estas necesidades (...)”²². Y en este mismo sentido, el Tratado de Amsterdam de 1997 previó [art. 7.D),

(19) No es ninguna novedad que determinadas actividades privadas, por afectar al interés general y/o atender necesidades colectivas, quedan sometidas a intensas potestades de ordenación y limitación: sobre este particular, vid., entre los trabajos más recientes, el de J. TORNOS MAS, “Ordenació sectorial, autoritzacions reglamentades i servei públic en el Reglament d’Obres, Activitats i Serveis”, en vol. col. (coord. T. Font) *Dret Local*, Marcial Pons, UAB y UB, 1997, págs. 397 y ss.

(20) Así lo ha hecho T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Del servicio público...”, cit., pág. 59.

(21) Vid. G. ARIÑO ORTIZ, “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico (hacia un nuevo modelo de regulación)”, en vol. col. (junto a J.M. De la Cuétara y J.L. Martínez López-Muñiz), *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid, 1997, págs. 25 y ss.

(22) Vid. Actualización de la Comunicación sobre los Servicios de Interés Económico General en Europa, Bruselas, 20 de septiembre de 2000 [COM (2000) 580 final].

El concepto de servicio público

actual art. 16 TCE] que en consideración “(...) al lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de la aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido”. Por consiguiente, esta atención a los servicios de interés económico general, que se ha reflejado, asimismo, en el Proyecto de Carta Europea de los Servicios Públicos de 14 de febrero de 1994, posteriormente sancionada en la Comunicación de la Comisión sobre los servicios de interés general en Europa de 11 de septiembre de 1996 (antecedente del actual art. 16 del TCE) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, permite reconocer el indudable componente social de los objetivos comunitarios, de manera que, si bien la despublificación sitúa a los servicios en la órbita de la libertad de empresa, no por ello necesariamente dejan de ser servicios públicos o, si se quiere, servicios esenciales o servicios económicos de interés general.

Éstas son las coordenadas que enmarcan el cambio y que han de ser tomadas en consideración a la hora de valorar la permanencia de la tradicional categoría del servicio público. También la coherencia del nuevo planteamiento a partir del reconocimiento de la existencia del derecho fundamental a la libertad de empresa en el correspondiente sector despublificado, lo que supone, cuando menos, la garantía de la autonomía privada de decisión y la libre competencia.

No obstante, antes de formular algunas consideraciones a propósito del estatuto de los servicios despublificados —que, como acabo de decir, no parece que por el simple hecho de la eliminación de la reserva dejen de ser servicios públicos en un sentido funcional—, conviene precisar si la eliminación de la reserva es consecuencia jurídica obligada o si, por el contrario, es fruto más bien de una determinada opción de política económica dentro del marco constitucional y comunitario. Una cuestión de no poca importancia, pues, en última instancia, incide en el grado mismo de limitación a la libertad de empresa que puedan incorporar las correspondientes ordenaciones jurídicas de tales servicios.

Pues bien, parece evidente que, desde la perspectiva de la Constitución de 1978, la despublificación es fruto de la libre decisión del legislador, en forma alguna constreñido a adoptarla por imperativo constitucional. En ningún momento se ha objetado la constitucionalidad de las reservas, dudándose, incluso, de las posibilidades reales de control de las leyes de reserva por parte del Tribunal Constitucional, ya que la determinación misma de qué servicios son esenciales no deja de presentar una dimensión política difícilmente fiscalizable al tratarse de un concepto abierto que admite una gama de alternativas políticas todas igualmente constitucionales²³. El caso extremo de la posición que ha mantenido el Tribunal Constitucional a propósito de las dudas de constitucionalidad que se han planteado acerca de la declaración de la televisión como servicio público esencial de titu-

(23) Así, G. ARIÑO ORTIZ, “Servicio público y libertades públicas...”, cit., pág. 1.316; asimismo, en su libro *Economía y Estado*,..., cit., págs. 115 y ss.

laridad estatal efectuada al amparo del artículo 128.2 de la Constitución por el ERTV de 1980, es bien ilustrativo de lo que se afirma²⁴.

Pero si desde la perspectiva nacional la despublificación no era ni es jurídicamente obligada, lo mismo cabe afirmar desde la consideración del Tratado de la Comunidad Europea²⁵. Es verdad que el Tratado condiciona la intervención pública en el orden económico al respeto de la libre competencia, pero no lo es menos que también asume el principio de neutralidad²⁶, de manera que, como ha señalado la propia Comisión en la Comunicación sobre los Servicios de interés general en Europa, “la Comunidad no cuestiona el estatuto, público o privado, de las empresas encargadas de misiones de interés general, y no impone ninguna privatización”.

En cuanto al respeto a la libre competencia, también caben excepciones, referidas a las “empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal” (art. 86.2 TCE), independientemente de que sean públicas o privadas, por lo que no se prohíbe con carácter absoluto la figura de la empresa pública ni la concesión de derechos especiales o exclusivos. Por ello mismo, aunque las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general están en principio sometidas a las normas sobre libre competencia, esa sujeción puede ceder cuando su aplicación impide, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica que a esas empresas —públicas o privadas— les haya sido encomendada²⁷.

(24) Vid. mis trabajos *El paisaje televisivo en España*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 24 y ss.; y “El servicio público de televisión en la actualidad y sus problemas conceptuales y reales”, en vol. col. *El régimen jurídico del audiovisual*, Marcial Pons, Madrid, 2000, págs. 121 y ss.

(25) En el mismo sentido, por ejemplo, T. DE LA QUADRA-SALCEDO, “Servicios públicos versus servicios de interés económico general tras el Tratado de Amsterdam”, en *Aranzadi Administrativo*. Boletín mensual núm. 4 (junio 1998), pág. 7: “Sea como fuere, no es cuestión de mecanicismos jurídicos que llevan a postergar los servicios públicos, porque así esté escrito en los Tratados, sino porque en un momento concreto se estima preferible desregular y liberalizar, como ha ocurrido en los sectores de la energía o de las telecomunicaciones”.

(26) Artículo 295 TCE: “El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros”.

(27) El TJCE lo ha confirmado plenamente. Baste recordar que en la inicial Sentencia de 30 de abril de 1974, *Sachi*, mantuvo que no se opone al TCE el que, por razones de interés público o por razones de naturaleza no económica, se confieran derechos exclusivos que afecten al derecho de acceso al mercado (como es el caso, por ejemplo, del otorgamiento de un monopolio legal), y aunque, a raíz del proceso de liberalización de las telecomunicaciones, alguna sentencia, como la de 17 de noviembre de 1992, estimó que los Estados miembros tenían la obligación de prohibir tales derechos exclusivos, tras las Sentencias de 19 de mayo de 1993, *Corbeau*, y de 27 de abril de 1994, *Almelo*, se rectificó, aceptando que los Estados miembros puedan conferir a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general derechos exclusivos o especiales cuando ello sea indispensable para el cumplimiento de esa misión (vid., por todos, T. DE LA QUADRA-SALCEDO, *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*, CEC, Madrid, 1995, en especial, págs. 135 y ss. Incluso, se ha flexibilizado la interpretación del artículo 86 del TCE, ya que se admite que “razones de índole económica” pueden justificar la exclusión de las normas sobre libre competencia (por ejemplo, razones de equilibrio económico en la prestación de tales servicios). Una posición que se ha mantenido firme hasta la actualidad, sin perjuicio de algunas modulaciones: así, por ejemplo, en STC de 25 de febrero de 2001, *Firma Ambulant Glöckner* y otros, se ha establecido un requisito adicional: la doctrina de la sentencia *Corbeau* no será aplicable si la concesión de derechos especiales o exclusivos puede afectar a los parámetros de “eficiencia y calidad” con los que deben atenderse los servicios de interés económico general.

El concepto de servicio público

En definitiva, reconocimiento del carácter instrumental de la libre competencia y relatividad de su exigencia plena cuando se trata de servicios de interés económico general cuya adecuada prestación se ha de tutelar por los órganos comunitarios y por los propios Estados. Y es que la garantía de aquellas prestaciones que, dada su importancia, deben ser satisfechas a todos los usuarios con carácter universal, promoviendo la cohesión social, puede obligar a constreñir el principio de libre competencia y las libertades económicas comunitarias.

Por tanto, no cabe afirmar con la radicalidad que a veces se hace²⁸, que el artículo 128.2 de la Constitución haya quedado desplazado por el artículo 86 del TCE, ni que se haya materializado una verdadera mutación constitucional. Aunque, como ha señalado la Comisión en la “Actualización de la Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa”, del año 2000, “[la experiencia] obtenida hasta la fecha confirma también que las normas del Tratado sobre competencia y mercado interior son totalmente compatibles con un elevado nivel de prestación de servicios de interés general”, no es menos cierto que “(...) en determinadas circunstancias, especialmente cuando las fuerzas del mercado no bastan por sí solas para prestar los servicios de forma satisfactoria, las autoridades públicas podrán encomendar a determinados operadores de servicios unas obligaciones de interés general, concediéndoles, en caso necesario, derechos especiales o exclusivos y/o concibiendo un mecanismo de financiación para la prestación de los servicios en cuestión”²⁹.

**AUNQUE LAS EMPRESAS
ENCARGADAS DE
LA GESTIÓN DE SERVICIOS
DE INTERÉS ECONÓMICO
GENERAL ESTÁN SOMETIDAS
A LAS NORMAS SOBRE
LIBRE COMPETENCIA, ESA
SUJECCIÓN PUEDE CEDER
CUANDO SU APLICACIÓN
IMPIDE EL CUMPLIMIENTO
DE LA MISIÓN
ENCOMENDADA**

IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ESTATUTO JURÍDICO DE LOS SERVICIOS DESPUBLIFICADOS

Hemos visto cómo los servicios despuplicados pasan al ámbito del derecho fundamental que consagra el artículo 38 de la Constitución, aunque, con carácter general, es claro que la libertad de empresa no queda desvinculada de la ordenación general del sistema económico³⁰. Una ordenación debida a la

(28) Por ejemplo, G. ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico*, cit., pág. 138, o M. HERRERO DE MIÑÓN, “La Constitución económica desde la ambigüedad a la integración”, en REDC, 57 (1999), págs. 11 y ss.

(29) En la misma dirección, Informe de la Comisión al Consejo Europeo de Laeken sobre los servicios de interés general [COM (2001) 598 final].

(30) Baste recordar que el mismo artículo 38 CE, tras reconocer “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado”, en su inciso segundo, establece que “los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

protección de determinados bienes y valores constitucionales e, incluso, por razón de la protección, garantía y subsistencia del propio mercado en que se ejercita la libertad. La naturaleza misma del derecho fundamental a la libertad de empresa marca aquí una notable diferencia con otros derechos de libertad, que no necesitan tan abiertamente de la intervención del legislador.

Más aun: en la medida en que en los servicios despublicados se han de seguir garantizando los clásicos principios de continuidad, regularidad, igualdad de acceso a las prestaciones, universalidad de las mismas, adecuación al progreso técnico, etc., no cabe descartar que la libertad de empresa no pueda operar en los mismos términos que en los demás sectores económicos, soportando límites de mayor intensidad. Tanto es así que la propia razón de ser de la categoría de servicios esenciales (o servicios económicos de interés general) y de su particular estatuto jurídico estriba en que, justamente porque el mercado no es seguro que pueda facilitar que las correspondientes prestaciones se produzcan en esos términos de garantía, es por lo que las reglas de la competencia han de sufrir o soportar determinadas excepciones. De ahí la trascendencia de la calificación de un servicio como esencial o de interés general, porque se admiten excepciones a las reglas del mercado. En otro caso, si el mercado por sí mismo, con arreglo a los criterios de la competencia, pudiera garantizar que las prestaciones propias de tales servicios se produjeran en los referidos términos, desde la perspectiva de la competencia la propia categoría perdería especificidad –incluso sentido– por relación a los demás servicios no esenciales. En consecuencia, la categoría en cuestión aparece indisolublemente vinculada a una constatación previa. Un servicio se califica de interés económico general, no sólo porque las prestaciones se consideran básicas y vitales para los ciudadanos y deben garantizarse en términos de generalidad, regularidad, continuidad, etc. (servicio público en sentido objetivo), sino porque, para que así sea, se considera necesario introducir restricciones a las reglas de la competencia. Quiere decirse, en suma, que en la caracterización jurídica de tales servicios despublicados parece ineludible incorporar su parcial, al menos, excepción a las reglas de la competencia.

Con todo, si la ordenación jurídica del sistema económico en general, y de los servicios despublicados en particular, limita la libertad de empresa, ésta, como derecho subjetivo constitucional, también impone límites a esa ordenación. Contralímites resultantes de las propias garantías jurídicas del ejercicio de la libertad de empresa, por lo que resulta necesario ponderar el grado de intervención que constriña con mayor o menor intensidad esos dos atributos básicos de la libertad de empresa que son la autonomía privada de decisión y la libre competencia y que conforman el contenido esencial infranqueable para el propio legislador.

El problema, en consecuencia, se centra en la recomposición del estatuto jurídico de esos servicios, que debe conciliar la libertad de empresa y la libre competencia con aquellas restricciones que para la garantía de las prestaciones de los servicios sean necesarias. Dado que la publicación (o reserva) no es más que una de las posibles formas para tratar de hacer efectivas las prestaciones, el problema estriba, en efecto, en la conformación

técnico-jurídica de esas otras formas de organización y articulación de las correspondientes actividades.

No es ésta, lógicamente, la ocasión de adentrarse en el análisis singularizado de la ordenación de los sectores despublicados, por lo que me limitaré a hacer una observación de carácter general. Las modulaciones que a la libertad de empresa –en su triple dimensión de acceso, permanencia y salida del mercado y en su significado de autonomía de decisión y libre competencia– sea necesario introducir en garantía de las prestaciones han de sujetarse a un límite infranqueable: toda restricción ha de ser necesaria y proporcionada, sin que pueda llegar al extremo de desnaturalizar el derecho fundamental en juego que surge tras la despublicación y que no es otro que la libertad de empresa. Quiere decirse, pues, que si la ordenación termina por incidir en el contenido esencial del referido derecho, la despublicación no pasará de ser mera apariencia, un simple maquillaje u ocultación de la realidad. Si se quiere, una hipocresía.

Al respecto, baste con un ejemplo, seguramente uno de los más destacados, pues en él se cifra la más importante consecuencia de la despublicación, la consistente en la radical modificación del régimen de acceso o entrada al correspondiente mercado. En este sentido, si tomamos en consideración los títulos habilitantes necesarios para acceder a los mercados en los que rige la libertad de empresa, es claro que, por muchas que sean las modulaciones que se introduzcan en la técnica autorizatoria –de ahí la subespecie de la llamada autorización operativa–, la autorización no podrá, ni deberá, asimilarse a la técnica concesional como medio o forma de gestión privada en los sectores publicados. Sin embargo, la realidad es que el régimen concreto de esas autorizaciones, tal como ha quedado establecido al menos en algunos casos –de manera singular en el sector de las telecomunicaciones–, se aproxima mucho al de las concesiones. Tanto que, de manera generalizada, para el caso de las licencias individuales de telecomunicaciones se suele afirmar el carácter cuasicontractual –o cuasiconcesional– de tales títulos³¹.

Pues bien, ante una constatación semejante, bien podría estimarse obligado concluir que esa configuración de las licencias, al margen de que concurren razones técnicas vinculadas a la escasez del espectro radioeléctrico, no se ajusta a las garantías jurídicas de la libertad económica, y ello por la sencilla razón de que en las actividades económicas liberalizadas, a pesar de su relevancia para el interés general, la Administración no ejerce –ni puede ejercer– potestades de dirección equivalentes de hecho a las que ostenta con ocasión de los modos de gestión indirecta de los servicios públicos. Dicho en otros términos: aunque diversos son los márgenes de la autonomía empresarial que legítimamente

(31) Vid. mi comentario a los artículos 15 a 21 de la Ley General de Telecomunicaciones que regulan las licencias individuales, en vol. col. (coords. E. García de Enterría y T. de la Quadra), *Comentarios a la Ley General de Telecomunicaciones*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 101 y ss. También A. BOIX PALOP, “Las licencias de telecomunicaciones y la nueva concepción de servicio público”, en *Revista General de Derecho*, núm. 680 (2001), pág. 3.338, ha señalado que en “(...) aquellos supuestos en los que no todos los sujetos que cumplan las condiciones legalmente establecidas van a poder acceder al mercado, por estar limitado el número de operadores (...) no puede hablarse en consecuencia de autorización, pues los perfiles de la misma no es ya que se difuminen sino que desaparecen. En estos casos nos encontramos ante concesiones en el sentido más clásico del término, y la extraordinaria aproximación que realiza la propia LGT en la materia, considerando toda la regulación en materia de contratación como normativa supletoria en la materia, es especialmente significativa”.

pueden limitarse, la libertad de empresa excluye aquellas afectaciones que permiten a la Administración controlar eficazmente el ejercicio del derecho de acceso al mercado, la permanencia en el mismo y el propio cese o salida.

Sin embargo, no parece que quepa llegar a semejante conclusión, pues las características de los servicios despubblicados, que permanecen y que permiten, incluso, su reserva al sector público, pueden justificar esas modulaciones tan intensas. Otra cosa es que al final se incurra en cierta incoherencia. Una incoherencia que se refleja en la desnaturalización del derecho a la libertad de empresa que, como consecuencia de la derogación de la reserva, se dice reconocer. En suma, formalmente se liberaliza, se despubblica y reconoce la libertad de empresa, pero las posibilidades de restringir el derecho siguen siendo de primera magnitud; de tanta que ponen en entredicho el alcance real y efectivo de ese reconocimiento³². De ahí que, en el caso concreto de las redes y servicios de telecomunicaciones, desde las instancias comunitarias se haya optado por dar entrada a una nueva regulación de tales títulos más coherente con la despubblicación y reconocimiento de la libertad de empresa, la cual deberá ser objeto de incorporación al Derecho nacional no más tarde del 24 de julio de 2003³³.

V. REFLEXIÓN FINAL

Parece claro que, hoy por hoy, la tónica crisis del Estado Social ha de referirse no a los fines asumidos por el Estado, que sustancialmente no están afectados, sino a las formas de intervención para asegurarlos. Por tanto, la característica del proceso es la de subsistencia de fines y transformación de las formas de actuación.

No obstante, esa transformación de las formas de actuación se produce en el contexto de un importante avance tecnológico y una vez se han alcanzado determinadas cotas de

(32) En la doctrina, A. BOIX PALOP, "Las licencias...", cit., pág. 3.337, ha resumido acertadamente la cuestión. Dice así: "Las competencias de la Administración española siguen siendo notables y las prerrogativas de poder público conferidas, así como la capacidad de la Administración y del Estado para predeterminar la prestación del servicio, enormes. Si no tenemos en cuenta el dato apuntado parece que la conclusión a la que acabamos llegando es que, en realidad, tampoco hay una transformación sustancial del título habilitador, que, denominado de otra forma, no deja de seguir siendo una concesión. Y, sin embargo, esto no es así. Porque aunque todas estas facultades de control existan el motivo de que así sea es la ya expuesta necesidad, que subsiste, de preservar las condiciones de prestación del servicio de modo que ciertas necesidades sociales no se vean desatendidas y que son un claro indicador de otro fenómeno, la existencia de un verdadero servicio público entendido en sentido material, donde concurren numerosos de los indicios apuntados que permitan discernir cuándo nos encontrábamos ante una situación de lo que la doctrina francesa llama delegación de servicio público. Pero, abandonada la idea de que en esos casos otros instrumentos distintos a la concesión pueden jugar su papel, cobra especial relieve el factor diferenciador ya señalado y que es precisamente el objetivo perseguido por la Unión Europea al imponer el cambio que venimos estudiando: la existencia de un derecho preexistente a prestar el servicio, a acceder al mercado de las telecomunicaciones de manera libre e igual".

(33) Se trata de la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DO L108/21, de 24 de abril de 2002).

El concepto de servicio público

desarrollo en los servicios despublicados, lo que plantea la cuestión de si se habrían materializado de no haberse observado desde el primer momento las formas que ahora se erradican. Una cuestión que obliga a reflexionar, desde una perspectiva más general, acerca de si las técnicas son intercambiables sin más y si los modelos de organización y actuación pública son de validez y aplicación universal, al margen de las concretas circunstancias sociales, políticas, culturales o económicas de cada momento.

Es verdad, por otra parte, que el servicio público, identificado en sentido subjetivo, se mueve en franca retirada. Pero no lo es menos que se mantiene el servicio público objetivo, dadas las características de las prestaciones serviciales. Que se adopte ahora la denominación de servicios esenciales o de servicios económicos de interés general, es lo de menos. Por ello, no deja de ser excesivo proclamar como a veces se hace –incluso por el propio legislador– la superación y abandono del servicio público, pues las actividades reguladas en los sectores despublicados aún se rigen mayoritariamente por los aspectos objetivos, o claves sustantivas, del servicio público³⁴.

Por último, en algunos aspectos relevantes de la ordenación de los servicios, el grado de condicionamiento de la libertad de empresa sigue siendo de tal intensidad que obliga a rebajar ciertamente el alcance y efectividad real que debe reconocerse a las despublicaciones que se han efectuado. En este sentido, baste decir que las consecuencias de las mismas son ciertamente importantes al incidir en servicios gestionados en régimen de monopolio, porque el monopolio de gestión se elimina. Pero si los efectos se agotan –tal como en no pocos casos ha sucedido– en esa eliminación del monopolio de gestión, sin añadir un efectivo régimen jurídico coherente con el reconocimiento formal de la libertad de empresa³⁵, no creo que sea exagerado concluir que el significado y operatividad última del servicio público, no sólo no ha desaparecido, sino que se mantiene con mucha mayor entidad de lo que a primera vista pudiera parecer.

(34) En este sentido, por ejemplo, refiriéndose al sector eléctrico, J. DE LA CRUZ FERRER, *La liberalización de los servicios públicos y el sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid, 1999, págs. 355 y 356. Asimismo, J.M. SOUVIRON MORENILLA, *La actividad de la Administración y el servicio público*, Comares, Granada, 1998, pág. 666.

(35) Tanto es así que al mismo resultado –superación del monopolio de gestión– se podría haber llegado manteniendo el propio servicio público subjetivo –es decir, la titularidad pública de la actividad–, y ello sencillamente articulando un sistema de gestión privada concurrencial, con una pluralidad de gestores, en un régimen de competencia controlada o restringida.

Los Decretos-leyes: algunas cuestiones de teoría y práctica sobre una forma de legislar

IÑAKI LASAGABASTER HERRARTE

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad del País Vasco

Sumario:

I. Introducción. II. Las causas justificativas de la utilización de los Decretos-leyes.

A) La extraordinaria necesidad. B) La urgencia. **III. El procedimiento de aprobación de los**

Decretos-leyes. IV. Las materias reguladas mediante Decreto-ley. A) La afectación al régimen

de las Comunidades Autónomas. B) La afectación a los derechos, deberes y libertades de los

ciudadanos. C) Los Tratados Internacionales y los Decretos-leyes. D) Decretos-leyes y normas

presupuestarias. **V. Algunos datos sobre el Decreto-ley y su utilización. VI. A modo de conclusión.**

VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los Decretos-leyes constituyen una forma de legislar específica, que recibe una atención explícita en algunas Constituciones. Su existencia está, sin embargo, lejos de poder considerarse generalizable. Los Decretos-leyes responden al problema más general de la necesidad de dotar a los poderes públicos de instrumentos normativos de respuesta ante situaciones excepcionales. Los ordenamientos jurídicos prevén en este sentido diferentes soluciones. Desde las más radicales vinculadas a situaciones de guerra o catástrofes naturales imprevisibles, hasta el reconocimiento de poderes normativos al ejecutivo, soslayando principios fundamentales del Estado democrático, como es la aprobación de las leyes por el parlamento.

Otros ordenamientos jurídicos donde se recoge la figura del Decreto-ley son el italiano y el griego. En el resto de Europa esta figura es desconocida, aunque existen diferentes for-

mas jurídicas de intervención ante lo que de forma genérica podría definirse como una situación de extraordinaria o urgente necesidad. El origen histórico del Decreto-ley en el Estado español se puede encontrar en la Constitución de la II República (art. 80), aunque hace referencia al supuesto de no encontrarse reunido el Congreso. El origen de la actual regulación está en el franquismo. La CE la recoge a su vez haciendo la siguiente definición de la categoría: “El Gobierno del Estado podrá dictar, en casos de extraordinaria y urgente necesidad, disposiciones legislativas provisionales, que se llamarán Decretos-leyes” (art. 86.1 CE). Como más tarde se analizará, estas normas no podrán afectar a determinadas materias y deben ser convalidadas por el Congreso.

Este estudio va a detenerse en algunas cuestiones relacionadas con los Decretos-leyes, haciendo en primer lugar una exégesis de algunas de sus características. Además, habrá que dilucidar su significado político, en el sentido de su afectación a las relaciones entre los poderes del Estado. Finalmente, deberá tenerse en cuenta la práctica desarrollada en su utilización. Con este triple análisis se permitirá una comprensión actual del sentido de esta fuente del Derecho. Para iniciar la andadura se comenzará por el estudio de las causas justificativas de la emisión de los Decretos-leyes, en concreto la extraordinaria y urgente necesidad.

II. LAS CAUSAS JUSTIFICATIVAS DE LA UTILIZACIÓN DE LOS DECRETOS-LEYES

El reconocimiento al Gobierno del Estado de la competencia para dictar Decretos-leyes encuentra su obstáculo fundamental en la expresión “extraordinaria y urgente necesidad”. La necesidad constituye una categoría jurídica fundamental que desde la perspectiva del Derecho público tiene consecuencias muy importantes. Su apreciación produce la alteración de los repartos de competencia entre los diferentes poderes públicos o la modificación de los procedimientos de adopción de decisiones de esos poderes¹. Estas alteraciones pueden consistir también en la suspensión de las normas de relación entre los diferentes poderes del Estado o de algunos derechos de las personas, temas estos que no se van a tener en cuenta y que son atendidos en la CE con la regulación de los Estados de alarma, excepción y sitio.

La depuración del alcance de la expresión “extraordinaria y urgente necesidad” se presenta como la labor fundamental a realizar para establecer la función que a los Decretos-leyes les reconoce el ordenamiento jurídico. Para el estudio, en cada caso concreto, del cumplimiento de los requisitos habilitadores se deberá tener en cuenta la exposición de motivos del Decreto-ley, el debate parlamentario de convalidación y el expediente de elaboración del Decreto-ley (STC 11/2002, FJ 4º). Deberán tenerse presentes además “las situaciones concretas y los objetivos gubernamentales que han dado lugar a la aprobación de cada uno de los Decretos-leyes enjuiciados” (SSTC 6/1983, FJ 5º; 182/1997,

(1) ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 335 y ss. y 410 y ss.

FJ 3º; 11/2002, FJ 4º). La expresión contiene dos apartados que, al menos aparentemente, permiten análisis separados. Por una parte se hace referencia a la necesidad, que debe ser extraordinaria, y por otra a la urgencia. Ambas cosas van a ser susceptibles de un análisis diferenciado.

A) La extraordinaria necesidad

Este requisito debe motivarse por el propio Gobierno al aprobar el Decreto-ley, pudiendo posteriormente el Tribunal Constitucional comprobar si realmente se ha cumplido. El máximo intérprete constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión señalando los límites de su intervención y la interpretación que la extraordinaria necesidad merece. A veces ciertamente no parece que el propio Tribunal Constitucional diferencie este término de la urgencia, ya que utiliza la expresión “extraordinaria y urgente necesidad” y realiza consideraciones sobre el mismo, pero sin distinguir ambos aspectos. El Tribunal Constitucional ya señaló en fechas tempranas que la figura de los Decretos-leyes no estaba pensada solamente para situaciones de necesidad absoluta (STC 6/1983, FJ 5º). La determinación de si existe una necesidad extraordinaria requiere analizar las “situaciones concretas” y los “objetivos gubernamentales” que han dado lugar a la aprobación de cada Decreto-ley. A su vez habrá que comprobar que los órganos políticos han puesto de manifiesto de forma “explícita y razonada” la extraordinaria necesidad. En último lugar habrá que comprobar la existencia de una “conexión de sentido o relación de adecuación” entre la situación habilitante y las medidas que se adoptan (STC 182/1997, FJ 3º).

El control del Tribunal Constitucional es un control externo, que estudia fundamentalmente la adecuación de las medidas con la necesidad habilitadora, pero que no entra en la cuestión de la existencia de esa “extraordinaria necesidad”. Ésta compete valorarla a los órganos políticos. Lo extraordinario pierde así parte de su fuerza y el Decreto-ley se entiende como una forma de intervención de los poderes públicos normal. Así se pone de manifiesto al comprobar la frecuencia de su uso y, tal como ha señalado la doctrina, la cada vez menor justificación de su utilización. En algunos casos puede ser muy complejo determinar la necesidad, si el legislador dicta un conjunto “sistemático de medidas tan variadas como heterogéneas” (STC 23/1993, FJ 5º), entre las que el Tribunal Constitucional no puede entrar a discernir las que son necesarias o no. Así sucedió con el Real Decreto-ley 1/1986, de medidas urgentes

**LOS DECRETOS-LEYES
RESPONDEN A LA
NECESIDAD DE DOTAR A
LOS PODERES PÚBLICOS
DE INSTRUMENTOS
NORMATIVOS DE RESPUESTA
ANTE SITUACIONES
EXCEPCIONALES DE
EXTRAORDINARIA Y
URGENTE NECESIDAD**

administrativas, fiscales, financieras y laborales, dictado con ocasión del ingreso del Estado español en la entonces Comunidad Europea. El análisis de los Decretos-leyes dictados permitiría comprobar los diferentes supuestos de extraordinaria necesidad considerados por el legislador, aunque el margen del que dispone el Gobierno es muy amplio. Otro elemento de comprobación más sencilla, al menos inicialmente, es la urgencia.

B) La urgencia

La urgencia en la adopción de la norma no hace referencia a la idea de urgencia en abstracto, entendiendo como tal un requerimiento de actuación que no convierta la decisión en inútil, imposible o impracticable o que el retraso pueda suponer un perjuicio irreparable². Esta rotundidad se produce en supuestos muy excepcionales. La urgencia aquí tiene otro sentido y hace referencia a la posibilidad de tramitación de la medida por el procedimiento legislativo de urgencia. Si del análisis del supuesto de hecho concreto se deduce la posibilidad de aprobar la norma por ese procedimiento y, teniendo en cuanto el período necesario, en un plazo adecuado para el cumplimiento de la finalidad de la norma, el requisito de la urgencia dejaría de encontrar sentido. Con este sistema el Tribunal Constitucional se enfrentó al siguiente supuesto: se discutía si el aumento de las retenciones del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas realizado en julio de 1992 mediante un Decreto-ley, con la finalidad de reducir el déficit presupuestario de ese año, cumplía o no el requisito de la urgencia. Aunque la cita sea un poco larga, decía el Tribunal Constitucional:

“Por otra parte, no se aducen razones convincentes que permitan concluir que en este caso, a través de alguno de los procedimientos legislativos de urgencia que establecen los Reglamentos parlamentarios, se hubiera podido atender adecuadamente y en tiempo oportuno —esto es, dentro del propio período impositivo, que no demorase los efectos de la medida— la situación de necesidad financiera que dio lugar al Decreto-ley, dadas las fechas en que se adoptó. *Debe advertirse, en primer lugar, que la decisión definitiva sobre la adopción del trámite de urgencia en el Congreso de los Diputados no corresponde al Gobierno sino a la Mesa de la Cámara*³, que es, además, la que determina los plazos de las distintas fases de la tramitación (arts. 91, 93 y 94 del Reglamento del Congreso de los Diputados). En segundo lugar, todo apunta, más bien, a la conclusión contraria, pues incluso considerando los plazos del procedimiento legislativo ordinario de urgencia se habría demorado, posiblemente, la adopción de la medida a los últimos meses del año, sin dar tiempo suficiente a los ciudadanos que habían ajustado su conducta económica a la legislación fiscal vigente (STC 150/1990, FJ 8º) para reaccionar frente a un cambio normativo imprevisto producido al final del período impositivo, acomodando su comportamiento económico al mayor coste del incremento de la tarifa de un impuesto personal y periódico como es el de la Renta de las Personas Físicas, cuya renta gravada se genera a lo largo de todo el período

(2) VANDER STICHELE, A., *La notion d'urgence en droit public*, Bruylant, Bruxelles, 1986, págs. 138 y 139.

(3) La cursiva ha sido añadida.

impositivo aunque el devengo del impuesto se fije en el último día del año” (STC 182/1997, FJ 5°).

De este texto cabe resaltar dos cuestiones. La primera que el Tribunal Constitucional considera que a través de un procedimiento legislativo de urgencia no se llegaría a tiempo. La segunda, más llamativa, que la dificultad de dictar la norma a tiempo se presume prácticamente, ya que la tramitación del proyecto a través de un procedimiento legislativo de urgencia no depende del Gobierno sino de la Mesa de la Cámara (STC 182/1997, FJ 5°). Esta argumentación del Tribunal Constitucional lleva a presumir siempre la urgencia puesto que el Gobierno no tendrá nunca la seguridad de que la Mesa del Congreso fuese a tramitar un proyecto mediante un procedimiento legislativo de urgencia.

La urgencia en la respuesta normativa ha sido puesta en cuestión en otros supuestos. Recientemente se dictó el Decreto-ley 2/2000 regulador de la Zona Especial Canaria. Este Decreto-ley modificaba la Ley 19/1994 de Modificación de los Aspectos Económicos del Régimen Económico y Fiscal de Canarias. Para poder regular el régimen jurídico de la Zona Especial Canaria era precisa una intervención previa de la Comisión Europea, que a través de una decisión, comunicada al Gobierno español el 4 de febrero de 2000, aprobó la regulación de ese régimen. El Gobierno dicta el Decreto-ley el 23 de junio y se publica el 24, entrando en vigor al día siguiente. Teniendo en cuenta estas fechas, se comprueba que entre la aprobación realizada por la Comisión Europea y la aprobación del Decreto-ley por el Gobierno han pasado cuatro meses, plazo en el cual hubiera sido perfectamente posible tramitar esa norma por el procedimiento legislativo de urgencia. El transcurso de este plazo pone a su vez de manifiesto que la aprobación de la Zona Especial Canaria tampoco era de urgente necesidad, por lo que podría entenderse que en este caso no se daban los requisitos habilitantes para dictar un Decreto-ley⁴.

Este caso plantea otro problema de consideración. Es posible que el Gobierno no conteste con inmediatez y no apruebe en el momento oportuno el correspondiente proyecto de Decreto-ley. En este caso puede manifestarse la necesidad de intervención precisamente por la inactividad gubernamental, que precisa para actuar en plazo o de forma efectiva acudir al Decreto-ley. ¿Puede, si es así, entenderse que se cumple el requerimiento de la urgencia? Si se dice que sí, el argumento anteriormente utilizado sobre la Zona Especial Canaria no tendría valor. Si la premura en dictar una norma se deriva de la necesidad de producir determinados efectos, la inactividad o pasividad del Gobierno en la tramitación de un proyecto de ley no tendría importancia alguna. De contrario, el Gobierno podría dejar correr el tiempo para luego justificar la urgencia al dictar un Decreto-ley. Si la urgencia existe, no debe importar el motivo de su existencia. El constituyente, al regular esta figura, así parece que lo ha querido. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en este mismo sentido al decir que el retraso del Gobierno en dictar una norma reglamentaria no tiene transcendencia, a los efectos de analizar la extraordinaria y urgente necesidad, si la necesidad existe realmente (STC 11/2002, FJ 6°).

(4) PASCUAL GONZÁLEZ, M. M., “El Decreto-ley en materia tributaria: su aplicación en la configuración de la Zona Especial Canaria”, NUE, 2001, 203, pág. 131.

El Tribunal Constitucional, al estudiar el Real Decreto-ley 10/1981, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social, estableció que no se daban los requisitos habilitadores para dictar tal norma. Exigía el Tribunal que, para que se diesen, la norma debería establecer medidas concretas y de eficacia inmediata, no pudiéndose incluir entre las mismas un precepto meramente deslegalizador, que no afrontaba directamente la situación de extraordinaria y urgente necesidad y que ni fijaba un plazo para dictar esa regulación (STC 29/1982, FJ 6°).

La deslegalización debe distinguirse de la habilitación reglamentaria. Un Decreto-ley meramente habilitante puede ser conforme con la urgencia, reconociéndose así al analizar el Real Decreto-ley 1/1986, de medidas urgentes administrativas, fiscales, financieras y laborales (SSTC 23/1993, FJ 6°; 29/1986, FJ 2°). La urgencia puede comprobarse en relación con los intervalos temporales entre la aprobación, publicación, entrada en vigor y efectos de la norma, no siendo óbice que la regulación establezca, en el caso concreto, el aplazamiento de la aplicación⁵ del régimen del silencio positivo a las Administraciones Públicas distintas del Estado (STC 23/1993, FJ 6°).

Más tarde se dictó el Decreto-ley 8/1994, que suprimió las Cámaras de la Propiedad Urbana, habilitando al Gobierno para dictar el régimen jurídico regulador del régimen transitorio del patrimonio y del personal a su servicio. Este Decreto-ley se dicta como consecuencia de la STC 178/1994, que había anulado la Disposición Final Décima de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1990 que es la primera norma que decreta la disolución de dichas Cámaras. En este caso el Tribunal Constitucional entiende que existe el presupuesto habilitante, que está motivado precisamente por la Sentencia del Tribunal Constitucional 178/1994 que al anular dicha disolución da otra vez vida a las Cámaras de la Propiedad Urbana. El Decreto-ley 8/1994 tiene además un contenido normativo propio, ya que declara la supresión de las Cámaras de la Propiedad Urbana. La habilitación al Gobierno para regular el régimen patrimonial y del personal, a pesar de no establecerse un plazo para su ejercicio, es conforme con la Constitución, no siendo equiparable al supuesto analizado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1982,

(5) El Decreto-ley se dicta en marzo y la Disposición Transitoria Primera establece que en las Administraciones distintas a la estatal se aplicará a partir del 1 de julio. El TC dice que “El que la Disposición Transitoria Primera del Decreto-ley aplique la aplicación del régimen contemplado para el silencio positivo en el artículo 1 respecto de las Administraciones Públicas distintas de la Administración del Estado, y pese a que la cláusula general de entrada en vigor del texto (Disposición Final) sea del mismo día de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, no excluye la urgencia de la medida, sino más bien la imposibilidad técnica de su aplicación inmediata. El Decreto-ley ha establecido, con urgencia, un nuevo marco jurídico, que ha de ser aplicado por las Administraciones Públicas, habiendo de adoptar para ello los cambios organizativos pertinentes que posibiliten la simplificación y reducción de trámites y la agilidad de funcionamiento que presupone un sistema de silencio positivo. Es, por tanto, coherente con la urgencia de la medida que la inmediatez de la respuesta a la que tiene la Disposición Final se complementa con una cautela de transitoriedad para que las restantes Administraciones Públicas adecuen su gestión a la nueva normativa. La complejidad técnica de la legislación de muy distinta índole que incide en el tema –como evidencia el extenso anexo al Decreto-ley– que mantiene el sistema del artículo 94 de la Ley del Procedimiento Administrativo para las licencias y autorizaciones de ciertas clases de empresas e industrias hace necesario la previsión de un período transitorio de adaptación sin que por ello sufra la urgencia de la medida globalmente considerada” (STC 23/1993, FJ 6°).

en el que el legislador se limitaba a realizar una deslegalización. El Tribunal Constitucional pone de manifiesto también que el Gobierno ha realizado un uso diligente de la habilitación, habiendo dictado los Decretos de desarrollo con prontitud (STC 11/2002, FJ 7º).

III. EL PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN DE LOS DECRETOS-LEYES

El procedimiento de aprobación de los Decretos-leyes viene regulado en la Constitución Española y en el Reglamento del Congreso de los Diputados (RCD). La regulación constitucional es muy deficiente en este extremo y el Reglamento del Congreso de los Diputados debería contener una regulación que aclarase algunos aspectos confusos e importantes. Los Decretos-leyes deben ser convalidados o derogados dentro del plazo de treinta días desde su publicación⁶, plazo que es de días hábiles, y cuyo transcurso sin el pronunciamiento de la Cámara produce el decaimiento del Decreto-ley. En este plazo si se da la aprobación es suficiente, no siendo requerible la publicación. En algún caso la publicación del acuerdo de convalidación se ha producido meses después, lo que para el Tribunal Constitucional no afecta a la validez de esa aprobación. En el plazo del mes no se determina el *dies a quo*. De hecho los servicios de la Cámara deben descubrir la publicación para iniciar los trámites correspondientes. Sería aconsejable establecer la obligación de comunicación a la Cámara por parte del Gobierno cuando adopta el acuerdo de dictar un Decreto-ley.

Un elemento importante en el juego del control de la actividad del Gobierno por parte de las Cámaras estaría en el cumplimiento de las exigencias del Reglamento del Congreso de los Diputados, cuando obliga a que un miembro del Gobierno exponga ante las Cámaras las razones que han obligado a su promulgación⁷, realizándose con posterioridad el debate conforme a lo establecido para los debates de totalidad (art. 151.2 RCD). Los debates suelen ser con frecuencia puro formulismo. En algún caso, después de realizarse una aguda crítica al Decreto-ley, el mismo grupo da el voto favorable a la convalidación. Teniendo en cuenta el carácter de la extraordinaria y

LOS REQUISITOS DE EXTRAORDINARIA Y URGENTE NECESIDAD DEBEN MOTIVARSE POR EL GOBIERNO PUDIENDO POSTERIORMENTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMPROBAR SI REALMENTE SE HAN CUMPLIDO

(6) DE LA IGLESIA CHAMORRO, A., "La 'convalidación' parlamentaria del Decreto-ley en España", RCG, 1998, 44, pág. 47.

(7) La CE también habla de promulgación, aunque el art. 151.1 RCD hace referencia a la publicación en el BOE. Sobre esta cuestión véase recientemente DE LA IGLESIA, pág. 47.

urgente necesidad, una intervención más viva de los grupos parlamentarios sería del todo aconsejable.

La poca importancia que se da a este trámite parlamentario pone en cuestión el papel del parlamento como centro de debate de la vida democrática. La reserva de ley tiene sentido como reserva a parlamento, en el sentido de publicitar el debate y permitir el juego de la oposición. Así se legitiman las normas en un Estado democrático. Frente a este argumento no cabe acudir a la concepción del Estado de partidos, que en este aspecto manifiesta una vez más un exceso no deseable. En la voluntad del constituyente anida el principio parlamentario y el control del Gobierno por la Cámara. Al no hacerlo así se está dando un mal cumplimiento al régimen jurídico de los Decretos-leyes⁸.

El procedimiento de aprobación de los Decretos-leyes pone de manifiesto una carencia que se produce en muchos aspectos constitucionales, que es la total ausencia de reflejo de la estructura autonómica del Estado en esta cuestión. Las Comunidades Autónomas no participan en el proceso de convalidación de los Decretos-leyes, a pesar de que en algunos casos puedan verse afectadas competencias autonómicas. Es éste uno de los aspectos más llamativos de la regulación, cuando se pone de manifiesto además que los Decretos-leyes se han configurado como una forma ordinaria de gobierno.

La regulación del procedimiento de convalidación suscita importantes dudas sobre los efectos de esa convalidación o de la “derogación” (art. 82 CE). Debido a la equívoca utilización de los términos por el constituyente, se plantea la duda de si los efectos de la no convalidación son *ex tunc* o *ex nunc*. El hecho de que la CE utilice el término derogación ha llevado a algunos autores a considerar los efectos *ex nunc*⁹. Esta interpretación es contestada por la doctrina mayoritaria al considerar que no puede reconocérsele efectos a una norma que no es convalidada por el Congreso. El problema se plantea entonces con los efectos que la norma haya podido producir. Habría sido interesante que la normativa acogiese la posibilidad de que el legislador pudiese regular los efectos de la no convalidación como sucede en Italia. Una disposición de este tipo podría encontrar acomodo en el Reglamento del Congreso de los Diputados¹⁰.

(8) TUR AUSINA, R., “La participación de la oposición en el control de los Decretos-leyes”, CDP, 1999, 8, pág. 117.

(9) ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “Teoría y práctica del Decreto-ley en el Ordenamiento español”, RAP, 1985, 106, pág.152.

(10) DE LA IGLESIA CHAMORRO, A., “La ‘convalidación’ parlamentaria...”, cit., pág. 55. El artículo 77 in fine de la Constitución italiana dice: “Las Cámaras podrán, sin embargo, regular mediante ley las relaciones jurídicas surgidas en virtud de los decretos que no hayan sido convertidos en ley”.

IV. LAS MATERIAS REGULADAS MEDIANTE DECRETO-LEY

Los Decretos-leyes tienen unas materias que no pueden regular. Sus normas no pueden afectar al ordenamiento de las Instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I de la Constitución Española, al régimen de las Comunidades Autónomas y al Derecho electoral general (art. 86.1 CE). Junto a estas materias excluidas en el precepto que regula los Decretos-leyes, hay otras en las que el Decreto-ley está excluido por así deducirse del propio dictado de la norma, así la reforma, revisión y suspensión de la Constitución (arts. 167 y 168 CE) la ratificación de tratados internacionales (arts. 93 y 94.1 CE), también la posibilidad de realización de delegaciones legislativas (art. 82 CE), planteando problemas jurídicos importantes la posibilidad de la deslegalización mediante un Decreto-ley, donde existe algún pronunciamiento constitucional equívoco (STC 29/1986, FJ 6º), estando la doctrina dividida sobre la posibilidad de admitir la deslegalización mediante este instrumento¹¹. También presenta una problemática peculiar la posibilidad de aprobación de normas presupuestarias y de créditos extraordinarios y suplementarios mediante Decreto-ley, aunque a este aspecto se dedicará posteriormente una reflexión más detenida. El Decreto-ley tampoco podrá ser utilizado para la aprobación del plan económico general (art. 131 CE) aunque será difícil que dados los tiempos pueda elaborarse un plan de este tipo. También presenta problemas la posibilidad de aprobar una emisión de deuda pública mediante Decreto-ley, ya que podría ir en contra del artículo 135.1 CE y, finalmente, no sería posible el que un Decreto-ley actuase para convalidar precisamente otro Decreto-ley¹². Pasando a analizar algunas de estas materias que presentan peculiaridades o problemas especiales, se empezará el análisis por la prohibición de que los Decretos-leyes afecten al régimen jurídico de las Comunidades Autónomas.

A) La afectación al régimen de las Comunidades Autónomas

La interpretación de cuándo debe de entenderse que el Decreto-ley afecta al régimen de las Comunidades Autónomas y por tanto no es factible su emisión, plantea el problema del propio concepto del régimen de las Comunidades Autónomas. Hay algunos componentes del régimen de las Comunidades Autónomas que evidentemente estarían imposibilitados o no sería factible que el Decreto-ley los regulase por estar además sometidos a la reserva de ley orgánica. El Estatuto de autonomía es evidente que no podría ser regulado mediante un Decreto-ley. Tampoco parece que podría regularse el régimen de financiación de las Comunidades Autónomas a través de esta norma legal. Tampoco podría utilizarse el Decreto-ley para dictar las normas de transferencia, delegación o armonización que están previstas en el artículo 150 del Texto constitucional. Quizá aquí el problema más interesante a reseñar estaría en la interpretación de si al regular una materia en concreto, de competencia estatal y autonómica, el Decreto-ley puede utilizarse para estable-

(11) CARMONA CONTRERAS, A. Mª., *La configuración constitucional del Decreto-ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 216; BLASCO, A., "Principios de la jurisprudencia constitucional sobre los decretos-leyes", REDA, 1983, 36, pág. 120.

(12) CARMONA CONTRERAS, A. Mª., *La configuración...*, cit., págs. 225 y 226.

cer aquellos elementos que se consideran básicos de la regulación y si esta regulación de lo básico realizada de esta manera no puede entenderse que afectaría al régimen de las Comunidades Autónomas.

Las interpretaciones doctrinales sobre esta cuestión parten de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional donde se reconoce expresamente la posibilidad de que un Decreto-ley puede regular materias en las que las Comunidades Autónomas tengan competencia, señalando que esto es factible siempre que “esa regulación no tenga como fin atribuir competencias ni delimitar positivamente la esfera de las competencias autonómicas” (STC 23/1993, FJ 2º). La dicción de este precepto deja de ser todo lo clara que sería de desear. Para algún autor esta afirmación del Tribunal excluye el Decreto-ley cuando, mediante esa norma, se pretenda realizar una atribución de competencias, pero no cuando se dicte en una materia de competencia estatal y autonómica, que tiene como efecto la delimitación de lo que es estatal dando entrada en el resto a la norma autonómica¹³.

Una interpretación del todo diferente ha sido la realizada al hilo del artículo 67 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional donde se hace referencia en relación con los conflictos de competencia al supuesto en el que “la competencia controvertida hubiese sido atribuida por una Ley o norma con rango de Ley”. Para algún autor esta referencia a norma con rango de ley debe de ser entendida únicamente como relativa a los Decretos Legislativos, ya que entiende que si un Decreto-ley delimita las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas está afectando directamente al régimen de las Comunidades Autónomas, a su régimen jurídico y por tanto a la prohibición del artículo 86 de afectar al régimen de las Comunidades Autónomas¹⁴.

Esta última interpretación parece la más plausible, teniendo en cuenta no solamente este análisis literal de las normas sino el propio significado del Estado de las Autonomías. Si el Decreto-ley solamente es convalidado por el Congreso de los Diputados, esto quiere decir que la denominada Cámara de representación territorial no participa en su convalidación. Por otra parte, si el Decreto-ley se dicta con una pretendida urgencia, la consecuencia es que tampoco las Comunidades Autónomas son informadas de esta pretensión de dictar esa norma y que en consecuencia no participan en el procedimiento legislativo. Si el Estado es un Estado compuesto, parece que las decisiones fundamentales, en materias de especial relevancia para las Comunidades Autónomas, como aquellas en las que el Estado tiene una competencia básica y las Comunidades Autónomas la competencia para dictar normas de desarrollo, la intervención estatal debe ser una intervención que debe oír los intereses de esas Comunidades Autónomas. En este sentido, cuando se hace referencia al régimen de las Comunidades Autónomas parece que habría que tener en cuenta también este elemento institucional o participativo para interpretar el alcance del artículo 86.1 CE. Atendiendo a la normativa recientemente dictada por el Estado,

(13) MALARET GARCÍA, E., “Algunas consideraciones en torno a la STC 29/1986”, RAP, 1986, 111, pág. 289.

(14) SANTOLAYA MACHETTI, P., *El régimen constitucional de los Decretos-leyes*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 168 y 169.

puede comprobarse cómo una materia tan característica de la competencia autonómica como es la relativa a la propiedad urbana y el urbanismo, el Gobierno, nada más iniciar sus mandatos, dicta dos Decretos-leyes afectando de manera sustancial a la política urbanística de las Comunidades Autónomas (Véanse en este sentido el Decreto-ley 5/1996 y el Decreto-ley 4/2000).

No parece justificado ni defendible que una medida de este tipo, que afecta de tal forma a la política urbanística de las Comunidades Autónomas se adopte por el Gobierno mediante Decreto-ley. Ciertamente se considera que el Estado no está justificado para tener competencias en esta materia, pero la Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, tan acertada en la interpretación del principio de supletoriedad del artículo 149.3 CE, no lo es sin embargo cuando introduce como competencia estatal, en virtud del artículo 149.1.1 CE, la competencia para dictar una normativa reguladora del “derecho de propiedad urbana”. Tal como se ha señalado en otro lugar¹⁵, siguiendo este principio, en todos los ámbitos de competencia autonómica se podría entender la existencia de un derecho de propiedad turístico, comercial, cultural, etc. La competencia estatal se convertiría de este modo en una competencia universal. Por otro lado, al considerar que la competencia estatal actúa precisamente para regular el derecho de propiedad urbana, los citados Decretos-leyes parece que estarían afectando precisamente a ese derecho y por tanto no podrían adquirir esa forma jurídica. Sobre esta cuestión se tratará posteriormente. En todo caso es preciso señalar que el Tribunal Constitucional ha admitido expresamente la posibilidad de que mediante Decreto-ley se establezcan las bases o legislación básica de una materia (STC 11/2002, FJ 8°).

B) La afectación a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos

La interpretación del alcance de este precepto presenta también importantes problemas, ya que a través del término afectar se podría entender que cualquier regulación que tuviese consecuencias en los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos estaría excluida de la posibilidad de obtener una regulación mediante un Decreto-ley. La interpretación del alcance de este término se ha manifestado en dos tipos de

**DEBEN SER CONVALIDADOS
POR EL CONGRESO EN EL
PLAZO DE TREINTA DÍAS
HÁBILES DESDE SU
PUBLICACIÓN, LO QUE
PONE DE MANIFIESTO LA
AUSENCIA DE PARTICIPACIÓN
DE LAS CCAA AUNQUE
SE VEAN AFECTADAS SUS
COMPETENCIAS**

(15) LASAGABASTER HERRARTE, I., “El derecho de propiedad urbana y el artículo 149.1 CE (nota a la STC 61/1997, de 20 de marzo)”, *RVAP*, 1998, 50, págs. 303 y ss., en especial pág. 317.

materias fundamentalmente. En primer lugar las relacionadas con el derecho de propiedad, como consecuencia precisamente del Decreto-ley de expropiación de Rumasa. En este caso el Tribunal Constitucional señaló claramente que el término afectar no podía ser interpretado como cualquier forma de intromisión o de modificación de un derecho, sino que con el mismo se debía de entender que se estaba haciendo referencia a una normativa que desarrollase el ejercicio de ese derecho (STC 111/1983). Tanto el Decreto-ley como la propia Sentencia son excepcionales¹⁶, por lo que extraer una doctrina de este supuesto no parece muy adecuado. Quizá un ámbito en el cual se ha discutido esta afectación de manera más precisa ha sido en relación con los tributos.

La regulación de cualquier tributo podría afectar al deber de contribuir previsto en el artículo 31 CE, lo que plantea la cuestión de si los Decretos-leyes pueden o no entrar en materia tributaria. Inicialmente hubo algunas interpretaciones muy estrictas, negando toda posibilidad de intervención del Decreto-ley en materia tributaria, recibiendo posteriormente este estricto pronunciamiento doctrinal la contestación de destacados autores que pusieron de manifiesto la necesidad de buscar una interpretación más matizada a este precepto¹⁷.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este extremo señalando que no toda medida tributaria está excluida de la intervención del Decreto-ley sino solamente la determinación de los elementos esenciales del tributo (STC 182/1997, FFJJ 6º, 7º y 8º).

Esta progresiva matización de los límites, que la regulación de los derechos fundamentales tiene sobre la posibilidad de dictar Decretos-leyes, invita a realizar una breve reflexión sobre esta cuestión a la luz de los Decretos-leyes 5/1996 y 4/2000, sobre liberalización de la política del suelo y regulación del derecho de propiedad urbana. Si estas normas se han dictado por entender que se sustentan en el artículo 149.1.1 CE, que habilitaría para regular las condiciones esenciales en el ejercicio de los derechos y deberes constitucionales, nada más evidente que la característica de la intervención estatal, intervención que para ser legítima debe de afectar precisamente a un elemento central del derecho afectado. Si esto es así, no se llega a comprender cómo es factible que esa afectación de ese derecho fundamental pueda realizarse mediante un Decreto-ley y no deba estimarse conculcadora precisamente del artículo 86.1 CE. El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre estos Decretos-leyes, aunque no ha entrado en concreto a discernir sobre la constitucionalidad o no de esta regulación mediante Decreto-ley.

(16) PARADA VÁZQUEZ, J.R., "Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas", *RAP*, 1983, 100-102 (II), págs. 1.139 a 1.168; GARCÍA MACHO, R., "La expropiación del grupo RUMASA: En torno a una conflictiva sentencia del Tribunal Constitucional español", *RVAP*, 1985, 11, págs. 223 a 231.

(17) PÉREZ ROYO, F., "Principio de legalidad, deber de contribuir y decretos-leyes en materia tributaria", *REDC*, 1985, 13, págs. 41 y ss.

C) Los Tratados Internacionales y los Decretos-leyes

Los Tratados internacionales constituyen uno de los ámbitos en los cuales las competencias de las Cámaras se utilizan con mayor displicencia. Tal como ha señalado la doctrina, el control de la política exterior del Gobierno del Estado se actúa de forma muy limitada por las Cámaras. Esta falta de intervención parlamentaria puede ser causa de la utilización por parte del ejecutivo de instrumentos jurídicos no adecuados para la aprobación de los Tratados internacionales. Éste es el caso paradigmático de los Decretos-leyes. En algunos casos el ejecutivo estatal ha acudido a la figura del Decreto-ley, tal como ha sucedido con el Real Decreto-ley 14/1998 con el cual el Estado se adhiere a diversos acuerdos del Fondo Monetario Internacional.

La prestación del consentimiento del Estado para obligarse mediante Tratados internacionales requiere la previa autorización de las Cortes Generales (art. 94.1 CE). Téngase en cuenta la dicción del precepto. No dice que tiene que aprobarse mediante ley sino que es necesaria la “previa autorización de las Cortes Generales”. Se exige por tanto que antes de la prestación del consentimiento y de que adquiera plenamente valor el Tratado será necesaria una autorización previa y que esa autorización previa además debe ser de ambas Cámaras, del Congreso y del Senado. La aprobación de un Tratado internacional mediante un Decreto-ley incumple claramente esta exigencia constitucional. Al aprobarse el Tratado internacional mediante un Decreto-ley y publicarse en el Boletín Oficial del Estado, la norma entra en vigor. Se da por tanto el caso de la entrada en vigor de un Tratado internacional sin que haya sido “autorizado previamente” por las Cámaras. Pero además, el Decreto-ley será posteriormente convalidado por el Congreso, con lo que tampoco se sana el defecto ni de la previa autorización ni de la intervención de ambas Cámaras, ya que el Decreto-ley se perfecciona mediante la convalidación del Congreso de los Diputados, mientras que el artículo 99.1 CE exige la intervención de ambas Cámaras.

Por otra parte, aunque se entendiese esta segunda intervención del Congreso de los Diputados, con la convalidación del Decreto-ley, como una intervención suficiente para asumir la obligación internacional por parte del Estado, esta convalidación no sanaría el incumplimiento del artículo 94.1 de la Constitución, ya que se habría obligado al Estado internacionalmente sin la autorización previa del Parlamento. La doctrina más cualificada defiende la diferenciación entre autorización previa y aprobación mediante ley. Si el Texto constitucional ha distinguido claramente estos supuestos, el Gobierno no es quien para modificar esas previsiones constitucionales ni tampoco el Congreso de los Diputados¹⁸.

D) Decretos-leyes y normas presupuestarias

Los Presupuestos Generales del Estado presentan una problemática especial como consecuencia de la regulación de esta norma realizada por la CE. El art. 134 CE establece un

(18) CARMONA CONTRERAS, A. M^a., “Decreto-ley y relaciones internacionales: una compatibilidad constitucionalmente problemática”, *REP*, 2000, 110, cit., pág. 61.

contenido necesario de los Presupuestos y a su vez limitaciones a su contenido y a su vigencia. Se prevé así mismo la prórroga automática de su vigencia si no se aprueban los nuevos Presupuestos antes del primer día del ejercicio económico correspondiente. La interpretación de estas características de la Ley de Presupuestos ha llevado a diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, que ha ido definiendo el alcance de la Ley de Presupuestos, en especial el contenido que le resulta propio.

La relación entre los Decretos-leyes y la normativa presupuestaria se debe a la utilización del Decreto-ley como norma de prórroga de los Presupuestos del ejercicio anterior. Se ha dado en dos ocasiones el supuesto de prórroga de los Presupuestos del año anterior, dictándose sendos Decretos-leyes con esa función. Los Decretos-leyes son el 7/1989 y el 12/1995. La simple prórroga no necesitaría de un Decreto-ley, ya que la misma actuaría directamente en virtud de la previsión constitucional (art. 134.4 CE). Si se dicta un Decreto-ley es precisamente para prorrogar aquellos aspectos de la Ley de Presupuestos no afectados por la prórroga automática. En este punto se suscita la cuestión de la vigencia temporal de las normas presupuestarias. Puede haber normas presupuestarias de alcance indefinido, si así lo establece la propia Ley de Presupuestos. También puede haber normas que por su propio contenido se deba entender que su vigencia no es simplemente anual. Entonces ¿qué función tiene un Decreto-ley de “prórroga” de los Presupuestos?

Un Decreto-ley de este tipo puede tener como finalidad específica el prever gastos o ingresos no prorrogables. Si es así, se ha afirmado que ese Decreto-ley sería inconstitucional, ya que no respetaría la prórroga automática prevista constitucionalmente, prórroga que permite determinados gastos, debiéndose para los demás esperar a la aprobación de los nuevos presupuestos. Una interpretación de este tipo significaría entender que los Presupuestos deben ser aprobados por las Cortes Generales, teniendo como tales Presupuestos un contenido propio. El Tribunal Constitucional ya se ha ocupado sin embargo de decir que toda norma que regule un contenido propio de los Presupuestos no debe ser aprobada respetando las normas que regulan su forma de elaboración y su régimen jurídico. Una norma con contenido presupuestario puede ser aprobada por el procedimiento legislativo ordinario, no estando sometida a las limitaciones que a las normas presupuestarias establece la CE.

Consecuencia de todo lo anterior es que la utilización del Decreto-ley para ir más allá de la simple prórroga automática prevista en el art. 134.7 CE significa para algunos autores una actuación inconstitucional. Con el Decreto-ley se da satisfacción a la pretensión de Bismarck de adoptar un procedimiento para aprobar los presupuestos por el Gobierno, sin la intervención de las Cámaras. La posterior convalidación del Decreto-ley por el Congreso no sana este vicio, ya que el Decreto-ley sería claramente inconstitucional y ese vicio no puede ser sanado¹⁹.

(19) ESCRIBANO, F., “La disciplina constitucional de la prórroga de Presupuestos”, REDC, 1997, 50, pág. 121.

V. ALGUNOS DATOS SOBRE EL DECRETO-LEY Y SU UTILIZACIÓN

La lectura de los Decretos-leyes dictados pone de manifiesto una serie de cuestiones de interés. En primer lugar llama la atención el elevado número de Reales Decretos-leyes y la importancia creciente de dichos Reales Decretos-leyes en relación con las leyes aprobadas. Como puede comprobarse, desde la subida del Partido Popular al poder el porcentaje de Decretos-leyes se dispara. Algún autor había puesto de manifiesto la relación entre Decretos-leyes y gobierno sin mayoría parlamentaria²⁰. Así habría sucedido durante los años 1992 y 1993. En estos años habría aumentado el número de Decretos-leyes mientras se daba la existencia de un Gobierno sin mayoría parlamentaria. Posteriormente el número de Decretos-leyes aumenta significativamente durante el período en que el Partido Popular no tiene mayoría parlamentaria. En las elecciones del año 2000 el Partido Popular obtiene la mayoría absoluta. El número de Decretos-leyes que se dictan con posterioridad no disminuye, al contrario, aumenta. En el año 2000 el porcentaje de Decretos-leyes sobre el total de leyes dictadas es del 71,42 por ciento y en el año 2001 el porcentaje es similar, del 61,53 por ciento. En estos dos últimos años se rompe por tanto esa posible teoría de la relación entre el número de Decretos-leyes y no tener mayoría absoluta. El Partido Popular ha disfrutado de una mayoría absoluta y en los años 2000 y 2001 el porcentaje de Decretos-leyes emitidos en relación con las leyes ha aumentado.

La relación porcentual es importante pero quizá no suficientemente significativa. Una consideración más rigurosa de la figura exigiría analizar las materias en las que el Decreto-ley ha resultado operativo. Si a pesar del aumento de su número, los Decretos-leyes se dictasen en materias en las que realmente existía una necesidad, el aumento podría no ser significativo. En el año 2001, de los Decretos-leyes dictados cinco lo han sido en relación con situaciones de emergencia producidas por las inundaciones y tres con la sanidad. El resto tiene un importante contenido económico. En el año 2000, en cambio, prácticamente todos los Decretos-leyes se dictaron en materia económica. Quizá habría que señalar que en dicho año se celebraron elecciones y los años en que se producen elecciones se ralentiza la actividad parlamentaria ordinaria y el papel del Decreto-

**SU NÚMERO HA IDO
CRECIENDO LENTA PERO
PAULATINAMENTE
ADQUIRIENDO EN LOS
ÚLTIMOS AÑOS UNAS
PROPORCIONES
ABSOLUTAMENTE
DESMESURADAS EN
RELACIÓN A LA ACTUACIÓN
LEGISLATIVA DE LAS
CORTES GENERALES**

(20) DÍEZ-PICAZO, L. M., "Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri: l'esperienza spagnola", QC, 1996, 1, pág. 62.

ley aumenta en importancia. Por otra parte, producidas las elecciones, el Gobierno resultante suele utilizar el Decreto-ley para satisfacer las exigencias de los sectores económicos que le han apoyado o para intervenir de forma efectiva en determinados sectores, teniendo en cuenta que el Parlamento ha tenido un período de sesiones muy breve debido precisamente a las elecciones. En esas fechas también, los órganos parlamentarios quizá tengan una actividad legislativa menor que la ordinaria. En algunos años de elecciones el número de leyes aprobadas es sensiblemente inferior a otros años. Así sucede, por ejemplo, los años 1996 y 2000, en los que se aprueban 14 leyes cada año.

Las materias reguladas mediante Decreto-ley han sido muy diversas, aunque en los últimos años destaca la utilización de los Decretos-leyes para la liberalización de sectores económicos hasta ese momento fuertemente intervenidos o en manos del Estado. Los Decretos-leyes se han dictado en materias muy diversas, a pesar de estar contenidas en una misma norma. Así un mismo Decreto-ley ha afectado a urbanismo, a los transportes por carretera y a la actividad de intermediación en el sector inmobiliario (Decreto-ley 4/2000). En otra ocasión el mismo Decreto-ley ha regulado la tarifa plana y la liberalización de la prestación del servicio de inspección técnica de vehículos (Decreto-ley 7/2000). En ambos casos la justificación de la urgencia en dictar la norma se limita a una frase que repite el contenido del art. 86 CE y poco más.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Los Decretos-leyes responden a un requerimiento, extraordinario y urgente, de dictar una norma. En abstracto no hay nada que objetar a este hecho. En concreto significa analizar en qué supuestos y a través de qué procedimientos puede reconocerse la legitimidad de acudir a una norma de ese tipo. Este análisis concreto exige comprobar la adecuación de esa potestad legislativa excepcional, que se reconoce al Gobierno, a otros principios o requerimientos constitucionales. Las respuestas, que los ordenamientos jurídicos han dado a la extraordinaria y urgente necesidad de enfrentarse a una situación que exige dictar normas jurídicas, han sido diversas. La Constitución de 1978 se ha enfrentado al problema realizando una regulación de los Decretos-leyes en los que se deben de analizar los hechos o cuestiones que habilitan a dictar la norma, el procedimiento que debe de seguirse y las materias que son susceptibles de verse afectadas.

El análisis de estas tres cuestiones llevará a enmarcar el Decreto-ley en la estructura jurídico-institucional estatal y las consecuencias que su utilización puede tener en el equilibrio de poderes. Según el número e importancia de los Decretos-leyes que se dicten se verá afectada también la relación entre Gobierno y Parlamento.

La habilitación para dictar un Decreto-ley exige la existencia de una extraordinaria y urgente necesidad. En lo que hace referencia a la extraordinaria necesidad su existencia está fundamentalmente sometida a un criterio político. La urgencia, por el contrario, exige en lo fundamental poner de manifiesto que la tramitación por el procedimiento legislativo de urgencia de esa disposición no podría producir el mismo efecto que dictar

Los Decretos-leyes: teoría y práctica

un Decreto-ley, aunque el Tribunal Constitucional también ha puesto de manifiesto que, al no estar en manos del Gobierno la posibilidad de que dicha norma se tramite por el procedimiento legislativo de urgencia, el Decreto-ley estaría siempre justificado (STC 182/1997). Más recientemente el Tribunal Constitucional sin embargo ha realizado un detenido análisis del cumplimiento de esos requisitos de extraordinaria y urgente necesidad (STC 11/2002). Del pronunciamiento del Alto órgano jurisdiccional se deriva que la urgencia debe de analizarse a la luz de la motivación de la propia norma, del contenido del expediente realizado en esa tramitación y de las intervenciones realizadas en la Cámara. Este control del Tribunal Constitucional se presenta sin embargo como un control más teórico que real en algunos aspectos. Si se atiende a esta última Sentencia 11/2002, se comprueba cómo la misma se dicta en relación con un Real Decreto-ley dictado en 1994. Es decir, ocho años más tarde. Si el control del Tribunal Constitucional se realiza con esta dilación de tiempo se quedaría sin valor aquella afirmación, inicialmente válida, de Ignacio DE OTTO quien ante la crítica del reconocimiento de una potestad legislativa al Gobierno, señalaba que dicha potestad legislativa era excepcional y que existía un órgano para controlarla que era precisamente el Tribunal Constitucional²¹.

La tramitación de los Decretos-leyes para su convalidación o, en su caso, aprobación como una nueva ley no ha sido regulada acertadamente en la Constitución ni tampoco en el Reglamento del Congreso de los Diputados. Algunas cuestiones que podrían tener una solución más o menos clara, como los efectos *ex nunc* o *ex tunc* de la aprobación de la convalidación o derogación del Decreto-ley, no han sido debidamente atendidos en el Reglamento de la Cámara. Desde la perspectiva procedimental llama también la atención el que el Decreto-ley pueda afectar a materias de competencia de las Comunidades Autónomas, sin que las mismas participen en su elaboración²². No se olvide que el Decreto-ley es solamente convalidado por el Congreso de los Diputados y no por el Senado. En este sentido no puede dejarse de traer a colación que en algunos Estados de estructura federal, un importante número de normas aprobadas por la Cámara Baja deben necesariamente ser aprobadas por la Cámara Alta, donde están representados los Estados federados, como es el caso de la República Federal de Alemania. Sirva esto de comparación para comprobar la ruptura que el Decreto-ley produce en la lógica del Estado autonómico.

Los Decretos-leyes tienen excluidas algunas materias de su ámbito de regulación, aunque las contradicciones que se presentan en esta cuestión son manifiestas. En primer lugar se considera que los Decretos-leyes pueden lícitamente regular materias de competencia compartida, estableciendo lo que es básico en una determinada regulación. Así se dicta en virtud del artículo 149.1.1 de la Constitución un Decreto-ley regulador del derecho de propiedad urbana. Si este Decreto-ley se dicta precisamente por afectar a un derecho

(21) DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 213.

(22) Las últimas impugnaciones que se han realizado de Decretos-leyes han tenido lugar precisamente a instancias de diversas Comunidades Autónomas, tal como ha sucedido con la impugnación de los Decretos-leyes 4, 6 y 7/2000, relativos a Medidas Urgentes de Liberalización en el Sector Inmobiliario y de Transportes, de Medidas Urgentes y de Intensificación de la Competencia en el Mercado de Bienes y Servicios y de Medidas Urgentes en el Sector de Telecomunicaciones.

constitucional, como sería el derecho de propiedad urbana, se estaría violando otra previsión constitucional y es la de que los Decretos-leyes no pueden afectar a los derechos constitucionales. Sin embargo en esta cuestión el Tribunal Constitucional también parece defender una postura muy abierta, interpretando este término “afectar” referido a una normativa que desarrolle el derecho constitucional. En todo caso no deja de manifestarse una clara contradicción entre reconocer una competencia al Estado en virtud del artículo 149.1.1 de la Constitución y, al mismo tiempo, permitirle dictar un Decreto-ley en esa materia, cuando la Constitución dice que los Decretos-leyes no pueden afectar a los derechos fundamentales.

Dos aspectos no establecidos expresamente en el artículo 86 de la Constitución, pero sí en otros preceptos de la misma, son especialmente criticados por la doctrina. Éste es el caso de los Decretos-leyes que se dictan para aprobar Tratados internacionales y en relación con prórrogas presupuestarias. En la aprobación de Tratados internacionales es muy clara la dicción del Texto constitucional que exige la previa autorización de las Cortes Generales. La intervención del Decreto-ley significa una aprobación previa a la intervención de las Cortes Generales por lo que se estaría produciendo un incumplimiento del dictado constitucional.

Finalmente cabría hacer una referencia a la utilización de la figura del Decreto-ley desde la entrada en vigor del Texto constitucional. El número de Decretos leyes puede considerarse que ha ido creciendo lenta pero paulatinamente, adquiriendo en los últimos años unas proporciones absolutamente desproporcionadas en relación a la actuación legislativa ordinaria de las Cortes Generales. Los Decretos-leyes han tenido desarrollo especialmente en materia económica, aunque no en aspectos coyunturales de esa actividad económica. En algunos casos el Decreto-ley se ha utilizado para regular o liberalizar sectores económicos muy intervenidos, lo que parece un procedimiento adecuado. Algunos autores señalaban que la utilización creciente de los Decretos-leyes estaba vinculada a la existencia de Gobiernos con un apoyo minoritario en la Cámara, tesis que se ve contradicha en los últimos años ya que el número de Decretos-leyes ha aumentado a pesar de que el Partido del Gobierno disfruta de mayoría absoluta.

Este hecho pone de manifiesto la existencia de una forma de gobernar en la que el papel del Parlamento se ve cada vez más minusvalorado. Si a la creciente utilización de los Decretos-leyes se une la existencia de una mayoría absoluta en la Cámara del partido del Gobierno, el socavamiento de la institución parlamentaria es evidente. Los Decretos-leyes se utilizan como una forma de gobernar, sin que existan los supuestos habilitadores que se exigen para poder dictarse válidamente. Es más no importa que existan o no. Los controles que posteriormente pueda actuar el Tribunal Constitucional son siempre accidentales y muy tardíos. La influencia del denominado Estado de partidos en el funcionamiento de las instituciones del Estado de Derecho, con las consecuencias de todos conocidas en la Institución parlamentaria, se ven acentuadas por la indebida utilización de instrumentos jurídicos como los Decretos-leyes, cuya deficiente regulación, mal uso y tardío, si es que llega a producirse, control jurisdiccional permiten este hecho.

Los Decretos-leyes: teoría y práctica

Año	L	D-L	%D-L
79	42	19	31,14
80	74	15	16,85
81	46	19	29,23
82	53	25	32,05
83	45	8	15,09
84	50	15	23,07
85	49	8	14,03
86	25	2	7,40
87	34	5	12,82
88	44	7	13,72
89	20	7	25,92
90	31	6	16,21
91	31	5	13,88
92	39	6	13,33
93	23	21	47,72
94	43	13	23,21
95	44	12	27,27
96	14	17	100,21
97	66	29	43,93
98	50	16	32
99	54	22	40,74
00	14	10	71,42
01	26	16	61,53

* Los datos son de elaboración propia, contrastada con los elaborados por DÍEZ-PICAZO, L. M., "Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri: l'esperienza spagnola", QC, 1996, 1, pág. 66.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AAVV, Libro Homenaje a J.L.Villar Palasí, Civitas, Madrid, 1989.
- ALEGRE ÁVILA, J.M., "La viabilidad constitucional del decreto-ley en materia tributaria y la regulación del derecho de propiedad", RAP, 1984, 105, págs. 65 a 132.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V., El concepto de necesidad en Derecho público, Civitas, Madrid, 1996.
- ALZAGA, O. (dir.), Comentario a las leyes políticas. Constitución Española de 1978, vol. VII, EDER-SA, Madrid, 1985.
- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., "Artículo 86; decreto-ley" en AAVV, Comentario a las leyes políticas..., cit.

- ASTARLOA HUARTE-MENDICOA, I., “Teoría y práctica del Decreto-ley en el Ordenamiento español”, *RAP*, 1985, 106, págs. 97 a 169.
- BLASCO, A., “Principios de la jurisprudencia constitucional sobre los decretos-leyes”, *REDA*, 1983, 36, págs. 111 a 120.
- CARMONA CONTRERAS, A. M^a., *La configuración constitucional del Decreto-ley*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
“Decreto-ley y relaciones internacionales: una compatibilidad constitucionalmente problemática”, *REP*, 2000, 110, págs. 59 a 78.
- CARRILLO LÓPEZ, M., “El decreto-ley: ¿habitualidad o excepcionalidad?”, *RCG*, 1987, 11, págs. 47 a 80.
- CRUZ VILLALÓN, P., “Tres sentencias sobre el decreto-ley (SSTC 29/1982 y 6 y 111/1983)”, en *AAVV, El Gobierno...*, cit.
- DE LA IGLESIA CHAMORRO, A., “La ‘convalidación’ parlamentaria del Decreto-ley en España”, *RCG*, 1998, 44, págs. 8 a 61.
- DE OTTO, I., *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987.
- DÍEZ-PICAZO, L. M., “Atti legislativi del Governo e rapporti fra i poteri: l’esperienza spagnola”, *QC*, 1996, 1, págs. 47 a 67.
- ESCRIBANO, F., “La disciplina constitucional de la prórroga de Presupuestos”, *REDC*, 1997, 50, págs. 103 a 123.
- FALCÓN TELLA, R., “El decreto-ley en materia tributaria”, *REDC*, 1984, 10, págs. 183 a 213.
- GARCÍA MACHO, R., “La expropiación del grupo RUMASA: En torno a una conflictiva sentencia del Tribunal Constitucional español”, *RVAP*, 1985, 11, págs. 223 a 231.
- LASAGABASTER HERRARTE, I., “El derecho de propiedad urbana y el artículo 149.1 CE (nota a la STC 61/1997, de 20 de marzo)”, *RVAP*, 1998, 50, págs. 303 a 328.
- LINDE PANIAGUA, E., “Anotaciones a los decretos-leyes de convocatoria de los referéndum autonómicos en el País Vasco y Cataluña. Vigencia de la Constitución y reserva de ley orgánica”, *RAP*, 1979, 89, págs. 411 a 417.
- LÓPEZ GARRIDO, D., “Reflexiones sobre la constitucionalidad del Real Decreto-ley 1/1992, de medidas urgentes sobre el fomento del empleo y protección del desempleo”, *REDC*, 1993, 38, págs. 13 a 48.

Los Decretos-leyes: teoría y práctica

- MALARET GARCÍA, E., “Algunas consideraciones en torno a la STC 29/1986”, *RAP*, 1986, 111, págs. 275 a 290.
- MORILLO-VELARDE, J.I., “El decreto-ley en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional”, en AAVV, *Libro Homenaje a...*, cit.
- PARADA VÁZQUEZ, J.R. “Expropiaciones legislativas y garantías jurídicas”, *RAP*, 1983, 100-102 (II), págs. 1.139 a 1.168.
- PASCUAL GONZÁLEZ, M. M., “El Decreto-ley en materia tributaria: su aplicación en la configuración de la Zona Especial Canaria”, *NUE*, 2001, 203, págs. 121 a 131.
- PÉREZ ROYO, F., “Principio de legalidad, deber de contribuir y decretos-leyes en materia tributaria”, *REDC*, 1985, 13, págs. 41 a 70.
- PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1985.
- PÉREZ SERRANO, N., *Escritos de derecho político*, II volúmenes, IEAL, Madrid, 1984.
- SANTOLAYA MACHETTI, P., *El régimen constitucional de los Decretos-leyes*, Tecnos, Madrid, 1988.
- TUR AUSINA, R., “La participación de la oposición en el control de los Decretos-leyes”, *CDP*, 1999, 8, págs. 91 a 117.
- VANDER STICHELE, A., *La notion d’urgence en droit public*, Bruylant, Bruxelles, 1986.

El control judicial sobre la adjudicación del contrato mediante concurso

SANTIAGO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ

Profesor Titular de
Derecho Administrativo
Universidad de León

Sumario:

I. El planteamiento legislativo. II. Alcance del control judicial. A) La reafirmación de los planteamientos legislativos. B) La anulación de la adjudicación. El examen en cuanto al fondo. C) Anulación y reconocimiento del mejor derecho del recurrente a que le sea otorgada la adjudicación. D) Anulación en caso de diferencias claras entre los licitadores. E) El problema de la discrecionalidad y sus límites. F) La motivación como límite importante, esencial e infranqueable. a) La anulación de la adjudicación por ausencia de motivación suficiente. b) Consecuencias de la motivación. G) Las puntuaciones y la motivación suficiente. H) ¿Discrecionalidad o conceptos jurídicos indeterminados? I) Los límites de la posibilidad de declarar desierto el concurso. J) La posibilidad siempre abierta de objetivar las valoraciones. K) En particular, la desviación de poder. L) Los fraudes de ley administrativa. LL) El pronunciamiento indemnizatorio. M) Recapitulación: existe una justicia administrativa cuando la Administración utiliza los concursos.

I. EL PLANTEAMIENTO LEGISLATIVO

En materia de adjudicaciones, interesa estudiar el control judicial que se realiza cuando la Administración emplea la forma de concurso, ya que, evidentemente, la subasta no presenta mayor complejidad, cuando menos si se compara con la que ofrece el concurso, ya que en éste el poder adjudicador dispone por esencia de un margen de apreciación a la hora de valorar la mejor oferta. Por su parte, la problemática del procedimiento negociado se refiere en la práctica a la existencia o no, en el caso concreto, de los presupuestos

que la justifican. Pero, permitiéndose en este caso una adjudicación directa, tampoco presenta este supuesto problemas de interés en cuanto al control judicial sobre la decisión administrativa de selección del contratista.

El concurso plantea en cambio una singular problemática desde el punto de vista del control de la adjudicación hecha, ya que al concurso es esencial la discrecionalidad administrativa. Tan esencial, no obstante, como la existencia de límites jurídicos infranqueables.

Por una parte, la adjudicación recaerá en el licitador que, en su conjunto, haga la proposición más ventajosa, lo que implica un margen de apreciación considerable. Pero, por otro lado, dicha adjudicación se hará “teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en los pliegos, sin atender exclusivamente al precio de la misma” (artículo 74.3 de la LCAP 2/2000).

En suma, en el concurso la selección del empresario no se efectúa exclusivamente en atención a al oferta cuyo precio sea más bajo (arts. 85 y 88.2 de la LCAP)¹.

Además, el concurso, paulatinamente, se ha convertido en la forma ordinaria de adjudicación. Así lo revelan los distintos informes de la Junta Consultiva. El propio Derecho comunitario afianza el concurso: los criterios para la adjudicación de los contratos son o bien el precio más bajo o bien, en los casos en que la adjudicación se haga a la oferta económicamente más ventajosa, diversos criterios que variarán según el contrato de que se trate, por ejemplo, el precio, el plazo de entrega, el coste de explotación, la rentabilidad, la calidad, las características estéticas y funcionales, el valor técnico, el servicio posventa y la asistencia técnica (artículo 26.1, por ejemplo, de la directiva de suministros 93/36)².

Otro factor que justifica la presente publicación es que el tema del control judicial sobre la adjudicación del contrato mediante concurso no ha merecido, a pesar de su enorme transcendencia, una atención suficiente de la doctrina en cuanto a publicaciones se refiere.

Haciendo síntesis de las reglas principales que rigen el concurso éstas serían las siguientes (arts. 86 y ss. de la LCAP):

– La adjudicación mediante concurso ha de hacerse tomando como base criterios objetivos (tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia

(1) En el artículo 85 de la LCAP 2/2000 se apuntan además los casos en los que, en particular, procede el concurso.

(2) Aunque la LCAP se refiere a la “proposición más ventajosa” (art. 74.3) y las directivas a la “oferta económicamente más ventajosa”, en realidad, en ambos casos, por una parte, el precio es un elemento más a valorar junto a otros y, por otra parte, los criterios tienen una traducción económica.

La adjudicación del contrato mediante concurso

técnica, el servicio posventa u otros semejantes, de conformidad a los cuales el órgano de contratación acordará aquélla).

– Dichos criterios objetivos han de establecerse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso.

– Dichos criterios objetivos han de indicarse por orden decreciente de importancia y con una ponderación y “podrán concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo” (art. 86.2 de la LCAP).

– Podrán tomarse en consideración “variantes” o “alternativas” que ofrezcan los licitadores cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad (art. 87 de la LCAP).

– La resolución de adjudicación ha de ser motivada, con referencia a los pliegos de cláusulas administrativas particulares (art. 88.2 de la LCAP).

– También en caso de que la Administración quiera declarar desierta la adjudicación, la resolución ha de ser motivada, con referencia a los pliegos de cláusulas administrativas particulares (art. 88.2 de la LCAP).

II. ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL

A) La reafirmación de los planteamientos legislativos

La jurisprudencia reafirma el concurso como una forma de adjudicación en la que “no sólo cuenta el factor económico, sino también otros elementos” en el sentido de que la Administración está obligada “a adjudicar el contrato en favor de la proposición más ventajosa sin atender necesariamente al valor económico de la misma” (STS de 27 de marzo de 2001, RJ 3148).

Reafirma aquélla asimismo la flexibilidad inherente al concurso y el margen de apreciación administrativo con el límite de la arbitrariedad y de la desviación de poder (SSTS de 21 de julio de 2000, RJ 7095; de 28 de noviembre de 2000, RJ 9625; de 17 de julio de 2001, RJ 7444; de 27 de marzo de 2001, RJ 3148; de 22 de junio de 1999, RJ 6878, y de 6 de julio de 1999, RJ 6911).

EL CONCURSO PLANTEA PROBLEMAS DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL CONTROL DE LA ADJUDICACIÓN, EN CUANTO QUE RECAE EN LA PROPOSICIÓN MÁS VENTAJOSA, LO QUE IMPLICA UN MARGEN DE APRECIACIÓN CONSIDERABLE POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

Dicho margen de apreciación administrativo se limita sobre todo a través de la exigencia de que consten criterios objetivos en los pliegos, debiendo la Administración aplicarlos debidamente, y a través de la exigencia de motivación suficiente de la resolución de adjudicación conforme a dichos criterios. El empleo correcto, por la Administración, de criterios objetivos será determinante.

Este régimen básico ocupa el grueso de la argumentación judicial. En el fondo, los órganos jurisdiccionales, si llegan a la conclusión de que la adjudicación administrativa debe anularse, invocarán el principio de interdicción de arbitrariedad. Y si desean mantener la adjudicación utilizarán el criterio de la discrecionalidad de la Administración y la razonabilidad de la decisión.

Lógicamente, no se agotan con esto los criterios judiciales, ya que existen otros criterios de especial interés práctico y que seguidamente se mencionan.

B) La anulación de la adjudicación. El examen en cuanto al fondo

En nuestro Derecho administrativo es posible desde siempre una revisión judicial de la adjudicación administrativa. El empleo por la Administración de los criterios objetivos es revisable. Los órganos jurisdiccionales entran a valorar, incluso con detalle a veces, las distintas ofertas.

Así por ejemplo, en la STS de 17 de julio de 2001, RJ 7444, el Tribunal va examinando y valorando la aplicación por la Administración de los criterios objetivos que sirven de pauta a la adjudicación, para, en este caso, llegar a la conclusión de que la decisión administrativa no fue “arbitraria, injustificada o irrazonable o incongruente”.

Lógicamente, la jurisprudencia del TS es un medio apto para observar cómo se controla la aplicación de dichos criterios objetivos por parte del Tribunal de instancia, no tanto por el propio Tribunal Supremo, conforme a su función casacional, ya que no es objeto del recurso de casación revisar la valoración del Tribunal de instancia. Así, en la STS de 14 de octubre de 1999, RJ 9401, observamos cómo la sentencia recurrida ha analizado las ventajas que, a su juicio, tenía la oferta de un licitador sobre las de otras empresas seleccionadas en el concurso.

Lo importante en materia de control judicial sobre adjudicaciones por concurso es, como dice la STS de 9 de julio de 1999, RJ 6882, que “cabe en todo caso un control jurisdiccional en cuanto al fondo del asunto”. El TS, para confirmar la anulación de la adjudicación hecha por la sentencia recurrida se basa en que “la Administración debe necesariamente adjudicar el contrato a la proposición más ventajosa según los criterios básicos precisados en los Pliegos de Cláusulas de los concursos, lo que implica que no nos hallemos aquí ante una discrecionalidad, que es esencialmente una libertad de elección ante alternativas igualmente justas o entre indiferentes jurídicos no incluidos en la Ley y remi-

La adjudicación del contrato mediante concurso

tidos al juicio subjetivo de la Administración, sino ante un concepto jurídico indeterminado, cuya aplicación es un caso de aplicación de la ley que trata de subsumir en una categoría legal unas circunstancias reales determinadas”. El único límite es que el órgano jurisdiccional sustituya a la Administración.

En nuestro Derecho los órganos del orden contencioso-administrativo pueden anular la adjudicación afirmando que la Administración no ha valorado correctamente los criterios objetivos que deben aplicarse para decidir la adjudicación del contrato. En estos casos, la discrecionalidad administrativa, para valorar y aplicar dichos criterios, encuentra un límite en la razonabilidad de la decisión que debe adoptarse, así como en la arbitrariedad y desviación de poder y demás límites con los que se enfrenta el ejercicio legítimo de la discrecionalidad administrativa.

Así ocurre en la STS de 11 de mayo de 1999, RJ 5029 (donde se confirma la sentencia recurrida, en la cual se estima el recurso contencioso-administrativo de un licitador perjudicado): “la sentencia recurrida (hace) una valoración exhaustiva de las circunstancias concurrentes, poniéndose de manifiesto que una solución racional del concurso determina la adjudicación a la empresa ‘Pru’ del suministro de material objeto de la litis, puesto que disponía a su favor del informe de los técnicos asesores de la Mesas de Contratación (folios 180 a 182 del expediente administrativo), la mayor experiencia acreditada (folios 160 a 192 del expediente administrativo) y la realización de un programa de educación sanitaria al que se comprometía dicha empresa para su incidencia directa en la salud, en relación con el tratamiento adecuado de los residuos, por lo que la Sala concluye que la Administración sobrepasa los límites normales de la discrecionalidad de que disponía para la opción de la decisión y entiende que fue arbitraria, por lo que la adjudicación del concurso debió corresponder a la empresa del recurrente”.

Con mayor motivo, se anulará la adjudicación si la Administración no aplica los criterios objetivos (STS de 25 de septiembre de 2000, RJ 8416).

El examen judicial sobre el fondo, no meramente la forma, de la decisión de adjudicación de la Administración adoptada, no se agota con estos criterios. También es posible la impugnación misma de los criterios objetivos que sirven de base para adoptar la decisión de adjudicación del contrato, bien separadamente (lo que es aconsejable porque, de lo contrario, el principio de “actos propios” puede llevar a que el órgano jurisdiccional declare inoportuna una impugnación de dichos criterios en el momento de recurrir la adjudicación) o bien en el momento de impugnar la adjudicación si los criterios de adjudicación son constitutivos de nulidad de pleno derecho³.

En este sentido, sobre las incidencias que pueden plantearse informa de forma interesante la STS de 9 de febrero de 2001, RJ 5096: “es muy reiterada la doctrina de este Tribunal Supremo (plasmada, por ejemplo, en Sentencias de 18 de abril de 1986, RJ 2797, 3 de

(3) Un ejemplo de la primera opción (impugnación separada del acuerdo por el que se aprueba el pliego de bases y de prescripciones técnicas y se convoca el correspondiente concurso) puede ser la reciente e interesante STS de 17 de junio de 2002, AA 33, § 612, pág. 2.626.

abril de 1990, RJ 3576 y 12 de mayo de 1992, RJ 4171), en el sentido de que el pliego de condiciones constituye la ley del concurso, debiendo someterse a sus reglas tanto el organismo convocante como quienes soliciten tomar parte en el mismo, especialmente cuando no hubieren impugnado previamente sus bases, pues, en efecto, si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar en ningún momento las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus ‘propios actos’, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones, que obviamente pretendía. En este caso, sin embargo, la Comunidad de Regantes del Canal de Almazán, que participó en el procedimiento de licitación y adjudicación del contrato sin formular en ningún momento reparo alguno sobre el objeto del contrato y el pliego de bases correspondiente, sólo pareció advertir los graves defectos que ha denunciado en el proceso cuando se adjudicó el contrato a otro de los licitantes. Ciertamente, la doctrina que se acaba de reseñar puede ceder cuando los vicios son constitutivos de causa de nulidad de pleno derecho, pero en este caso la única causa de tal naturaleza que se ha aducido, al amparo del artículo 47.1.a) LPA, es la de incompetencia manifiesta de la Administración, al convocar el concurso, incompetencia que se quiere derivar de la carencia de titularidad por ella sobre el objeto de dicho contrato (...)”.

Finalmente, la jurisprudencia deja claro que sólo pueden establecerse restricciones a los principios de publicidad y concurrencia por norma que tenga rango de ley, sin que sea procedente, por ejemplo, prever en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares una cláusula de exclusión de concursantes por no presentar declaración jurada (STS de 9 de marzo de 1999, RJ 2889).

C) Anulación y reconocimiento del mejor derecho del recurrente a que le sea otorgada la adjudicación

También es posible anular la adjudicación “reconociendo el mejor derecho de la recurrente a que le sea otorgada la adjudicación” (STS de 19 de julio de 2000, RJ 7428, a pesar de que anula en parte la sentencia recurrida).

En esta línea, la STS de 19 de julio de 2000, RJ 7428, se enfrenta con un supuesto en el cual la sentencia recurrida había anulado la adjudicación reconociendo el mejor derecho de la recurrente a que le sea otorgada la adjudicación. Si después se anula la sentencia recurrida, por el TS, es por motivos distintos al de la posibilidad de declarar dicho derecho, la cual no se pone en duda por el TS⁴.

(4) Es más, afirma *sensu contrario* el TS que el órgano jurisdiccional puede “señalar la proposición más ventajosa” si su valoración emplea parámetros “necesaria y exclusivamente jurídicos que afectan a los elementos reglados de competencia y de procedimiento, a la observancia por resolución del concurso de los criterios establecidos en el pliego de condiciones que le rigen, y a la propia desviación de poder”.

La adjudicación del contrato mediante concurso

Asimismo, en el caso que resuelve la STS de 23 de junio de 1999, RJ 5508, la sentencia de instancia (anulada por otros motivos) había por su parte anulado la adjudicación y dispuesto que la concesión debía adjudicarse a otro solicitante.

Igualmente, la STS de 19 de enero de 2001, RJ 1642, confirma la sentencia recurrida donde se anula la resolución administrativa “de declaración como desierto el concurso, estableciendo, como situación jurídica individualizada, el derecho del recurrente a que se le dé audiencia (...), debiendo la Administración dictar nuevo acuerdo en virtud del cual se adjudique el servicio, en los términos establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a aquel de esos posteriores que mejor satisfaga los intereses públicos del modo establecido en las bases y conforme a los lícitos criterios que el ordenamiento jurídico concede al Pleno Municipal”.

Por tanto, es posible y exigible judicialmente este pronunciamiento. Cosa distinta es cómo realizar dicho pronunciamiento. Quiero decir que una cosa es el indiscutible derecho subjetivo de la parte a que se le reconozca el derecho a la adjudicación y otra cosa es cómo materializar dicho derecho. Lo lógico y correcto es que el reconocimiento de este derecho lleve consigo la adjudicación del contrato. Pero no siempre es posible. Estamos, en torno a esta cuestión, en definitiva, ante un problema o cuestión de ejecución de sentencias (así lo reconoce también la STS de 25 de septiembre de 2000, RJ 8416, FJ 1º).

A veces el reconocimiento de dicho derecho podrá originar una nueva adjudicación mientras que otras veces dicho derecho se transformará en una pretensión indemnizatoria si no es posible por las circunstancias fácticas existentes la adjudicación en favor del recurrente. Es evidente que debe tenderse jurídicamente al resarcimiento íntegro de la parte, sin que sea suficiente con una indemnización compensatoria cuando al licitador le corresponda el derecho a la adjudicación.

D) Anulación en caso de diferencias claras entre los licitadores

En el fondo, cuando la adjudicación se anula por los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo es porque existe una diferencia ostensible entre las propuestas que no ha sido correctamente valorada por la Administración. Dicha diferencia actuará como un argumento implícito gene-

LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA SE LIMITA A TRAVÉS DE LA EXIGENCIA DE UNOS CRITERIOS OBJETIVOS QUE DEBEN CONSTAR EN EL PLIEGO DE CLÁUSULAS DEL CONCURSO Y QUE LA ADMINISTRACIÓN DEBERÁ APLICAR CON MOTIVACIÓN SUFICIENTE

ralmente. Sin embargo, puede también llegar a invocarse judicialmente de forma expresa y como argumento principal para resolver el litigio y anular la adjudicación.

Es interesante en este sentido la interpretación *sensu contrario* de la STS de 21 de mayo de 1999, RJ 5591, donde se apunta: “la diferencia entre las dos ofertas económicas es mínima. En su virtud, aunque la oferta en cuanto a plazo de ejecución formulada por INCOSA fuese más favorable, no constituye por sí sola motivo determinante para resolver que la adjudicación no se hizo a la proposición más ventajosa para los intereses generales. (...) El dictamen pericial afirma que los equipos de trabajo pueden estimarse similares. En suma, las razones expuestas por la Administración para acordar la adjudicación que se combate y las que en favor de su criterio aporta la Sentencia de instancia, son suficientes para justificar que se ha cumplido el artículo 36 de la Ley de Contratos del Estado, cuando ordena adjudicar el contrato a la proposición que se estime más ventajosa, habiéndose en el supuesto de autos valorado razonablemente los diversos méritos alegados en las ofertas de los concursantes”.

Por tanto, si la diferencia entre las dos ofertas económicas no es mínima ha de anularse la adjudicación del contrato (igualmente STS de 21 de julio de 2000, RJ 7095).

E) El problema de la discrecionalidad y sus límites

El problema central o nuclear, que plantea el control judicial sobre la adjudicación por concurso, es poner límites al margen de apreciación administrativa. Pueden seguidamente elaborarse o seleccionarse algunos criterios que se infieren de la jurisprudencia que más directamente se enfrenta con esta cuestión.

F) La motivación como límite importante, esencial e infranqueable

a) La anulación de la adjudicación por ausencia de motivación suficiente

La jurisprudencia es clara en torno a la exigencia de motivación de la adjudicación (SSTS de 30 de mayo de 2000, RJ 5154, estimándose el recurso contencioso-administrativo por esta causa; de 27 de marzo de 2001, RJ 3148, y de 7 de octubre de 1999, RJ 9036).

Por tanto, se anula la resolución de adjudicación por falta de motivación (SSTS de 29 de junio de 1999, RJ 6909, y de 31 de octubre de 1994, RJ 7826).

La ausencia de motivación suficiente se equipara a la arbitrariedad (SSTS de 13 de junio de 2000, RJ 4777, y de 14 de octubre de 1999, RJ 9572).

La motivación implica “justificar las razones que motiven la adjudicación” y puede considerarse que la adjudicación goza de motivación suficiente si la Administración cuenta con el informe técnico de un economista (STS de 8 de noviembre de 1999, RJ 9574).

La adjudicación del contrato mediante concurso

La anulación judicial de la adjudicación de la Administración puede originar la retroacción de actuaciones al momento de la emisión del Informe Técnico o en su caso, al de aprobación de la propuesta de adjudicación por parte de la Mesa de Contratación “para que se motivara la adjudicación suficiente y debidamente” (STS de 20 de julio de 2000, RJ 7450).

En todo caso, conforme a esta misma STS de 20 de julio de 2000, RJ 7450, “la motivación es una exigencia ineludible para el control judicial de la actuación administrativa que establece el art. 106 CE y para hacer efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial del art. 24 del propio texto constitucional” (...). “La exigencia de motivación aparece también en el art. 89.2 de la nueva LCAP 13/1995 y también en el art. 54.2 de la Ley 30/1992”.

Lógicamente, también puede ocurrir que la STS anule la sentencia recurrida considerando suficiente la motivación de la Administración (STS de 27 de marzo de 2001, RJ 3148).

b) Consecuencias de la motivación

La motivación se refiere, primeramente, a la resolución de adjudicación del contrato, debiendo la Administración indicar los motivos por los que la proposición escogida resulta la más ventajosa y este juicio de la Administración está sometido a control jurisdiccional de la legalidad de la actuación administrativa (STS de 14 de octubre de 1999, RJ 9401).

Han de poderse inferir las razones por las que se consideró la propuesta más ventajosa (STS de 20 de julio de 2000, RJ 7450).

Esta motivación de la resolución de adjudicación ha de hacerse conforme a los criterios objetivos de los pliegos de contratos, aunque primando en todo caso los establecidos en la LCAP (SSTS de 6 de octubre de 1999, RJ 8839 y de 7 de octubre de 1999, RJ 8840).

En efecto, “aunque no figuraran en el Pliego, la Administración había de decidir la adjudicación del concurso inspirándose en criterios semejantes a los que ese art. 36 enumeraba y expresar el criterio que determinó su decisión” (STS de 20 de julio de 2000, RJ 7450).

El propio pliego ha de contener por tanto los criterios objetivos que sirvan de base a la adjudicación. Según la STS de 20 de julio de 2000, RJ 7450 “el Pliego de cláusulas administrativas regulador del concurso litigioso remitía genéricamente al sistema de concurso, con base a lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 1005/1974, de 4 de abril; y hubiera sido exigible que en ese Pliego se establecieran, como criterios que habían de servir de base a la adjudicación, los del artículo 36 de la Ley de Contratos del Estado, dada su aplicación supletoria dispuesta por el artículo 1 de dicho Decreto”.

G) Las puntuaciones y la motivación suficiente

Importante es que “la exigencia de motivación no puede ser suplida por la simple fijación de puntuaciones” (STS de 3 de noviembre de 2000, RJ 8588, confirmando la anulación de la adjudicación hecha por la sentencia recurrida).

Conforme a esta sentencia es necesario especificar las bases y criterios concretos que justifiquen la puntuación otorgada a cada concursante.

No es, pues, suficiente, con presentar, para “justificar” una adjudicación, una puntuación de los méritos de los concursantes. Es preciso motivar. Y esto ha de empezar por establecer correctamente los criterios objetivos que sirven a la adjudicación.

Frente a esto no puede alegarse ni la discrecionalidad técnica (FJ 3º de la citada sentencia) ni tampoco el exceso de jurisdicción en que incurre el órgano jurisdiccional que anula la adjudicación administrativa en estos casos (FJ 4º).

Igualmente, la STS de 8 de octubre de 2001, RJ 8207, confirma la sentencia recurrida donde se estimó el recurso contencioso-administrativo, “ordenando a la Administración que resolviera el concurso para la provisión de dicha Administración con especificación de las bases y criterios concretos que justifiquen la puntuación otorgada a cada concursante”. “No se trata, pese a lo dicho por el Abogado del Estado, de sustituir el criterio técnico de la Administración por el de los ciudadanos, sino de explicar en qué consiste aquél y dar oportunidad a los órganos judiciales, caso de impugnación, de apreciar si se ha actuado dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos”.

Conviene, asimismo, recordar el art. 86.2 de la LCAP según el cual los criterios objetivos han de indicarse por orden decreciente de importancia y con una ponderación y “podrán concretar la fase de valoración de las proposiciones en que operarán los mismos y, en su caso, el umbral mínimo de puntuación que en su aplicación pueda ser exigido al licitador para continuar en el proceso selectivo”.

En este sentido, la STS de 29 de junio de 1999, RJ 6909, precisa que no basta con establecer, por orden decreciente de importancia, dichos criterios, ya que es necesaria una ponderación de los criterios, si bien atribuyéndose mayor o menor importancia, según su posición en ese orden decreciente. De ahí que confirme la anulación de la adjudicación ya que “la Administración no cuantifica mediante concretos porcentajes o proporciones el mayor o menor grado de importancia que habrá de atribuirse a cada uno de esos criterios cuando, por concurrir más de uno, sea obligada una valoración conjunta”.

H) ¿Discrecionalidad o conceptos jurídicos indeterminados?

En la práctica judicial lo decisivo o determinante parece ser la reserva que se hace el órgano jurisdiccional de valorar la decisión administrativa de adjudicación: si llega a la con-

La adjudicación del contrato mediante concurso

clusión de que la adjudicación es irregular, acudirá –dicho órgano jurisdiccional– al criterio de la arbitrariedad y anulará la adjudicación. Y si comprueba que existen motivos para mantenerla invocará la discrecionalidad administrativa. En definitiva, el Derecho no consigue más que disponer a disposición de los jueces herramientas de trabajo, cuyo utilización lleve a justificar tanto una como otra solución en función del parecer judicial.

De ahí que, observando cómo razona el común de las sentencias en nuestro país, la discusión en torno a si la Administración, para adjudicar un contrato, tiene una potestad discrecional o, en cambio, aplica un concepto jurídico indeterminado (“la oferta más ventajosa”), no nos merezca una consideración *a priori* fundamental.

No obstante, en teoría, esta cuestión tiene un especial alcance. Como es sabido, la discrecionalidad permite un control más reducido y, en cambio, de afirmar la existencia de un concepto jurídico indeterminado el control judicial puede llegar a una única solución justa.

Pues bien, interesa seleccionar una STS de 19 de julio de 2000, RJ 7428, con referencia a otras, donde (anulando la sentencia impugnada que había estimado el recurso contencioso-administrativo) se afirma que “la jurisprudencia clásica, en efecto, ha entendido que la adjudicación en el concurso suponía el ejercicio de una potestad discrecional que permitía a la Administración elegir entre varias soluciones igualmente válidas (SSTS de 18 de mayo de 1982, RJ 3967, 13 de abril de 1983, RJ 1925 y de 9 de febrero de 1985, RJ 1010), pero la más reciente doctrina de esta Sala se inclina por el más intenso control de la decisión administrativa basado en que la expresión “proposición más ventajosa” es un concepto jurídico indeterminado que actúa como mecanismo de control que permite llegar a que sólo una decisión sea jurídicamente posible, siendo injustas o contrarias al ordenamiento jurídico las restantes (SSTS de 2 de abril y 11 de junio de 1991, RJ 3278 y 4874)”.

Asimismo, y resumiendo esta STS de 19 de julio de 2000, RJ 7428, el órgano jurisdiccional no puede sustituir a la Administración en su función de valorar la mejor oferta.

En este sentido, el órgano jurisdiccional no puede “señalar la proposición más ventajosa” a no ser que sea como conse-

LA REVISIÓN JUDICIAL DE LA ADJUDICACIÓN REALIZADA POR LA ADMINISTRACIÓN PUEDE SER TANTO DEL FONDO COMO DE LOS CRITERIOS OBJETIVOS QUE SIRVEN DE BASE PARA ADOPTAR LA DECISIÓN ADJUDICADORA

cuencia de emplear parámetros “necesaria y exclusivamente jurídicos que afectan a los elementos reglados de competencia y de procedimiento, a la observancia por resolución del concurso de los criterios establecidos en el pliego de condiciones que le rigen, y a la propia desviación de poder”.

Sensu contrario, es interesante observar que el órgano jurisdiccional puede, entonces, “señalar la proposición más ventajosa” si median estos presupuestos jurídicos.

No obstante, en materia de adjudicaciones por concurso, los resultados, en la práctica, no parecen diferir esencialmente entre sí, tanto en el caso de la discrecionalidad administrativa como en el caso del concepto jurídico indeterminado, ya que, a la postre, lo decisivo en todo caso será si la Administración incurre o no en arbitrariedad, pues también en el concepto jurídico indeterminado la Administración ha de tener el beneficio de la duda en casos en los “que se trata de conceptos que implican la utilización de criterios valorativos, como ocurre, de manera característica, con la proposición más ventajosa”.

Asimismo, la STS de 3 de febrero de 2001, RJ 1819 (confirmando la sentencia y la legalidad de la adjudicación impugnadas) considera que el control se desarrolla con apoyo de un concepto jurídico indeterminado (la proposición más ventajosa) pero reconociendo una zona de certeza positiva del concepto y una zona de penumbra, “todo ello con facultad discrecional en la apreciación de lo que para ella es ventajoso, y puede ser atacado en su resultado suplantando el criterio soberano de aquélla por las meras apreciaciones subjetivas de la parte”.

l) Los límites de la posibilidad de declarar desierto el concurso

Aunque se reconoce a la Administración la posibilidad de declarar desierto el concurso (art. 74.3 de la LCAP 2/2000) lo cierto es que, en estos casos, la resolución ha de ser motivada, con referencia a los pliegos de cláusulas administrativas particulares (art. 88.2 de la LCAP; STS de 31 de octubre de 1994, RJ 7826, anulando la resolución de declaración de desierto del concurso por falta de motivación).

En este sentido, la STS de 19 de enero de 2001, RJ 1642, confirma la sentencia recurrida donde se anula la resolución administrativa “de declaración como desierto el concurso, debiendo la Administración dictar nuevo acuerdo en virtud del cual se adjudique el servicio, en los términos establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, a aquel de esos posteriores que mejor satisfaga los intereses públicos del modo establecido en las bases y conforme a los lícitos criterios que el ordenamiento jurídico concede al Pleno Municipal”.

En el presente supuesto, la tramitación del procedimiento de selección del contratista seguía su iter normal, sin que se observara justificación alguna para no adjudicar el con-

La adjudicación del contrato mediante concurso

trato y sin poderse interpretar que había existido un desestimiento de los licitadores. Más bien, se había creado por la Administración un estado de confianza legítima en su favor.

Por tanto, la discrecionalidad administrativa para declarar desierto el concurso es limitada. Es revisable siguiendo los criterios generales de interdicción de arbitrariedad y desviación de poder y de motivación suficiente (STS de 11 de mayo de 1999, RJ 5035).

Lógicamente, esta posibilidad de obligar judicialmente a adjudicar a la Administración, incluso de señalar el adjudicatario, tiene algunos límites lógicos. Así, la STS de 23 de junio de 1999, RJ 5508, afirma: “no es suficiente, en contra del criterio mantenido por la sentencia de instancia, con que habiendo solamente dos concursantes y resultando la sociedad adjudicataria incapaz en su momento para contratar con una Administración pública, que no medie ningún informe desfavorable al otro concursante, para que la jurisdicción pueda ordenar, sin más, que éste resulte el beneficiario del contrato. En la opción que se ofrece a la Administración, en la que ésta no queda vinculada exclusivamente al valor económico de la oferta, es necesario que el órgano competente para contratar haya tenido ocasión real y efectiva de pronunciarse sobre el evento de declarar desierto el recurso, a la vista de que, según su apreciación del interés público y de las condiciones de los partícipes en el concurso, esta declaración sea o no procedente”⁵.

J) La posibilidad siempre abierta de objetivizar las valoraciones

De forma interesante la STS de 20 de noviembre de 1998, RJ 255, va delimitando elementos objetivables en la aplicación de los criterios de adjudicación. Incluso dentro de la valoración de los elementos estéticos, en que se amparaba también la adjudicación de la Administración, el Tribunal encontraba elementos objetivables, tales como las dimensiones, “sin márgenes para interpretaciones alternativas”.

En este contexto podrían citarse otro tipo de elementos reglados, que pueden interferir en la fase de adjudicación, discrecional por esencia, tales como posibles causas de incompatibilidad o de recusación o de parentesco entre los miembros del poder adjudicador y los de la empresa adjudicataria (STS de 9 de febrero de 2001, RJ 216).

(5) Sigue argumentando: “Con toda evidencia, si la Administración, en este caso concreto, acordó adjudicar el contrato a don Juan Antonio V., tácitamente excluyó la posibilidad de que su oferta fuera insuficiente desde el punto de vista del interés público y que por eso debiera acudir a declarar desierto el concurso. Pero anulada jurisdiccionalmente esta adjudicación, de nuevo surge la potestad que el citado artículo ofrece a la Administración demandada, que ésta real y efectivamente no tuvo ocasión de ejercitar, desde el momento en que la oferta de TRADIME no tuvo que ser examinada en los términos indicados, al haberle adjudicado el contrato al otro ofertante. Esto no quiere decir, por supuesto, que una eventual declaración de desierto del concurso, a pesar de la oferta de TRADIME, no pueda ser objeto del oportuno control jurisdiccional, pero siempre sobre la base del dato y motivo concreto que en su caso aduzca como fundamento la Administración en razón del interés público, sin que esto implique, sin embargo, que sobre un examen general del expediente, en cuya tramitación no se observe descalificación específica alguna para una empresa, suponga que el órgano jurisdiccional pueda anticipar el criterio de aquélla sobre la conformidad de su oferta con el interés público, en el sentido de que para éste sea mejor adjudicarle el contrato que declararlo desierto”.

K) En particular, la desviación de poder

La desviación de poder, o ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico (art. 83.3 de la LJCA), aunque no requiere, por razón de su propia naturaleza una prueba plena sobre su existencia, tampoco puede fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario para su apreciación acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal la convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad, pero con finalidad distinta a la pretendida por la norma aplicable (STS de 7 de mayo de 1999, RJ 4297, confirmando la sentencia recurrida y la desestimación del recurso contencioso-administrativo, con cita de la STS de 19 de septiembre de 1992, RJ 6934).

L) Los fraudes de ley administrativa

Es interesante la STS de 20 de noviembre de 1998, RJ 255, donde se anula la adjudicación de la Administración porque la adjudicación no se ajusta estrictamente a las definiciones del pliego de condiciones, como elemento común de referencia de las ofertas de los distintos licitadores.

Si esta sentencia es interesante es porque nos informa de posibles desviaciones de la adjudicación respecto de los fines normativos legítimos:

En primer lugar, la Administración no puede legítimamente invocar un *ius variandi* en su favor respecto de las medidas exigidas por el concurso. Incluso si su ejercicio estuviere justificado esto no puede servir para negar la realidad de las condiciones del pliego y su finalidad y eficacia jurídica como ley del concurso, ya que lo correcto, en tal caso, es, dentro de los cauces legales, la modificación del pliego y la convocatoria de otro concurso. Dicho *ius variandi* se refiere a la fase de ejecución del contrato. No a la fase de selección del contratista, variando las condiciones iniciales del pliego a efectos de apoyar la decisión de selección del contratista: “una cosa es que las ofertas tengan la naturaleza de proyecto provisional, y que después de seleccionado el adjudicatario, y admitida su oferta, puedan introducirse ulteriores modificaciones por el Ayuntamiento antes de que se redacte un proyecto definitivo, y otra, que el proceso de selección el Ayuntamiento pueda no ajustarse estrictamente al pliego de condiciones, aceptando ofertas que no cumplen las exigencias del pliego, lo que supondría dispensar a aquéllos un trato desigual”.

Además, “que el *ius variandi* respecto de las medidas del pliego pudiera tener su fundamento en el propio pliego, y que su ejercicio estuviere justificado (...) no es argumento válido para negar la realidad de éste y su funcionalidad y eficacia jurídica como ley del concurso”. “El juego de una voluntad tal no sería sino la utilización del concurso, no como auténtico método objetivo de selección, sino como pantalla encubridora de un voluntarismo selectivo que, sin perjuicio de su posible intención de un mejor servicio de interés general, no se acomodaría al sentido institucional del concurso.”

La adjudicación del contrato mediante concurso

En suma, “las amplias facultades de la Administración para seleccionar al contratista y calificar la propuesta más ventajosa, no constituyen un medio para justificar huidas del vigor vinculante del pliego de condiciones”.

En segundo lugar, las “sugerencias” de los licitadores para introducir modificaciones en sus propuestas que puedan contribuir a la mejor realización del contrato no pueden servir para menoscabar lo establecido en los Pliegos (como ocurría en el supuesto de la Sentencia de 20 de noviembre de 1998, RJ 255, la cual se remite a su vez a una STS de 20 de febrero de 1987, RJ 3302) sin que puedan tampoco argüirse para justificar la inobservancia de los límites establecidos en los pliegos de condiciones.

Esta doctrina podría subsumirse dentro del supuesto del art. 87 de la LCAP donde se establece que podrán tomarse en consideración “variantes” o “alternativas” que ofrezcan los licitadores cuando el pliego de cláusulas administrativas particulares haya previsto expresamente tal posibilidad.

En este sentido, la STS de 16 de junio de 2000, RJ 6022, confirma la posibilidad de que los licitadores presenten “variantes” a las ofertas base que consideren convenientes, siempre que cumplan las condiciones del pliego, circunstancia que se da en el supuesto enjuiciado, no pudiendo reputar la adjudicación como directa las modificaciones de las propuestas inicialmente presentadas.

LL) El pronunciamiento indemnizatorio

El indemnizatorio puede ser un pronunciamiento añadido al anulatorio (SSTS de 11 de mayo de 1999, RJ 5029 y de 26 de abril de 1994, RJ 3009) o un pronunciamiento que sustituya al anulatorio en el sentido de que no es posible adjudicar el contrato al licitador que vence en el proceso (SSTS de 25 de enero de 2000, RJ 1231⁶; de 31 de octubre de 1994, RJ 7826 y de 2 de febrero de 1995, RJ 1090, reconociendo una indemnización al licitador ante la ausencia de motivación de la adjudicación).

(6) En esta STS se confirma la sentencia recurrida, donde se declaró ilegal la adjudicación administrativa, por traspasar las fronteras del legítimo uso de las potestades administrativas inherentes al concurso. La consecuencia, no obstante, fue el reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios en favor del recurrente, por no haber obtenido la adjudicación.

ES VÁLIDO EL “IUS VARIANDI” CUANDO SE REFIERE A LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO PERO NO EN LA FASE DE SELECCIÓN DEL CONTRATISTA MEDIANTE LA MODIFICACIÓN DE LAS CONDICIONES INICIALES DEL PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARA JUSTIFICAR LA ELECCIÓN DEL LICITADOR

Esta solución, a pesar de su bondad aparente, se corresponde con un nivel de “justicia secundaria”, compensatoria, y por tanto deficiente, ya que lo correcto es que el licitador obtenga “justicia primaria”, conforme a su interés real, es decir la anulación de la adjudicación a fin de obtener la adjudicación del contrato. Es, pues, un remedio sustitutorio de segundo grado⁷.

M) Recapitulación: existe una justicia administrativa cuando la Administración utiliza los concursos

Es a mi juicio importante llamar la atención sobre la posibilidad de un control judicial a fondo sobre la adjudicación, cuando se emplee el concurso como modo de adjudicación. Dicho control permite la anulación de la adjudicación en casos de falta de motivación, así como de diferencias ostensibles entre los licitadores interesados, de desviación de poder o arbitrariedad, de desacuerdo de la adjudicación con los criterios objetivos legales o de los pliegos, de adjudicación sin aplicación de criterios objetivos, de ausencia de ponderación y puntuación de los criterios.

Importante es, asimismo, que el control judicial no se agota con la anulación simple, ya que, mediante el restablecimiento obligado de la posición jurídica individualizada, podrá llegarse a la declaración del derecho del recurrente a la adjudicación del contrato. Cosa diferente es cómo materializar este derecho en el caso concreto pues, unas veces, podrá dar lugar a la adjudicación en su favor mientras que otra se originará un derecho indemnizatorio a modo de compensación, no siempre será despreciable, aunque pueda ser insuficiente como medio de justicia.

Todo esto es importante porque, a veces, está generalizada la opinión del escaso alcance del control judicial en casos en los que la Administración acude al concurso como forma de selección de contratistas o de personal a su servicio. Vemos, por contra, que existe una justicia administrativa capaz de resolver los litigios, a pesar de que no se observe aún la debida calidad técnica del control judicial, ya que a veces se manejan los conceptos de arbitrariedad o de discrecionalidad legítima como herramientas polivalentes por los jueces en favor de su propio criterio, recordando todo ello a la famosa frase de Alejandro NIETO sobre el arbitrio judicial⁸.

(7) Un supuesto singular es el de la STS de 29 de junio de 1999, RJ 6909, en el cual se reconoce a la empresa recurrente el derecho a haber sido adjudicataria, al igual que otras empresas, anulando la adjudicación hecha, pero, estando los contratos ejecutados, no pudo realizarse dicho derecho, al mismo tiempo que tampoco se reconoció indemnización.

(8) Sobre la discrecionalidad administrativa, en este contexto, puede verse M. BACIGALUPO SAGESSE, *La discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1997; CGPJ, *Contratación administrativa II*, Madrid, 1997; COCA VITA, “Legalidad constitucional, exclusión del control judicial y discrecionalidad técnica”, RAP, 100-102, 1983; E. DESEDENTADO DAROCA, *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*, Madrid, 1997; J.J. DÍEZ SÁNCHEZ, “Un órgano atípico y conflictivo: La Comisión de Reclamaciones del artículo 43 de la LRU (a propósito de la STC 215/1991, de 14 de noviembre”, REDA, 79, 1993; J. IGARTUA ECHEVARRIA, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Madrid, 1998; R.M. ILDEFONSO HUERTAS, “Los órganos de selección en el empleo público: el principio de especialidad y la discrecionalidad técnica”, *Revista Justicia*

La adjudicación del contrato mediante concurso

Pero debo incidir en la necesidad de desmentir el tópico de que la Administración, cuando contrata o selecciona personal, tiene *a priori* una libertad o discrecionalidad tales que consigue frustrar toda expectativa legítima de los concursantes. En todo caso, frente a los excesos que pueda cometer la Administración los tribunales hacen justicia. Y en general, aunque depende algo de la suerte del recurrente, existe una “justicia administrativa” llamada a defender a los concursantes o interesados. Perfilar los criterios existentes, afirmando además un deseable mayor alcance o densidad del control judicial, es un importante reto actual y de futuro de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Administrativa, 12, 2001, págs. 25 y ss.; J.M. PEÑARRUBIA IZA, “La moderna jurisprudencia sobre discrecionalidad técnica”, RAP, 136, 1995, págs. 327 y ss.; J.M. PIÑAR MAÑAS, “El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones”, DA, 220, 1989, págs. 135 y ss.; A. SÁNCHEZ BLANCO, “La discrecionalidad técnica de los Tribunales de oposiciones y concursos”, REDA, 30, 1981, págs. 563 y ss.; R. TRILLO TORRES, “El control judicial de la contratación administrativa”, Revista Justicia Administrativa, 10, 2001, págs. 5 y ss.

I. DERECHO COMUNITARIO**Sumario:**

1. Introducción. 2. Principios generales. 3. Fuentes. 4. Recursos. A) Recurso por omisión (inactividad) y recurso de anulación. B) Recurso por incumplimiento y recurso por responsabilidad extracontractual. C) Responsabilidad del Estado miembro.

D) Cuestiones prejudiciales. E) Medidas cautelares. **5. Mercado interior.** A) Libre circulación de mercancías. B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento.

C) Libre circulación de trabajadores. D) Libre circulación de capitales.

1. INTRODUCCIÓN

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

2. PRINCIPIOS GENERALES

Los principios generales del Derecho han servido al Tribunal de Justicia desde su creación para interpretar el Derecho comunitario y para colmar las lagunas en él existentes. La formación de este conjunto de categorías generales y principios se ha producido, fundamentalmente, a través de la extensión, a todo el ámbito comunitario, de la remisión, prevista en el artículo 215 del Tratado de la Comunidad Europea en relación con la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, a los “principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”.

Desde el célebre caso Algeira de 1957 (Asuntos 7/56 y 3 a 7/57, resueltos por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1957), el Tribunal de Justicia ha expresado su voluntad de acudir, para la resolución de los problemas que se le plantean, a “las reglas reconocidas por las legislaciones, la doctrina y la jurisprudencia de los países miembros”.

Así lo hace el Tribunal en su **STJCE de 14 de noviembre de 2002, Asunto C-271/00**, que tenía por objeto una petición dirigida al Tribunal con arreglo al Protocolo de 3 de junio de 1971 relativo a la interpretación del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 299, p. 32; texto codificado en español en DO 1990, C 189, p. 2), en su versión modificada por el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DO L 304, p. 1, y –texto modificado– p. 77; texto en español en DO 1989, L 285, p. 41) y por el Convenio de 25 de octubre de 1982 relativo a la adhesión de la República Helénica (DO L 388, p. 1; texto en español en DO 1989, L 285, p. 54; en lo sucesivo, “Convenio de Bruselas”). Según la ya consolidada jurisprudencia del Tribunal, dado que el artículo 1 del Convenio de Bruselas sirve para indicar el ámbito de aplicación de dicho Convenio –con miras a asegurar, en la medida de lo posible, la igualdad y la uniformidad de los derechos y obligaciones que resultan del mismo para los Estados contratantes y las personas interesadas–, no cabe interpretar los términos de esta disposición como una mera remisión al Derecho interno de uno u otro de los Estados interesados. Por consiguiente, hay que considerar el concepto de que se trata como un concepto autónomo, que debe ser interpretado refiriéndose, por una parte, a los objetivos y al sistema del Convenio y, por otra, a los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales (Sentencias de 14 de octubre de 1976, LTU, 29/76, Rec. p. 1.541, apartado 3; de 22 de febrero de 1979, Gourdain, 133/78, Rec. p. 733, apartado 3; de 16 de diciembre de 1980, Rüffer, 814/79, Rec. p. 3.807, apartado 7, y de 21 de abril de 1993, Sonntag, C-172/91, Rec. p. I-1963, apartado 18).

El Tribunal de Justicia precisa en su Sentencia de 14 de noviembre de 2002 que esta interpretación lleva a excluir determinadas resoluciones judiciales del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, en razón de los elementos que caracterizan la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes del litigio o el objeto del mismo (sentencia LTU, antes citada, apartado 4). En este sentido, si bien determinadas resoluciones judiciales dictadas en litigios surgidos entre una autoridad pública y una persona de Derecho privado pueden estar comprendidas dentro del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, la situación es distinta cuando la autoridad pública actúa en ejercicio del poder público.

Pues bien, para el TJCE el artículo 1, párrafo primero, del Convenio de Bruselas debe interpretarse en el sentido de que está comprendida en el concepto de “materia civil” la acción de repetición mediante la cual un organismo público reclama a una persona de Derecho privado el reembolso de las cantidades que abonó en concepto de asistencia social al cónyuge divorciado y al hijo de dicha persona, en la medida en que el fundamento y las modalidades de ejercicio de dicha acción estén regulados por las normas de Derecho común aplicables a la obligación de alimentos. En el caso de que la acción de repetición se base en disposiciones mediante las cuales el legislador haya conferido al organismo público una prerrogativa propia, dicha acción no puede considerarse incluida en la “materia civil”.

3. FUENTES

Respecto al tema de fuentes del Derecho Comunitario, pueden señalarse dos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, aunque no resultan muy innovadores en la materia.

En efecto, la **STJCE de 24 de octubre de 2002, As. C-99/01, Gottfried Linhart c. Hans Biffli**, exige que, cuando una cuestión esté regulada de forma armonizada a escala comunitaria, toda medida nacional al respecto se aprecie a la luz de las disposiciones de esta medida de armonización y no de los artículos 30 y 36 del Tratado.

Por su parte, la **STJCE de 7 de noviembre de 2002, As. C-352/01, Comisión c. España**, además de reiterar la imposibilidad de que un Estado miembro alegue disposiciones, prácticas o circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar la no adaptación de su Derecho interno a una Directiva en el plazo establecido, recuerda que:

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

4. RECURSOS

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

Durante el período al cual se suscribe la presente crónica ha continuado sin medida creciendo el número de sentencias recaídas en recursos de anulación y de omisión. Aunque no obstante, debemos destacar que no ha habido modificaciones tan dignas de resaltar como sucedió en el anterior número. Entre todas estas hay que destacar la **STPI (Sala Segunda ampliada), de 8 de octubre de 2002**, recaída en los **Asuntos acumulados T-185/00, T-216/00, T-299/00 y T-300/00**, en la cual determinó la anulación de la decisión 2000/400/CE de la Comisión, de 10 de mayo de 2000, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE (asunto IV/32.150-Eurovisión). Se anuló dicha decisión ya que el régimen de sublicencias de 1993 no garantizaba que los derechos de retransmisión en directo, no utilizados por los miembros de la UER, se pusieran a disposición de sus competidores, pues únicamente este régimen de sublicencias únicamente permite la adquisición de sublicencias para transmitir resúmenes de las competiciones con unos requisitos muy restrictivos. Igualmente hay que recordar la **STPI (Sala Quinta), de 12 de septiembre de 2002**, recaída en el Asunto T-113/00, en la cual el Tribunal de Primera Instancia desestimó la alegación de la Comisión referente a que no hay decisión cuando un documento no está firmado por un funcionario y no sea un acto formal autorizado por el colegio de comisarios. El Tribunal recordó en su fundamento jurídico cuadragésimo quinto que “la forma en que se adoptan los actos o decisiones es, en principio, indiferente por lo que respecta a la posibilidad de impugnarlos a través de un recurso de anulación. En efecto, debe atenderse a su contenido para determinar si constituyen actos en el sentido del artículo 230 CE”. Respecto el Reino de España, en primer lugar, hay que destacar las Sentencias del Tribunal de Justicia de 19 de

septiembre de 2002, Sala Quinta, recaídas en los Asuntos C-113/00 y C-114/00, en las cuales el Tribunal de Justicia respecto las ayudas concedidas por la Junta de Extremadura en favor de las producciones hortícolas con destino a la transformación industrial, y las ayudas en forma de bonificaciones del tipo de interés de los préstamos de campaña con vencimiento no superior al año, determinó que no cabía la anulación de las decisiones de la Comisión dado que la normativa relativa a las ayudas de *minimis* no es aplicable a los sectores regulados por normas comunitarias específicas en materia de ayudas de Estado, y en particular a los sectores de la agricultura y la pesca, por lo cual el gobierno español no podía acogerse a esta excepción en estos casos. En segundo lugar, en la STJ de 26 de septiembre de 2002, Sala Sexta, Asunto C-351/98, el Tribunal de Justicia declaró la nulidad de los artículos 3 y 4 de la decisión 98/693/CE de la Comisión, de 1 de julio de 1998, relativa al régimen español de ayudas a la compra de vehículos industriales Plan Renove Industrial (agosto de 1994-diciembre de 1996), dado que si el plan español cumplía los criterios definidos por las directrices que le son aplicables y, en su caso, por determinadas reglas sectoriales, un régimen de ayudas con objetivos de reducción de la contaminación y de los efectos nocivos no puede ser declarado incompatible en su totalidad con el mercado común por el hecho de que algunos de sus beneficiarios ya hayan recibido ayudas de Estado autorizadas por otro concepto. Así pues, el Tribunal de Justicia, en el fundamento jurídico nonagésimo primero de su sentencia, dispuso que “en cuanto a las ayudas concedidas a los transportistas profesionales en virtud del Plan y, respecto a las ayudas que superan el umbral de *minimis*, a los no profesionales del transporte, la Comisión infringió los artículos 92, apartado 3, letra c), y 190 del Tratado al declarar la totalidad de dichas ayudas incompatible con el mercado común basándose en los motivos de la decisión impugnada”.

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

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

D) Cuestiones prejudiciales

Pocas, y de escaso interés, han sido las sentencias del Tribunal de Justicia en el ámbito de su competencia jurisdiccional que ahora nos ocupa.

En todo caso, y antes de pasar al estudio del contenido de las distintas sentencias prejudiciales pronunciadas, desde una perspectiva meramente formal, hay dos puntos que es necesario subrayar. El primero, que el número de cuestiones prejudiciales de interpretación planteadas ante el Tribunal sobrepasa, con creces, al número de cuestiones prejudiciales de validez. De este particular ya nos hemos ocupado en anteriores números de esta publicación, por lo que baste decir ahora, que sigue manteniéndose como una característica intrínseca de la labor del interpretador prejudicial comunitario. Y el segundo, que

la estructura de las sentencias prejudiciales, formalmente, ha variado, a buen seguro, en busca de una mayor transparencia y claridad. En efecto, respecto de esto último, la estructura de las sentencias prejudiciales, sobre todo en aquella parte de las mismas dedicada al estudio de las cuestiones prejudiciales en sentido estricto, distinguen ahora, hasta tres partes claramente diferenciadas, a saber: una breve introducción acerca de la cuestión prejudicial planteada; una sintética exposición de las “observaciones preliminares” u “observaciones presentadas ante el Tribunal”; y, finalmente, la “apreciación del Tribunal”. A nuestro juicio, ello contribuye, notablemente, a mejorar la claridad y la lógica interna de los pronunciamientos prejudiciales.

En lo que concierne ya, al contenido material de las diferentes sentencias estudiadas, la reiteración de los mismos es, quizá, su nota más destacable, y ello, tanto en lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales, como en lo que concierne a las medidas cautelares. En efecto, argumentos tales como: los requisitos de admisibilidad, la huida de formalismos procesales innecesarios, junto al espacio que tradicionalmente dedicamos a las cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles, conforman el contenido de esta crónica.

Comenzando por la cuestiones prejudiciales, en la **STJCE de 17 de septiembre de 2002**, Baumbast y R, **As. C-413/99**, el Tribunal europeo ha tenido ocasión de pronunciarse, por enésima vez, acerca de los requisitos de inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales, así como sobre el reparto de funciones jurisdiccionales entre el propio Tribunal y los órganos jurisdiccionales internos.

Así es, en el asunto objeto de estudio, y cuyo ámbito material no es otro que la obtención de permisos de residencia en el Reino Unido, se argumenta por parte del Gobierno británico contra la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada, y ello en base a los siguientes motivos: 1) que los permisos de residencia han sido expedidos mientras se tramitaba el proceso prejudicial, y, por tanto, no ha lugar a dicho pronunciamiento prejudicial por innecesario, y 2) que estamos en presencia de un litigio irreal al desaparecer el objeto del mismo –la no expedición de los permisos de residencia–, y, por tanto, ante una causa de inadmisibilidad de la cuestión prejudicial reconocida, incluso, por la jurisprudencia comunitaria (apartados 29 y 30, de la Sentencia, respectivamente).

Pues bien, el TJCE no hace suyos ninguno de los argumentos esgrimidos por el Gobierno británico. Es más, rebate cada uno de ellos sobre la base de la siguiente motivación: 1) corresponde, exclusivamente, al órgano jurisdiccional interno apreciar la pertinencia del planteamiento de una cuestión prejudicial, y 2) el TJCE, salvo la concurrencia de circunstancias tasadas y excepcionales, está obligado a dar una respuesta útil (véase en ambos casos el apartado 32 de la Sentencia). En relación con esta última eventualidad, el TJCE constata, de un lado, que la expedición de los permisos objeto de litigio antes del pronunciamiento prejudicial se ha realizado por aplicación de las normas británicas, sin resolver las cuestiones de Derecho comunitario suscitadas (apartados 35 y 36); y de otro, que estamos en presencia de un verdadero litigio que necesita de una respuesta prejudicial (apartado 37).

En virtud de todo lo expuesto, no resta sino proceder a la declaración de la admisibilidad de las cuestiones planteadas (apartado 38).

Continuando con los requisitos de admisibilidad, la **STJCE de 24 de septiembre de 2002, Grundig Italiana, As. C-255/00**, incide de nuevo, en que, excepcionalmente, al Tribunal de Justicia le puede corresponder examinar las circunstancias en las que el juez nacional se dirige a él. Ahora bien, hay que dejar claro que se trata de un examen que no tiene que ver con el cumplimiento de trámite procesal alguno, sino que se realiza con el único objeto de examinar su propia competencia.

En efecto, la negativa del TJCE a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada sólo es posible: a) cuando la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal; b) cuando el problema es de naturaleza hipotética, o c) 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 (apartado 31 de la Sentencia). No es éste el caso en el presente asunto (apartado 32), por lo que las observaciones sobre la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteadas por el Gobierno italiano deben ser desestimadas, concluye el Tribunal.

En el capítulo que tradicionalmente dedicamos al estudio de las cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales de nuestro país, destacamos en esta ocasión dos sentencias: la **STJCE de 3 de octubre de 2002, Barreira Pérez, As. C-347/00**; y la **STJCE de 17 de octubre de 2002, Parras Medina, As. C-208/01**.

La primera de ellas, planteada por el Juzgado de lo Social núm. 3, de Orense, versa sobre la interpretación de los arts. 1, letras r) y s), y 46, apartado 2, del Reglamento (CEE), núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad.

En lo que aquí interesa, lo más importante del contenido de esta Sentencia, no es el resultado de la misma (relativo al cómputo de los períodos de contribución a la Seguridad Social, en orden a la determinación de la cuantía de las pensiones), sino la petición que hace el Gobierno español, en cuanto a que la Sentencia no tenga efectos retroactivos, debido a los graves desequilibrios que de ello se podrían derivar para el sistema nacional de seguridad social (apartado 43 de la Sentencia).

El Tribunal de Justicia, acertadamente, recuerda al Gobierno de nuestro país, que las sentencias prejudiciales tienen, en general, efectos retroactivos (apartado 44), y que, sólo en base a la aplicación del principio general de seguridad jurídica se podrán limitar los efectos temporales de las mismas (apartado 45), no siendo éste el caso que nos ocupa, ya que, con independencia del daño o lesión patrimonial que se pueda derivar para el sistema nacional de seguridad social, no hay motivo alguno que afecte a la seguridad jurí-

I. Derecho Comunitario

dica. En consecuencia (apartado 47), no procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia.

La segunda, planteada por el Tribunal Superior de Castilla-La Mancha, se refiere a la interpretación del art. 12 del Reglamento (CE) núm. 1294/96, de la Comisión, de 4 de julio de 1996, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) núm. 822/87 del Consejo, en lo relativo a las declaraciones de cosecha, de producción y de existencias de productos del sector vitivinícola. Al margen de la cuestión de fondo (concepto de “fuerza mayor”, y posible inclusión en el mismo del fallecimiento del administrador único de una explotación agraria, a los efectos de la no sanción sobre los importes de las ayudas comunitarias a percibir), ningún otro contenido de la sentencia merece nuestra atención.

No queremos llegar al final de este repaso a los pronunciamientos prejudiciales, sin señalar, aun a título de simple recordatorio, la **STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. Fonderie Officien Meccaniche Tacconi, C-334/00**. Sentencia en la que el TJCE interpreta el art. 5, apartados 1 y 3 del Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968, lo que nos sirve para hacer hincapié en una materia a veces olvidada: el Derecho complementario y las competencias del TJCE en relación con esta peculiar parte integrante del ordenamiento comunitario.

Como es de sobra conocido por todos, la competencia de interpretación en favor del TJCE contenida en el art. 234 va más allá de las normas de Derecho originario y derivado contenidas en los Tratados, llegando incluso, a extenderse a los estatutos de los órganos creados por la Comunidad (cuando en ellos no se establezca otra cosa). Pero a veces se olvida, que aquella extensión de la competencia, incluye también al Derecho complementario, cuando, voluntariamente, así se reconozca mediante instrumento protocolario.

El Derecho complementario es una fórmula comúnmente admitida, que sirve para denominar a una variada tipología de actos que, aún no formando parte del Derecho comunitario en sentido estricto, están íntimamente vinculados a él, hasta el punto de desarrollarlo. Pues bien, el Convenio sobre la competencia judicial y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968, forma parte de esta especial categoría de actos de Derecho complementario. En concreto, es el resultado de la llamada que formula el art. 293 del TCE, en su guión 4º, a los Estados miembros, para que simplifiquen las formalidades a que están sometidos en reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y laudos arbitrales.

Es necesario señalar por último que, en principio, la competencia del TJCE en cuanto a este tipo de actos, no contempla la resolución de cuestiones prejudiciales sobre su contenido. Ahora bien, cosa distinta es que —como ocurre precisamente con el Convenio de 1968 al que venimos haciendo referencia—, mediante protocolos adicionales a dichos convenios, se reconozca aquella facultad en favor del TJCE; y eso es, exactamente, lo que ocurre en este caso.

En definitiva, la importancia de la STJCE de 17 de septiembre, de 2002, As. Fonderie Officien Meccaniche Tacconi, C-334/00, radica, no ya en el contenido de la sentencia, que en lo que aquí interesa resulta irrelevante; sino en el hecho de tratarse de una manifestación palmaria de la peculiar competencia prejudicial del Tribunal de Justicia en lo que se refiere al denominado Derecho complementario. Lo mismo vale decir ahora, en relación con la STJCE de 1 de octubre de 2002, Henkel, As. C-167/00, también referida a la interpretación del art. 5, apartado 3º, del Convenio de 1968, sobre reconocimiento de sentencias judiciales en materia civil y mercantil, antes mencionado.

Por último, y poniendo punto y final a las Sentencias del TJCE relativas a las cuestiones prejudiciales, es de reseñar, *quasi* a título anecdótico, la STJCE de 17 de octubre de 2002, Solida Raiffeisen Immobilien Leasing y Tech Gate Viena Wissenschafts-und Technologiepark, As. C-138/00, en la que el Tribunal, haciendo uso de las competencias que se derivan de la ausencia de formalismos procesales innecesarios, en el campo de los pronunciamientos prejudiciales, reformula la pregunta planteada por el órgano jurisdiccional interno:

“(…) 25.– Para responder a la cuestión así reformulada, es preciso, en primer lugar, determinar si la emisión de bonos de disfrute por una sociedad de capital (...)”

Algo similar ocurre en la STJCE de 17 de octubre de 2002, Payroll Data Services y otros, As. C-79/01, en la que el Tribunal se ve forzado a determinar el contenido de la normativa nacional a la que se refiere la cuestión prejudicial, ya que, de lo contrario, dicha remisión carecería de sentido alguno y podría ser inadmitida. Véanse a este respecto los apartados 20 a 38 de la mencionada Sentencia.

En pocas ocasiones como éstas, se puede apreciar con tanta claridad, esta facultad discrecional de la que disfruta el Tribunal de Justicia, y que obedece —como ya sabemos—, a la finalidad primordial de los pronunciamientos prejudiciales: resultar útiles para la solución del asunto principal pendiente, ante el órgano jurisdiccional interno.

E) Medidas cautelares

Ninguna variación reseñable se ha apreciado en la jurisprudencia del TJCE en cuanto a las *medidas cautelares* nacionales, derivadas de la efectiva aplicación del Derecho comunitario, o como salvaguarda del mismo.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

En el período analizado hemos encontrado dos sentencias, muy similares, ambas relacionadas con el etiquetaje y la venta de medicamentos para consumo humano. La pri-

I. Derecho Comunitario

mera, la **STJCE de 19 de septiembre de 2002, Sala Sexta, Asunto C-433/00**, resolutoria de una cuestión prejudicial, en un litigio entre dos empresas farmacéuticas sobre el reenvasado y venta en Alemania de medicamentos comprados en otro Estado miembro. El medicamento en cuestión se vende en una caja que contiene cinco cartuchos: supuesto de hecho concreto versaba sobre si era o no posible vender una agrupación de dos envases de cinco medicinas o es necesario venderlo bajo un nuevo estuche de diez. Según el TJCE, el Reglamento (CEE) núm. 2309/93 del Consejo, de 22 de julio de 1993, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y supervisión de medicamentos de uso humano y veterinario, se opone a que un medicamento que es objeto de dos autorizaciones centralizadas de comercialización diferentes para, respectivamente, la caja de cinco unidades y la caja de diez unidades, sea comercializado en un embalaje constituido por dos cajas de cinco unidades, unidas y reetiquetadas.

La segunda cuestión se resolvió en la **STJCE de 10 de septiembre de 2002, Sala Sexta, Asunto C-172/00**, donde también se resuelve una cuestión prejudicial. En este asunto se discutió sobre las autorizaciones previas requeridas por los medicamentos en Alemania. Concretamente se trata de una empresa farmacéutica que comercializó en Alemania un medicamento que, habiendo sido fabricado anteriormente, presentaba la novedad de no necesitar ser conservado en frío. Las autoridades alemanas alegaban que se trataba de un nuevo medicamento y que por ello, necesitaba de autorización previa de comercialización, conforme a la Directiva 65/65/CEE. Según el Tribunal, el artículo 28 TCE se opone a una normativa nacional según la cual la revocación de la autorización de comercialización de un medicamento de referencia a instancia de su titular implica que la autorización de importación paralela de dicho medicamento se extingue automáticamente. El hecho de que la nueva versión del medicamento sólo se comercialice en el Estado miembro de importación o se venda también en otros Estados miembros no modifica la respuesta a la primera cuestión. Por último, si se demuestra que existe efectivamente un riesgo para la salud de las personas, debido a la coexistencia de dos versiones de un mismo medicamento en el mercado de un Estado miembro, tal riesgo puede justificar restricciones a la importación de la antigua versión del medicamento a raíz de la revocación de la autorización de comercialización de referencia por su titular respecto a dicho mercado.

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

Encontramos en el período analizado tres sentencias de referencia: la primera, la **STJCE de 26 de septiembre de 2002, Sala Tercera, Asunto C-351/01**, relativa al ejercicio de la profesión de abogado en otros Estados miembros. Se trata de una acción promovida por la Comisión con arreglo al art. 226 TCE contra Francia por incumplimiento de este Estado de la Directiva 98/5/CE, al no transponerla, Directiva destinada precisamente a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en la Unión. La contestación del Tribunal fue muy simple en este caso: Declaró que la República Francesa incumplió 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, al no haber adoptado las disposiciones legales,

reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en dicha Directiva.

En segundo lugar, la **STJCE de 3 de octubre de 2002, Sala Quinta, Asunto C-136/00**, resolvió una cuestión prejudicial finesa sobre el tratamiento fiscal de determinadas aportaciones a planes de pensiones. El supuesto de hecho fue el siguiente: Un europeo con las nacionalidades alemana y finlandesa, que vivió en Alemania hasta 1977, año en que trasladó su residencia a Finlandia; tanto antes como después siguió realizando aportaciones al seguro de jubilación, pero las autoridades tributarias finlandesas sólo le permitieron deducirse el 10 por ciento. Para el Tribunal, el artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma tributaria de un Estado miembro que limita o excluye el derecho a deducir, a efectos del impuesto sobre la renta, las aportaciones a seguros de jubilación voluntarios abonadas a entidades de seguros de pensiones establecidas en otros Estados miembros al mismo tiempo que concede el derecho a deducir tales aportaciones cuando se pagan a organismos establecidos en el primer Estado miembro, si no excluye asimismo el carácter imponible de las pensiones abonadas por dichas entidades.

Por último, la **STJCE de 17 de octubre de 2002, Sala Quinta, Asunto C-79/01**, dimanante de una cuestión prejudicial sobre interpretación del art. 43 TCE. La cuestión fue promovida por una empresa franco-italiana dedicada al cálculo de nóminas salariales, ya que la legislación italiana requiere en este tipo de empresas la presencia de graduados sociales. Para el Tribunal, el artículo 43 CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a la legislación de un Estado miembro que impone a las empresas con menos de 250 empleados, que deseen encargar la elaboración e impresión de sus nóminas a centros externos de procesamiento informatizado de datos, recurrir solamente a los que estén constituidos y compuestos exclusivamente por personas pertenecientes a determinados colegios profesionales de dicho Estado miembro cuando, en virtud de la mencionada legislación, las empresas de más de 250 empleados pueden encargar tales actividades a los centros externos de procesamiento informatizado de datos con la única condición de que éstos estén asistidos por una o varias de dichas personas.

B.2) Libertad de establecimiento

En este bloque encontramos una curiosa sentencia, originada por una cuestión prejudicial sobre la interpretación del art. 49 CE en un tribunal de apelación británico. Se trata de la **STJCE de 11 de julio de 2002, Asunto C-60/00**. El supuesto de hecho fue el siguiente: una ciudadana filipina se casó con un británico; su marido ejercía actividades comerciales en varios países de la Unión. El Tribunal hace una interpretación extensiva y afirma que, pese a estar la ciudadana filipina en situación irregular en materia de inmigración en el Reino Unido, su expulsión causaría trastorno a las actividades llevadas a cabo por su marido. El Tribunal conecta de esta manera la situación personal con la actividad económica desarrollada por el marido. Según el Tribunal, el artículo 49 CE, a la luz

del derecho fundamental al respeto de la vida familiar, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que, en una situación como la del asunto principal, el Estado miembro de origen de un prestador de servicios establecido en ese mismo Estado, que presta servicios a destinatarios establecidos en otros Estados miembros, deniegue la residencia en su territorio al cónyuge, nacional de un país tercero, de dicho prestador.

C) Libre circulación de trabajadores

En el período reseñado se han producido dos sentencias de gran relevancia que contienen pronunciamientos novedosos en el ámbito del respeto de la vida familiar de los trabajadores migrantes y en el de los derechos que otorga la ciudadanía de la Unión.

La **STJCE de 25 de julio de 2002, MRAX, As. C-459/99**, aborda de una forma progresista cuestiones relativas al derecho de entrada y de residencia de los nacionales de terceros países, cónyuges de nacionales de Estados miembros, que carezcan de un visado en vigor. La sentencia resuelve una serie de cuestiones prejudiciales suscitadas en el marco de un litigio entre el *Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie* ABSL y el Estado belga en relación a un recurso de anulación de la circular de los Ministros de Interior y de Justicia, de 28 de agosto de 1997, que regula, entre otras cuestiones, los documentos que deben aportarse para la expedición de un visado de reagrupación familiar en virtud de un matrimonio celebrado en el extranjero.

En primer lugar, según la citada sentencia, la legislación comunitaria debe interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que intente entrar en su territorio sin disponer de un documento de identidad o de un pasaporte válido, o en su caso, de un visado, cuando dicho cónyuge pueda probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública. El TJCE llega a tal conclusión mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. En efecto, como reconoce en el apartado 59 de la citada sentencia, con arreglo al propio tenor de los arts. 3, apartado 2, de la Directiva 68/360 y 3, apartado 2, de la Directiva 73/148, el ejercicio del derecho de entrada en el territorio de los Estados miembros de los nacionales de países terceros, cónyuges de nacionales de Estados miembros, puede supeditarse a la posesión de un visado. Ahora bien, habida cuenta de la importancia que el legislador comunitario reconoce a la protección de la vida familiar “la denegación de entrada constituye, en cualquier caso, una medida desproporcionada y, en consecuencia, prohibida si el nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, puede probar su identidad, así como el vínculo conyugal, y si no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública en el sentido de los arts. 10 de la Directiva 68/360 y 8 de la Directiva 73/148” (apartado 61).

Por otro lado, el TJCE también establece que la normativa comunitaria no autoriza a los Estados miembros a denegar un permiso de residencia ni a adoptar una medida de expulsión en contra de un nacional de un país tercero, que pueda aportar la prueba de su iden-

tividad y de su matrimonio con un nacional de un Estado miembro, por el único motivo de que haya entrado ilegalmente en territorio del Estado miembro de que se trate. Esta interpretación del Derecho comunitario se basa en una aplicación por analogía de la jurisprudencia establecida en la STJCE de 8 de abril de 1976, Roger, As. 48/75; Según ésta, el mero incumplimiento por el nacional de un Estado miembro, de las formalidades relativas a la entrada, desplazamiento y residencia de los extranjeros no puede constituir, por sí mismo, un comportamiento que amenace el orden público y la seguridad pública, sin que, por tanto, pueda por sí solo justificar ninguna medida de expulsión ni la detención preventiva con miras a la expulsión.

En tercer lugar, el TJCE aborda el supuesto en el cual se produce la caducidad del visado del nacional de un tercer Estado, cónyuge de un nacional de un Estado miembro. Pues bien, la sentencia declara que un Estado miembro no puede negarse a expedir un permiso de residencia a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, que haya entrado legalmente en el territorio de dicho Estado miembro, ni adoptar una medida de expulsión del territorio en su contra, por el único motivo de que su visado haya caducado antes de haber solicitado el permiso de residencia. En este sentido, la Corte europea afirma que si bien los arts. 4, apartados 3, de la Directiva 68/360 y 6 de la Directiva 73/148 autorizan a los Estados miembros a exigir, para la expedición de un permiso de residencia, la presentación del documento a cuyo amparo haya entrado en su territorio el interesado, no prevén que dicho documento deba ser aun válido (apartado 89). Por otro lado, una medida de expulsión del territorio basada únicamente en la caducidad del visado constituye una sanción manifiestamente desproporcionada en relación con la gravedad del incumplimiento de las normas nacionales en materia de control de extranjeros (apartado 90).

El último aspecto tratado por la sentencia es el relativo a los recursos disponibles en caso de una denegación del permiso de residencia o de una decisión de expulsión. La citada sentencia establece que los artículos 1, apartado 2, y 9, apartado 2 de la Directiva 64/221, sobre coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud pública, deben interpretarse en el sentido de que un extranjero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, tiene derecho a interponer un recurso ante la autoridad competente que contempla el mencionado art. 9, apartado 1, contra una decisión denegatoria de un primer permiso de residencia o contra una decisión de expulsión adoptada antes de la expedición de dicho permiso, aun cuando no disponga de un documento de identidad o cuando, pese a estar sometido a la obligación de poseer un visado, haya entrado en el territorio del Estado miembro sin dicho visado o haya permanecido en él con posterioridad a su caducidad. Como es sabido, el art. 9 de la Directiva 64/221 tiene el siguiente tenor:

“1. Cuando no exista la posibilidad de recurso judicial o cuando dicho recurso se limite a la legalidad de la decisión, o cuando el recurso no tenga efectos suspensivos, la decisión de denegar la renovación del permiso de estancia o de expulsar del territorio al titular de un permiso de estancia sólo podrá ser adoptada por la autoridad administrativa, salvo en

I. Derecho Comunitario

caso de urgencia, previo dictamen de una autoridad competente del país de acogida ante la cual el interesado deberá poder hacer valer sus medios de defensa y hacerse asistir o representar en las condiciones de procedimiento previstas por la legislación nacional.

Esta autoridad deberá ser distinta de la facultada para tomar la decisión de denegación de la renovación del permiso de estancia o la decisión de expulsión.

2. La decisión que deniegue la concesión del primer permiso de estancia, o la decisión de expulsar a la persona interesada antes de la concesión del permiso, se someterá, a petición del interesado, a la autoridad, cuyo dictamen previo está previsto en el apartado 1. El interesado estará entonces autorizado a presentar, personalmente, sus medios de defensa, a menos que se opongan razones de seguridad del Estado.”

Pues bien, el TJCE considera que dicha disposición requiere, por lo que respecta a su ámbito personal de aplicación, una interpretación amplia (apartado 101) y, por consiguiente, cualquier cónyuge extranjero de un nacional de un Estado miembro que afirme poseer las condiciones exigidas para que se le dispense la protección otorgada por la Directiva 64/221—cónyuge que reúna las condiciones de los reglamentos y directivas adoptadas en materia de libre circulación de trabajadores y de prestaciones— disfruta de las garantías mínimas que prevé el artículo transcrito, aun cuando no disponga de un documento de identidad o cuando, pese a estar sujeto a la obligación de poseer un visado, haya entrado en el territorio del Estado miembro sin dicho visado o haya permanecido en él con posterioridad a su caducidad, pues en caso contrario, se privaría a estas garantías de su principal efecto útil (apartados 102 y 103).

Por su parte, la **STJCE de 17 de septiembre de 2002, Baumbast, As. C-413/99**, resuelve distintas cuestiones prejudiciales suscitadas en el marco de dos litigios motivados por la denegación de permisos de residencia en el territorio del Reino Unido.

La sentencia reviste especial importancia al establecer que un ciudadano de la Unión Europea que ya no disfruta en el Estado miembro de acogida de un derecho de residencia como trabajador migrante puede, en su condición de ciudadano de la Unión, disfrutar en ese Estado de un derecho de residencia en virtud de la aplicación directa del art. 18 CE, apartado 1, según el cual:

“Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.”

En este sentido, el TJCE reconoce que, antes de la entrada en vigor del Tratado de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia había precisado que el derecho de residencia, conferido directamente por el Tratado CE, estaba sujeto al requisito de que se ejerciese una actividad económica en el sentido de los arts. 48, 52 o 59 del Tratado CE, pero, asimismo, el TJCE afirma que desde entonces, se ha introducido el estatuto de Ciudadano de la Unión en el Tratado CE y el art. 18 CE, apartado 1, ha reconocido a todo ciudadano el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Además, el

Tratado de la Unión Europea no exige que los ciudadanos de la Unión ejerzan una actividad profesional para poder disfrutar de los derechos previstos en la segunda parte del Tratado CE, relativa a la ciudadanía de la Unión (apartados 81 a 83). Y así, aunque el ejercicio de este derecho de residencia esté sujeto a las limitaciones y condiciones a las que se refiere dicha disposición, las autoridades competentes y, en su caso, los órganos jurisdiccionales nacionales deben velar por que dichas limitaciones y condiciones se apliquen respetando los principios generales del Derecho comunitario, y, en particular, el principio de proporcionalidad (apartado 91). En lo que respecta a la aplicación del principio de proporcionalidad a las circunstancias del asunto principal, cabe destacar que el Sr. Baumbast disponía de recursos suficientes, había trabajado, y por tanto, residido legalmente en el Estado miembro de acogida durante varios años; durante ese tiempo había residido igualmente en el Estado miembro de acogida y había permanecido en él incluso después de la finalización de sus actividades por cuenta ajena y por cuenta propia; ni el interesado ni los miembros de su familia habían constituido una carga para el erario del Estado miembro de acogida y, finalmente, el Sr. Baumbast y su familia disponían de un seguro de enfermedad completo en otro Estado miembro de la Unión. Por ello, el TJCE declara que la denegación al Sr. Baumbast del ejercicio del derecho de residencia que le confiere el art. 18 CE, apartado 1, en virtud de la aplicación de las disposiciones de la Directiva 90/364, por el hecho de que el seguro de enfermedad de que dispone no cubre los cuidados médicos de urgencia prestados en el Estado miembro de acogida constituiría una injerencia desproporcionada en el ejercicio de este derecho (apartado 93).

Además, la sentencia Baumbast interpreta los arts. 10 y 12 del Reglamento núm. 1612/68 de una manera muy favorable a la protección del derecho al respeto de la vida familiar del trabajador migrante. Dichos preceptos establecen lo siguiente:

“Artículo 10. –Con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empelado en el territorio de otro Estado miembro.

a) su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años o a su cargo (...).

Artículo 12. –Los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro serán admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio.

Los Estados miembros fomentarán las iniciativas que les permitan seguir los mencionados cursos en las mejores condiciones.”

Pues bien, en relación con este precepto, la STJCE de 15 de marzo de 1989, Echternach y Moritz, As. Ac. 389/87 y 390/87 había establecido que los derechos que el mismo reconoce siguen siendo válidos, aunque los progenitores abandonen el Estado miembro de acogida, si bien, en aquel concreto supuesto, la escolaridad no podía continuarse en

I. Derecho Comunitario

el Estado miembro de origen. No obstante, en la sentencia que ahora reseñamos se añade que autorizar a los hijos de un trabajador migrante que haya cesado de realizar una actividad por cuenta ajena a continuar su escolaridad en el Estado miembro de acogida únicamente cuando les fuera imposible hacerlo en su Estado miembro de origen sería “contrario no sólo a la letra del art. 12 del Reglamento 1612/68, que reconoce el derecho de acceso a los cursos de enseñanza a los hijos de un nacional o un Estado miembro ‘que esté o haya estado empleado’ en el territorio de otro Estado miembro, sino también a su espíritu” (apartado 54). Respecto al ámbito de aplicación de estos derechos, la sentencia Baumbast señala que el derecho a instalarse con el trabajador migrante, del que disfrutaban “su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años o a su cargo” —según el art. 10 del Reglamento 1612/68— debe interpretarse en el sentido de que beneficia tanto a los descendientes de dicho trabajador como a los de su cónyuge, pues una interpretación contraria contravendría el objetivo perseguido por el Reglamento (apartado 57). Además, dicho precepto no exige que el miembro de la familia de que se trate viva con él permanentemente (apartado 62).

Finalmente, la sentencia reseñada deduce del contenido del art. 12 transcrito un derecho de residencia a favor de una persona distinta del hijo de un trabajador migrante, en concreto a favor del progenitor que, en caso de divorcio, tenga la custodia de los hijos de un trabajador migrante. En efecto, según el TJCE:

“El derecho que el artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68 reconoce al hijo de un trabajador migrante a continuar su escolaridad en las mejores condiciones en el Estado miembro de acogida implica necesariamente que ese hijo tenga derecho a estar acompañado por la persona a la que corresponda efectivamente su custodia, y por tanto, que esta persona deba poder residir con él en dicho Estado miembro durante sus estudios. La denegación de un permiso de residencia al progenitor que tenga efectivamente la custodia del hijo que ejerce su derecho a proseguir su escolaridad en el Estado miembro supondría una vulneración de este derecho” (apartado 73).

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) Avocación al Pleno: aplicación de los infrecuentemente utilizados artículos 10.k) y 13 LOTC. b) Agotamiento de la vía previa [art. 44.1.a) LOTC] e incidente de nulidad de actuaciones (art. 240.3 LOPJ). c) La valoración de la prueba en apelación no vulnera la tutela judicial efectiva ni constituye objeto del recurso de amparo. d) Legitimación activa: denegación por no haber sido parte en el proceso judicial [arts. 46.1.b) y 50.1 LOTC]. e) Poderes de oficio para centrar el pleito: uso de la facultad prevista en el artículo 84 LOTC. **3. Criterios de distribución de competencias.** A) Medio ambiente (art. 149.1.23). Especies protegidas: determinación de las especies y régimen sancionador; definición de faltas y sanciones.

1. INTRODUCCIÓN

Se reseñan las Sentencias dictadas en el tercer trimestre del año (desde la STC 141/2002, de 17 de junio hasta la STC 172/2002, de 30 de septiembre). En materia procesal quizás lo más destacable sea la interpretación realizada respecto al incidente de nulidad de actuaciones (art. 240.3 LOPJ) y su efecto sobre la necesidad de agotamiento de la vía previa en el recurso de amparo. Se aprecia, en esta materia, una jurisprudencia aún poco asentada cuyo esclarecimiento comienza a ser necesario para garantizar una mayor seguridad jurídica a los operadores. En materia competencial, sólo se ha dictado una Sentencia en materia de medio ambiente y régimen sancionador de infracciones medioambientales donde se reitera una jurisprudencia ya bastante consolidada.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES**A) Recurso de amparo**

a) Avocación al Pleno : aplicación de los infrecuentemente utilizados artículos 10.k) y 13 LOTC

En la STC 167/2002, de 18 de septiembre, el Pleno del TC acordó, a propuesta de la Sala Segunda recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo. La avocación al Pleno

responde a la necesidad de que éste pueda ejercer una facultad de revisión de su doctrina. De este modo introduce, siguiendo de cerca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la que considera que “en casos de aplicación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal *ad quem* revisar la valoración de las practicadas en primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediatez y la contradicción”.

b) Agotamiento de la vía previa [art. 44.1.a) LOTC] e incidente de nulidad de actuaciones (art. 240.3 LOTC)

Exigencia de agotamiento de la vía judicial previa: incidente de nulidad de actuaciones e incongruencia omisiva.

En la **STC 157/2002, de 16 de septiembre**, Sala Segunda, el TC examina, en el FJ 2º, si se han cumplido los requisitos procesales por los recurrentes: unos trabajadores que demandan a la empresa por interpretación restrictiva del período vacacional contenido en el convenio. La posible incongruencia omisiva en la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid debería haber exigido la interposición del incidente de nulidad previsto en el art. 240.3 LOPJ. Sin embargo, el TC considera agotados todos los requisitos procesales, pues el punto central de la queja reside en la vulneración del art. 24.1 en lo referente a la no obtención de una respuesta sobre el fondo de la cuestión planteada, como consecuencia de una interpretación acerca de la suficiente legitimación de los trabajadores para impugnar actos empresariales aplicativos de un convenio que vulneran derechos; no siendo, por lo tanto, un estricto problema de incongruencia omisiva.

Utilización indebida de requisitos procesales para prolongar el plazo de caducidad de presentación del recurso de amparo.

En la **STC 162/2002, de 16 de septiembre**, Sala Primera, al resolver el amparo, el TC valora, en su FJ 2º, la causa de inadmisión en relación a la falta de agotamiento de la vía judicial por prolongación artificial del plazo de caducidad al interponerse un incidente de nulidad de actuaciones, al ser éste absolutamente inviable. El TC considera que no es un incidente manifiestamente improcedente, pues en el escrito del recurrente se alega un dato de hecho esencial, ya que la Sentencia dictada en el recurso de audiencia al rebelde, se pronunció antes de que se recibieran los autos en que se había dictado Sentencia, de la cual se solicitaba dicha audiencia, lo que podría determinar tal indefensión, que hace procesalmente viable el incidente de nulidad de actuaciones y, por lo tanto, el plazo para la presentación del amparo se ha de prolongar y contarse a partir del definitivo agotamiento procesal de dicho incidente.

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

Omisión de requisitos formales para realización de pruebas, obliga al incidente de nulidad de actuaciones, antes de la interposición del recurso de amparo.

En la **STC 165/2002, de 17 de septiembre**, Sala Segunda, en un recurso de amparo contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, el TC lo inadmite por no haberse interpuesto en su día un incidente de nulidad de actuaciones. A juicio del TC, la Sentencia impugnada generaba flagrante indefensión, al basarse en datos de un procedimiento de prueba sin que hubiera habido una recepción formal del recurso a prueba y sin que se hubiera dado posibilidad de intervención alguna a las partes. Esta omisión de requisitos formales obliga a interponer el recurso previsto en el art. 240.3 LOPJ, pues la actuación *ex officio* del órgano judicial en la práctica de la prueba y la inexistencia de trámite alguno de audiencia a las partes, se lleva a cabo al margen del procedimiento regular de apelación, a fin de incorporar sus resultados al proceso solamente en la resolución final del mismo, esto es, en la Sentencia generando, así, indefensión por defectos de forma (FJ 4º).

c) La revisión de la valoración de una prueba en apelación no vulnera la tutela judicial, no siendo éste el objeto del amparo según el artículo 44.1.b) LOTC

La **STC 170/2002, de 30 de septiembre**, Sala Segunda, deniega un amparo, entre otras razones, al considerar que no existe incongruencia *extra petitum* por modificación de hechos probados sin ser pedidos por las partes (supuesto acuerdo verbal de repartir a medias un premio de décimo de lotería compartido entre dos personas). Para el TC, esta pretensión incide en lo dispuesto en el art. 44.1.b) LOTC, según el cual es requisito para la admisión del amparo que la violación del derecho sea imputable a una acción u omisión del órgano judicial, ya que el recurrente recibió respuesta a sus pretensiones, no apreciándose vulneración del derecho a la tutela. Su disconformidad (dice el TC en su FJ 2º) no le legitima para obviarlas y considerarlas inexistentes, convirtiendo el recurso de amparo en una nueva vía de impugnación y pretendiendo una nueva valoración de la prueba por parte de este Tribunal, lo que le está vedado por el art. 44.1.b) LOTC, ya que en ningún caso entrará a conocer el TC los hechos que dieron lugar al proceso en que la supuesta acción u omisión se produjo. El Magistrado Vicente Conde Martín de Hijas formula Voto Particular al considerar que hubo modificación de los hechos probados, y que en la Sentencia de Apelación hubo una nueva valoración de la prueba explícita por lo que debería haberse aplicado la doctrina sentada en la ya resñada STC 167/2002, debiendo apreciarse en la decisión impugnada incongruencia *extra petitum*, vulnerándose además el proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). De este modo, el amparo debía de haber sido otorgado, pues las resoluciones recurridas son lesivas de derechos fundamentales no pudiendo ser excepcionado su conocimiento por el TC en aplicación del restrictivo criterio de la disposición de la LOTC citada.

d) Legitimación activa: denegación por no haber sido parte en el proceso judicial [arts. 46.1.b) y 50.1 LOTC]

La **STC 158/2002, de 16 de septiembre**, Sala Segunda, inadmite un amparo a una de las recurrentes por carencia de legitimación, al no haber sido parte en el previo proceso judi-

cial. El TC recuerda su jurisprudencia sobre la legitimación activa en el Recurso de amparo y sobre el alcance de los arts. 162.b) CE y 46.1.b) LOTC de manera “que el requisito de haber sido parte en el proceso judicial previo no sea siempre suficiente para poder determinar con carácter general la existencia de legitimación y, contrariamente, que puedan estar legitimados para recurrir en amparo quienes sin ser parte en el proceso, invoquen un interés legítimo en el asunto debatido”. El TC, además, en una reiterada doctrina expuesta en el FJ 2º, aboga por un criterio flexible del presupuesto procesal de ser parte, extendiendo el concepto de parte “no sólo a quien lo fue en efecto, sino a quien pudo serlo o tenía derecho a serlo” y no lo fueron por causa no imputable a ellos. Concretando esta doctrina al caso, el TC, en su FJ 3º, sin embargo, niega la legitimación a una de las recurrentes pues no fue parte ni alegó en ningún momento ignorancia de la actuación previamente seguida ante los tribunales pues, aun siendo titular de un derecho a la intimidad vulnerado por una actuación policial (cacheo vejatorio), no le realizaron el pertinente ofrecimiento de acciones en el previo proceso judicial (art. 109 LECrim), como así se realizó con otros perjudicados también recurrentes. No utilizó la omisión del ofrecimiento de acciones para obtener el amparo, sino que su pretensión se dirige *per saltum* a obtener del TC un pronunciamiento sobre la vulneración de su derecho a la intimidad.

e) Poderes de oficio para centrar el pleito: uso de la facultad del artículo 84 LOTC

En la **STC 154/2002, de 18 de julio**, Sala Segunda, el TC usa la facultad del art. 84 LOTC, de tal modo que éste “en cualquier tiempo anterior a la decisión, podrá comunicar a los comparecidos en el proceso constitucional la eventual existencia de otros motivos distintos de los alegados, con relevancia para acordar lo procedente sobre la admisión o inadmisión y, en su caso, sobre la estimación o desestimación de la pretensión constitucional”.

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

A) Medio ambiente (art. 149.1.23). Especies protegidas: determinación de las especies y régimen sancionador; definición de faltas y sanciones

En la **STC 166/2002, de 18 de septiembre**, se enjuicia la constitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 7/1995, de 21 de abril, de la Asamblea Regional de Murcia en los que se establecían las especies protegidas por la misma, así como un régimen de infracciones y sanciones que no coincidían con las previsiones incluidas en la normativa estatal.

El Tribunal recuerda que en los casos de inconstitucionalidad mediata o indirecta en materia competencial (esto es, en los supuestos en los que la nulidad de la norma autonómica se fundamenta en el incumplimiento de las normas básicas estatales y no en la

II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

infracción directa del orden de distribución de competencias) deben realizarse dos operaciones interpretativas. En primer término es necesario determinar si las normas estatales deben reputarse constitucionales en virtud de su carácter básico. En segundo lugar, y en caso de ser afirmativa la primera operación interpretativa, se debe proceder a determinar si existe verdaderamente incompatibilidad entre la norma autonómica controvertida y la norma estatal básica.

Respecto a la primera cuestión, carácter básico de la normativa estatal compuesta por la LCEN y el RD 1118/1989, el Tribunal recuerda que ya en su STC 102/1995 declaró la constitucionalidad y el carácter básico de las previsiones en ella contenidas.

Entra el TC, a continuación, en el examen de la efectiva contradicción entre la normativa básica y la autonómica. Entiende en tal sentido que en la fijación de las especies protegidas (art. 27 de la ley autonómica en relación con su Anexo III) existe una evidente contradicción al incluir especies no mencionadas en la norma básica estatal, por lo que procede declarar la inconstitucionalidad de la referencia a las especies no incluidas en la citada norma estatal.

Respecto a las normas sancionadoras, el TC recuerda su jurisprudencia sobre la cuestión, contenida básicamente en las SSTC 16/1997 y 196/1996. Así, afirma que es una característica del régimen de protección medioambiental contenido en el art. 149.1.23 que se permita la existencia de normas adicionales de protección de origen autonómico que añadan un plus de protección. De esta manera la normativa estatal, en este ámbito, no persigue una función de uniformidad relativa, sino una ordenación mediante mínimos que han de respetarse, pero no excluye que las Comunidades Autónomas establezcan niveles de protección más altos. Ahora bien, en el caso objeto de examen, lejos de establecerse mejoras en la protección, lo que se hace es reducir el nivel de protección (se establece un plazo de prescripción menor y las sanciones previstas son de cuantía inferior) por lo que procede la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos autonómicos impugnados.

JAVIER GARCÍA ROCA

ISABEL PERELLÓ

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

IGNACIO GARCÍA VITORIA

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS**Sumario:**

1. Consideraciones preliminares. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A) Introducción. B) Condiciones de prisión equivalentes a tratos inhumanos y degradantes (art. 3). C) La intervención del juez en la detención no puede ser sustituida por la del Fiscal (art. 5.3). D) Distintos aspectos del artículo 6. E) Derecho al cambio de sexo (art. 8). F) Restricciones indebidas a la libertad sindical (art. 11.2). G) Distintos aspectos del derecho de propiedad (art. 1, Protocolo 1º) **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Tutela judicial efectiva. a) Tutela judicial efectiva y derecho a obtener una resolución fundada en Derecho. b) El derecho a la tutela judicial efectiva de los sindicatos como contenido adicional de la libertad sindical (arts. 28.1 y 24 CE). B) Derecho a un proceso con todas las garantías. a) Inmediación y contradicción en la práctica de la prueba en la segunda instancia penal. b) Derecho a un proceso con todas las garantías: conexión de antijuridicidad. C) Presunción de inocencia y prueba por indicios: razonabilidad del proceso lógico de inferencia. D) Transfusiones a un niño testigo de Jehová. Libertad religiosa (art. 16.1 CE). **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.** A) Derecho a la intimidad personal y afiliación a asociaciones judiciales (art. 18.1 y 4 CE). B) Derecho de reunión (art. 21 CE). C) Derecho a participar en asuntos públicos y administración local (art. 23.1 CE). D) Derecho al honor y libertad de expresión (arts. 18 y 20 CE).

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se examinan la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada entre 1 de julio y 30 de septiembre de 2002, la correspondiente al Tribunal Constitucional en las mismas fechas y diversas Sentencias de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo dictadas entre febrero a septiembre de 2002 en relación con los derechos fundamentales.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS¹

A) Introducción

Entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2002 el TEDH resolvió un total de 95 asuntos. Sin embargo en 65 de ellas apreció algún tipo de causa para la terminación del proceso, y, al igual que en crónicas anteriores, un importante número de sentencias (20) se refieren a vulneraciones del artículo 6.1, entre las que quizá merezca reseñar, por sus repercusiones públicas, el asunto Papón contra Francia, de 25 de julio de 2002, un proceso por colaboracionismo con los nazis a un ex Ministro que se desarrolló durante más de 17 años.

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

Kalashnikov contra Rusia, de 15 de julio de 2002, en el que se afirma que las condiciones de la prisión que debió soportar el recurrente suponen, objetivamente, tratos inhumanos y degradantes contrarios al artículo 3 del Convenio.

Dacewicz contra Polonia, de 2 de julio de 2002, sobre el derecho del detenido a ser conducido a presencia judicial, que no se satisface con la intervención del fiscal (art. 5.3).

Un grupo de sentencias que se refieren a distintos aspectos del artículo 6, y entre ellas: **Perote Pellón contra España, de 25 de julio de 2002**, vulneración del derecho al juez imparcial en un conocido caso de secretos oficiales (art. 6.1); **Cuscani contra el Reino Unido, de 24 de septiembre de 2002**, vulneración del derecho al intérprete (art. 6.1) y **S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002**, derecho a contradecir a los testigos [art. 6.3.d)].

Dos sentencias, probablemente las más importantes del período analizado I **contra el Reino Unido y Christine Goodwin contra el Reino Unido, ambas de 11 de julio de 2002**, sobre el derecho al cambio de sexo (art. 8).

Un supuesto de restricciones indebidas a la libertad sindical **Wilson y The National Unión of Journalists y otros contra el Reino Unido, de 2 de junio de 2002** (art. 11.2).

Por último una serie de supuestos de vulneración del derecho de propiedad (art. 1, protocolo 1) entre las que destacan **Motais de Narbone contra Francia, de 2 de julio de 2002** y **Basacop contra Rumania, de 9 de julio de 2002**.

(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 BJU2000-0987.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

B) Condiciones de prisión equivalentes a tratos inhumanos y degradantes. Kalashnikov contra Rusia, de 15 de julio de 2002 (art. 3.2)

El recurrente es Presidente de un Banco comercial condenado por hurto que denuncia, entre otros aspectos como la excesiva duración de su detención, que las condiciones de la prisión suponen violación del artículo 3 del Convenio. El Tribunal, tras reiterar su doctrina sobre tratos inhumanos y degradantes, citando entre otros asuntos Irlanda contra el Reino Unido, de 18 enero de 1978 y Raninen contra Finlandia, de 16 de diciembre de 1997, afirma que la prisión de las personas debe desarrollarse en condiciones compatibles con el respeto a la dignidad humana. Sobre estas premisas analiza las condiciones de la prisión, que se desarrolló durante cuatro años y diez meses en una celda de entre 17 y 20 m² habilitada para ocho personas pero ocupada por entre 18 y 24 personas, de manera que cada cama era usada por 2 o 3 prisioneros (...) ausencia de condiciones sanitarias que hacen que el recurrente enferme en varias ocasiones (...), todo lo cual produce unas circunstancias objetivas de la estancia en prisión que implican vulneración del artículo 3 del Convenio.

Es interesante recalcar que la condena no parece obedecer a unas circunstancias particularmente gravosas o discriminatorias del recurrente durante su estancia en prisión, sino más bien a las circunstancias objetivas de las prisiones en Rusia, lo que a su vez, teniendo en cuenta la propia doctrina del TEDH, sentada a partir del caso Soering contra el Reino Unido, de 7 de julio de 1989, hace que esas circunstancias puedan ser alegadas frente a una extradición.

C) La intervención del juez en la detención no puede ser sustituida por la del Fiscal. Dacewicz contra Polonia, de 2 de julio de 2002 (art. 5.3)

En este caso el Tribunal estima violado el artículo 5.3 del Convenio relativo al derecho de todo detenido a ser conducido sin dilaciones en presencia de un Juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales. Aquí, sin embargo, fue el Ministerio Fiscal quien dictó la decisión de la detención de un acusado de robo, una autoridad que no reúne los atributos requeridos por el citado precepto del Convenio. La Corte considera el caso similar al resuelto en el asunto Niedbala.

D) Distintos aspectos del artículo 6

En **Perote Pellón contra España, de 25 de julio de 2002**, el recurrente ex coronel de los servicios secretos condenado en el caso de los papeles del CESID alega que su causa no había sido examinada por un **tribunal independiente e imparcial**, en la medida en que dos de los jueces, el Presidente y el Ponente del Tribunal que había examinado el fondo de la causa habían ya adoptado medidas de instrucción frente a él, y en particular la prórroga de su prisión provisional. El asunto había sido inadmitido a trámite por el Tribunal Constitucional por carencia de contenido constitucional el 29 de junio de 1998. Sin embargo, el TEDH asume por completo la argumentación de que la imparcialidad del tribunal podía suscitar serias dudas y concluye que se ha vulnerado el artículo 6.1.

En **Cuscani contra el Reino Unido, de 24 de septiembre de 2002**, se denuncia la vulneración del artículo 6.1 por la **ausencia de intérprete** para un ciudadano italiano en el Reino Unido en un proceso de evasión de impuestos en el que es condenado a cuatro años de prisión. A pesar de que en la instancia alega ese hecho, en la práctica no se traduce nada al italiano. Es interesante recalcar que en la apelación no lo alega. El TEDH considera que el juez de instancia debió de comprobar si el acusado tenía suficiente comprensión de la lengua inglesa (...) y que a pesar de que lo que se aprecia en definitiva son problemas derivados de la deficiente defensa del recurrente, concluye que el guardián último de la pulcritud del proceso es el juez, y que éste debió apreciar las dificultades que la ausencia de interprete creaban en el recurrente, por lo que estima que existe vulneración del artículo 6.1.

Por último en **S.N. contra Suecia, de 2 de julio de 2002**, lo que está en juego es el derecho a un **juicio justo con todas las garantías** y en concreto el **derecho a contradecir a los testigos** [art. 6.3.d) Convenio]. En él el Tribunal, por mayoría estima no violados los arts. 6.1 y 6.3.d) del Convenio Europeo referidos, respectivamente, a los derechos a una audiencia pública y a examinar a los testigos en igualdad de condiciones. El Consejo Social de Borglhom recibió una denuncia de abusos sexuales a un niño de diez años, tras investigarse los hechos, se realizaron diligencias por la policía y tuvo lugar un proceso penal con sentencia condenatoria.

El recurrente discute el testimonio del testigo, considera que no tuvo un juicio justo con todas las garantías (*fair trial*), porque no pudo contradecir la declaración del menor ante la policía que fue luego reproducida en el juicio oral través de un vídeo. Se suscita el problema de si esta medida adoptada para la protección del menor con el fin de no ocasionarle mayores daños, no debió compensarse con otras medidas que mantuvieran la igualdad de armas en los procesos y no impidieran el ejercicio del derecho de defensa. El Tribunal rechaza la queja del actor.

No obstante, hay una opinión concurrente de dos jueces que, aunque admiten que no hubo violación del derecho a una audiencia pública, formulan ciertas reservas sobre la debilidad de la prueba practicada dado que nunca el menor fue examinado por alguien independiente de la policía que hizo la denuncia.

Así como una opinión disidente de dos jueces los cuales argumentan que las autoridades judiciales no hicieron lo suficiente en este caso para proteger el derecho a un juicio con todas las garantías. Admiten la necesidad de proteger a la víctima, no ocasionándole mayores daños, pero resaltan que el menor nunca compareció realmente ante un tribunal y que algunas de las informaciones que dio en su testimonio eran “vagas e inciertas”. Sugieren que debió practicarse una prueba forense por psicólogos expertos en la materia, para equilibrar el procedimiento y compensar las desventajas de la defensa y, en particular, la vigencia del principio de contradicción en el examen de los testigos.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

E) Derecho al cambio de sexo (art. 8)

Probablemente las dos sentencias más importantes del período que estamos considerando son **I contra el Reino Unido y Christine Goodwin contra el Reino Unido**, ambas idénticas y de 11 de julio de 2002.

Estas sentencias significan la culminación de una línea jurisprudencial sobre la existencia para los Estados de una obligación positiva derivada del artículo 8 de modificar el dato registral del sexo de una persona como consecuencia de cambio de sexo. Cronológicamente la evolución ha sido la siguiente.

Existen dos primeras sentencias: **Rees contra el Reino Unido, de 24 de enero de 1986**, y **Cossey contra el Reino Unido, de 27 de septiembre de 1990**, en las que el Tribunal reconoce que se trata de una cuestión abierta, pero que ante la inexistencia de un estándar generalmente aceptado, los Estados pueden seguir alegando un cierto margen de apreciación que impide declarar la vulneración del Convenio. Es interesante señalar que la primera decisión es adoptada por 12 votos frente a 3 y la segunda por 10 frente a ocho.

En segundo lugar, **B contra Francia, de 29 de noviembre de 1991**, en la que, tras analizar los elementos que distinguen el sistema francés del británico y, en particular, el hecho de que tampoco es posible cambiar voluntariamente de nombre, y de que la mención a su sexo y nombre aparecen sistemáticamente en todas sus relaciones con sus empleadores y la seguridad social, así como, en general, en todas las actividades económicas, considera que nos encontramos ante un supuesto de hecho distinto al analizado en las dos sentencias anteriores y que la recurrente “se encuentra cotidianamente situada en una posición incompatible con el respeto debido a su vida privada, y que incluso teniendo en cuenta la existencia de un margen nacional de apreciación, se produce una ruptura del justo equilibrio entre el interés general y los del individuo”. En consecuencia declara la vulneración del artículo 8.

En **Shewffied y Horsham contra el Reino Unido, de 30 de julio de 1998**, se vuelve sin embargo a la doctrina Rees y Cossey, decidiendo, por 11 frente a 9, que Gran Bretaña puede continuar invocando su margen de apreciación con relación a la negativa a inscribir los cambios de sexo.

I contra el Reino Unido y Christine Goodwin contra el Reino Unido, ambas de 11 de julio de 2002, suponen la superación de esa línea jurisprudencial y tras constatar una evolución internacional hacia la aceptación de este tipo de situaciones, declaran que el Estado ya no puede seguir alegando su margen de apreciación en la materia y que ningún factor importante de interés público se opone al interés de la recurrente de obtener un reconocimiento jurídico de su conversión sexual, por lo que decide, por unanimidad, que se ha producido vulneración del artículo 8. Estas sentencias son también interesantes desde otro punto de vista; en el de que emplea el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el que se garantiza el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia, superando, consciente y voluntariamente, la literalidad del

artículo 12 del Convenio de Roma que se lo otorga “al hombre y la mujer”, como argumento para declarar, también, la vulneración del derecho a contraer matrimonio de las recurrentes.

F) Restricciones indebidas a la libertad sindical (art. 11.2)

El caso **Wilson y The National Unión of Journalists y otros contra el Reino Unido, de 2 de julio de 2002**, estima violado el artículo 11 del Convenio Europeo en lo que respecta al derecho de afiliación a centrales sindicales. Los recurrentes rehusaron firmar unos contratos personales de trabajo porque contenían cláusulas que prohibían la actividad sindical durante la jornada laboral u otras prácticas igualmente restrictivas de la libertad sindical.

Interesa subrayar que el Tribunal utiliza la Carta Social Europea de 1961, artículos 5 y 6, y los Convenios números 87 y 98 de la OIT como parámetros de referencia y enjuiciamiento de estas restricciones constitutivas de una discriminación sindical y concluye considerando violado el artículo 11 del Convenio referido al derecho de asociación, comprendida la libertad sindical.

G) Distintos aspectos del derecho de propiedad (art. 1, Protocolo 1º)

En el caso **Motais de Narbonne contra Francia, de 2 de julio de 2002**, se estima violado el artículo 1 del Protocolo 1. Un terreno fue expropiado tras ser declarado de utilidad pública y quedó afectado a la constitución de un fondo de inmuebles destinados a viviendas sociales. El departamento, sin embargo, lo vendió a un municipio el cual lo destinó a un fin que no era aquél para el cual fue afectado en la declaración de utilidad pública. Se suscita un problema de derecho de reversión y una solicitud de indemnización por parte de los propietarios.

El TEDH estima que la noción “causa de utilidad pública” que utiliza el artículo 1 del Protocolo Adicional como fundamento de la privación de la propiedad mediante la expropiación no es una causa “abstracta” sino que debe apreciarse “en concreto” y ceñirse a la expresamente enunciada en la declaración, que aquí se refería a la realización efectiva de equipamientos con vocación social. Era evidente la no realización de la operación de urbanismo inicialmente prevista, así como las plusvalías ocasionadas en los terrenos tras diecinueve años.

Es interesante, por la atormentada secuencia de obstáculos sobrevenidos, el caso **Basacolp contra Rumanía, de 9 de julio de 2002**, que concluye también con una violación del artículo 1 del Protocolo 1 sobre el derecho de propiedad efectuada durante el extinto régimen político comunista.

La madre del recurrente, de nacionalidad rumana, adquirió un inmueble en Bucarest en 1936. En 1950 le fue requisado por el Partido Comunista siendo expulsada la familia del

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

inmueble. En 1963 el Estado confiscó el bien aplicando el Decreto 218/1960. El demandante intentó una acción reivindicatoria en 1994 frente al Estado estimado que se había apropiado de forma abusiva de la propiedad que debió heredar. Un Tribunal civil de instancia estimó la demanda el mismo año considerándose, primero, competente para examinar la legalidad del citado decreto a la luz de la Constitución vigente en esos años, el Código Civil, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio; y, en segundo lugar, razonando que el Estado no tenía un derecho de adquisición del bien ilegítimamente apropiado. La sentencia devino firme al no ser recurrida. Pero el Fiscal General presentó un recurso de anulación de sentencia por entender que el Tribunal carecía de competencia para examinar ese y otros decretos. Un recurso que fue estimado por el Tribunal Supremo quien creyó invadidas las potestades del legislativo por el órgano judicial y remarcó que nuevas leyes democráticas ya habían previsto medidas de reparación de los bienes abusivamente apropiados por el Estado en esos años de comunismo. El recurrente intentó entonces, en 1996, una demanda de restitución del bien ante una comisión administrativa, que, sin embargo, vendió el inmueble a sus actuales arrendatarios, y estimó que no podía restituir el inmueble en especie otorgando al recurrente una indemnización sustitutiva. Una decisión que fue recurrida por el actor, quien además intentó una segunda acción reivindicatoria.

El Tribunal Europeo considera que el demandante era titular de un bien en el sentido del artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio y enjuicia el caso como idéntico al resuelto en el asunto *Brumarescu*, declarando que el Tribunal Supremo de Rumania privó al recurrente de su inmueble de manera vedada por el párrafo segundo de ese mismo artículo, al mantener una situación ilegítima y prolongada más de cincuenta años; se afirma que el Gobierno no aportó ninguna justificación para ello. El justo equilibrio entre el interés general de la comunidad y la salvaguardia de los derechos fundamentales del individuo –afirma la Corte– se ha roto al obligarle al recurrente a soportar “una carga especial y exorbitante”.

Adviértase la curiosa construcción jurídica por la cual no se imputa la lesión del derecho –una curiosa finta o ficción– al viejo Estado comunista sino al Tribunal Supremo del nuevo Estado constitucional que impidió la reparación del derecho y mantuvo la ilegítima situación de violación.

Semejante es el asunto **Balanescu contra Rumanía, de 9 de julio de 2002**, que lleva al Tribunal a considerar violados el artículo 6.1 del Convenio y el artículo 1 del Protocolo 1.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela judicial efectiva

a) Tutela judicial y derecho a obtener una resolución fundada en Derecho

Entre las dictadas este trimestre, se encuentra un considerable número de Sentencias que otorgan el amparo contra resoluciones judiciales por incurrir en diversos defectos con

relevancia constitucional. Las SSTC 150/2002, de 15 de julio, 158/2002, de 16 de septiembre y 161/2002, de 16 de septiembre; anulan tres resoluciones que se fundan en diferentes errores de hecho patentes. Mientras tanto, la STC 163/2002, de 16 de septiembre, otorga el amparo por falta de motivación el Auto de un Juez de Vigilancia Penitenciaria que deniega la tramitación de un indulto particular. Finalmente, la STC 164/2002, de 17 de septiembre, considera irrazonable la resolución que inadmite un recurso de casación por falta de legitimación, a pesar de existir un perjuicio notorio para la recurrente.

b) El derecho a la tutela judicial efectiva de los sindicatos como contenido adicional de la libertad sindical (arts. 28.1 y 24 CE)

STC 171/2002, de 30 de septiembre, Sala Segunda. El recurrente es un sindicato de Comisiones Obreras al que no se reconoció legitimación activa para personarse en un proceso, en el que no había sido parte, a través del incidente de nulidad de actuaciones. El TC desestima el amparo y parte de la idea de que:

“si bien el derecho a la libertad sindical puede integrar como contenido adicional el de tutela judicial efectiva del sindicato (STC 257/2000), tal integración debe tener las limitaciones legales que son impuestas a cualquier otro titular de ese derecho” (FJ 4°).

Los sindicatos no gozan, pues, de una legitimación universal que los transforme en “guardianes abstractos de la legalidad”. Su intervención está prevista expresamente, para algunos supuestos, en la LPL. Por eso mismo su participación en defensa de sus propios intereses (aunque sea en defensa de un convenio colectivo como en este caso), ajenos a los de las partes principales:

“podía constituir, en último extremo, una intromisión en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de dichas partes” (FJ 4°).

B) Derecho a un proceso con todas las garantías

a) Inmediación y contradicción en la práctica de la prueba en la segunda instancia penal

La importante Sentencia de Pleno, STC 167/2002, de 18 de septiembre, Ponente Vicente Conde Martín de Hijas, aborda los límites constitucionales de las Sentencias dictadas en apelación que, a partir de una discrepante valoración de la prueba y en contra de la conclusión absolutoria alcanzada en primera instancia, imponen una condena penal.

El Pleno recaba para sí este asunto para rectificar su anterior doctrina acerca de la necesidad de audiencia del acusado en la segunda instancia. La Sentencia extrae de la doctrina del TEDH, dictada a partir del caso *Ekbatani* (26 de mayo de 1988), el principio de que

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

el órgano que conoce de la apelación no puede revisar y corregir, sin celebrar una vista, la valoración que el Juzgado de lo Penal ha efectuado de las declaraciones autoinculpatorias de los recurrentes en amparo. En consecuencia, según el TC, la Audiencia debió escuchar nuevamente a los acusados si quería utilizar las declaraciones realizadas ante la policía y el Juez de Instrucción (y posteriormente rectificadas en el juicio oral) para cambiar el sentido de la Sentencia. Asimismo, el TC considera que no puede negarse el amparo por la circunstancia de que los demandantes no hubieran pedido la celebración de vista en la apelación, pues dicha vista sirve a la finalidad buscada por el apelante, y no por el apelado, por lo que es al primero al que incumbe la carga de solicitarla.

La **STC 170/2002, de 30 de septiembre**, Sala Segunda, pone de manifiesto la dificultad para apreciar cuándo el órgano judicial que conoce en apelación realiza una nueva valoración de la prueba. Alega el recurrente que la Audiencia Provincial debería haber visto y oído de nuevo a los testigos, bajo los principios de inmediación y contradicción, si quería modificar la Sentencia absolutoria dictada por el Juez de Primera Instancia. La mayoría de la Sala (ponente Elisa Pérez Vera) considera que la condena no se fundamenta en una nueva valoración de la prueba testifical, sino en una distinta valoración jurídica de un hecho declarado probado ya en la Sentencia de primera instancia. La existencia de un voto particular (formulado por Vicente Conde Martín de Hijas) resalta la urgente necesidad de que el Tribunal decante reglas que permitan decidir con seguridad jurídica cuándo existe una nueva valoración de la prueba.

b) Derecho a un proceso con todas las garantías: conexión de antijuridicidad

La anteriormente citada **STC 167/2002, de 18 de septiembre**, también analiza las consecuencias que conlleva la declaración de invalidez de aquellas pruebas obtenidas por medios ilícitos para el resto de las diligencias practicadas. Esta Sentencia sigue una reiterada jurisprudencia del TC, según la cual, las pruebas derivadas de otras constitucionalmente ilegítimas no pueden ser valoradas cuando existe una conexión causal y resulta posible apreciar una conexión de antijuridicidad. En este caso, se trata de analizar los efectos de la nulidad de las conversaciones telefónicas ilícitamente intervenidas sobre las pruebas obtenidas en el posterior registro de un inmueble y sobre las declaraciones inculpatorias de los recurrentes en amparo. La Sentencia considera que, en este caso, no concurre dicha conexión en las confesiones ante la policía de los acusados, porque hubiesen podido igualmente obtenerse respetando todas las exigencias constitucionales inherentes a la intervención de las comunicaciones telefónicas.

c) Presunción de inocencia y prueba por indicios: razonabilidad del proceso lógico de inferencia

La **STC 155/2002, de 22 de julio**, Pleno, desestima los recursos de amparo presentados por Ángel Vaquero, Felipe Bayo, Enrique Dorado Villalobos, Enrique Rodríguez Galindo y Jose Julián Elgorriaga contra las Sentencias de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo que les condenan por el secuestro y asesinato de Lasa y Zabala.

La Sentencia (de la que son ponentes D. Tomás S. Vives Antón y D. Eugeni Gay Montalvo) y el Voto Particular (formulado por D. Manuel Jiménez de Parga, D. Vicente Conde Martín

de Hijas, D. Guillermo Jiménez Sánchez y D. Roberto García-Calvo) coinciden en cuál debe ser el objeto principal del proceso, en la validez de la prueba por indicios y en los límites que debe respetar el Tribunal Constitucional cuando controla la constitucionalidad de la labor de los tribunales ordinarios.

Mayoría y minoría toman como punto de partida común la validez de la prueba por indicios, siempre que: a) se parta de hechos completamente probados, y b) los hechos constitutivos de delito puedan deducirse de aquellos probados a través de un proceso mental acorde con las reglas del pensamiento humano. En este caso, el debate se centra en la posibilidad de inferir la culpabilidad de los recurrentes por el asesinato de Lasa y Zabala, partiendo de su participación en el secuestro previo. En concreto, se discute si resulta contrario al principio de presunción de inocencia conectar el hecho de la retención de Lasa y Zabala en el Palacio de “La Cumbre” y la responsabilidad por su posterior asesinato, mediante el argumento de que la decisión de matar a los detenidos sólo pudo ser tomada por aquellos que habían acordado su secuestro o que no había ninguna razón para encomendar su “eliminación” a otros agentes distintos de los que intervinieron en su custodia.

Asimismo, coinciden en señalar que el TC no puede revisar plenamente la valoración de los indicios que han llevado a cabo la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, sino que debe ceñirse a analizar la razonabilidad del proceso de deducción. Esto significa que sólo corresponde al TC comprobar la “coherencia” y “suficiencia” de la argumentación empleada por las Sentencias condenatorias.

No obstante, discrepan en el alcance del control de razonabilidad que debe realizar el TC. La Sentencia rechaza las alegaciones de los recurrentes y confirma las condenas, porque considera que los tribunales ordinarios han justificado de forma suficiente el nexo entre el secuestro y el asesinato, y que no existen en el proceso otros indicios que puedan contradecir dicha relación. Por el contrario, el Voto Particular examina de forma mucho más intensa el razonamiento utilizado por los instancias previas para deducir la participación de los recurrentes en el asesinato. Repasa las pruebas en las que se apoyan las Sentencias recurridas, niega que exista una relación lógica entre el secuestro y el asesinato, y concluye que no existen otros indicios que permitan deducir la participación de los recurrentes en el asesinato de Lasa y Zabala. En esta interesante Sentencia, se plantea un caso límite que revela las dificultades del TC para fijar, desde la perspectiva de la presunción de inocencia, un estándar claro de constitucionalidad de la prueba por indicios.

D) Transfusiones a un niño testigo de Jehová. Libertad religiosa (art. 16.1 CE)

La STC 154/2002, de 18 de julio, Pleno. Esta sentencia dictada por el pleno, a pesar de tratarse de un recurso de amparo, resuelve un dramático caso cuyo origen se halla en la muerte de un niño de trece años testigo de Jehová, fallecimiento que se podría haber evitado si hubiera recibido a tiempo una transfusión de sangre.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

La negativa de los padres es considerada por la Audiencia Provincial de Huesca, en atención a las circunstancias del caso, penalmente irrelevante; absuelve a los padres del delito de homicidio que se les había imputado. Recurrida la sentencia por el Ministerio fiscal, fue casada por el Tribunal Supremo que en su segunda sentencia condenó a los padres como autores de un delito de homicidio “con la concurrencia, con el carácter de muy cualificada, de la circunstancia de obcecación o estado pasional”. A juicio del TS, los padres son autores del homicidio en su modalidad de comisión por omisión. Para el TS la motivación religiosa no exime de la responsabilidad —eximente apreciada en instancia— sino que sirve como “atenuante muy cualificada”.

Los hechos, en síntesis, fueron los siguientes: Tras una caída el menor comenzó a sentirse enfermo y fue trasladado por sus padres a un hospital donde se recomendó la transfusión, único remedio, a juicio de los facultativos, para salvar su vida. Los padres se negaron a autorizar la transfusión por lo que el centro sanitario la solicitó al juez competente que acordó la autorización. Sin embargo el menor se negó con verdadero terror. Es de señalar que los padres acataron la decisión judicial pero no accedieron a tratar de persuadir al menor de que le convenía recibir la transfusión, alegando para negarse motivos religiosos (según enseña su religión, las transfusiones están proscritas en la Biblia). No atreviéndose los médicos a practicar la transfusión con medios anestésicos contra la voluntad del menor y de los padres, dieron el alta y la comunicaron al juez. Los padres internaron a su hijo en otros dos centros sanitarios; en ambos se les dejó ver que no existía tratamiento alternativo y que el único remedio era la transfusión. El menor de nuevo en su hogar empeoró considerablemente. A instancias del Ayuntamiento de Ballobar, el juzgado de instrucción de Fraga autorizó la entrada en el domicilio del menor para que éste fuera hospitalizado y recibiera el adecuado tratamiento. En el hospital se le practicó por fin la transfusión, pero ésta llegó demasiado tarde y el menor falleció.

El TC se plantea si el ejercicio de la libertad religiosa de los padres —y del menor también— podría limitarse en virtud de los deberes de garante de la vida y del interés del menor (art. 39 CE) convirtiéndose dicha limitación en la obligación de autorizar la transfusión o de convencer al menor para que se sometiera a ella.

Parte el TC de reconocer que el menor era titular del derecho a la libertad religiosa (como reconoce la Ley Orgánica de protección jurídica del menor). Asimismo el menor es titular del derecho a la integridad física. Ambos derechos fueron ejercidos por él cuando se opuso a recibir la transfusión. Ahora bien, el resultado de esa negativa iba a ser su propia muerte. Aquí el TC considera no acreditada la madurez suficiente del niño (lo que con carácter general modula la eficacia de los actos de los menores) cuando estaba en peligro su propia vida.

Como ya sentó en otras ocasiones, el TC recuerda que el derecho a la vida no incluye el derecho a la propia muerte. Por lo demás, la vida es bien preponderante. Sin embargo, la actitud de los padres, aquietándose desde el primer momento a la decisión judicial que autorizaba la transfusión, más la improbable eficacia de una actuación suasoria sobre su hijo, no impidieron llevar a cabo, al fin, la transfusión que pudo ser efectuada con autorización judicial.

La pretendida autorización paterna o la acción suasoria sobre el hijo, que el TS consideró exigible al ejercicio de la patria potestad, contravenía radicalmente las convicciones religiosas de los progenitores. “En este caso la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias” (FJ 15°).

Los padres adujeron motivaciones religiosas, cubiertas por el artículo 16.1 CE, para no cumplir esas exigencias, pero al mismo tiempo acataron las decisiones judiciales posibilitando así la acción tutelar del poder público para la protección del menor. El TC declara la vulneración del derecho a la libertad religiosa de los padres en la sentencia del TS que anula.

De esta sentencia se infieren claramente dos cosas: que la negativa paterna, por motivos religiosos, a autorizar la transfusión o a convencer a su hijo menor y la de éste a recibirla son constitucionalmente legítimas. Y se colige también que es legítima la acción tutelar del poder público imponiendo la transfusión al menor para preservar su vida. No queda sin embargo resuelta la cuestión de cómo los menores pueden ejercer sus derechos constitucionales. El Tribunal les reconoce la posibilidad de ejercerlos pero no aporta criterios seguros para determinar de qué forma juega la patria potestad y, en su caso, la eventual acción tutelar del poder público modulando la intensidad de ese ejercicio y la responsabilidad derivada de los comportamientos del menor. En esta sentencia sólo se menciona el criterio de la madurez que habrá de aplicarse en cada supuesto concreto.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho a la intimidad personal y afiliación a asociaciones judiciales (art. 18.1 y 4 CE)

La STS de 13 de septiembre de 2002, Sala Tercera, Ponente Sr. Trillo Torres aborda la negativa del Consejo General del Poder Judicial de entregar a la Asociación Judicial “Francisco de Vitoria” una lista actualizada de los miembros de las demás asociaciones. Se cita la doctrina del Tribunal Constitucional el derecho a la intimidad personal y a la protección de datos personales, art. 18.1 y 4 CE. La Asociación demandante alega que su pretensión se apoya en un interés jurídicamente protegido —como es el conseguir una mayor transparencia económica en las asociaciones Judiciales, en la medida que las subvenciones se determinan en función del número de afiliados, interés ante el que deben ceder las coconsideraciones en torno a la intimidad de los Jueces y Magistrados. El TS rechaza la pretensión al entender que el conocimiento de la identidad de cada uno de los miembros de la Asociación no es imprescindible para que tenga lugar el control y la fiscalización invocados, pudiéndose realizar a través de otros procedimientos no lesivos de los derechos fundamentales de los afectados que no han consentido personalmente el suministro de información o de esos datos relativos a sus opciones personales. La consecución del referido fin legítimo perseguido por la actora podrá realizarse a través de certificaciones sobre el número total de afiliados, o de la inexistencia de duplicidades, sin que sea preciso una relación particular de cada uno de los asociados. Esta doctrina jurisprudencial

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

dencial presenta similitud con la relativa a la exigencia de los sindicatos de que revelen la identidad de sus asociados, exigencia que ha sido declarada contraria a la libertad ideológica (art. 16 CE), en la Sentencia de esa Sala Tercera de 30 de marzo de 2001 con apoyo a la jurisprudencia constitucional.

B) Derecho de reunión (art. 21 CE)

STS de 4 de marzo de 2002, Sala Tercera, Ponente Sr. Goded Miranda, dictada en recurso de casación en interés de Ley. Se trata de un recurso contencioso-administrativo formulado contra la decisión del departamento de Interior del Gobierno Vasco que prohíbe la manifestación-concentración promovida por una organización. El TSJ del País Vasco dicta Sentencia anulando la decisión administrativa, revocando la prohibición. El Ministerio Fiscal formula recurso de casación en interés de Ley y solicita que se fije como doctrina legal que la autoridad gubernativa está habilitada para prohibir una manifestación si estima razonadamente que puede ser constitutiva de delito y generar alteraciones del orden público con peligro de las personas y cosas. El TS estima el recurso fijando la doctrina legal en los términos interesados, señalando que debe valorarse razonablemente la posibilidad de que pueda cometerse delito. Así concurrían indicios de que las manifestación convocada podía integrar la figura tipificada como exaltación al terrorismo, del artículo 578 CP.

C) Derecho a participar en asuntos públicos y administración local (art. 23.1 CE)

a) **Sentencia de 16 de septiembre de 2002**, Sala Tercera, Ponente Sr. Goded Miranda. Dos Concejales formularon por escrito varias preguntas 48 horas antes de la celebración de un Pleno. Ante la negativa de la Alcaldesa accidental a contestarlas en la sesión plenaria sin causa debidamente justificada, los citados concejales formularon recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por el TSJ de Canarias por entender que el acto impugnado no lesionaba los derechos de los demandantes a la información y participación en los asuntos públicos. Formulado recurso de casación, el TS estima que esta negativa a ofrecer la información carecía de motivación suficiente para dispensar su respuesta, no considerando admisible el argumento de la ausencia del alcalde o de ciertos funcionarios que se encontraban de vacaciones, pues cabía la posibilidad de contestarlas en el Pleno siguiente. La falta de contestación a las preguntas legítimamente formuladas por los Concejales vulneró el artículo 23.1 CE al negarles una información que tenían derecho a obtener para el ejercicio de las funciones públicas que les están atribuidas.

b) **Sentencia de 18 de marzo de 2002**, Sala Tercera, Ponente Sr. Goded Miranda. Un Concejale de un Ayuntamiento dirigió un escrito a la Alcaldesa solicitando que se le entregara certificación comprensiva de la literalidad de ciertos Padrones Tributarios. Por Decreto de la Alcaldesa se negó tal solicitud por cuanto los Padrones se encontraban a su disposición para su consulta en las oficinas municipales y por ser innecesarias para presentar las reclamaciones oportunas. Formulado recurso contencioso-administrativo y ulteriormente de casación, el TS razona que no se trataba de satisfacer el derecho a la

información del Concejal recurrente ni de proporcionar acceso a la documentación municipal, antecedentes o informes que estaban a su disposición, sino que valora que la carga económica de obtener la certificación debía pesar sobre el erario público y no sobre su patrimonio o partido político. El derecho a la información derivado del artículo 23 CE no incluye, como contenido propio, el derecho a la obtención de copias o fotocopias certificados o copias literales. Implica que los Concejales tengan acceso a la documentación y datos de los que disponga la Corporación a la que pertenecen, lo que supone la facultad de consultar libremente dicha documentación para que su actividad en el Ayuntamiento pueda desarrollarse con debido conocimiento de causa.

D) Derecho al honor y libertad de expresión (arts. 18 y 20 CE)

Se han seleccionado en este apartado un bloque de Sentencias dictadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo en los que se resuelven supuestos de colisión del derecho al honor y a la libertad de expresión.

a) Sentencia de 7 de mayo de 2002

Publicación de una noticia en un Diario Provincial sobre la supuesta negligencia médica del demandante, médico traumatólogo, al que se imputaba despreocupación en el tratamiento y deficiente atención. El TS comparte el criterio de la Audiencia Provincial que considera que el informador y el diario actuaron con ligereza al publicar una noticia insuficientemente contrastada y de grave repercusión al honor del afectado, pues aun cuando se hace referencia a una “supuesta negligencia médica” a los juicios efectuados por el afectado sin ofrecer una visión de la otra parte de manera que la información quedó deformada por su parcialidad. En definitiva, no se intentó la búsqueda de la veracidad de la información a pesar de que pudo ser contrastada o cotejada fácilmente.

b) Sentencia de 19 de abril de 2002

Se plantea la demanda civil por intromisión del derecho al honor, intimidad y la propia imagen de la demandante que se entiende producida por la Publicación de una fotografía en la portada de una revista y de un reportaje titulado “sexo de lujo y tráfico de famosas” y los anuncios publicitarios reproduciendo las portadas Así como su exhibición en un programa de televisión. El Juzgado de primera instancia y la Audiencia Provincial condenan a los demandados a publicar una fotografía de la demandante con el título “la justicia rectifica y reestablece el honor de la demandante”. El TS confirma las Sentencias al considerar que en los referidos artículos se “implicaba” a la demandante en el supuesto tráfico de prostitución y de joyas, imputando como autores e intervinientes en los mismos a determinadas personas, designadas con nombres y apellidos, incluso con fotografías. Asimismo se establecen los criterios para el cálculo de la indemnización económica y su revisión en casación.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

c) Sentencia de 11 de abril de 2002

Demanda de protección del derecho al honor por la Publicación en una revista de una información sobre la anulación selectiva de boletines de denuncia por infracciones de tráfico a transportistas y su ulterior tratamiento favorable. Se trata de una información que tiene un intenso interés noticiable, referido a hechos graves, basado en las propias fuentes de la Guardia Civil con base en las actuaciones que se habrían instruido sobre ciertos hechos, tras una labor de comprobación y de constatar su realidad.

d) Sentencia de 22 de abril de 2002

Demanda de protección al honor por la Publicación en un Diario Regional de una noticia sobre la desestimación de una querrela formulada con ocasión de la Publicación de una noticia en la que se informaba que el demandante había sido sorprendido cazando sin licencia o sin el necesario permiso. El TS razona que no existe vulneración por cuanto se trata de una información pública veraz que se refiere a hechos que efectivamente tuvieron lugar, limitándose el diario a publicar la noticia sin añadir juicios de valor o apostillas ofensivas. Los reportajes tienen la condición de ser neutrales sin que lo empañe el hecho de publicarse la fotografía del demandante en el local donde presta sus servicios como gerente, resultando la noticia de la necesaria relevancia informativa.

e) Sentencia de 14 de mayo de 2002

Demanda de protección del derecho al honor formulada por un abogado en ejercicio con fundamento en las frases contenidas en un escrito de contestación de una demanda en un juicio de cognición seguido por el demandante contra un cliente del demandado, en ella se afirma que la intervención del demandante en un procedimiento de menor cuantía carecía de las más elementales reglas deontológicas que deben seguirse entre abogado y cliente en la medida que en ningún momento le informó sobre la marcha del mismo ni sobre su resultado. El Letrado entendía que tal afirmación atentaba a su honor profesional. El TS considera que las expresiones vertidas se contenían en un escrito forense que se redacta para defender intereses de un cliente al que se le exige el abono de sus honorarios profesionales por la defensa técnica en dos pleitos anteriores, y en el escrito forense se relatan las particularidades que favorecían los intereses del cliente. Atendiendo al contexto en que parecen ubicadas y las circunstancias en las que se pronuncian no se observa la denunciada intromisión ilegítima del derecho al honor.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

ISABEL PERELLÓ

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

IV. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Bases. A) Bases en materia de medio ambiente: nulidad parcial de la Ley de Murcia 7/1995 de 21 de abril, de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial. B) Bases en materia de deporte: nulidad parcial del Decreto de la Generalidad de Cataluña 70/1994, de 22 de marzo, por el que se regulan las Federaciones Deportivas Catalanas. **3. Ley.** A) Reserva de Ley. a) La reserva de Ley prevista en el artículo 36 CE en relación con el ejercicio de profesiones tituladas no afecta a las normas pre-constitucionales. b) Distinción entre reserva de Ley material y reserva de Ley formal. c) Imposibilidad de exigir la reserva de Ley de manera retroactiva. B) Las leyes posteriores a la Constitución no pueden ser inaplicadas por los órganos jurisdiccionales. a) El juez de lo contencioso no puede decidir inaplicar la Ley de Presupuestos sino que debe suscitar la cuestión de inconstitucionalidad. b) La inaplicación judicial de una ley posconstitucional vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. **4. Reglamento.** A) Distinción entre acto y norma. a) Naturaleza de actos jurídicos en aplicación de los criterios ordinalistas. b) La naturaleza jurídica de un acto jurídico depende de su contenido y no de su enunciado. B) La interpretación de las normas debe ser objeto de una exégesis conjunta y sistemática. C) Concepto de reglamento ejecutivo de ley. a) El reglamento ejecutivo como complemento indispensable de la ley; no tiene por qué limitarse a reproducir el texto de la ley que desarrolla, sino que puede adoptar elementos normativos nuevos, siempre que no sea *contra legem*. b) El reglamento ejecutivo debe cumplir lo establecido en la habilitación legal. c) El reglamento ejecutivo forma parte de la competencia estatal en materia de legislación laboral (art. 149.1.7 CE). D) Procedimiento de elaboración de los reglamentos estatales. a) Realización de trámites con anterioridad al texto definitivo del proyecto de reglamento (audiencia, informe de la Secretaría General Técnica y dictamen del Consejo de Estado). b) El trámite de información pública sólo procede en los casos en que la naturaleza de la disposición así lo aconseje. c) El Dictamen del Consejo de Estado no es preciso en el procedimiento de elaboración de reglamentos de desarrollo de otros reglamentos.

E) Ordenanzas municipales. a) Deben respetar la reserva de ley en materia sancionadora. b) Deben respetar los ordenamientos estatal y autonómico. F) Impugnación de disposiciones de carácter general. a) Impugnación indirecta de disposiciones de carácter general: improcedencia de la invocación de cuestiones formales. b) Efectos de la impugnación de disposiciones de carácter general: impugnación directa e indirecta.

5. Principios generales. A) Irretroactividad de las normas. a) Irretroactividad de la Ley 1/1997, de 18 de junio, por la que se adoptan con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de régimen de suelo y ordenación urbana de la Comunidad Autónoma de Andalucía. b) Se produce una vulneración del art. 9.3 CE cuando la aplicación retroactiva de las normas implica una restricción de derechos individuales.

c) El principio de irretroactividad de las normas también afecta a las normas de elaboración de disposiciones de carácter general.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, por lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional hasta la STC 204/2002, de 31 de octubre, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Ar. 6185 de 2002, y por lo que concierne a la de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Ar. 600 de 2002.

En esta entrega tiene especial interés la jurisprudencia constitucional relativa a la trascendencia de la inaplicación judicial de leyes posteriores a la Constitución. El Tribunal Constitucional ha establecido que en estos supuestos se produce una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

En materia de procedimiento de elaboración de reglamentos se consolida la línea jurisprudencial que sólo exige la repetición de trámites realizados con anterioridad al texto definitivo del proyecto de reglamento (audiencia, informe de la Secretaría General Técnica, dictamen del Consejo de Estado) en el caso de que dicho texto incluya modificaciones sustanciales, dado el carácter no vinculante de dichos trámites.

El Tribunal Supremo continúa analizando pormenorizadamente las consecuencias de la declaración parcial de inconstitucionalidad del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 por la STC 61/1997 y el otorgamiento de eficacia retroactiva a la legislación autonómica. La reproducción por parte de la Ley andaluza 1/1997, de 18 de junio, de la regulación de la parcelación ilegal de suelo no urbanizable como supuesto de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad, que establecía el Texto Refundido de 1992, supone a juicio del Tribunal una aplicación retroactiva de una norma

IV. Fuentes del Derecho

restrictiva de derechos individuales no permitida por la Constitución; en consecuencia, la falta de regulación de esta cuestión por el Texto Refundido de 1976 determina la estimación de las pretensiones del recurrente.

2. BASES

A) Bases en materia de medio ambiente: nulidad parcial de la Ley de Murcia 7/1995 de 21 de abril, de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial

En el ámbito del art. 149.1.23 CE la legislación básica posee la característica técnica de normas mínimas de protección que permiten normas adicionales o un plus de protección, de forma que la legislación básica del Estado no cumple en este caso una función de uniformidad relativa sino más bien de ordenación mediante mínimos que han de respetarse en todo caso, pero que pueden permitir que cada una de las Comunidades Autónomas, con competencias en la materia, establezca niveles de protección más altos, que no entrarían sólo por eso en contradicción con la normativa básica del Estado sobre protección del medio ambiente, siendo el sentido del texto constitucional el de que las bases estatales son de carácter mínimo y, por tanto, los niveles de protección que establecen pueden ser ampliados o mejorados por la normativa autonómica. En definitiva, la protección concedida por la Ley estatal puede ser ampliada y mejorada por la Ley autonómica; lo que resulta constitucionalmente improcedente es que resulte restringida o disminuida.

En consecuencia, en la **STC 166/2002, de 18 de septiembre**, se declara la inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley de la Asamblea Legislativa Regional de Murcia 7/1995, de 21 de abril, sobre fauna silvestre, caza y pesca fluvial por establecer un plazo de prescripción de las infracciones administrativas muy graves inferior al previsto en la normativa básica estatal, por permitir que puedan ser objeto de comercialización en vivo o en muerto determinadas especies en contra de lo establecido por dicha normativa básica, así como por señalar como cuantía mínima de la multa para infracciones muy graves una cantidad inferior a la prevista por la citada legislación básica estatal.

B) Bases en materia de deporte: nulidad parcial del Decreto de la Generalidad de Cataluña 70/1994, de 22 de marzo, por el que se regulan las Federaciones Deportivas Catalanas

El art. 88.2.i) del Decreto 70/1994 de la Comunidad Autónoma de Cataluña establecía como objetivo de la Unión de Federaciones Deportivas de Cataluña “la promoción de la participación catalana en el movimiento olímpico y el reconocimiento de Cataluña como país deportivo”. Confirmando la sentencia de instancia, la **STS de 23 de mayo de 2002**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 5087, mantiene la nulidad del mencionado precepto por vulnerar el art. 48.5 de la Ley estatal 10/1990, de 15 de octubre, en el que se establece que al Comité Olímpico Español le corresponde la representación “exclusiva” de España ante el Comité Olímpico Internacional. El Tribunal llega

a esta conclusión pese a haber afirmado con anterioridad que “en el ejercicio de la potestad reglamentaria, caben complementos y pormenorizaciones de las previsiones legislativas e incluso ‘innovaciones’ que resulten no incompatibles con el marco legal de referencia”. No obstante, en el asunto estudiado el precepto anulado introduce una innovación que implica una “alteración sustancial” de las bases estatales, lo que justifica su anulación, a pesar de que la misma sentencia reconozca que ello no obsta para “una legítima aspiración en orden a sustituir la legalidad vigente por otra de signo distinto, en el ámbito de lo posible en las relaciones Estado-Comunidad Autónoma, puesto que, de momento, esa legalidad estatal constituye un límite infranqueable cuyo quebrantamiento o desconocimiento no es permisible”.

3. LEY

A) Reserva de Ley

a) La reserva de Ley prevista en el artículo 36 CE en relación con el ejercicio de profesiones tituladas no afecta a las normas preconstitucionales

Reiterando la jurisprudencia constitucional, la STS de 5 de noviembre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 3120 de 2002, confirma la legalidad de los preceptos impugnados del Real Decreto 2532/1998, de 27 de noviembre, de modificación del Estatuto Orgánico de la profesión de Gestor Administrativo regulado por Decreto 423/1963, de 1 de marzo, desestimando las pretensiones en torno a la eventual vulneración de la reserva de Ley establecida en el art. 36 CE. Para justificar su decisión el Tribunal se encarga de recordar que la reserva de Ley relativa al ejercicio de las profesiones tituladas no afecta a las normas preconstitucionales, pudiendo ser éstas modificadas por otras normas reglamentarias posconstitucionales, siempre y cuando tengan por fin la actualización o complemento de lo dispuesto en aquéllas, pero nunca su modificación sustancial.

b) Distinción entre reserva de Ley material y reserva de Ley formal

En la STSJ de Asturias de 14 de enero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 227, se realiza una exposición sobre los que denomina “niveles o grados” del principio de reserva de Ley, que resulta interesante para distinguir entre reserva material y formal de Ley. A este respecto, la sentencia señala que “es preciso señalar que para que la reserva material de Ley sea eficaz se requiere que venga impuesta desde la propia Constitución –en evitación de la práctica de la denominada deslegalización–, la cual viene a plasmar dicho principio en tres diferentes niveles o grados según se trate de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I (art. 53.1), de otras materias reservadas a lo largo de su articulado bien a Ley Orgánica o bien a la Ley ordinaria, si bien en este grado sí cabe el desarrollo reglamentario ulterior, o, finalmente, de aquellos supuestos en los que se no se impone claramente que la Ley haya

IV. Fuentes del Derecho

de contener la regulación de fondo –tal y como sucede en el nivel anterior–, limitándose a prever la necesidad de que exista una norma de tal rango y viniendo así a confundirse prácticamente con la reserva formal, con la sola diferencia de que en este caso no existe un mandato constitucional previo imperativo de la existencia de la Ley”. En este orden de cosas, la sentencia declara nulos varios preceptos del Decreto 26/1999, de 28 de mayo, sobre autorización para la instalación, apertura y funcionamiento de los casinos de juego del Principado de Asturias, por considerar que están sometidos a la reserva de Ley del art. 53.1 CE en todo lo que afecte a la libertad de empresa, en la medida en que limitan o niegan el mencionado derecho constitucional.

c) Imposibilidad de exigir la reserva de Ley de manera retroactiva

La STS de 7 de marzo de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 5077, resuelve un asunto cuanto menos curioso sobre suplantación de personalidad en la presentación de exámenes académicos. Considerando probada la connivencia entre suplantado y suplantador, considera conforme a Derecho la sanción impuesta (expulsión durante tres años de los centros académicos del Distrito Universitario de Sevilla, y la prohibición de examinarse de la totalidad de las asignaturas del curso académico 1990-1991) desestimando la alegación relativa a la vulneración de la reserva de Ley por el Decreto de 8 de septiembre de 1954 en el que se fundan las sanciones impuestas. En concreto, el Tribunal señala que no es posible exigir la reserva de Ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el Derecho preconstitucional.

B) Las leyes posteriores a la Constitución no pueden ser inaplicadas por los órganos jurisdiccionales

a) El juez de lo contencioso no puede decidir inaplicar la Ley de Presupuestos sino que debe suscitar la cuestión de inconstitucionalidad

A la sazón de pronunciarse sobre la naturaleza y contenido de las Leyes presupuestarias, la STS de 27 de marzo de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 5069, resuelve un interesante asunto sobre los límites de la potestad jurisdiccional. La Ley 7/1992, de 28 de diciembre, de presupuesto de la Comunidad Valenciana para el ejercicio de 1993, declaró en su Disposición Adicional Segunda la urgente ocupación de los bienes afectados por la ejecución de las obras comprendidas en los planes de carreteras de la Comunidad Autónoma 1988-1995 y de Vivienda 1992-1995, así como de las obras de saneamiento y depuración de aguas de la Generalidad Valenciana. Conocida la doctrina constitucional según la cual las Leyes de presupuestos no pueden regular materias distintas a las de su contenido necesario, es decir, que constituyan un complemento necesario con las relaciones de gastos e ingresos que integran su contenido, la Sala de instancia inaplica la mencionada disposición, y declara la nulidad de la Resolución del Consejero de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de 11 de enero de 1994, relativa a la declaración de urgente ocupación acordada como consecuencia de las obras ronda sur de Elda y variante de Monóvar. Sin embargo, el Tribunal Supremo casa la sentencia

considerando que la Sala se ha irrogado potestades que superan su competencia, al inaplicar una norma con rango de Ley, pese a compartir el fundamento que lleva a la misma a no aplicar dicha Ley.

b) La inaplicación judicial de una ley posconstitucional vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva

El Tribunal Superior de Justicia de Cataluña reconoció el derecho de un recurrente a obtener la devolución de la integridad de las cantidades liquidadas en concepto del recargo autonómico de la tasa estatal de las máquinas tragaperras, lo que suponía en realidad la inaplicación directa de la Ley catalana 2/1987, de 5 de enero, por la que se estableció en Cataluña dicho recargo. La Generalitat de Cataluña, parte demandada en el proceso interpuso recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional resuelve dicho recurso en la **STC 173/2002, de 9 de octubre**. A juicio del Tribunal, los órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas posconstitucionales con rango de ley, dado que el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución. La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia *erga omnes*, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular —como se declara en el Preámbulo de nuestra Constitución— y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España. Ello adquiere una especial significación en materia tributaria, visto, de un lado, el deber general de los ciudadanos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su riqueza y mediante un sistema tributario justo (art 31.1 CE) y, de otra parte, la existencia de una reserva legal en la materia (art. 31.3 CE), que no significa otra cosa que dar cumplimiento a la finalidad última del límite constitucional de asegurar el principio democrático y la supremacía financiera del Parlamento mediante la participación de los ciudadanos en el establecimiento del sistema tributario.

En consecuencia, constituye una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la Generalitat de Cataluña la decisión judicial de inaplicar una Ley autonómica posconstitucional. El juez estaba obligado a suscitar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad en el caso de que considerara que la norma legal podía infringir la Constitución; si no lo estimaba así, supuesto en el que obviamente no estaba compelido a plantear la cuestión, debía limitarse a aplicarla. No cabe un tercer término (STC 173/2002, de 9 de octubre).

4. REGLAMENTO

A) Distinción entre acto y norma

a) Naturaleza de actos jurídicos en aplicación de los criterios ordinalistas

La SAN de 2 de julio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 42 de 2002, considera que la Orden Ministerial de 11 de marzo de 1992, en la que se fijaron las condiciones esenciales para suscribir el contrato de seguro agrario, es un acto administrativo general, “caracterizado por estar dirigido a una pluralidad indeterminada de destinatarios”. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal se basa en las constantes remisiones que la Ley 78/1987, de 28 de diciembre, sobre el seguro agrario combinado, realiza a ulteriores Órdenes, así como en que el contenido de la propia Orden sea concretar para el año 1992, las características que deben concurrir en la póliza de seguros. Estas consideraciones llevan a afirmar al Tribunal que ponen “de manifiesto su naturaleza puramente aplicativa del Derecho”, así como la ausencia innovativa del ordenamiento achacable a la mencionada Orden.

Sin embargo, la SAN de 12 de julio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 273, considera que la Orden de 26 de abril de 2000, por la que se modifica la Orden de 20 de diciembre de 1997, que regula las retribuciones complementarias por servicio de guardia de las Carreras Judicial y Fiscal, y la Orden de 21 de febrero de 1997, que establece la cuantía del complemento de destino de servicio de guardia de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia, son normas jurídicas. A este respecto, el Tribunal emplea los tradicionales criterios ordinalistas para considerar que nos encontramos ante disposiciones generales, afirmando que las Órdenes mencionadas innovan el ordenamiento y derogan preceptos de normas precedentes, así como que regulan el momento de su entrada en vigor, aspectos que no son trasladables a los actos administrativos, pues su validez y eficacia se produce desde la fecha en que se dictan, no se modifican o eliminan mediante la derogación de unos por otros, y su eficacia no depende de la fecha de entrada en vigor sino de su notificación o publicidad. A todo ello añade la sentencia un criterio formal, como es la ordenación por artículos de las Órdenes, como dato a tomar en consideración para determinar la naturaleza de un acto jurídico.

b) La naturaleza jurídica de un acto jurídico depende de su contenido y no de su enunciado

El mero hecho de que el enunciado del Decreto 228/1996, de 21 de diciembre, de la Comunidad de las Islas Baleares, se refiera a que su objeto es el desarrollo del Real Decreto 109/1995, de 27 de enero, sobre medicamentos veterinarios, no es un dato jurídico suficiente ni determinante para considerar a este Decreto como un acto administrativo. Para concretar la verdadera naturaleza jurídica de todo acto jurídico se ha de atender a su contenido, pudiendo incluso ser el enunciado que identifica al mismo como erróneo a la vista de su verdadero objeto. Precisamente porque el mencionado Decreto 228/1996 regula requisitos complementarios y adicionales a los exigidos en la norma-

tiva estatal, estableciendo un nuevo régimen jurídico para la distribución de los medicamentos veterinarios, fijando derechos, estableciendo obligaciones y desarrollando el régimen de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento, no cabe duda de que este Decreto es una auténtica norma jurídica (STSJ de Baleares de 8 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 229).

B) La interpretación de las normas debe ser objeto de una exégesis conjunta y sistemática

La STSJ de Cataluña de 21 de noviembre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 249, afirma que las normas deben ser objeto de una interpretación conjunta y sistemática y no de una forma particularizada o interesada, destacando algunas frases que, de forma aislada o no tienen sentido propio alguno o pueden tener el que en sentido más o menos forzado se le quiera dar por parte del intérprete.

C) Concepto de reglamento ejecutivo de ley

a) El reglamento ejecutivo como complemento indispensable de la ley; no tiene por qué limitarse a reproducir el texto de la Ley que desarrolla, sino que puede adoptar elementos normativos nuevos, siempre que no sea *contra legem*

La STS de 4 de junio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 3119, reiterando el tenor literal de la STS de 16 de enero de 1997, Ar. 531, señala que la Disposición Transitoria Decimocuarta.6 del Reglamento General de la Ley de Costas es una norma reglamentaria que constituye un complemento necesario para la consecución de los fines que la Ley determina. Desde este punto de vista, el Tribunal considera que la revisión de las concesiones otorgadas para la construcción de accesos artificiales a islas o islotes de propiedad particular con el fin de que dichos accesos queden abiertos al uso público del dominio público marítimo-terrestre insular, cuenta con habilitación legal suficiente y su contenido es conforme con la Ley que ejecuta.

A conclusiones similares llega la STS de 15 de octubre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 5846, esta vez en relación con el Real Decreto 1462/1999, de 17 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento que regula el derecho de los usuarios del servicio de televisión a ser informados de la programación a emitir, y se desarrolla la Ley 25/1994, de 12 de julio, resumiendo la doctrina del Tribunal sobre el reglamento como complemento indispensable de la Ley. En la misma línea, puede consultarse también la ya citada SAN de 26 de octubre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, Ar. 45 de 2002.

La SAN de 26 de octubre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, Ar. 45 de 2002, reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a la rela-

IV. Fuentes del Derecho

ción Ley-reglamento confirmando, como no podía ser de otro modo, que el reglamento tiene un valor subordinado a la Ley a la que complementa, sin que en ningún caso puedan contener preceptos *contra legem* o mandatos nuevos restrictivos de lo contemplado en el texto legal.

b) El reglamento ejecutivo debe cumplir lo establecido en la habilitación legal

La STS de 12 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 2983, desestima la pretensión de nulidad contra el art. 7 del Real Decreto 1643/2000, de 22 de septiembre, sobre medidas urgentes para la efectividad de la integración en un solo cuerpo de Notarios y Corredores de Comercio, por el que se crea un índice informatizado que contiene los documentos autorizados e intervenidos por los Notarios, motivada en la vulneración de preceptos legales, así como en la regulación de materias reservadas a la Ley, en la medida en que dicho precepto constituye una norma organizativa que se limita a “cumplimentar en los estrictos términos de la habilitación conferida o mandato del legislador conformador de aquel apoderamiento, las medidas estrictamente necesarias y de carácter urgente para la efectiva integración de los Cuerpos de Corredores de Comercio y Notarios en un Cuerpo único”.

c) El reglamento ejecutivo forma parte de la competencia estatal en materia de legislación laboral (art. 149.1.7 CE)

La atribución al Estado de la competencia en materia de legislación laboral, sin perjuicio de su ejecución por los órganos de las Comunidades Autónomas (art. 149.1.7 CE) significa que las Cortes Generales y no las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas son las que ostentan la potestad legislativa en el ámbito laboral debiéndose precisar también que la competencia estatal incluye en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir, aquéllos que aparecen como desarrollo de la Ley y como complementarios de la misma (STC 190/2002, de 17 de octubre).

D) Procedimiento de elaboración de los reglamentos estatales

a) Realización de trámites con anterioridad al texto definitivo del proyecto de reglamento (audiencia, informe de la Secretaría General Técnica y dictamen del Consejo de Estado)

El que los informes emitidos en el trámite de audiencia lo hayan sido con anterioridad al segundo texto del proyecto de reglamento definitivamente aprobado “no invalida el trámite de audiencia ni exige que se vuelva a pedir nuevo informe dado que éstos son preceptivos pero no vinculantes y se ha conseguido el fin perseguido, que no es otro que quien ostenta la potestad para redactar definitivamente la disposición se ilustre con el criterio de los organismos consultados” (STS de 12 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 3329).

También sobre el trámite de audiencia, ver la STS de 20 de marzo de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 4192, nueva sentencia que repite y

resume la doctrina jurisprudencial en torno a la omisión del trámite de audiencia, que ya ha sido reiterada en números anteriores de esta sección.

La **STS de 12 de febrero de 2002**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 3329, reitera una larga jurisprudencia según la cual la emisión de los informes de la Secretaría General Técnica y del Dictamen de Consejo de Estado antes del texto final del proyecto de reglamento definitivamente aprobado no supone un vicio de nulidad, si las modificaciones introducidas después de realizarse estas consultas no pueden ser calificadas como cambios sustanciales ni ajenos a los términos de las respectivas consultas.

b) El trámite de información pública sólo procede en los casos en que la naturaleza de la disposición así lo aconseje

El trámite de información pública, encaminado a escuchar a la generalidad de los ciudadanos resulten o no afectados en sus derechos o intereses legítimos, sólo procede en los casos en que la naturaleza de la disposición así lo aconseje. Por este motivo, aunque un reglamento como el Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se regula el registro de condiciones generales de la contratación, tenga como finalidad la protección de los consumidores frente a cláusulas contractuales abusivas, su significado primordialmente técnico, hace no aconsejable la celebración del mencionado trámite por no suponer una garantía de mayor acierto en su regulación (**STS de 12 de febrero de 2002**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 3329).

c) El dictamen del Consejo de Estado no es preciso en el procedimiento de elaboración de reglamentos de desarrollo de otros reglamentos

La **SAN de 26 de octubre de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava, Ar. 45 de 2002, pone de manifiesto la innecesariedad de evacuación del Dictamen por el Consejo de Estado en la elaboración de una Orden dictada en desarrollo de dos Reales Decretos, en aplicación de la doctrina que exime de este trámite a los reglamentos dictados en desarrollo o complemento de otros reglamentos. Sin embargo, como el Decreto 228/1996, de 21 de diciembre, de la Comunidad de las Islas Baleares, por el que se desarrolla el Real Decreto 109/1995, de 27 de enero, sobre medicamentos veterinarios, sí que es un reglamento que desarrolla normas legales estatales y autonómicas, en virtud de la Ley 5/1993 del Consell Consultiu de las Islas Baleares, se exige la consulta preceptiva al Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma (**STSJ de Baleares de 8 de febrero de 2002**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 229).

E) Ordenanzas municipales

a) Deben respetar la reserva de ley en materia sancionadora

Según la **STS de 4 de febrero de 2002**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 2911, la tipificación por Ordenanza municipal de la paga de carteles como

IV. Fuentes del Derecho

infracción administrativa no encuentra base legal en la antigua legislación de residuos de 1975, de ahí que deban considerarse como contrarias a Derecho, las sanciones impuestas basadas en dicha norma. No obstante, este dato no es óbice para considerar que el precepto reglamentario no es íntegramente contrario al ordenamiento, en la medida en que aparte de la tipificación de infracciones, dicho precepto se limita a prohibir conductas como la mencionada que, en sí misma, no supone la vulneración de los mandatos constitucionales sobre tipificación de las infracciones, ni es ajena a la competencia de las Corporaciones Locales. Todo ello, sin perjuicio de los inconvenientes prácticos que puedan derivarse de la vigencia de una prohibición cuyo incumplimiento no podrá encontrar respuesta sancionadora alguna.

b) Deben respetar los ordenamientos estatal y autonómico

La STSJ de Canarias de 10 de diciembre de 2001 (Las Palmas), Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 236, afirma que las normas locales “quedan subordinadas a los ordenamientos superiores a través del principio de jerarquía normativa, tratándose, en este caso, de una subordinación dual: a las Leyes y a los reglamentos, sin que exista reserva de materia alguna para la autonomía local, pudiendo decirse que la previsión normativa contradice tanto la Ley de Costas como el Reglamento que la desarrolla”. En concreto, la sentencia afirma que la introducción de nuevos mandatos respecto de los establecidos por las Leyes, supone una extralimitación en el ejercicio de la potestad normativa local.

F) Impugnación de disposiciones de carácter general

a) Impugnación indirecta de disposiciones de carácter general: improcedencia de la invocación de cuestiones formales

Reiterando una larga jurisprudencia, la STS de 23 de mayo de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 4708, confirma que en la impugnación indirecta de disposiciones de carácter general no cabe invocar las posibles infracciones de las normas de procedimiento en que se hubiese incurrido al elaborar la disposición.

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

Las SSTS de 15 de abril de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 4832 y 4833, reiteran la jurisprudencia conocida y expuesta en numerosas ocasiones en esta sección, en relación con la distinción de efectos generados en virtud de la impugnación directa o indirecta de disposiciones de carácter general (efectos *erga omnes* versus *inter partes* y *ex tunc* versus *ex nunc*, respectivamente). Sólo destacar que estas sentencias, a pesar de mantener que la anulación de una norma reglamentaria impugnada directamente produce efectos *ex tunc*, reitera que esta eficacia se limita en el caso de los actos firmes (las mismas consideraciones en las SSTS de 1 de junio de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 5602, de 24 de junio de 2002, Sala de lo

Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 5939, y en la SSTSJ de Andalucía de 9 de enero de 2002, Sevilla, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 201, y de Galicia de 19 de diciembre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 511).

En este orden de cosas, la STS de 10 de junio de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 5548, se pronuncia sobre el fundamento de la nulidad articulada a través de una impugnación indirecta, señalando que ésta no exige la anulación de la norma aplicada, sino solamente la del acto impugnado, si bien para ello la norma aplicada ha de ser nula para que también lo sea dicho acto. También es interesante destacar la STSJ de Canarias de 10 de diciembre de 2001 (Las Palmas), Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 236, en la que se aclara que en el recurso directo contra disposiciones generales el pronunciamiento se limita a declarar la legalidad o ilegalidad de los preceptos cuestionados, sin que quepa hacer conjeturas o sencillamente prevenir sobre una determinada interpretación que pueda hacer la Administración del correspondiente reglamento.

5. PRINCIPIOS GENERALES

A) Irretroactividad de las normas

a) Irretroactividad de la Ley 1/1997, de 18 de junio, por la que se adoptan con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de régimen de suelo y ordenación urbana de la Comunidad Autónoma de Andalucía

La retroactividad de la vigencia de la Ley 1/1997 de la Comunidad de Andalucía, al momento de la publicación de la STC 61/1997, de 20 de marzo, por la que se declararon inconstitucionales la mayoría de los preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, ya ha sido objeto de confirmación por la STS de 21 de marzo de 2000, Ar. 3689. En este sentido, la sentencia citada señala que a todas las actuaciones realizadas bajo la vigencia de la Ley estatal de 1992 deben ser aplicadas las determinaciones de la nueva Ley andaluza. Ahora bien, evidentemente, la aplicación retroactiva de la Ley no puede suponer una vulneración del art. 9.3 CE. En la STS de 27 de marzo de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 3837, se dirime la procedencia de la aplicación retroactiva de la Ley andaluza en relación con la expropiación por incumplimiento de la de la función social de la propiedad, en concreto, por la parcelación ilegal de suelo no urbanizable. A pesar de que la STC 61/1997 mantuvo la vigencia del art. 206 del TRLS de 1992, en el que se reconocía como *causa expropriandi* el incumplimiento de la función social de la propiedad, la sentencia del Tribunal Constitucional declaró inconstitucional el art. 207.b) en el que se establecía como supuesto de incumplimiento de la función social de la propiedad, la parcelación ilegal de suelo no urbanizable. Suponiendo la Ley 1/1997 de la Comunidad de Andalucía la reproducción del contenido de la Ley de 1992, es incuestionable que la aplicación de la nueva Ley supondría la aplicación retro-

IV. Fuentes del Derecho

activa de un supuesto de privación del derecho de propiedad. Por esta razón, la sentencia declara que los efectos retroactivos de la Ley 1/1997 no alcanzan al supuesto previsto en el art. 207.b) del TRLS de 1992. Sin embargo, para el Tribunal la desaparición de este precepto legal en virtud de la STC 61/1997, no significa que se produzca automáticamente la disconformidad a Derecho de los actos dictados en su aplicación, sino que esa inexistencia exige acudir a la legislación del suelo vigente antes de la entrada en vigor de la Ley de 1992 con el fin de encontrar, en su caso, apoyo jurídico al supuesto legal comentado. No obstante, como el Texto Refundido de 1976 no previó ningún precepto equivalente o similar al estudiado, el Tribunal estima el recurso.

A la misma conclusión se llega en la **STS de 6 de junio de 2002**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 5801. En esta ocasión, se plantea la aplicación retroactiva de la Ley andaluza en relación con el régimen de cesiones obligatorias y gratuitas regulado en el art. 27 del TRLS de 1992 y relativo a la cesión del 15 por ciento del aprovechamiento tipo. En este caso, la reviviscencia del TRLS de 1976 supone la desaparición de este deber de cesión en suelo urbano, estableciéndose únicamente la cesión del 10 por ciento en suelo urbanizable programado. Consecuentemente, una eventual aplicación de la Ley 1/1997 de la Comunidad de Andalucía y, por tanto, de un régimen de cesiones similar al establecido en la legislación del suelo declarada inconstitucional, supondría la aplicación retroactiva de una normativa eminentemente privativa de derechos, puesto que impondrían cesiones obligatorias del 15 por ciento allí donde no existían, lo que, consecuentemente, supone una vulneración del art. 9.3 CE.

b) Se produce una vulneración del art. 9.3 CE cuando la aplicación retroactiva de las normas implica una restricción de derechos individuales

En contra de la pretensión de nulidad de la Disposición Transitoria Decimocuarta.3 del Reglamento General de la Ley de Costas, la **STS de 4 de junio de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 3119, afirma que la mencionada disposición, según la cual se considera que, de conformidad con el art. 66 de la Ley de Costas las concesiones vigentes se entenderán otorgadas por el plazo máximo de treinta años a contar desde la entrada en vigor de la Ley de Costas, no vulnera lo dispuesto en el art. 9.3 CE en lo que concierne a la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales. Para justificar su decisión, la sentencia retoma la doctrina constitucional más moderna, y citando la STC 104/2000, de 13 de abril, afirma que “el principio de irretroactividad de las Leyes consagrado en el art. 9.3 de la Constitución, concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales”, siempre que ello suponga una restricción de derechos individuales equiparable “a la idea de sanción”, esto es, como limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona. A este argumento, el Tribunal añade que la prohibición del art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores, y no “la incidencia de la nueva Ley en los derechos en cuanto a su proyección hacia el futuro”.

c) El principio de irretroactividad de las normas también afecta a las normas de elaboración de disposiciones de carácter general

La STSJ de Madrid de 2 de octubre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 361, afirma que no cabe acoger como motivo de nulidad de un Reglamento municipal aprobado en 1942 la infracción de los cauces procedimentales regulados en el art. 49 de la vigente LRBRL, “puesto que se estaría dando a dichas normas un alcance retroactivo prohibido por el art. 2.3 del Código Civil, siendo un principio general en lo que se refiere al Derecho transitorio que los actos nacidos al amparo de una legalidad anterior conservan sus efectos aun cuando se haya seguido un procedimiento distinto al establecido en la nueva Ley”. A la misma conclusión llega el Tribunal al tratar la no publicación del mencionado Reglamento como requisito de eficacia de las normas. En concreto, la sentencia afirma que la publicación en el Boletín Oficial es un requisito formal establecido en la legalidad ordinaria vigente. Por ello mismo, si subsisten en nuestro ordenamiento normas reglamentarias no publicadas en su totalidad, éstas deben permanecer en vigor si gozan de los requisitos de publicidad que son exigibles a todos los actos jurídicos de las Administraciones públicas, eso sí, en los términos exigidos por la legalidad vigente al momento de la aprobación de la norma.

JORGE AGUDO GONZÁLEZ
ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Concepto de acto administrativo. Distinción con disposiciones generales. A) Una Orden por la que se prorroga el plazo para la transformación de un determinado Seminario en Escuela Universitaria es un acto administrativo.

3. Clases de actos. A) Los actos firmes dictados en aplicación de una disposición general declarada nula subsisten. B) Concepto de acto de trámite. C) La aprobación provisional de los planes es un acto de trámite. D) Concepto de actos reproductorios o confirmatorios de otros anteriores definitivos y firmes por consentidos.

4. Procedimiento Administrativo. Iniciación, tramitación y finalización. A) La falta de una regulación acabada del procedimiento administrativo por una Ley sectorial obliga al órgano administrativo a respetar en su tramitación los principios básicos de la Ley 30/1992. B) No cabe adquirir por silencio derechos en contra de la normativa aplicable.

5. Eficacia y ejecución forzosa. A) Notificación defectuosa. B) Notificación edictal por desconocimiento de la identidad ante transmisiones posteriores de un terreno. C) La ejecutividad del acto administrativo depende de su contenido, no de la forma en que se haya producido. D) La impugnación de la vía de apremio se circunscribe a los supuestos previstos en la Ley General Tributaria.

6. Invalidez del acto administrativo. A) La anulabilidad por defectos formales. Concepto de indefensión material. B) La convalidación de los actos anulables es únicamente posible antes de que dichos actos hayan sido anulados.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre junio de 2002 y noviembre del mismo año (marginales 2700 a 6185) respecto de la jurisprudencia del Tribunal

Supremo y mayo 2002 a octubre de 2002 respecto de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO. DISTINCIÓN CON DISPOSICIONES GENERALES

A) Una Orden por la que se prorroga el plazo para la transformación de un determinado Seminario en Escuela Universitaria es un acto administrativo

La STS de 19 de abril de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 5º, Ar. 4999, afirma, en consonancia con la línea jurisprudencial mayoritaria del Tribunal Supremo (doctrina ordinamentalista), que tienen la naturaleza de acto administrativo una serie de órdenes por las que se prorroga el plazo para la transformación en Escuela Universitaria de un determinado Seminario. La sentencia fundamenta dicha calificación de acto administrativo en que “las sucesivas decisiones de prórroga no exteriorizaron el establecimiento de una ordenación o regulación abstracta, y destinada a ser ulteriormente aplicada en una pluralidad absolutamente indeterminada de casos concretos; pues lo que incorporaron fue un mandato o decisión consistente en declarar una concreta situación jurídica, con un destinatario, unos efectos y una duración claramente determinados: la habilitación de un determinado organismo, el Seminario de Estudios Sociales de las Palmas, para que actuara como centro docente de determinadas enseñanzas oficiales durante un preciso lapso de tiempo. Por tanto, esas decisiones de prórroga (...) no eran actos ordenantes sino actos ordenados (...)”.

Otras sentencias sobre la misma materia se encuentran reseñadas en el número 15 de esta revista.

3. CLASES DE ACTOS

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

La STS de 11 de abril de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 4º, Ar. 3856, reitera la doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal y afirma la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de una disposición general que ha sido declarada nula. La sentencia equipara la anulación a la derogación “(...) en que los efectos son *ex nunc* y no *ex tunc*, si bien sólo respecto de los actos firmes, permaneciendo en cuanto a los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general (...)”.

En el mismo sentido téngase en cuenta la STS de 16 de abril de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 2º, Ar. 4833.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

B) Concepto de acto de trámite

La STS de 11 de febrero de 2002, Sala Tercera, Sección Sexta, FD 2º, Ar. 1670, afirma que los actos de trámite “(...) *ex lege* se configuran como aquellos carentes de sustantividad en materia decisoria transcendental, por ser simples eslabones del procedimiento en el que se integran y complementan por no decidir directa o indirectamente el fondo del asunto (...)”.

C) La aprobación provisional de los planes es un acto de trámite

La STS de 11 de junio de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 2º, Ar. 5632, afirma que “(...) la aprobación provisional de los planes, en su caso normas subsidiarias, constituye un acto de trámite que no es susceptible de impugnación autónoma y separada, que queda reservada para la aprobación definitiva (...)”.

D) Concepto de actos reproductorios o confirmatorios de otros anteriores definitivos y firmes por consentidos

La STS de 12 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 4º, Ar. 2268, afirma —en plena sintonía con la jurisprudencia asentada del Tribunal Supremo— que “(...) la naturaleza jurídico-procedimental de los actos administrativos para que hayan de entenderse como reproducción o confirmación de otros anteriores, definitivos y firmes por consentidos, no viene impuesta por la semejanza de argumentaciones o criterios vertidos en la elaboración de aquéllos por el órgano administrativo, puesto que la doctrina y la jurisprudencia han elaborado el concepto y fijado los límites del acto confirmatorio, de suerte que se predica el mismo con carácter general por la falta de novedad y por constituir una repetición o reiteración del acto confirmado, así como una reiteración en su motivación jurídica, pues lo esencial a estos efectos es que permanezcan inalteradas las situaciones consolidadas, siendo el último acto impugnado por falta de contenido, el que aclare, interprete o disponga la ejecución de otro anterior consentido, sin hacer nuevas declaraciones de derechos ni ampliar de modo sustancial aquellas que ganaron firmeza (...)”.

En el mismo sentido téngase en cuenta las SSTS de 28 de enero de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 2º, Ar. 1056, y de 22 de mayo de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 3º, Ar. 4490.

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) La falta de una regulación acabada del procedimiento administrativo por una Ley sectorial obliga al órgano administrativo a respetar en su tramitación los principios básicos de la Ley 30/1992

La falta de una regulación acabada del procedimiento administrativo para la declaración de un bien como de interés local en la Ley 9/1993, de 30 de septiembre, de Patrimonio Cultural Catalán, no determina que el procedimiento seguido por el Ayuntamiento incurra en una nulidad de pleno derecho siempre y cuando éste haya articulado el procedi-

miento de conformidad con los principios básicos establecidos en la Ley 30/1992, y en especial, el trámite de audiencia a los interesados, como señala la STSJ de Cataluña de 27 de febrero de 2002, FD 4º, Ar. 603.

B) No cabe adquirir por silencio derechos en contra de la normativa aplicable

Con fundamento en la legislación sectorial (Texto Refundido del Suelo de 1992), la STS de 29 de junio de 2002, FD 2º, Ar. 6016, afirma la imposibilidad de adquirir una licencia de edificación en contradicción con las determinaciones de la normativa y del planeamiento urbanístico aplicable.

5. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Notificación defectuosa

La STSJ de Navarra de 25 de abril de 2002, FD 3º, Ar. 570, partiendo de la consideración de que la liquidación de haberes de un funcionario judicial contenida en su nómina son un acto administrativo, permite su impugnación trascurridos 2 años, puesto que las mismas no cumplían los requisitos exigidos por el artículo 58 de la Ley 30/1992, al no señalarse si agotaban o no la vía administrativa y qué recursos cabían contra las mismas. En la misma línea, apreciación de notificación defectuosa, se pronuncia la STSJ de Extremadura de 27 de mayo de 2002, FD 2º, Ar. 669.

B) Notificación edictal por desconocimiento de la identidad ante transmisiones posteriores de un terreno

La STS de 15 de marzo de 2002, FD 3º, Ar. 4389, avala la corrección de la notificación edictal del deslinde practicado en una vía pecuaria, en la medida en que empleó la diligencia exigible para averiguar la titularidad de los propietarios colindantes accediendo al Registro de la Propiedad. Si con posterioridad a ello se produce una transmisión de la propiedad, no es exigible dicha notificación personal.

C) La ejecutividad del acto administrativo depende de su contenido, no de la forma en que se haya producido

Correctamente señala la STSJ de Cataluña de 9 de enero de 2002, FD 1º, Ar. 444, que la posibilidad de proceder a la ejecución forzosa de un acto administrativo depende de su contenido, según sea éste ejecutable o no, y no de la forma de producción del acto administrativo, ya sea expreso o presunto.

D) La impugnación de la vía de apremio se circunscribe a los supuestos previstos en la Ley General Tributaria

La STS de 18 de mayo de 2002, FD 2º, Ar. 4845, reitera la doctrina jurisprudencial a cuya virtud no puede atacarse la decisión de acudir a la vía de apremio mediante el cuestio-

namiento de la legalidad de los actos administrativos de los que deriva la obligación de pago que hayan devenido firmes y consentidos.

6. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Anulabilidad por defectos formales. Concepto de indefensión material

La STS de 17 de abril de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 5º, Ar. 4001, reitera la doctrina asentada del Tribunal Supremo respecto a la apreciación de anulabilidad porque el vicio haya causado indefensión en el particular interesado. En este supuesto el Alto Tribunal exige que la indefensión sea material. En este sentido la citada sentencia es bastante ejemplificativa:

“Las formas procedimentales administrativas no son caprichos inexplicables del ordenamiento jurídico, sino medios para asegurar la defensa del interés público y de los derechos de los administrados. Su falta es sólo causa de nulidad de los actos de la Administración cuando ha producido indefensión a éstos (artículo 63.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

En el presente caso el vicio fue originado por un error, el de constar como propietario de una parcela una persona que no lo era, persona a la que se notificó formalmente la aprobación inicial. Una vez puesto de manifiesto el error, la Administración notificó la aprobación definitiva a los auténticos propietarios y les ofreció el recurso de reposición. Los interesados lo interpusieron, pero no alegaron ni un solo motivo de fondo contra los Estatutos y las Bases de Actuación, escudándose siempre en el puro aspecto formal de la falta de notificación de la aprobación inicial, que es lo mismo que han hecho en esta vía contencioso-administrativa.

Así que el problema lo han planteado siempre como una cuestión puramente formal, sin manifestar nunca qué indefensión de fondo han sufrido por ello y sin aclarar qué argumentos sustantivos hubieran podido alegar en fase de aprobación inicial que no hayan podido después utilizar en el recurso de reposición o en esta vía contencioso-administrativa. Ésta es la única indefensión real que hubiera originado la anulación del acto recurrido y no aquella derivada del puro incumplimiento de una forma procedimental desconectando de sus consecuencias materiales (...).”

B) La convalidación de los actos anulables es únicamente posible antes de que dichos actos hayan sido anulados

La STS de 20 de diciembre de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 3º, Ar. 6050, afirma que se pueden convalidar los actos anulables pero no los ya anulados dado que estos últimos han desaparecido del mundo jurídico.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

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

A) Naturaleza administrativa de la cesión de aprovechamiento urbanístico mediante precio.

B) Naturaleza administrativa de un contrato de préstamo. C) Naturaleza administrativa de un contrato de permuta. D) Naturaleza de los contratos celebrados por el Ente Público

RTVE y las sociedades que lo integran: distinción. 3. Actos preparatorios y requisitos de los

contratos. A) Publicidad. a) Exclusión de periódico en la publicidad de la Administración.

4. Formas de adjudicación. A) Concurso. a) La nulidad del acto de adjudicación no conlleva

la del procedimiento concursal. Discrecionalidad administrativa. No adjudicación al recu-

rrente. b) Criterios de adjudicación: experiencia. c) Convocatoria de concurso abierto para

contrato de elaboración de un proyecto de edificación. d) Ponderación de criterios.

e) Nulidad de declaración de concurso desierto: falta de justificación. Discrecionalidad.

B) Subasta. a) La adjudicación provisional es un acto de trámite que no da derecho a la

adjudicación definitiva. b) Inexistencia de mejora de las ofertas en caso de aclaración de si

el precio de licitación incluía el IVA. 5. Ejecución de los contratos. A) Pago. a) Incumplimiento

por la Administración de la obligación de pago. b) El cumplimiento de la obligación de

pago no puede depender de la voluntad de la Administración contratante o de sus relacio-

nes con otras Administraciones ajenas al contrato. B) Fianza. C) Resolución. a) Ausencia del

trámite de audiencia al contratista. b) Resolución administrativa improcedente debido a

que no existe incumplimiento del contratista. 6. Contratos administrativos típicos.

A) Contrato de obra. a) Recepción definitiva. b) Imposición de penalidades. c) Prórroga.

d) Las certificaciones de obras son actos reglados que no sirven para que la Administración

obligue al contratista a subsanar posibles deficiencias de la obra. e) Carácter positivo del

silencio en el supuesto de solicitud a la Administración de los intereses de demora en el

pago de las certificaciones de obra. f) Intereses de demora. B) Contrato de servicio público.

a) Deberes de conservación y mantenimiento de los bienes objeto de la concesión.

b) Embargo de las tarifas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de octubre de 2001 a abril de 2002, por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de octubre de 2001 a marzo de 2002, en relación con las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Del análisis de estas sentencias no se extrae ninguna consideración que sea especialmente reseñable.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

A) Naturaleza administrativa de la cesión de aprovechamiento urbanístico mediante precio

La STS de 3 de abril de 2002, Ar. 4418, califica como contrato administrativo la cesión del aprovechamiento urbanístico mediante precio. Para ello, no sólo toma en consideración el objeto del contrato, en virtud del art. 303 del Texto Refundido de la Ley de Suelo, sino, también, las potestades urbanísticas del Ayuntamiento tenidas en cuenta en la ejecución y cumplimiento del contrato.

B) Naturaleza administrativa de un contrato de préstamo

La STS de 26 de marzo de 2002, Ar. 3633, confirma el criterio de la sentencia de instancia al reconocer el carácter administrativo de un contrato de préstamo concedido a una entidad para la realización de un “plan concertado de investigación”. Además, es la calificación que se le atribuye en el propio contrato. Apoya su decisión en la cita de reiterada jurisprudencia que diferencia los contratos administrativos y los contratos privados, destacando que la naturaleza administrativa se determina por la prestación de un servicio público, entendido en sentido amplio.

C) Naturaleza administrativa de un contrato de permuta

La STS de 18 de marzo de 2002, Ar. 3476, califica como contrato administrativo a un contrato de permuta de terrenos entre un Ayuntamiento y un particular. Los acuerdos municipales en los que se concretó dicho contrato expresaron que su objeto era conseguir la adquisición de unos locales destinados a la instalación de servicios y oficinas municipales. Este objeto del contrato es lo que determina su calificación como contrato administrativo y la sujeción a la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

D) Naturaleza de los contratos celebrados por el Ente Público RTVE y las sociedades que lo integran: distinción

La STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2002, Ar. 554, recoge la jurisprudencia que distingue, en materia de contratación, entre el Ente Público RTVE y las sociedades que lo integran, y el diferente régimen jurídico que a cada uno corresponde, aplicándose la doc-

trina de los actos separables sólo a los contratos celebrados por el Ente Público y no a sus sociedades, en virtud de lo establecido en el Estatuto de Radiodifusión y Televisión (Ley 4/1980, de 10 de enero).

3. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Publicidad

a) Exclusión de periódico en la publicidad de la Administración

La STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de febrero de 2002, Ar. 561, recoge jurisprudencia del TS que considera que se infringe el principio de igualdad reconocido en el art. 14 CE cuando en una campaña institucional se excluye a un periódico en concreto, con tirada superior y tarifas que no exceden a las de los otros diarios con los que se había contratado la publicidad. En virtud de ello, reconoce la procedencia de una indemnización en virtud de la exclusión positiva violadora del principio de igualdad.

4. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) La nulidad del acto de adjudicación no conlleva la del procedimiento concursal. Discrecionalidad administrativa. No adjudicación al recurrente

En este sentido, STSJ de Andalucía de 30 de enero de 2002, Ar. 513, que afirma que la naturaleza discrecional del acto de adjudicación del concurso, no impide su control jurisdiccional. Lo que sí impide es que los Tribunales procedan a adjudicar el contrato, puesto que esto supondría la sustitución por éstos de la decisión administrativa. Esta posibilidad sólo cabría en aquellos supuestos en los que las técnicas de control de la discrecionalidad apunten hacia una única solución.

También se afirma el ejercicio de la discrecionalidad en esta materia y el control por parte de los Tribunales en la STSJ de Cataluña de 1 de octubre de 2001, Ar. 174.

b) Criterios de adjudicación: experiencia

La STSJ de Andalucía de 31 de octubre de 2001, Ar. 341, sostiene que, aunque sea discutible con arreglo al Derecho comunitario, la consideración de la experiencia y el grado de satisfacción en trabajos similares como criterio de adjudicación, no es menos cierto que la jurisprudencia del TS acepta este criterio de adjudicación, y no relegarla a la fase de selección, como reclama el recurrente.

c) Convocatoria de concurso abierto para contrato de elaboración de un proyecto de edificación

La STSJ de Asturias de 20 de diciembre de 2001, Ar. 93, conoce de un supuesto de convocatoria de concurso abierto para la ejecución de un edificio administrativo de oficinas. En opinión de la parte recurrente, se ha vulnerado el procedimiento específico previsto en el art. 216 LCAP. Considera que se utiliza el procedimiento del contrato de asistencia previsto en el art. 197, cuando lo que realmente se está llevando a la práctica es un concurso de proyectos del art. 216.

El TSJ de Asturias se acoge a la orientación jurisprudencial marcada en la STSJ de Asturias de 10 de febrero de 1999, en la que se decía que en el “art. 126 (LCAP) no se regulan todos los contratos de elaboración de proyectos de obras, sino una simple especialidad, la de aquellos que se desarrollan por medio de concurso con intervención de un Jurado, señalando la tramitación que debe seguir esta modalidad de contratación, no supone que todo contrato de elaboración de proyectos debe seguir en este sistema de contratación por medio de concurso con intervención de Jurado (...)”.

d) Ponderación de criterios

El hecho de que los concursantes cumplan con las cotas mínimas de capacidad o idoneidad para la prestación del servicio objeto de la contratación no significa que hayan de ser desatendidas las posibles diferencias que presenten sus ofertas y que haya de estarse necesariamente a la oferta económicamente más favorable. Al contrario, será razonable ponderar esas otras condiciones y otorgarles valoración. El TS, en su Sentencia de 22 de marzo de 2002, Ar. 4613, considera que la valoración realizada por la Administración contratante no fue ni gratuita, ni injustificada.

e) Nulidad de declaración de concurso desierto: falta de justificación. Discrecionalidad

La discrecionalidad de que goza la Administración para contratar o declarar desierto el concurso no impide el examen de la racionalidad y motivación de lo decidido, que, en opinión de la STS de 18 de febrero de 2002, Ar. 3562, en este caso, está ausente. La existencia de informes contradictorios llevó al Ayuntamiento a decidir que era mejor declarar desierto el concurso y redactar un nuevo Pliego de condiciones del concurso, cuando en ninguno de dichos informes se había propuesto tal solución.

B) Subasta

a) La adjudicación provisional es un acto de trámite que no da derecho a la adjudicación definitiva

La STS de 2 de octubre de 2001, Ar. 5873, afirma que las características fundamentales de la adjudicación provisional son:

V. Actos, Procedimiento y Contratos

“a) Que no crea derecho alguno a favor del adjudicatario provisional o del empresario propuesto, siendo por tanto una mera expectativa y que, en consecuencia, el órgano de contratación no queda vinculado por la propuesta efectuada por la Mesa de Contratación.

b) Que en ningún caso se eleva a definitiva por el transcurso del plazo máximo para decidir ésta, ni aún en el caso de que no existiera causa de infracción del ordenamiento jurídico.

c) Es un acto de trámite inimpugnable y revisable sin sujetarse a la Ley 30/1992” (recogiendo jurisprudencia al respecto).

b) Inexistencia de mejora de las ofertas en caso de aclaración de si el precio de licitación incluía el IVA

La STS de 2 de octubre de 2001, Ar. 5873, frente a la sentencia de instancia, considera que la solicitud de aclaración de si el precio de las ofertas incluía o no el IVA no supone una mejora o modificación de las ofertas iniciales, una vez que se tiene conocimiento del importe del resto de las ofertas. Para llegar a esta conclusión, el TS acude al art. 78 LCAP y el art. 68 del Reglamento General de Contratación del Estado, que disponen que siempre que en el texto de esta ley se haga alusión al importe o cuantía de los contratos, se entenderá que en los mismos está incluido el IVA, salvo indicación expresa en contrario (en sentido similar, art. 88 de la Ley 37/1992, del IVA, art. 25 del Real Decreto 1624/1992).

5. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A) Pago

a) Incumplimiento por la Administración de la obligación de pago

Sobre el incumplimiento por la Administración de la obligación de pago, la STS de 19 de febrero de 2002, Ar. 3404, distingue entre la falta de pago y el retraso en el pago y sus consecuencias jurídicas en estos términos: “Tratándose de contratos administrativos, será de apreciar un incumplimiento definitivo, y no simple mora, en los casos en que el impago de la Administración exteriorice aislada o conjuntamente esos tres resultados (...): frustración del fin del contrato, exagerada duración y cuantía del impago o voluntad rebelde al cumplimiento. Debiéndose precisar que esa apreciación, habrá de hacerse casuísticamente, ponderando especialmente el montante económico y la duración del período de impago en cada supuesto, y decidiendo si uno y otro factor, o ambos, evidencian esos resultados (...)”. Especialmente entiende el Tribunal Supremo que se produce el incumplimiento “en aquellos casos en que el impago de la Administración además de ser cuantitativamente elevado y exageradamente prolongado, haya hecho imposible al contratista atender de manera regular a la finalidad o necesidad para la que proyectaba destinar el precio cuando asumió su obligación contractual, y siempre que esa finalidad o necesidad haya resultado inequívocamente visible a la Administración con-

tratante en el momento de formalización del contrato”. Como consecuencia de la apreciación de incumplimiento definitivo el Tribunal señala que en ese supuesto “no habrá lugar al devengo de los intereses legales establecidos para la morosidad”, sino que corresponderá al contratista una indemnización con la que quedarán reparadas todas las consecuencias lesivas derivadas del impago.

b) El cumplimiento de la obligación de pago no puede depender de la voluntad de la Administración contratante o de sus relaciones con otras Administraciones ajenas al contrato

En la STSJ de Andalucía de 30 de octubre de 2001, Ar. 344, siguiendo Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 3 de abril de 1992, Ar. 331), sostiene que “el margen de disponibilidad en sede contractual no posibilita el establecimiento de condiciones que asignen el cumplimiento de la obligación de pago a la voluntad exclusiva del deudor de tal prestación (la Administración) por contrariar lo dispuesto en los arts. 1115 y 1256 del Código Civil. Así se sostiene que la cláusula del pliego de condiciones esgrimida por la Administración demandada para oponerse al abono de los intereses de demora debe considerarse nula por contrariar el principio de seguridad jurídica y el de igualdad entre las partes en cuanto pudiera depender de la voluntad de la Administración el abono de la deuda generada por la ejecución de la obra, dada la ambigüedad de los términos de aquél. Entiende a este respecto la sentencia que en una relación contractual corresponde el cumplimiento de las obligaciones a quienes sean partes en el contrato, sin que relaciones ajenas a éste (como en este caso la financiación del mismo, que se hace depender de otras Administraciones públicas), puedan válidamente oponerse frente a la otra parte.

B) Fianza

Teniendo en cuenta la regulación de la fianza en la legislación de contratos como un mecanismo para responder de las penalidades impuestas al contratista por razón del contrato, del resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados a la Administración con motivo de la ejecución y también los gastos por demora del contratista, o incluso como bien a incautar en los casos previstos por el contrato o por la propia Ley, en lo que se refiere a la resolución por incumplimiento culpable del contratista, la STS de 21 de mayo de 2002, Ar. 5084, añade que la fianza no puede ser objeto de una interpretación amplia o extensiva y por lo mismo, la determinación de su alcance y la concreción de su extensión no sólo ha de hacerse a partir de los términos que contiene, sino además, de acuerdo con los términos y la finalidad a la que estaba destinada, que son los criterios obligados de interpretación en el ámbito contractual.

C) Resolución

a) Ausencia del trámite de audiencia al contratista

En la STS de 21 de mayo de 2002, Ar. 5082, el Tribunal declara que el acuerdo de resolución adoptado por la Administración es nulo, por cuanto no se ha procedido a dar audiencia al contratista, requisito exigido en el art. 224 del Reglamento General de Contratación del Estado, y que la consecuencia de esa nulidad debe ser la retroacción del expediente para que, con carácter previo a la decisión de la Administración sobre esta cuestión, se ofrezca al contratista el trámite de audiencia, comunicándole cuáles son los hechos y razones que constituyen el incumplimiento apreciado para la resolución contractual, y ofreciéndole en vía administrativa la posibilidad de hacer las alegaciones y aportar las pruebas que estime convenientes para la defensa de sus intereses.

b) Resolución administrativa improcedente debido a que no existe incumplimiento del contratista

Es el supuesto del que conoce la STSJ de Galicia de 16 de diciembre de 2001, Ar. 376, en la que se enjuicia la resolución de un contrato de obras de construcción de un centro de enseñanza, cuyo proyecto de obras había sido modificado por la Administración, que, sin embargo, no había procedido a tramitar y aprobar la modificación y su correspondiente consignación presupuestaria. Esto, según el Tribunal de Justicia, exonera al contratista de responsabilidad, y por tanto, no le impide paralizar las obras iniciadas. La declaración judicial de la nulidad de la resolución conduce a que la Administración devuelva la fianza incautada pero, el Tribunal desestima la solicitud de indemnización de perjuicios, realizada por el contratista, entendiéndose que dicha indemnización “no puede ser consecuencia derivada de la nulidad del acuerdo resolutorio basado en incumplimiento culpable del contratista, que es lo único que aquí se decide, sino que sólo lo sería del incumplimiento por la Administración de las obligaciones del contrato (arts. 53 LCE y 114.3 de la LCAP). Pero para ello, la resolución del contrato ha de ser solicitada por el contratista para que decida la Administración y, en su caso, los Tribunales competentes”.

6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obra

a) Recepción definitiva

En la STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2001, Ar. 308/2002, se sostiene que cuando la Administración suscribe el acta de recepción provisional de las obras mostrando su conformidad con las realizadas, no realiza objeción alguna en el período de garantía, ni adopta acuerdo alguno sobre la realización defectuosa de la obra, entonces ante la relevante falta de prueba sobre la realidad de los defectos alegados, las mismas quedan reducidas a meras conjeturas o hipótesis carentes de trascendencia jurídica. De ello deriva el Tribunal que la Administración debe proceder a la recepción definitiva de las obras.

b) Imposición de penalidades

La imposición de penalidades puede ser modulada cuando la demora en los plazos de ejecución, en la que ha incurrido el contratista de la Administración, ha sido en parte causada por una serie de dificultades esencialmente jurídicas que han agravado el cumplimiento de lo pactado, sin una culpa o negligencia directamente imputable al contratista. Así lo entiende la STS de 20 de marzo de 2002, Ar. 4191.

c) Prórroga

Como sostiene la citada STS de 20 de marzo de 2002, Ar. 4191, la prórroga no exime al contratista de las consecuencias del retraso en el cumplimiento de sus obligaciones. La prórroga se regula en la legislación de contratos como un derecho del contratista y una obligación de la Administración cuando el retraso se produce por motivos no imputables al contratista.

d) Las certificaciones de obras son actos reglados que no sirven para que la Administración obligue al contratista a subsanar posibles deficiencias de la obra

Así lo entiende la STSJ de Murcia de 31 de diciembre de 2001, Ar. 262, en la que además se declara que “lo decisivo es que la expedición de una certificación de obra ejecutada no puede ser utilizada por la Administración contratante para resolver, mediante el aplazamiento de su tramitación hasta que se subsanen defectos de la obra, la reparación de estos posibles defectos. El contratista tiene derecho al abono de la obra que realmente ejecute con arreglo al precio convenido (art. 142 del Reglamento General de Contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975) y la expedición y abono de las certificaciones de obra son actos reglados que no pueden someterse a aplazamientos o condiciones discrecionalmente establecidos por la Administración”. A juicio del Tribunal el acto, igualmente reglado, en el cual procede plantear si las obras se encuentran o no en buen estado, es el de la recepción provisional de las obras. Conforme dispone el inciso inicial del párrafo último del art. 170 del citado Reglamento General de Contratación del Estado, cuando las obras no se hallen en estado de ser recibidas, se hará constar así en el acta y se darán las instrucciones precisas y detalladas por el facultativo al contratista, con el fin de remediar los defectos observados.

e) Carácter positivo del silencio en el supuesto de solicitud a la Administración de los intereses de demora en el pago de las certificaciones de obra

En la STSJ de Cataluña de 9 de enero de 2002, Ar. 444, se declara que el silencio de la Administración en el supuesto de solicitud de los intereses por demora en el pago de las certificaciones de obra, reconocidos en el art. 100 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, tiene carácter positivo.

f) Intereses de demora

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 26 de diciembre de 2001, Ar. 536, siguiendo al Tribunal Supremo, reitera la conocida doctrina en relación con la cantidad debida en concepto de intereses de demora: “los intereses de demora que deben satisfacer las Entidades Locales han de computarse al cuatro por ciento anual señalado en el art. 94.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953, hasta el 4 de julio de 1984, en que entró en vigor la Ley 24/1984, de 29 de junio, desde cuyo momento los intereses de demora han de ser computados a razón del tipo de interés fijado para cada anualidad por la respectiva Ley de Presupuestos Generales del Estado, si no se hubiese fijado en el contrato la cuantía del interés de demora”.

Y en cuanto al cómputo de dichos intereses, la referida sentencia declara lo siguiente: “Las Corporaciones Locales conforme a lo dispuesto en el propio art. 94.2 de su Reglamento de contratación deben satisfacer el interés de demora, salvo pacto expreso en contrario, por el transcurso del retraso de dos meses en los pagos, una vez que le sean exigidos, pero como igualmente tiene repetido esta Sala, aunque haya que esperar dos meses, para que un órgano de la Administración Local se constituya en mora para el pago de una obligación, una vez producida tal situación de mora en su abono, el abono de los intereses de demora, ha de computarse –art. 47 de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965– desde la fecha de la presentación al cobro de la correspondiente certificación de obra o servicio”.

Por su parte la citada STSJ de Cataluña de 5 de noviembre de 2001, Ar. 308/2002, afirma que el *dies a quo* para el cómputo de intereses de demora en el ámbito de la contratación local, conforme al art. 94.2 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, es el de dos meses siguientes a la fecha de las certificaciones. Asimismo en esta sentencia también se declara que cuando la cantidad adeudada por intereses legales derivados de la demora del pago de certificaciones de obra tiene la consideración de cantidad líquida, bien porque ha sido así reclamado, bien porque su exacta cuantificación depende de una simple operación aritmética, es de aplicación lo dispuesto en el art. 1109 del Código Civil sobre la obligación del deudor de abonar intereses legales de intereses vencidos desde que son judicialmente reclamados hasta su completo pago.

Esta última sentencia sigue el criterio jurisprudencial sentado por el Tribunal Supremo, del que son exponente las recientes SSTs de 29 de abril de 2002, Ar. 5009, y Ar. 5010, en las que se declara que el *dies a quo*, a partir del cual las certificaciones de obra devengan intereses de demora a favor del contratista, en el ámbito de la contratación estatal, es el siguiente a la expiración del plazo de tres meses que para abonar las certificaciones se concede a la Administración, descartando otras posibilidades como la de que el *dies a quo* fuera la fecha en la que el contratista intima a la Administración, o la presentación de la certificación a la Administración. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 23 de abril de 2002, Ar. 5004, que además recuerda que la intimación es un requisito meramente formal que pone en marcha la actuación administrativa, pero no un requisito condicionante de la constitución en mora. Y añade que la finalización del plazo de tres meses actúa *ope legis*.

B) Contrato de servicio público**a) Deberes de conservación y mantenimiento de los bienes objeto de la concesión**

En la STSJ del País Vasco de 26 de abril de 2002, Ar. 326, se declara que la Administración local está obligada a la conservación y el mantenimiento de un vial subterráneo, construido y explotado mediante concesión administrativa, en la medida que tales deberes no habían sido atribuidos al concesionario en el título concesional y que, con carácter general, la Corporación local, según la legislación de régimen local, está obligada a la conservación y policía sobre sus bienes.

b) Embargo de las tarifas

La STSJ de Galicia de 25 de enero de 2002, Ar. 335, considera que resulta ajustado a derecho el embargo en vía de apremio de los ingresos derivados de las tarifas fijadas por la Administración como remuneración de un servicio público que presta el contratista en régimen de derecho privado, a fin de conseguir así el pago de los cánones estipulados en el título concesional que no han sido satisfechos por el contratista.

JULIA ORTEGA BERNARDO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Administración del Estado. A) El concepto de empresa pública debe entenderse en conexión con el concepto ofrecido por el Derecho Comunitario.

3. Comunidades Autónomas. A) Dictamen preceptivo del Consejo de Estado. **4. Administración local.** A) Autonomía Local. a) Legalidad de Acuerdos municipales por los que se determina asumir el coste de los juicios de insumisos de los ciudadanos de los mismos. B) Régimen de los acuerdos municipales. a) Nulidad de acuerdos adoptados fuera del orden del día y sin previo informe de la Comisión Informativa. C) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. a) El derecho de los Concejales a participar en los asuntos públicos municipales. b) La legitimación activa de los concejales: necesidad de voto en contra de los actos que se quieren recurrir. D) Servicios públicos locales. a) La exclusión de negociación colectiva en las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización. b) La liberalización de servicios públicos locales prestados en régimen de monopolio no incurre en responsabilidad del Estado legislador. c) Tarifas de servicios públicos: todos los precios que los usuarios pagan por la utilización del servicio forman parte de la tarifa. d) Aprobación de tarifas por silencio administrativo de la Comunidad Autónoma. e) El “servicio de quitanieves” no justifica el establecimiento de un precio público o de una tasa para sufragarlo. E) Otros Entes locales. a) Las áreas metropolitanas no se crean por convenios entre entidades locales sino por ley autonómica. **5. Colegios profesionales.** A) Los Estatutos Generales de los Colegios están sometidos a la tutela de la Administración, siendo competencia de los mismos la aprobación de los Reglamentos de Régimen Interior. B) Obligatoriedad de colegiación para funcionario público que ejerce funciones de veterinario.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

De las sentencias sobre organización administrativa dictadas en los últimos meses hemos seleccionado algunas de especial interés, como la Sentencia del Tribunal Constitucional que incorpora a nuestro ordenamiento jurídico el concepto de empresa pública del Derecho comunitario. Además, incluimos sentencias del Tribunal Supremo que introdu-

cen matices interesantes en la doctrina jurisprudencial sobre órganos consultivos, autonomía local y servicios públicos locales.

2. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

A) El concepto de empresa pública debe entenderse en conexión con el concepto ofrecido por el Derecho Comunitario

La STC 177/2002, de 14 de octubre, resuelve dos recursos de amparo acumulados promovidos por parlamentarios socialistas contra el Acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 3 de septiembre de 1997 que inadmitió a trámite la solicitud de comparecencia del Presidente de Telefónica de España, SA, y del Presidente de la Empresa Nacional de Electricidad, SA.

La Mesa del Congreso basó sus acuerdos en la inexistencia de un procedimiento parlamentario en curso, ámbito en el cual podían solicitarse las comparecencias de los citados Presidentes y, además, analizó el concepto de empresa pública.

Respecto al concepto de empresa pública, si bien reconoce que el criterio del art. 6.1.a) de la Ley General Presupuestaria es el de la participación pública en el capital social de la entidad, señala que “no se puede compartir que el porcentaje de participación en una empresa sea el criterio decisivo para calificar a una sociedad como privada o pública, como tampoco se puede sostener que un porcentaje minoritario, incluso reducido, pueda excluir el control de una empresa por otros cauces. Importa la conexión de la empresa con una Administración pública, pudiendo esta última realizar su control sobre aquella bien por cauces jurídico-públicos, bien por cauces jurídico-privados. De esta idea de control parte el Derecho comunitario al contemplar las empresas públicas en el art. 86 (antiguo art. 90) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Lo determinante es que la Administración de alguna manera pueda controlar la empresa determinando su política económica” FJ 10°.

3. COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A) Dictamen preceptivo del Consejo de Estado

La STS de 14 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3696, desestima el recurso de casación interpuesto por la Generalidad Valenciana contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 30 de octubre de 1996 que anuló la Resolución desestimatoria de un recurso de revisión relativo a la denegación de apertura de oficina de farmacia con retroacción de las actuaciones al momento en que debió oírse al Consejo de Estado.

VI. Organización Administrativa

La Sala desestima el recurso de casación con base a los arts. 22.9 y 23 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado en conexión con lo dispuesto, a *sensu contrario*, en el art. 119.1 de la Ley 30/1992. Es decir, “al suprimir la necesidad de audiencia consultiva únicamente cuando se haga razonada declaración de inadmisión a trámite del recurso extraordinario de revisión en el supuesto del art. 119.1, se está confirmando inequívocamente la obligatoriedad de solicitar dicho dictamen fuera de tan específico supuesto” FJ 1º.

4. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía local

a) Legalidad de Acuerdos municipales por los que se determina asumir el coste de los juicios de insumisos de los ciudadanos de los mismos

Las STSS de 15 de febrero de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2914 y 2915, estiman los recursos de casación interpuestos contra Sentencias del TSJ del País Vasco, que estimaron los recursos interpuestos por el Abogado del Estado contra Acuerdos municipales que decidieron apoyar económicamente los gastos que originara la defensa jurídica de los insumisos del Municipio que tuvieran causas pendientes.

Se argumentan en estas Sentencias algunas consideraciones que hacen referencia a la Autonomía Municipal. Se alega por la Corporación Local recurrente que la Sentencia recurrida no respeta el principio de autonomía municipal ya que la Ley de Bases de Régimen Local otorga competencias al Municipio en materia de prestación de servicios sociales y de promoción y reinserción social y que en definitiva la ayuda que el Ayuntamiento concedía a los insumisos supone una ayuda otorgada a un colectivo necesitado de la misma, al igual que pudieran serlo las concedidas a los que parecen sida o a los drogadictos.

Dicha cláusula competencial invocada en opinión del Alto Tribunal ofrece cobertura suficiente para que el Municipio, ejerciendo el poder representativo que comporta el reconocimiento de la autonomía municipal, pueda presentar ayuda incluso económica a las personas a las que se impute dicho incumplimiento, siempre que se trate de vecinos y dicha ayuda tenga la finalidad de mejorar su situación socioeconómica y lograr en lo posible su reinserción.

Con ello el TS no quiere decir que dichas conductas sean dignas de amparo desde el punto de vista jurídico y no sean acreedores en consecuencia de la sanción prevista en el ordenamiento para el caso de incumplimiento de los deberes de los ciudadanos.

El Tribunal hace referencia al art. 4.2 y 3 de la Carta Europea de la Autonomía Local y, muy especialmente, a los principios de generalidad, intermediación y subsidiariedad que la misma recoge.

La autonomía municipal, en efecto, exige interpretar el haz de competencias del municipio de modo estrechamente relacionado con los intereses y aspiraciones de los vecinos, y exige reconocer un ámbito significativo al municipio en la función de integración social de las minorías, con la reserva de que la actividad abordada no suponga una invasión de competencias específicamente atribuidas a entes territoriales superiores o su reconocimiento o ejercicio comporte la lesión de aquéllas o la vulneración del ordenamiento jurídico.

El principio de autonomía local exige reconocer un ámbito amplio de decisión a los representantes municipales sobre la apreciación de las necesidades de promoción de las personas que se hallan en unas u otras situaciones, conforme a las necesidades socialmente sentidas, siempre que exista un punto de conexión claro con los intereses municipales, como ocurre con la vecindad en él (la Carta Europea de autonomía local vincula ésta al “beneficio de sus habitantes”: art. 3.1).

La Sala realiza una interpretación amplia del citado principio en contra de la Sentencias de instancia entendiendo que la defensa procesal a la que el Municipio se compromete a contribuir se asume con la finalidad de lograr el sobreseimiento de las causas o la absolución de los afectados dentro de las posibilidades de tutela de los derechos que ofrece el ordenamiento jurídico. Este fin, si se logra, ha de repercutir, sin duda, de forma beneficiosa en sus expectativas de promoción y reinserción social.

B) Régimen de los acuerdos municipales

a) Nulidad de acuerdos adoptados fuera del orden del día y sin previo informe de la Comisión Informativa

La STS de 25 de abril de 2002, Ar. 5007, declara no haber lugar el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Marbella (Málaga) contra Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía que anulaba el acuerdo municipal de dicho Ayuntamiento sobre adquisición de acciones en Casino.

Trata la Sentencia estudiada de la ratificación en Pleno Municipal de contrato de compra-venta de acciones de un Casino al Ayuntamiento de Marbella.

El asunto relativo a la ratificación del contrato de compra-venta no se incluyó en el “Orden del Día” del Pleno Ordinario Municipal y la documentación no estuvo a disposición de los miembros de la Corporación el día de la convocatoria y no existió motivación sobre la urgencia y a ello debemos de añadir que no hubo dictamen de la Comisión Informativa, y con base a lo puesto de relieve con anterioridad, el “expediente” al que se refiere el art. 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, y el art. 97.1 del texto Refundido de las Disposiciones Legales vigentes en materia de Régimen Local era prácticamente “inexistente”.

VI. Organización Administrativa

La inclusión de asuntos que no hayan sido previamente informados por la respectiva Comisión Informativa (cuando estas Comisiones están creadas en la Corporación), sólo podrá realizarse, como excepción, por razones de urgencia debidamente motivada. Podrá hacerlo el Alcalde o Presidente a iniciativa propia o a propuesta de alguno de los portavoces. En todo caso será necesario que el Pleno ratifique su inclusión en el Orden del Día (art. 82.3 ROF).

En estos supuestos no reciben el nombre de “dictamen”, sino el de “proposición”, y así, dispone el art. 97.2 ROF: “Proposición, es la propuesta que se somete al Pleno relativa a un asunto incluido en el Orden del Día, que acompaña a la convocatoria, en virtud de lo dispuesto en el art. 82.3 de este Reglamento. Contendrá una parte expositiva o justificación y un acuerdo, asimismo, a adoptar. No procederá entrar a debatir ni votar una proposición sin que previamente se haya ratificado, de acuerdo con lo dispuesto en el referido art. 82.3, la inclusión del asunto en el Orden del Día”.

En el caso de que se hubiera adoptado algún acuerdo sobre asuntos no dictaminados, deberá darse cuenta a la Comisión Informativa en la primera sesión que se celebre, conforme al art. 126 del ROF. Caso de no respetarse las prescripciones señaladas en el art. 82.3 del ROF en conexión con el art. 91.4 de dicho texto legal que establece que “en las sesiones ordinarias concluido el examen de los asuntos incluidos en el Orden del Día y antes de pasar al turno de ruegos y preguntas, el Presidente preguntará si algún grupo político desea someter a la consideración del Pleno, por razones de urgencia, algún asunto no comprendido en el Orden del Día que acompañaba a la convocatoria y que no tenga cabida en el punto de ruegos y preguntas”, nos encontraríamos ante uno de los supuestos de nulidad a los que se refiere el artículo 62.1.e) de la Ley 30/1992.

En el asunto tratado por la Sala quedaron privados los Concejales de un previo y total conocimiento de la cuestión sobre la que había de resolverse, con antelación temporal suficiente, a fin de que pudieran determinar el sentido de su voluntad con previo conocimiento de causa, se produjo asimismo una violación de su derecho constitucional al acceso y desempeño de sus funciones públicas que incluye, como es bien sabido, en interpretación del art. 23.3 de la Constitución, el libre ejercicio de tales funciones y el derecho de participación en los asuntos públicos, previamente informados de éstos.

Por otra parte el hecho de querer intervenir el Ayuntamiento en una actividad económica supone el ejercicio de una actividad económica de las recogidas en el art. 128.2 de la CE que requiere la necesidad de iniciar un expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, expediente que requiere los trámites e intervenciones previstas en el art. 97.1 del texto Refundido, expediente que no se siguió en el caso estudiado. Este requisito aparece justificado por el carácter excepcional que, desde el punto de vista de los principios de libre empresa y libertad de mercado (art. 38 de la Constitución) reviste la intervención pública en la actividad económica (art. 128 de la Constitución).

La inobservancia por el Ayuntamiento marbellí de las prescripciones estipuladas con anterioridad en cuanto al régimen de adopción de acuerdos y la falta de la medida de intervención municipal en la actividad económica suponen la concurrencia de gravísimas defi-

ciencias y ausencias que no se quedan en el ámbito de lo accesorio, circunstancia, adjetivo o contingente, sino que invaden aspectos sustantivos, principales y nucleares sobre el modo de operar de la Administración, que afecta al derecho de intervención de los miembros de la Corporación Local, con lo que supone la nulidad del acuerdo municipal por aplicación del art. 62.1.e) de la Ley 30/1992.

C) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales

a) El derecho de los Concejales a participar en los asuntos públicos municipales

La STS de 18 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3628, estima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Boñar contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Castilla y León, por la que se acordaba el derecho de un Concejales de este Ayuntamiento a obtener certificación comprensiva de la literalidad de los Padrones aprobados mediante Acta de la Comisión de Gobierno de fecha 15 de octubre de 1996.

A este respecto el TS ha matizado que el derecho de información derivado del art. 23 de la Constitución no incluye, como contenido propio, el derecho a la obtención de copias, fotocopias o como en el presente caso, a obtener una certificación literal de los Padrones citados, sino que el derecho a participar en los asuntos públicos implica con relación a los asuntos públicos municipales que los concejales tengan acceso a la documentación y datos de los que disponga la Corporación lo que supone una facultad de consultar libremente dicha documentación, pero sin añadir ningún otro complemento que exceda del fin de estar plenamente informados de cuanto conste en los diversos servicios municipales. En este sentido, la STS de 21 de abril de 1997 señaló también que es el acceso a la información para el ejercicio de la función de concejal lo que cubre el art. 14 del Reglamento de Organización de 1986, no así el derecho a la obtención de copias o similares.

b) La legitimación activa de los concejales: necesidad de voto en contra de los actos que se quieren recurrir

La STS de 14 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 3992, desestima el recurso de casación interpuesto por un concejal que no votó en contra de los acuerdos de un Ayuntamiento por los que al tiempo de concederse sendas licencias de obras a una sociedad privada, se reconocía a la citada mercantil exenta de tasas e impuestos, de acuerdo al contenido de una de las cláusulas del concierto firmado entre esta y el Ayuntamiento con anterioridad a la fecha de otorgamiento de las licencias.

En este sentido, el TS señala en su Sentencia que el art. 63.1.b) de la Ley de Bases de Régimen Local (en adelante LBRL) otorga legitimación para impugnar los acuerdos de las Entidades Locales no a todos los concejales sino sólo a aquellos que hubieran votado en contra de tales actos, situación que no concurre en el particular que nos ocupa. Asimismo

VI. Organización Administrativa

señala, que no encontrándonos en materia urbanística sino tributaria, no existe ninguna acción pública que otorgue legitimación para impugnar los acuerdos municipales a cualquier persona y, entre ellas, a cualquier concejal por la vía de considerar suficiente el interés de todo concejal a que la actuación de los órganos municipales sea conforme a Derecho porque esto supondría prescindir de la exigencia del interés legítimo o del interés directo para la legitimación del demandante, y admitir por tanto, una legitimación fundada en el simple interés a la legalidad. Esto sólo es admisible en el ordenamiento jurídico español cuando el legislador ha excepcionado expresamente el régimen general de la legitimación, lo que, con referencia a los concejales, sólo ha ocurrido respecto de aquellos que, en el momento mismo del nacimiento de los acuerdos, han expresado su disconformidad con ellos.

D) Servicios públicos locales

a) La exclusión de negociación colectiva en las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización

La STS de 25 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3632, desestima el recurso de casación interpuesto por la Junta de Personal del Ayuntamiento de Oviedo contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Asturias, en la que se declaraba ajustado a derecho el Acuerdo de aprobación de los pliegos de condiciones técnicas y económico-administrativas para la contratación, mediante concurso, de la redacción y ejecución del proyecto de obras de remodelación y ampliación de los cementerios municipales y posterior gestión del servicio de cementerios en régimen de concesión. Alegaba la Junta de Personal la necesidad de negociación colectiva en el presente supuesto conforme a lo establecido en el art. 32, apartados d), g) y k) de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de Representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (modificado por la Ley 7/1990, de 19 de julio).

En su Sentencia, el TS señala por el contrario que el art. 34.1 de la citada Ley 9/1987, excluye de la obligatoriedad de la negociación las decisiones de las Administraciones Públicas que afecten a sus potestades de organización y, en este sentido, las resoluciones sobre el sistema de gestión de un servicio público, acordando que la gestión se verifique de manera indirecta, por medio de una empresa concesionaria, es una resolución que afecta a las potestades de la Administración Municipal de organizar la prestación de sus servicios del modo que estime que mejor atiende a los fines de interés general que le están encomendados, motivo por el que se excluye la necesidad de negociación en el particular que nos ocupa.

b) La liberalización de servicios públicos locales prestados en régimen de monopolio no incurre en responsabilidad del Estado legislador

La STS de 3 de abril de 2002, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 3601, resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de

Madrid, SA, contra Acuerdo del Consejo de Ministros desestimatorio de la petición de indemnización de daños y perjuicios causados como consecuencia del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, que liberalizó el servicio funerario.

La Sala rechaza la petición de indemnización planteada por la citada Empresa que venía prestando el servicio en régimen de monopolio, argumentando que se trata de “un cambio de carácter general en el sistema de prestación de servicios funerarios, que, de ser una actividad reservada a las entidades locales, se ha transformado en una actividad económica libre, sujeta sólo a previa autorización municipal reglada, de modo que la nueva regulación legal carece de contenido expropiatorio por constituir una norma general de obligado cumplimiento, lo cual (...) no supone una privación singular de derechos o intereses patrimoniales legítimos, como esta Sala declaró, entre otras, en sus Sentencias de 24 de mayo de 1997, RJ 1997, 3983, [...] y 18 de octubre del mismo año, RCL 1997, 7941”, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional recogida en su Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre.

En el mismo sentido encontramos la **STS de 13 de abril de 2002**, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 3957, que desestima el recurso interpuesto por la Empresa Mixta de Servicios Mortuorios de Celanova, “Pompas Fúnebres de Celanova, SL”. Asimismo las **SSTS de 20 de abril de 2002**, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 4424; **de 27 de abril de 2002**, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 4255; **de 7 de mayo de 2002**, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 4425.

c) Tarifas de servicios públicos: todos los precios que los usuarios pagan por la utilización del servicio forman parte de la tarifa

La **STS de 25 de marzo**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3631, desestima un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 23 de julio de 1997, que anuló el acto del Ayuntamiento impugnado por la Comunidad Autónoma al suponer una modificación de las tarifas del transporte público colectivo urbano de Santa Cruz de Tenerife, concretamente una subida del precio del bonobús, que debía haberse ajustado al procedimiento general de aprobación por la Comunidad Autónoma, sin haberlo hecho.

La Sala desestima el recurso promovido por el Ayuntamiento con base en el concepto de tarifa de servicios públicos, señalando que la tarifa “es la fijación del precio, o de los distintos precios, que la empresa concesionaria percibe de los usuarios por la utilización del servicio, (...). Por tanto, todos los precios que los usuarios pagan por la utilización del servicio forman parte de la tarifa. El precio que se paga por el bonobús, (...), es un precio por un número determinado de viajes y, por tanto, forma parte del concepto de tarifa. Lo esencial no es aquí que el Ayuntamiento subvencione a la empresa concesionaria la rebaja del precio, sino que el usuario pague un precio por la utilización del servicio. (...) Los precios más bajos que paga el usuario por razones económicas o sociales, como es el

VI. Organización Administrativa

precio del bonobús, se integran por la Ley (de Ordenación del Transporte Terrestre, art.19.4º), en el concepto de “tarifas”, y el hecho de que las Administraciones públicas afectadas (...) establezcan un régimen especial de compensación económica para la empresa concesionaria (...) no altera ni varía dicho concepto” FJ 2º.

d) Aprobación de tarifas por silencio administrativo de la Comunidad Autónoma

La STS de 25 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 3615, desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de Canarias confirmando la Sentencia del Tribunal Superior de Canarias, con sede en Las Palmas, que desestimó el recurso deducido por dicha Comunidad contra la aprobación de las tarifas de “Guaguas Municipales, SA,” por el Ayuntamiento de Las Palmas.

Los hechos impugnados son la aprobación de las citadas tarifas por silencio administrativo, ya que resolución expresa denegatoria de la aprobación de las mismas fue producida por la Comunidad Autónoma una vez que había transcurrido el plazo de silencio positivo conforme con lo dispuesto en la Ley 30/1992.

La Sala desestima el recurso argumentando que la recurrente parte de una confusión conceptual: la equiparación del silencio negativo y el positivo como si fueran dos presunciones de distinto signo, cuando lo cierto es que el primero, el negativo, es una garantía para los administrados pero que les permite seguir esperando a la resolución expresa. Sin embargo, en el caso del silencio positivo el transcurso del plazo fijado para dictar resolución produce (...) la ficción jurídica de que aquélla ha sido estimada, “sin que el interesado tenga que hacer nada para adquirir el derecho que declare a su favor el ficticio, pero legalmente eficaz acuerdo resolutorio, que ya no puede ser alterado o cambiado por el Órgano Administrativo, cuya obligación de resolver expresamente está extinguida” FJ 3º.

e) El “servicio de quitanieves” no justifica el establecimiento de un precio público o de una tasa para sufragarlo

La STS de 27 de mayo de 2002, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 4622, desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Aisa (Huesca) contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 21 de enero de 1997, al considerar que el servicio de quitanieves, como las fuentes públicas, el alumbrado y los demás enumerados en el art. 21 de la Ley de Haciendas Locales, “aparte de ser elementales en las funciones prestacionales de los Ayuntamientos, ya están compensados con los impuestos que pagan la generalidad de los habitantes de un municipio, servicios que, por otra parte, no reciben sólo dichos vecinos, sino cuantos transitan por las vías municipales”, por lo que no justifican el establecimiento de un precio público o, alternativamente, de una tasa, para sufragarlo (FJ 2º).

E) Otros Entes locales**a) Las áreas metropolitanas no se crean por convenios entre entidades locales sino por ley autonómica**

La STS de 21 de noviembre de 2001, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4057, casa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que desestimó el recurso interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra el Acuerdo de la Comisión de Gobierno de la Entidad Metropolitana de Servicios Hidráulicos y Tratamiento de Residuos que aprobó un Convenio de Colaboración para la Constitución y Explotación del Registro Informativo de Recursos para la Gestión Medioambiental Local.

El Convenio se celebró entre la Diputación de Barcelona, la citada Entidad Metropolitana y la Mancomunidad de Municipios del Área Metropolitana de Barcelona. Las obligaciones derivadas del mismo son asumidas de manera conjunta por la Entidad Metropolitana y la Mancomunidad de Municipios, denominándose conjuntamente mediante el término “Área Metropolitana de Barcelona”. Precisamente, la Sala considera que no se trata sólo de un *nomen iuris*, sino de “atribuir a una entequeia –“Área Metropolitana de Barcelona”– titularidades activas y pasivas, derechos y obligaciones, en consideración a su propia existencia, a su realidad misma” (FJ 2º). En el Convenio se alude, además, a la utilización de un logotipo propio.

“Con o sin personalidad jurídica propia, esta figura (...), contraría las normas que regulan la organización y estructura de la Administración local, e introduce un elemento de distorsión en las relaciones administrativas, que es perturbador de la seguridad jurídica” FJ 2º.

5. COLEGIOS PROFESIONALES**A) Los Estatutos Generales de los Colegios están sometidos a la tutela de la Administración, siendo competencia de los mismos la aprobación de los Reglamentos de Régimen Interior**

La STS de 13 de febrero de 2001, Ar. 4989, no da lugar el recurso de casación interpuesto contra Sentencia del TSJ de Madrid que desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra Acuerdo de la Junta de Gobierno del Instituto de Actuarios de España (IAE) que a su vez desestimaba la impugnación de convocatorias de Asambleas Generales Extraordinarias.

La Sala del TS viene a estudiar la doble vertiente de la actuación de los Colegios Profesionales ya que su carácter corporativo significa que son sus miembros en cuanto titulares de los intereses del grupo, los que organizan el ente, siendo su voluntad la que va a integrar la voluntad propia de la Corporación a través de un proceso representativo. Esta potestad de autoorganización no impide que al satisfacer, junto a sus intereses particulares, otros intereses públicos se ejerce una tutela por parte de la correspondiente

VI. Organización Administrativa

Administración territorial en orden a velar por el cumplimiento de estos últimos. La tutela tiene por objeto realizar, únicamente, un estricto control de legalidad.

Esta doble vertiente tiene su reflejo en las normas reguladoras de la actividad colegial. Por un lado, los Estatutos Generales que están sujetos a la tutela de la Administración, de tal forma que su aprobación y posteriores modificaciones corresponden al Gobierno, a través del Ministerio competente, mientras que, por otro lado, los Reglamentos de Régimen Interior no precisan de dicha autorización.

B) Obligatoriedad de colegiación para funcionario público que ejerce funciones de veterinario

La STS de 12 de marzo de 2002, Ar. 3241, anula y casa la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de La Rioja que estima el recurso interpuesto por particular contra Resolución del Consejo General de Colegios Oficiales de Veterinarios de España sobre denegación de baja colegial.

La Sentencia estudiada viene a determinar si es o no obligatoria la colegiación de un veterinario militar que desempeña su actividad profesional en el ámbito de la función pública.

La respuesta que da la Sala a esta cuestión es positiva y por las siguientes razones:

La Ley de Colegios Profesionales y jurisprudencia del TC establece como requisito indispensable para el ejercicio de profesiones colegiadas la incorporación al Colegio donde se pretenda ejercer la profesión, ya que la colegiación obligatoria, como requisito exigido por la Ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de la libertad asociativa, activa o pasiva, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional, dada la habilitación concedida al Legislador por el art. 36 CE.

Por otra parte, tanto la Ley como la jurisprudencia del TC y de la Sala del TS disponen la obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio de la profesión, ya se ejercite ésta en instituciones públicas o privadas o incluso como funcionario de la Administración del Estado.

Y a este respecto, como la solicitud de baja voluntaria, en el Colegio Profesional de Veterinarios, se produce cuando el interesado, veterinario militar, se encontraba en el ejercicio de su profesión al servicio de la Administración, se ha de declarar, que estaba obligado a continuar colegiado en el citado Colegio Profesional, y que por ello, procede confirmar la resolución impugnada en el recurso contencioso-administrativo, que no accedió a su petición de baja solicitada en el citado Colegio. Sin que por tanto tenga derecho a la devolución de las cuotas que había solicitado.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

EVA NIETO GARRIDO

LUIS CESTEROS DAPENA

PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

- 1. Concepto de sanción.** A) Actos administrativos que no constituyen sanción. B) Las sanciones administrativas pueden afectar a los derechos fundamentales.
- 2. Principio de legalidad.** A) Exclusión del Derecho sancionador de autor. B) Irretroactividad de la reserva de Ley: vigencia del Reglamento de Disciplina Universitaria. C) Colaboración reglamentaria en la determinación de las infracciones y sanciones. D) Reserva de Ley y relaciones de sujeción especial. E) Prohibición de interpretaciones extensivas. F) Prohibición de la analogía para determinar los sujetos responsables, incluso aunque se trate de los cooperadores necesarios. **3. Retroactividad de la norma sancionadora.** A) Retroactividad de normas favorables aprobadas una vez impuesta la sanción. B) Momento de comisión de infracciones que se prolongan en el tiempo a efectos de determinar la norma aplicable. **4. Culpabilidad.** A) Hay culpabilidad porque los hechos eran notorios. B) Exclusión de la culpabilidad por falta de imputabilidad: trastorno mental. C) Exclusión de la culpabilidad por caso fortuito. D) No se puede sancionar el incumplimiento de una norma que se aplica sorpresivamente. E) El engaño sufrido por el infractor no excluye siempre la culpabilidad: la extensión del deber de diligencia. **5. Concurrencia de infracciones y non bis in idem.** A) La reincidencia como criterio de agravación no vulnera el non bis in idem. B) Non bis in idem en las relaciones de sujeción especial. C) Vertiente procedimental: la instrucción de causa penal no impide la incoación de procedimientos disciplinarios por los mismos hechos que, por el contrario, es obligatoria. D) Se pueden sancionar unos hechos que ya fueron objeto de un procedimiento archivado si, junto con los hechos anteriores, se tienen en cuenta otros nuevos. **6. Procedimiento sancionador.** A) El derecho a ser informado de la acusación en el procedimiento sancionador. B) Derecho fundamental a no declarar contra sí mismo. C) Ante la denuncia de unos hechos existe el deber de realizar, al menos, diligencias informativas. D) La objetividad del instructor.
- 7. En especial, prueba y presunción de inocencia.** A) La presunción de certeza del acta de inspección invierte la carga de la prueba. B) No es imprescindible realizar la prueba

de alcoholemia para sancionar por encontrarse bajo los efectos del alcohol.

C) La sola percepción directa de la conducta que constituye la infracción por la autoridad disciplinaria es prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia. D) La confesión ante la policía como prueba de cargo del procedimiento disciplinario militar, aunque no se advirtiera de que las declaraciones podían ser tomadas en su contra. E) La presunción de inocencia no restringe la libre valoración de la prueba. F) La prueba de las eximentes corresponde al expedientado. G) Participación de los encartados en las diligencias previas. H) *In dubio pro reo*. **8. Caducidad del procedimiento sancionador.**

A) La caducidad del procedimiento no impide el inicio de un nuevo expediente si no ha prescrito la infracción. B) *Dies a quo* del cómputo del plazo máximo de duración del procedimiento a efectos de caducidad. C) *Dies ad quem*: debe producirse la notificación dentro del plazo máximo. D) No caduca el procedimiento disciplinario contra funcionarios ni contra jueces. E) La caducidad de la acción.

9. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad. A) No cabe imponer, además de las concretas sanciones previstas para el grado de gravedad, aquellas propias de otras infracciones más leves. B) La sancionadora es una potestad reglada; ni siquiera hay discrecionalidad técnica. C) La vulneración de la proporcionalidad no viola derechos fundamentales. D) Factores tomados en cuenta para fijar la sanción proporcionada. **10. Extinción de la responsabilidad sancionadora.**

A) Competencia estatal o autonómica para fijar el plazo de prescripción. B) Día inicial del cómputo del plazo de prescripción de la infracción. C) Sobre si la iniciación de un proceso penal interrumpe o no la prescripción de la falta disciplinaria que castiga el mismo hecho.

D) Interrupción de la prescripción por inicio del procedimiento sancionador.

E) Peculiar régimen de prescripción de las infracciones militares; en particular, consecuencias de una notificación anulada. **11. Control contencioso-administrativo de las sanciones.**

A) Vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva la previsión de la Ley Orgánica Procesal Militar que impide interponer un contencioso-disciplinario por motivos de legalidad ordinaria contra las faltas leves. B) El órgano judicial puede encuadrar la conducta en un tipo distinto al fijado por la Administración.

C) Control contencioso-administrativo de la proporcionalidad de la sanción.

D) Indemnización por anulación judicial de sanciones.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos administrativos que no constituyen sanción

Los Tribunales siguen delimitando lo que son verdaderas sanciones de otros actos administrativos de gravamen ante los que no tiene sentido aplicar todo el régimen especialmente garantista del Derecho Administrativo sancionador. Del conjunto se deduce un acertado concepto restrictivo de sanción. En el período del que ahora se da cuenta no hay grandes novedades al respecto sino sólo decisiones judiciales que depuran y concretan una jurisprudencia bastante consolidada:

– La orden de cierre y precinto de un pub que carecía de licencia, que es una medida de policía restablecedora de la legalidad. La **STS de 7 de mayo de 2002**, Sección Quinta, Ar. 5052, señala que en el Reglamento General de Policía de Espectáculos “coexisten las sanciones propiamente tales (...) y las medidas de policía –que no son sanciones– (...) que pueden desembocar en el cierre de los locales, dirigidas a impedir el funcionamiento de una actividad surgida sin la autorización previa y preceptiva o contraviniéndola (...). Igualmente, para la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 17 de diciembre de 2001**, Ar. 208, no es sanción el cierre de un bar por contaminación acústica impuesto como medida cautelar, hasta la adopción de una medida correctora.

– El desahucio administrativo de una vivienda de protección oficial, que es una mera consecuencia del incumplimiento de una obligación jurídica (**STS de 18 de febrero de 2002**, Sección Tercera, Ar. 4826).

– La indemnización por los daños originados al dominio público hidráulico que “enlaza con la responsabilidad extracontractual que establece el art. 1902 CC y con la obligación de reparar el daño causado al medio ambiente que el artículo 45.3 de la Constitución encomienda a la Ley establecer” (**STS de 25 de marzo de 2002**, Sección Tercera, Ar. 6363).

– La reducción de una subvención por incumplimiento de los requisitos exigidos (**STS de 14 de marzo de 2002**, Sección Cuarta, Ar. 3694).

– La suspensión en el ejercicio de sus funciones a un militar por seguirse contra él un procedimiento disciplinario (**STS de 6 de mayo de 2002**, Sala de lo Militar, Ar. 5337) o penal (**STS de 31 de enero de 2002**, Sala de lo Militar, Ar. 4635). Tal suspensión “tiene la regulación legal propia de una medida de naturaleza preventiva (...). La diferencia con la sanción es esencial, pues ésta es la respuesta del Estado ante la comisión de una falta y no se impone durante la tramitación de un procedimiento, sino una vez que han sido verificadas en el oportuno expediente la realidad de la falta y su autoría”.

– La pérdida de la condición de funcionario como consecuencia de la imposición de ciertas penas. Condenado un funcionario de Correos por delito de malversación de caudales públicos a un año de prisión menor y seis años y un día de inhabilitación absoluta, la Administración acordó, primero, la suspensión de funciones como ejecución de la

sentencia penal y, después, la pérdida de la condición de funcionario conforme al art. 37.1.d) de la Ley de Funcionarios de 1964 (“La condición de funcionario se pierde en virtud de alguna de las siguientes causas (...) Pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para cargo público”). La **STS de 27 de mayo de 2002**, Sección Séptima, Ar. 5089, reitera la jurisprudencia según la cual esta declaración “no constituye una sanción disciplinaria ni tampoco la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de la condena penal, sino la ausencia sobrevinida de la aptitud para el ejercicio de funciones como consecuencia de la imposición de la pena de la inhabilitación absoluta o especial. Se trata de una previsión que guarda coherencia con el requisito de aptitud para el acceso a la función pública exigido en el art. 30.1.e) del citado texto, consistente en no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas, de suerte que la pena de inhabilitación actúa respecto de la subsistencia de la relación funcional a modo de condición resolutoria que opera automáticamente tan pronto como se produce (...) la imposición de la pena”.

B) Las sanciones administrativas pueden afectar a los derechos fundamentales

Frente a la sanción de expulsión por tres años de los centros de una Universidad, prohibición de examinarse un curso y pérdida de los derechos de matrícula, se alega que afecta a derechos fundamentales como el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la educación y a la cultura y la libertad de residencia por obligarle a trasladarse a otra localidad y que por todo ello la norma aplicada debe considerarse contraria a la Constitución. Entre otros argumentos en contra, la **STS de 7 de marzo de 2002**, Sección Séptima, Ar. 5077, dice lo siguiente:

“En cuanto a la supuesta privación de los derechos a la educación y a la cultura (...) se ha pronunciado la Sala en Sentencia de 7 de junio de 1999, a propósito de una impugnación similar, diciendo que la sanción impuesta no vulnera el derecho a la educación reconocido en el art. 27 CE pues la titularidad y goce de tal derecho es compatible con las atribuciones de la Administración educativa para restringir su disfrute a quien, con motivo de las pruebas encaminadas a verificar sus conocimientos, incumple obligaciones que son exigibles en la situación de sujeción especial en que se hallan los estudiantes matriculados en los centros universitarios, siempre que tales sanciones sean congruentes al fin del mantenimiento de la disciplina académica y proporcionadas a la gravedad de la infracción.”

2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

A) Exclusión del Derecho sancionador de autor

Según la **STS de 19 de febrero de 2002**, Sala de lo Militar, Ar. 4631, “infringiría frontalmente el principio de legalidad la aceptación de un derecho disciplinario de autor que conminara las sanciones en atención a la personalidad del encartado y no según la cul-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

pabilidad de éste en hechos concretos por él cometidos”. En la misma dirección, la STS de 14 de diciembre de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 4196 de 2002, dice que “para imponer una sanción (...) no es suficiente con la presencia de un cierto modo de vida, por muy censurable que sea, si no va acompañado de actos externos mediante los cuales se lesione o ponga en peligro un interés jurídicamente protegido”. En esta última afirmación se observa también la exigencia de antijuridicidad material o lesividad.

B) Irretroactividad de la reserva de Ley: vigencia del Reglamento de Disciplina Universitaria

La STS de 7 de marzo de 2002, Sección Séptima, Ar. 5077, reitera que la reserva de Ley del art. 25 CE no se aplica a normas anteriores y por ello considera vigente el Reglamento de Disciplina Académica de las Universidades de 1954.

C) Colaboración reglamentaria en la determinación de las infracciones y sanciones

La STSJ del País Vasco de 11 de octubre de 2001, Ar. 418, considera que un precepto reglamentario [en concreto, el art. 50.3.f) del Decreto 833/1988 dictado en desarrollo de la Ley Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos de 1986] que tipifica como falta leve “cualquier incumplimiento de las obligaciones reglamentarias que no signifiquen infracción grave o muy grave” contraviene el art. 25.1 CE pues “crea un tipo infractor al margen de la previsión infractora de la (mencionada) Ley”. Pero, además, también podría verse aquí una vulneración del principio de tipicidad. Salvo la anterior sentencia, en general se observa la tendencia a admitir con bastante amplitud la colaboración reglamentaria. Ejemplos de ello son los siguientes:

– STSJ de Galicia de 14 de diciembre de 2001, Ar. 213 de 2002: los “preceptos en blanco, de remisión, o de colaboración reglamentaria no tienen por qué suponer una excepción a la reserva de Ley sino una modalidad de su ejercicio”. En estos casos, “la Ley regula lo esencial y las normas reglamentarias de desarrollo se encargan de completar la descripción del tipo”. En el caso concreto, el precepto legal en blanco es el art. 141.q) de la LOTT que tipifica como infracción grave cualquier otra no incluida en los apartados precedentes, que las normas reguladoras de los transportes terrestres califiquen como grave. En el mismo sentido, STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de enero de 2002, Ar. 294.

– En ocasiones, incluso, la integración formal de los tipos se realiza mediante Circulares internas de un Consejo Regulador, como, por ejemplo, las que se refieren a la utilización de uva con un rendimiento superior al autorizado (STS de 5 de noviembre de 2001, Ar. 5264 de 2002).

D) Reserva de Ley y relaciones de sujeción especial

La STS de 26 de marzo de 2002, Sección Tercera, Ar. 6364, reitera que la existencia de una relación de sujeción especial, en el caso concreto, con un expendedor de tabaco, “implica una atenuación del rigor del principio de reserva de Ley en el derecho admi-

nistrativo sancionador (...). En estos casos, la reserva de Ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica”, si bien, “una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva del derecho fundamental considerado (art. 25 CE), pero esa base normativa legal también existiría cuando la Ley se remita, en la especificación y gradación de las infracciones, al Reglamento”. En el supuesto enjuiciado, “desde el momento en que el art. 8 de la Ley 38/1985 sobre el Monopolio de Tabacos remite al reglamento para la determinación de infracciones, es claro que, cuando el Real Decreto 2738/1986 las especifica en sus arts. 26, 27 y 28, no hace sino cumplir el mandato legal”.

E) Prohibición de interpretaciones extensivas

La STSJ de Murcia de 14 de diciembre de 2001, Ar. 261 de 2002, identificando los conceptos de aplicación analógica (que es la que realmente prohíbe el art. 129.4 de la Ley 30/1992) y de interpretación extensiva, considera que “en el ámbito estrictamente sancionador no cabe realizar interpretaciones extensivas o analógicas” para incluir, en el caso concreto, entre las salas de exhibición cinematográfica lo que era un local destinado a otras actividades culturales que de forma excepcional se utilizaba para proyectar películas por una Asociación también de carácter cultural. Una identificación similar de ambos conceptos se contiene en la STS de 13 de abril de 2002, Sección Sexta, Ar. 4251.

F) Prohibición de la analogía para determinar los sujetos responsables, incluso aunque se trate de los cooperadores necesarios

La Agencia de Protección de Datos sancionó a una entidad por facilitar un dato personal (la insolvencia de una persona) al responsable de un fichero automatizado. Aunque la LO 5/1992 sólo preveía sanciones para los responsables de los ficheros, el Tribunal de instancia confirmó la sanción por entender que quien había suministrado los datos era un cooperador necesario. En contra, la STS de 13 de abril de 2002, Sección Sexta, Ar. 4251, en recurso de casación para la unificación de doctrina, anula la sanción al apreciar que con ello “se incurre en una aplicación extensiva o analógica del régimen sancionador”.

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA

A) Retroactividad de normas favorables aprobadas una vez impuesta la sanción

La STS de 9 de mayo de 2002, Sección Sexta, Ar. 5075, aplica la norma posterior más favorable que entró en vigor tras imponerse la sanción administrativa: sancionada una abogada por realizar publicidad, se anula la sanción porque “resulta que en la actualidad, la conducta por la que fue sancionada la recurrente no es contraria a las normas deonto-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

lógicas sobre la publicidad”. Igualmente, la STSJ de Madrid de 30 de enero de 2002, Ar. 395, afirma que la retroactividad *in bonus* “no tiene su límite en el momento en que se dicta la resolución sancionadora, ya que esa aplicación retroactiva ha de realizarse aun cuando se haya pronunciado la sanción mientras que ésta no se haya ejecutado, e incluso cuando el procedimiento sancionador se encuentre en fase de impugnación jurisdiccional”.

B) Momento de comisión de infracciones que se prolongan en el tiempo a efectos de determinar la norma aplicable

Las infracciones que se prolongan en el tiempo plantean, junto con el problema de determinar el momento inicial del plazo de prescripción, la cuestión de elegir la norma aplicable cuando ha habido un cambio normativo mientras se seguía cometiendo la infracción. Esto es lo que aborda la STS de 17 de abril de 2002, Sección Séptima, Ar. 4733, sobre sanción a una Jueza por incumplimiento de su deber de abstención en unas Diligencias Previas. En concreto, la sancionada alegaba la no vigencia del art. 417.8 de la LOPJ cuando ocurrieron los hechos, así como la prescripción de ilícito disciplinario. Pero la sentencia considera que la infracción se ha venido cometiendo “desde la fecha de incoación de dichas Diligencias (...) hasta el momento en que (la Jueza) fue suspendida en el ejercicio de sus funciones (...) Lo cual significa decir, sin ningún género de dudas, que el incumplimiento que fue apreciado se mantuvo hasta esta última fecha, y que ello descarta la no vigencia y la prescripción que fueron invocadas”. O sea, que se acepta la aplicación de una norma que no estaba vigente en el momento inicial de comisión de la infracción pero sí en otros posteriores en los que se continuaba en la conducta infractora.

4. CULPABILIDAD

A) Hay culpabilidad porque los hechos eran notorios

STS de 17 de abril de 2002, Sección Séptima, Ar. 4733: ante una infracción consistente en actuar una Juez de Marbella pese a existir causa de incompatibilidad y de abstención, se considera que existe culpabilidad porque había una notoriedad pública y unas críticas generalizadas en los medios de comunicación:

“Lo acabado de exponer significa que no puede aceptarse como un eficaz alegato defensivo el consistente en esgrimir una posible duda sobre el conocimiento de la existencia de los hechos imputados, o sobre el alcance que podrían revestir los mismos desde la perspectiva de su virtualidad para lesionar la imagen externa de imparcialidad a cuya observancia la Magistrada recurrente venía obligada. Y supone, en consecuencia (...) la presencia de la nota de culpabilidad que resulta necesaria en todo derecho sancionador.”

B) Exclusión de la culpabilidad por falta de imputabilidad: trastorno mental

La STS de 17 de enero de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 4265, excluye la culpabilidad de un guardia civil “por faltar la base de ésta representada por el elemento de la imputabi-

lidad” ya que sufría alteraciones de sus facultades cognoscitivas y volitivas. En la misma línea, la STS de 22 de octubre de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 4819. Por su parte, en el caso de la STS de 13 de noviembre de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 4193 de 2002, un transtorno de ansiedad que evolucionó a un paranoidismo catatímico moderadamente afectante a sus capacidades volitivas sirvió sólo para reducir la responsabilidad.

C) Exclusión de la culpabilidad por caso fortuito

Se sancionó a la concesionaria del transporte de viajeros por carretera entre Gijón y Madrid porque el día 2 de octubre de 1998 los vehículos salieron completos y no se recogió a personas que esperaban en las paradas. En concreto, se entendió cometida la infracción grave consistente en el incumplimiento de las concesiones esenciales de la concesión que prevé la aportación circunstancial de vehículos distintos a los adscritos para hacer frente a intensificaciones del tráfico. Frente a ello, la STSJ de Asturias de 27 de febrero de 2002, Ar. 406, entiende, con un discutible acierto, que la empresa recurrente no debe responder “en los supuestos de fuerza mayor o caso fortuito, que es lo que sucedió, no siendo previsible una masiva afluencia de estudiantes el día 2 de octubre, fecha de iniciación del Curso Universitario que sólo duró dos días, con total normalidad del servicio regular en fechas posteriores”.

D) No se puede sancionar el incumplimiento de una norma que se aplica sorpresivamente

Esto es lo que puede deducirse de la STS de 5 de noviembre de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 3899 de 2002, aunque lo plantea de otra forma. Se sancionó a un guardia civil por incumplir una Orden sobre la forma de proceder los agentes de la agrupación de tráfico cuando no puedan realizar los servicios encomendados por tener que atender a otras actuaciones derivadas de la investigación de accidentes. Pero, según resulta probado, el mismo mando sancionador admitía reiteradamente una práctica contraria a lo dispuesto en aquella Orden cuyo cumplimiento nunca exigió a sus subordinados. La sentencia anula la sanción porque “la resolución sancionadora no estuvo amparada por la certeza que debe generar la legalidad establecida (...), apreciándose una falta de tipicidad absoluta en los hechos enjuiciados”. Pero probablemente lo que faltaba no era la tipicidad. Tal vez se podría justificar mejor el razonable fallo afirmando que faltaba la culpabilidad. Pero lo importante es destacar la anulación de una sanción por incumplir una norma que venía siendo inaplicada.

E) El engaño sufrido por el infractor no excluye siempre la culpabilidad: la extensión del deber de diligencia

Se sancionó a una entidad bancaria por facilitar información al ex marido de la titular de una cuenta que no estaba autorizado para ello, en virtud de la Ley Orgánica 5/1992, de Tratamiento Automatizado de Datos de carácter personal. Frente a la alegación de la recurrente de haber sufrido engaño por el ex marido, dice la SAN de 14 de septiembre de 2001, Ar. 271, que la culpabilidad de la conducta de la recurrente “se concreta en el simple incumplimiento del deber de guardar secreto (del deber de diligencia exigible) sien-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

do indiferente a estos efectos que los datos se facilitaran mediante engaño”. En términos similares se pronuncia la SAN de 28 de septiembre de 2001, Ar. 272, respecto del tratamiento automatizado de datos relativos a la ideología de una persona sin su consentimiento.

En la misma línea, la STS de 18 de marzo de 2002, Sección Séptima, Ar. 3627. El Reglamento de Régimen Disciplinario de la Federación de Baloncesto dispone que es falta grave la falsedad en la declaración que motive la expedición de la inscripción de un jugador si éste participa en la competición, falta por la que se impondrá la sanción de multa y pérdida del encuentro o de la eliminatoria. En el caso, se sancionó a un equipo (el “Juber Basket Murcia”) por jugar con dos extranjeros (sólo estaba permitido uno) al comprobarse que uno de los inscritos como español no lo era sino que había falsificando los documentos (por ello, fue condenado penalmente). Lo que se cuestiona es si la sanción al club vulnera el principio de culpabilidad puesto que los hechos sólo eran imputables al jugador. La sentencia entiende que no se ha infringido el principio de culpabilidad porque las personas jurídicas tienen “capacidad de infracción de normas a la que están sometidas” y, por tanto, cabe “su reprochabilidad directa, que en este caso deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe (que, dice la sentencia en otro lugar, “estriba en el mantenimiento de la pureza normativa de la competición deportiva”) y la necesidad de que la protección sea realmente eficaz, ante el riesgo que debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de las normas”. La argumentación resultaría más fácilmente aceptable si, por estas últimas afirmaciones, dedujera un severísimo deber de diligencia de las entidades deportivas en la comprobación de la nacionalidad de los jugadores y hubiera considerado que el club sancionado no había cumplido con ese deber. Al no hacerlo así, parece consagrar una responsabilidad objetiva derivada de algo que de ninguna forma lo justifica como es el hecho indubitado de que las personas jurídicas pueden cometer infracciones y sufrir sanciones: esto es cierto, pero no lo es que ello lleve a aceptar que cometan infracciones y sufrir sanciones sin culpa alguna. Probablemente el problema se podría haber resuelto mejor si, conforme a su verdadero sentido, la pérdida de los partidos o eliminatorias en estos casos no hubiera estado prevista como sanción sino como una lógica consecuencia no sancionadora de la alineación indebida.

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

A) La reincidencia como criterio de agravación no vulnera el *non bis in idem*

Se sanciona a un guardia civil por falta muy grave debido a que cometió una falta grave y figuran en sus antecedentes otras dos faltas graves anotadas y no canceladas. Alega el sancionado vulneración del *non bis in idem*, a lo que la STS de 18 de febrero de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 4266, responde que “no se puede predicar la violación de este principio (si) se trata de un hecho nuevo considerado como falta grave, no sancionado, que es objeto de una calificación más grave por la previa existencia de otras sanciones por falta grave, y (ya que) no se integran los hechos anteriormente sancionados en el actuar ahora sancionable”.

B) *Non bis in idem* en las relaciones de sujeción especial

La STS de 19 de octubre de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 4818, recuerda la doctrina constitucional según la que “no se vulnera el *ne bis in idem* cuando autoridades de distinto orden, como la judicial y la disciplinaria, imponen distintas sanciones por hechos que pudieran tener el mismo origen, cuando existe una relación de supremacía especial que justifique el ejercicio, por un lado, del *ius puniendi* por los Tribunales de Justicia y, de otra parte, la potestad sancionadora de la Administración”. En el supuesto enjuiciado, en el que se sancionó disciplinariamente a un guardia civil por ser condenado penalmente por falsedad documental, “el bien jurídico protegido por el tipo disciplinario (el prestigio de la Institución) no coincide con el que defiende el tipo penal (la fe pública)”.

C) Vertiente procedimental: la instrucción de causa penal no impide la incoación de procedimientos disciplinarios por los mismos hechos que, por el contrario, es obligatoria

Aunque con la finalidad de determinar si la instrucción de causa penal interrumpe en todo caso la prescripción, la STS de 10 de mayo de 2002, Sección Sexta, Ar. 4463, hace una importante declaración en cuanto a la prohibición, posibilidad o hasta obligatoriedad de tramitar un procedimiento disciplinario cuando hay causa penal:

“resulta conforme a Derecho y por ello obligada la tramitación del procedimiento disciplinario por parte de la Administración, aunque sobre los hechos se sigan actuaciones penales”.

Así lo deduce del art. 23 del Reglamento de Régimen Disciplinario de Funcionarios de la Administración del Estado de 10 de enero de 1986, del art. 415.2 LOPJ y, en lo que se refiere a las infracciones disciplinarias sancionadas por los Colegios de Abogados –como era la del supuesto enjuiciado en esta sentencia– por lo que establece en la misma dirección que los anteriores el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Abogados de 1993. Cosa distinta es que, en algunos casos, proceda después suspender el procedimiento. Hay un voto particular que discrepa en lo que se refiere a la obligatoriedad por la Administración de incoar estos procedimientos. Su sólido argumento es de gran interés y no se refiere ya sólo a los procedimientos disciplinarios sino que incluye a todos los sancionadores:

“La posibilidad de tramitar hasta el momento anterior a la resolución un procedimiento sancionador, aunque por los mismos hechos esté pendiente un proceso penal, no impone a la Administración el deber de sustanciar el expediente sancionador porque, en ocasiones, éste puede resultar perturbador para el más exacto conocimiento de los hechos e, incluso, producir contradicciones con las pruebas practicadas en el proceso penal, por lo que la prudencia y el respeto a la investigación criminal haría aconsejable abstenerse de incoar el procedimiento sancionador hasta conocer el resultado del proceso penal.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

La interpretación sostenida por la Sala en el sentido de que la Administración está ‘obligada a tramitar el procedimiento disciplinario aunque sobre los hechos se sigan actuaciones penales’ contradice, a nuestro entender, no sólo lo dispuesto por los citados arts. 133 y 137.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sino el significado prejudicial de la jurisdicción penal, recogido en los arts. 114.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 10.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que conlleva la suspensión del enjuiciamiento por cualquier otro orden jurisdiccional, por lo que con más razón ha de paralizarse un procedimiento administrativo sancionador que viene condicionado, en cuanto a los hechos, por lo que se resuelva definitivamente en el proceso penal.’

D) Se pueden sancionar unos hechos que ya fueron objeto de un procedimiento archivado si, junto con los hechos anteriores, se tienen en cuenta otros nuevos

Sancionada una Jueza de Marbella, alega que antes había sido objeto por los mismo hechos de dos expedientes que el CGPJ archivó. Habría, pues, una vulneración del principio que prohíbe sufrir distintos procedimientos por los mismos hechos. Pero para la **STS de 17 de abril de 2002**, Sección Séptima, Ar. 4733, no existe coincidencia entre el hecho que constituyó el objeto de los dos primeros expedientes y el que ha sido sancionado en el último:

“el elemento del tipo sancionador constituido por la existencia de intereses económicos de los familiares del Juez tienen un carácter dinámico y eventualmente cambiante y (...) por esa razón, cuando ese elemento es referido a un período distinto, los hechos que le sirvan de apoyo pueden ser diferentes a los que fueron considerados durante períodos anteriores (...) Puede suceder que en un determinado período de tiempo existan hechos o intereses que no revistan importancia para apreciar con base en ellos el arraigo obstaculizador y que, en un tiempo posterior, se comprueben o surjan hechos distintos que, considerados conjuntamente con los anteriores, si permitan o justifiquen aceptar la existencia de dicho arraigo.

La prohibición que comporta la regla *non bis in idem* impide que hechos idénticos y correspondientes al mismo período puedan dar lugar a dos diferentes procedimientos sancionadores; pero no es incompatible con que la continuidad de unos hechos surgidos en un primer momento, y su coincidencia o concurrencia en un período posterior con otras circunstancias adicionales, pueda dar lugar a un nuevo procedimiento, para investigar y en su caso sancionar el ilícito que pueda resultar de esas nuevas circunstancias”.

6. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) El derecho a ser informado de la acusación en el procedimiento sancionador

Para la STSJ de Galicia de 14 de diciembre de 2001, Ar. 213 de 2002, este derecho fundamental se satisface normalmente “a través de la notificación de la propuesta de resolución” que contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se

imputa, integrado, como mínimo, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y por la consecuencia punitiva que a aquélla se liga. “Excepcionalmente, aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso”. En el mismo sentido, STSJ de Galicia de 31 de enero de 2002, Ar. 452.

B) Derecho fundamental a no declarar contra sí mismo

Aclara la STS de 3 de diciembre de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 4195, que el derecho a no declarar contra sí mismo “puede ser ejercido con absoluta libertad y sin riesgo de que el silencio pueda ser interpretado en sentido desfavorable” para el presunto infractor.

En la STSJ de La Rioja de 20 de febrero de 2002, Ar. 415, se conoce de una sanción por la infracción consistente en “la negativa o resistencia a suministrar los datos, facilitar la información o permitir el acceso a la documentación seguida por el Consejo Regulador o sus Veedores (...), o las demoras injustificadas en la facilitación de dichos datos, información o documentación”. Frente a los alegatos de la recurrente, dice la sentencia que “no puede estimarse que el tipo de la infracción (...) vulnere el derecho fundamental, recogido en el art. 24.2 CE, de no declarar contra sí mismo, porque lo que se está tipificando como infracción es el incumplimiento de una obligación de colaboración con el Consejo Regulador impuesta por una Ley”.

C) Ante la denuncia de unos hechos existe el deber de realizar, al menos, diligencias informativas

Los hechos son parecidos a los de muchas otras sentencias: se había denunciado ante el Consejo General del Poder Judicial que un juez (en este caso, de vigilancia penitenciaria) no había resuelto ciertos recursos, que actuaba con desidia y abandono y que toleraba los malos tratos de que era objeto el denunciante. El CGPJ acordó el archivo de la denuncia porque “del contenido del escrito no se derivaban motivos ni circunstancias que pudieran dar lugar a responsabilidades disciplinarias al ser la cuestión planteada de índole jurisdiccional y, por lo tanto, de la exclusiva competencia de los correspondientes Juzgados y Tribunales, cuyas resoluciones sólo pueden ser impugnadas mediante la interposición de los oportunos recursos...”. Pero la solución de la STS de 19 de febrero de 2002, Sección Séptima, Ar. 5076, es distinta de la habitual: no se plantea si el denunciante está o no legitimado sino que anula la decisión de archivo del CGPJ “a fin de que se dicte nuevo acto por el que se ordene la apertura de diligencias informativas encaminadas a averiguar los hechos descritos en la denuncia”, quizá porque no se pedía que se tramitara un procedimiento disciplinario —que es para lo que se exige muy estrictamente un interés legítimo— sino sólo de que se inspeccionara la actuación del juez. Razona lo siguiente:

“cuando se formule una queja sobre una situación reveladora de una posible irregularidad de una oficina judicial, lo que procede será averiguarla a través de las correspondientes diligencias informativas.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

Los hechos descritos (...) en la denuncia (...) hacían aconsejable la práctica de diligencias informativas antes de proceder a su archivo.

(...) al no pedirse una revisión de la actuación procesal desarrollada por el Juez o Magistrado, resulta infundada la única motivación que se consideró por la decisión de archivo y concretada en la afirmación de ser la cuestión planteada de índole jurisdiccional”.

D) La objetividad del instructor

La STS de 18 de marzo de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 5308, reitera la jurisprudencia constitucional conforme a la que “lo que del Instructor cabe reclamar ex arts. 24 y 103 CE no es que actúe en la situación de imparcialidad personal y procesal que constitucionalmente se exige a los órganos judiciales cuando ejercen jurisdicción, sino que actúe con objetividad (...), es decir, desempeñando sus funciones en el procedimiento con desinterés personal”.

7. EN ESPECIAL, PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) La presunción de certeza del acta de inspección invierte la carga de la prueba

Dice la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 20 de diciembre de 2001, Ar. 200, que “los hechos recogidos en un Acta de Inspección de Trabajo gozan de una presunción de certeza y veracidad *iuris tantum* salvo prueba eficiente, plenamente convincente e incontestable en contrario”. Esta presunción es “perfectamente compatible con el derecho fundamental a la presunción de inocencia ya que (...) se limita a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de practicar la prueba en contrario (...). En cualquier caso, esta presunción de certeza desplaza (...) la carga de la prueba al administrado”. También establece la inversión de la carga de la prueba la STSJ de Cataluña de 6 de noviembre de 2001, Ar. 357, “ya que el acta constituye (...) un documento de valor probatorio privilegiado”. Añade esta sentencia que “el acta no extiende la presunción a los juicios del inspector, sino tan sólo a los hechos de apreciación directa en tal momento o comprobados bien documentalmente o bien mediante testimonios allí recogidos (...). Además, (...) la presunción de veracidad no se extiende al informe posterior al acta aunque constituya un elemento más del conjunto de las pruebas practicadas”. En el mismo sentido, STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de febrero de 2002, Ar. 400, que fundamenta la presunción de certeza en “la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al inspector actuante”. Recoge todos los argumentos anteriores, las SSTSJ de Extremadura de 22 de febrero de 2002, Ar. 413, de Andalucía (Sevilla) de 27 de febrero de 2002, Ar. 423 y de Cataluña de 20 de diciembre de 2001, Ar. 443 de 2002. Con respecto a las actas levantadas por veedores, dicen las SSTS de 17 de abril de 2002, Sección Cuarta, Ar. 4403, y de 5 de noviembre y 10 de diciembre de 2001, Sección Cuarta, Ar. 5264 y 4823 de 2002, que “se consideran como pruebas documentales públicas”.

B) No es imprescindible realizar la prueba de alcoholemia para sancionar por encontrarse bajo los efectos del alcohol

Alega el recurrente, guardia civil sancionado disciplinariamente por embriagarse durante el servicio, la falta de prueba suficiente por no haberse realizado la prueba de alcoholemia. A ello responde la STS de 18 de septiembre de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 4105 de 2002, señalando que esta prueba “es un medio idóneo para saber la concreta concentración de alcohol en sangre de una persona, pero ni es suficiente para concluir que esa persona se encuentra bajo los efectos de las bebidas alcohólicas ingeridas, ni es imprescindible para establecer esa conclusión, ya que se puede llegar a ella a partir de otros medios probatorios”, como es, en el supuesto enjuiciado, la prueba testifical.

C) La sola percepción directa de la conducta que constituye la infracción por la autoridad disciplinaria es prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia

Lo reconoce la STS de 25 de febrero de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 4639, con respecto a una infracción disciplinaria por las expresiones inferidas por el sancionado a su Mando superior en una conversación telefónica.

D) La confesión ante la policía como prueba de cargo del procedimiento disciplinario militar, aunque no se advirtiera de que las declaraciones podían ser tomadas en su contra

Un guardia civil, sancionado con la separación del servicio por consumo habitual de drogas, impugna la prueba del expediente consistente en las declaraciones que hizo en el atestado instruido a causa de su detención, por no ser advertido de que tales declaraciones realizadas ante la policía podrían ser utilizadas en un expediente disciplinario. La STS de 1 de octubre de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 4816 de 2002, opina que “ninguna razón existe para que esa declaración no sea incorporada al expediente gubernativo”, pues el demandante admitió “consumir aproximadamente medio gramo de cocaína a la semana desde hacía dos meses”, conociendo, “dada su condición de guardia civil, la posible repercusión disciplinaria del acto de compraventa de drogas por el que fue detenido”.

E) La presunción de inocencia no restringe la libre valoración de la prueba

La STS de 7 de marzo de 2002, Sección Séptima, Ar. 5077, conforme a la jurisprudencia del TC, “distingue entre el principio de presunción de inocencia y la actividad de valoración de la prueba, de modo que mientras el primero se satisface con la existencia de cualquier medio de prueba del que pueda resultar la resolución sancionadora, sin embargo no constituye contenido propio del mismo su valoración para formar la convicción”. En el caso enjuiciado, en el que una persona desconocida se presentó a varios exámenes por el alumno sancionado, se deduce la connivencia del alumno con la persona no identificada que le suplantó en los exámenes, por el hecho de que éste no reclamara ante la aparición en las listas con una calificación. Esto no supone vulneración de la presunción de inocencia porque “la actividad probatoria desemboca, no en una hipó-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

tesis, como sostiene el actor, sino en una deducción razonable, de pura lógica y de elemental sentido común”. En el fondo, se trata de admitir que la prueba indiciaria no es contraria a la presunción de inocencia, y que, por otra parte, admitida ésta, puede ser valorada libremente.

F) La prueba de las eximentes corresponde al expedientado

Así lo declara la STS de 27 de noviembre de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 3715 de 2002.

G) Participación de los encartados en las diligencias previas

La STS de 11 de marzo de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 5307, afirma que los encartados no tienen derecho a intervenir en las actuaciones y diligencias acordadas por quien instruye, “sino hasta que se produce la concreción de la imputación mediante el traslado del pliego de cargos, momento a partir del cual podrán proponer cuantas pruebas con vengan a su defensa y participar en las que se practiquen de oficio o a instancia de otros encartados”.

H) *In dubio pro reo*

Se sanciona a una Bodega amparada en una denominación de origen por la falta de precintos y contraetiquetas. El período que se analizó fue de noviembre de 1990 a junio de 1995. Puesto que se le inició un expediente sancionador el 5 de febrero de 1999, todos los hechos que integran la infracción anteriores al 5 de febrero de 1994 habrían prescrito. La STS de 5 de noviembre de 2001, Sección Cuarta, Ar. 5264 de 2002, sin extenderse en el argumento de si se trata de una infracción continuada o no, afirma que “no pudiendo demostrarse que los hechos que integran la infracción (...) fueron realizados en los cinco años anteriores al expresado acuerdo, y existiendo indicios racionales de que al menos una gran parte de ellos se produjo con anterioridad a dicho plazo (...), el principio *in dubio pro reo* obliga a entender que la infracción había prescrito en el momento en que se acordó la iniciación del nuevo expediente”.

8. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) La caducidad del procedimiento no impide el inicio de un nuevo expediente si no ha prescrito la infracción

Así lo afirman las SSTs de 29 de octubre y 5 de noviembre de 2001, Sección Cuarta, Ar. 4099 y 5264 de 2002, añadiendo que la prescripción no resulta interrumpida por los procedimientos caducados. También la STS de 17 de abril de 2002, Sección Cuarta, Ar. 4403. En el mismo sentido, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de febrero de 2002, Ar. 401, aclara, además, que la caducidad es una forma de terminación del procedimiento que no extingue la responsabilidad sancionadora, a diferencia de la prescripción. En parecidos términos, la STS de 17 de abril de 2002, Sección Cuarta, Ar. 4403.

B) *Dies a quo* del cómputo del plazo máximo de duración del procedimiento a efectos de caducidad

Las SSTS de 5 de noviembre y 10 de diciembre de 2001, y de 17 de abril de 2002, Sección Cuarta, Ar. 4823, y 4403 y 5264 de 2002, mantienen, una vez más, que la fecha de iniciación del procedimiento no viene determinada por el acuerdo ordenando que se inicie el expediente, sino por la formal incoación que supone el nombramiento de instructor y especificación de los hechos que han de ser perseguidos.

C) *Dies ad quem*: debe producirse la notificación dentro del plazo máximo

Así lo reconocen la STS de 10 de diciembre de 2001, Sección Cuarta, Ar. 4823 de 2002, y la STSJ de Aragón de 22 de noviembre de 2001, Ar. 146 de 2002.

D) No caduca el procedimiento disciplinario contra funcionarios ni contra jueces

La STSJ de Madrid de 9 de junio de 2001, Ar. 464, afirma que el incumplimiento del plazo máximo de duración del procedimiento disciplinario contra un funcionario, en el caso un profesor de enseñanza secundaria, no puede producir la caducidad del expediente, en primer lugar, “porque la normativa específica (Reglamento Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado) no anuda este efecto a su contravención (...). El mencionado incumplimiento supone tan sólo una irregularidad con una única consecuencia muy distinta, “la responsabilidad del causante de la dilación”. En parecidos términos, aunque referida a los expedientes disciplinarios contra jueces, la STS de 26 de febrero de 2002, Sección Séptima, Ar. 4189.

E) La caducidad de la acción

Ante la regulación que contiene el Real Decreto 1945/1983, de infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria, de la caducidad de la acción –figura claramente distinta de la caducidad del procedimiento– (“caducará la acción para perseguir las infracciones cuando conocida por la Administración la existencia de una infracción y finalizadas las diligencias designadas a su esclarecimiento de los hechos, hayan transcurrido seis meses sin que la autoridad competente hubiera ordenado incoar el oportuno procedimiento”), la STS de 3 de julio de 2002, Sección Tercera, Ar. 5400, sin entrar en la naturaleza de esta institución, afirma que como esa previsión “no se encuentra regulada por la Ley 30/1992, ni está en contra de sus previsiones, es procedente su aplicación, eso sí estrictamente en los supuestos por ella previstos”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

9. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD

A) No cabe imponer, además de las concretas sanciones previstas para el grado de gravedad, aquellas propias de otras infracciones más leves

Dice la STS de 7 de marzo de 2002, Sección Séptima, Ar. 5077, que “siendo calificados los hechos como faltas graves (...) el Rector se salió de los límites reglamentarios de las sanciones previstas para las de aquella naturaleza, al añadir a la de expulsión de tres años, la de prohibición de examinarse de la totalidad de las asignaturas del curso académico (...) con la consiguiente pérdida de los derechos de matrícula, que sólo está prevista para las faltas menos graves, dando así lugar a un agravamiento de la sanción carente de la adecuada cobertura normativa”.

B) La sancionadora es una potestad reglada; ni siquiera hay discrecionalidad técnica

El Tribunal de Defensa de la Competencia impuso multa de 75 millones de pesetas que la Audiencia Nacional redujo a 5 millones por aplicación del principio de proporcionalidad. Según el Abogado del Estado, la Ley atribuye al TDC “una discrecionalidad técnica (...) que veda a la jurisdicción contencioso-administrativa entrar a considerar (...) la cuantía de la sanción” que merecen las conductas anticompetitivas. La STS de 8 de octubre de 2001, Sección Tercera, Ar. 6092, rechaza estos “sorprendentes motivos” con los siguientes argumentos:

“la potestad sancionadora (...) no se desenvuelve a través de una actuación administrativa que esté gobernada por (...) la discrecionalidad técnica: es, por el contrario, una actuación que ha de decidir sobre cuestiones jurídicas aplicando de manera reglada, no discrecional, conceptos, elementos, pautas y criterios prefijados en normas jurídicas. Es (...) una actuación que resuelve un problema jurídico en términos jurídicos, en la que los conocimientos científicos, artísticos o técnicos no son los que han de gobernar la decisión, sino tan sólo uno de los instrumentos que en algunos casos puede ser necesario para la correcta interpretación y aplicación de la norma jurídica tipificadora de las infracciones y sanciones. También es una cuestión jurídica a resolver en términos jurídicos la de decidir cuál deba ser en el caso concreto la sanción, dentro del abanico previsto en la norma, adecuada a la gravedad del hecho (...) La obligada aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada (...)”.

C) La vulneración de la proporcionalidad no viola derechos fundamentales

Lo declaran las SSTs de 6 de noviembre de 2001 y 25 de febrero de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 4636 de 2002 y 4639, matizando la primera que “tan sólo cuando en el ejercicio de la potestad disciplinaria se impusiera alguna sanción que no se correspondiera con las que para la falta apreciada estuvieran establecidas como posibles en la norma sancionadora, quedaría anudado el quebranto a la proporcionalidad con la infracción del principio de legalidad, lo que permitiría su tutela en la vía procesal del recurso contencioso-disciplinario militar, preferente y sumario”.

D) Factores tomados en cuenta para fijar la sanción proporcionada

Para aplicar el principio de proporcionalidad se da entrada a las más diversas circunstancias, incluso ajenas al grado de antijuridicidad y culpabilidad o a la personalidad del infractor. Como dice la **STS de 8 de julio de 2002**, Sala de lo Militar, Ar. 5954, “el criterio de la individualización de la sanción no es más que la singularización del caso o especificación de las circunstancias humanas, profesionales y ambientales que concurran”. Entre las muchas sentencias que concretan criterios de proporcionalidad tienen interés las siguientes:

– **STS de 17 de abril de 2002**, Sección Séptima, Ar. 4733: El Consejo General del Poder Judicial impuso a una Juez de Marbella la sanción de separación de la carrera judicial por la infracción de “inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurren algunas de las causas legalmente previstas”; en concreto, la de “tener interés directo o indirecto en el pleito o causa”. Pero la sentencia –que entiende que, en efecto, se cometió la infracción por existir interés indirecto– considera que la separación del servicio es sanción desproporcionada y la rebaja a sólo tres años de suspensión con este sorprendente argumento:

“Esta Sala considera que no puede dejar de tenerse en cuenta que ha existido discrepancia dentro del propio CGPJ sobre el nivel de reprochabilidad de la conducta constitutiva de esta falta –varios de sus miembros formularon su voto discrepante con la decisión de la mayoría– así como que los intereses indirectos, a los efectos de los efectos sic de ese juicio de reprochabilidad, no revelan la misma gravedad que los directos.”

Sobre todo, llama poderosamente la atención que se tenga en cuenta para determinar la sanción proporcionada la existencia de discrepancias entre los miembros del CGPJ.

– **STS de 29 de octubre de 2001**, Sala de lo Militar, Ar. 4821 de 2002: “el indulto (...) no incide necesariamente en la elección de la sanción más adecuada por la comisión de la falta (disciplinaria) consistente en haber sido condenado (...) por un delito cometido con dolo (...). Para que influya (favorablemente) en la elección es preciso, bien que la pena impuesta haya sido reducida por considerarla excesiva (...), bien que existan datos en la concesión del indulto que permitan considerar aminorada la significación del hecho de la condena. Por lo tanto, lo que importa no es el hecho de la concesión del indulto, sino las concretas circunstancias del indulto de que se trate”. En el supuesto enjuiciado –guardia civil condenado por delito de robo, indultado y posteriormente sancionado con la separación del servicio–, el Tribunal no observa ningún dato para entender que el indulto tuvo que ser tenido en cuenta para elegir la sanción disciplinaria. En el mismo sentido, **STS de 8 de julio de 2002**, Sala de lo Militar, Ar. 5954.

A la conducta de un guardia civil consistente en embriagarse durante el servicio, puede imponerse una de las tres sanciones previstas para el tipo, a saber, la pérdida de puestos en el escalafón, la suspensión de empleo o la separación del servicio, pero –como afir-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

ma la STS de 18 de septiembre de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 4105 de 2002— “no una cualquiera, como si con todas se respetara el principio de proporcionalidad (...), sino aquella que resulte más adecuada a la entidad de la falta y a las circunstancias del infractor y del interés del servicio”. En el caso de autos, se impuso la sanción más grave, la de separación del servicio, porque “así lo aconsejaban la gravedad intrínseca de la infracción y la notoriedad que la conducta del recurrente alcanzó entre la población civil”. A juicio del Tribunal, la primera razón no es válida, pues supondría una vulneración del *non bis in idem*, pues se refiere al hecho mismo de embriagarse durante el servicio, y tal hecho “constituye precisamente la infracción”. La segunda razón no es suficiente porque “una cosa es que una infracción trascienda y otra que la trascendencia tenga una entidad suficiente para fundamentar por sí sola la imposición de la más grave de las sanciones”. Señala la sentencia que, además, algunas circunstancias reducen la importancia del suceso, tales como que “todo sucedió en un ambiente festivo, el día de la Patrona de la Guardia Civil y el último día de las fiestas de la localidad”. Por todo ello, concluye el Tribunal que la sanción de separación del servicio no resulta justificada, procediendo imponer la sanción de suspensión de empleo.

10. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SANCIONADORA

A) Competencia estatal o autonómica para fijar el plazo de prescripción

La STC 166/2002, de 18 de septiembre, resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno contra diversos artículos de la Ley murciana 7/1995, de 21 de abril, de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial. En concreto, en lo que ahora nos interesa, en primer lugar, por reducir de 4 a 3 años el plazo de prescripción para las infracciones muy graves establecido por la legislación básica estatal en materia de medio ambiente; y en segundo lugar, por reducir el grado mínimo de las sanciones correspondientes a estas infracciones establecido en dicha legislación básica de 10 millones a un millón. En ambos supuestos, el Pleno del Tribunal Constitucional admite el recurso por entender conculcada la legislación básica. Interesa destacar no sólo que se admita que la fijación de un plazo de prescripción pueda ser básico, sino también que tal establecimiento aparece vinculado al régimen de distribución de competencias de la materia de que se trate y no a otros títulos competenciales como pudiera ser el de “régimen jurídico de las Administraciones Públicas”.

B) Día inicial del cómputo del plazo de prescripción de la infracción

Afirman las SSTS de 29 de octubre y 5 de noviembre de 2001, Sección Cuarta, y de 10 de mayo de 2001, Sección Sexta, Ar. 4099, 5264 y 4463 de 2002, que el plazo de prescripción de la infracción debe computarse desde su comisión y no desde el conocimiento de la misma por la Administración.

Por otra parte, la STS de 29 de octubre de 2001, Sección Cuarta, Ar. 4099 de 2002, reitera la doctrina según la cual “si se aprecia la existencia de una infracción continuada, por entenderse que existía un plan preconcebido o se aprovechó idéntica ocasión en la

pluralidad de actos realizados, el plazo de prescripción no se iniciaría sino desde el momento en que se produjo el último de dichos actos llevados a cabo con unidad de intención”.

Distinto es el caso de la infracción que se prolonga a lo largo del tiempo y que plantea problemas no sólo para determinar el momento inicial de prescripción sino la norma aplicable cuando ha habido un cambio normativo mientras se seguía cometiendo la infracción. Esto es lo que aborda la STS de 17 de abril de 2002, Sección Séptima, Ar. 4733, como ya se ha recogido en el apartado 3.B) de esta crónica. Baste recordar que se considera que el plazo de prescripción no empieza a correr mientras se permanece en la conducta infractora: en el caso enjuiciado, mientras la Jueza realizaba actuaciones en unas Diligencias Previas en las que debería haberse abstenido desde el principio.

C) Sobre si la iniciación de un proceso penal interrumpe o no la prescripción de la falta disciplinaria que castiga el mismo hecho

Afirma la STS de 10 de mayo de 2002, Sección Sexta, Ar. 4463, en relación con una infracción disciplinaria cometida por un Abogado y sancionada por la organización colegial, que “no puede entenderse interrumpida la prescripción por la existencia de acciones penales ejercitadas antes de la incoación del expediente por el Colegio”. Para llegar a esa conclusión parte de considerar, como ya se ha recogido en el lugar oportuno –apartado 5.C)–, que la Administración está obligada a tramitar el procedimiento disciplinario aunque sobre los hechos se sigan actuaciones penales. No obstante, la doctrina de la sentencia se limita a los casos en que las actuaciones penales son anteriores a la iniciación del procedimiento administrativo, de modo que la solución es otra si se inició el procedimiento administrativo y luego se suspendió ante la instrucción de causa penal. Y así, confirma que no corre el plazo de prescripción mientras se encuentran en curso las actuaciones penales si es que el expediente disciplinario se había iniciado con anterioridad. La sentencia cuenta –como se dijo– con un voto particular que, negando que la Administración esté obligada a tramitar en estos casos los procedimientos sancionadores, concluye que “la existencia de una causa penal interrumpe la prescripción de la acción para perseguir disciplinariamente los mismos hechos”.

En igual sentido, afirma la STS de 11 de febrero de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 4825, que “la iniciación de un proceso penal, en principio por los mismos hechos que posteriormente son objeto de expediente disciplinario, al haber sido absuelto el imputado o sobreesido dicho proceso penal, produce efectos interruptivos de la prescripción de la posible falta disciplinaria (hasta sentencia firme)”.

D) Interrupción de la prescripción por inicio del procedimiento sancionador

La STS de 18 de marzo de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 5308, afirma que “la interrupción de la prescripción se produce no con la orden de iniciación del Expediente, sino en la fecha de notificación al interesado de dicha orden”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

E) Peculiar régimen de prescripción de las infracciones militares; en particular, consecuencias de una notificación anulada

Como ya se ha recogido en esta crónica y en otras anteriores, la Sala de lo Militar del TS sostiene que los procedimientos disciplinarios militares no caducan. Pero, a cambio, se establece un régimen de prescripción que indirectamente supone consecuencias para los supuestos en que el procedimiento se prolonga indebidamente. En concreto, se entiende que la resolución sancionadora debe ser notificada dentro del plazo de prescripción de la infracción, exigencia que, desde luego, no rige con carácter general pues de ordinario basta que el procedimiento se inicie antes de que la infracción prescriba. Además, la superación del plazo máximo de duración del procedimiento comporta que, desde ese mismo momento, vuelve a correr desde el principio la prescripción de la infracción. Así lo declara la STS de 15 de noviembre de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 3713 de 2002, que, además, aplica esta doctrina a un caso extremo pues la Administración resolvió y notificó en plazo la sanción, pero la notificación fue considerada nula por resolución judicial y hubo de practicarse de nuevo: se declara la infracción prescrita porque la notificación anulada no tiene efecto alguno y la nueva notificación se produjo pasado el plazo de prescripción.

11. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS SANCIONES

A) Vulnere el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva la previsión de la Ley Orgánica Procesal Militar que impide interponer un contencioso-disciplinario por motivos de legalidad ordinaria contra las faltas leves

Así lo reconoce la STC 202/2002, de 28 de octubre, que otorga el amparo solicitado y plantea ante el Pleno la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad. La Sala razona que aunque la disciplina militar podría justificar determinadas restricciones al derecho a la tutela judicial efectiva, ello no implica que tal ordenación pueda escapar a los principios constitucionales.

B) El órgano judicial puede encuadrar la conducta en un tipo distinto al fijado por la Administración

La STSJ de Galicia de 14 de diciembre de 2001, Ar. 213 de 2002, encaja la conducta realizada por el sancionado (no llevar en el interior del vehículo instrucciones escritas sobre la materia transportada) en un tipo distinto del fijado por la Administración: “Esta diferente calificación que se hace (por el juez) de la conducta imputada constituye una técnica plenamente admitida con el objeto de salvaguardar el principio de tipicidad y reserva de Ley (...), pues ambos tipos representan el mismo bien jurídico protegido (...), (y) se da la identidad del hecho punible”.

C) Control contencioso-administrativo de la proporcionalidad de la sanción

Como se ha recogido en el apartado 9.B), la STS de 8 de octubre de 2001, Ar. 6092 de 2002, califica la determinación de la sanción correspondiente a cada infracción como actividad reglada lo que entraña que los órganos jurisdiccionales pueden controlar ple-

namente esa decisión administrativa y sustituirla por la que estimen proporcionada. En la misma dirección, pero más moderadamente pues sigue reconociendo discrecionalidad, la STSJ de La Rioja de 20 de febrero de 2002, Ar. 415, dice que “la discrecionalidad que se otorga a la Administración debe ser desarrollada ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad entre los hechos imputados y la responsabilidad exigida” y que “el principio de proporcionalidad de las sanciones no puede sustraerse al control jurisdiccional”.

D) Indemnización por anulación judicial de sanciones

La STS de 13 de abril de 2002, Sección Sexta, Ar. 4251, declara que quien haya pagado una multa posteriormente anulada “debe ser resarcido por la Administración demandada mediante el pago de los intereses legales de la cantidad a que ascendió la multa indebidamente impuesta y oportunamente pagada y que, por haberlo así solicitado la propia demandante, habrán de calcularse a partir de la presentación de la demanda en sede jurisdiccional, pero que, conforme a la actualización de la indemnización contemplada por el art. 141.2 LAP (...), podía haberse fijado su cómputo desde la fecha en que el interesado hubiese formulado tal solicitud en vía previa ante la propia Administración”.

En la misma línea, la STS de 30 de abril de 2002, Sección Sexta, Ar. 5190, admite que “los efectos lesivos derivados de la anulación en sede jurisdiccional de las sanciones (...) pueden dar derecho a una indemnización, siempre y cuando (...) concurran los presupuestos o requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración”. Pero en el caso enjuiciado, tras la anulación judicial de la sanción de separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de crédito por dos años, entiende que no se daban esos requisitos, sobre todo porque estima que no se da la relación de causalidad ya que los daños no derivaban exactamente de la sanción sino de las actuaciones que determinados sujetos tomaron contra el reclamante a la vista de la sanción.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
MANUEL REBOLLO PUIG

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Causa y objeto de la expropiación. A) *Causa expropriandi*: la previa declaración legal de la utilidad pública de una obra hidráulica de interés general no se cubre con una mención 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. B) Naturaleza expropiatoria de las servidumbres y limitaciones que recaen sobre los terrenos colindantes a las vías férreas: remisión a la legislación de carreteras. **3. Procedimiento expropiatorio.** A) Procedimiento de urgencia: análisis del presupuesto habilitante y de la necesidad de motivación. B) Defectos formales no invalidantes. C) Plazo en el que el Jurado de Expropiación debe decidir ejecutoriamente sobre el justiprecio y efectos del mismo en orden al cómputo de los intereses de demora en la fijación del justiprecio. **4. Garantías formales.** A) Vía de hecho: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. **5. Garantías sustanciales.** A) Retasación: efectos liberatorios de la consignación del justiprecio; doctrina general sobre el momento y modo en que debe notificarse para que produzca esos efectos.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

El centenar largo de pronunciamientos analizados para elaborar la presente crónica han sido dictados en los dos primeros trimestres de 2002. Puede decirse, en términos generales, que ninguno de ellos sienta doctrina realmente novedosa, con la sola excepción de la sentencia que se comenta en relación al plazo en el que debe producirse la resolución ejecutoria del Jurado de expropiación sobre el justiprecio, cuestión que quedó en el aire tras la modificación del art. 34 de la LEF operada por la Ley de acompañamiento a los Presupuestos para el año 2000 y que ahora es resuelta por primera vez por el Tribunal Supremo. Junto a este pronunciamiento, en general merecen destacarse los otros que se glosan en sede de procedimiento, así como las sentencias que extensamente se comentan en relación, respectivamente, a la causa y el objeto expropiatorio. No menor interés tiene la sentencia comentada en materia de retasación, donde se establece la doctrina general sobre los efectos liberatorios que la consignación del justiprecio puede producir para evitar una nueva valoración de los bienes y el modo en que dicha consignación debe notificarse para ser efectiva en tal sentido.

2. CAUSA Y OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

A) *Causa expropriandi*: la previa declaración legal de la utilidad pública de una obra hidráulica de interés general no se cubre con una mención 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

La STS de 2 de marzo de 2002, Ar. 5068, resuelve en casación el recurso presentado contra una resolución de la Confederación Hidrográfica del Ebro por la que se declaró la necesidad de ocupación temporal de unos terrenos para llevar a cabo los estudios geológicos que requería un proyecto de construcción de una presa en el río Esera; obra hidráulica que tenía la consideración de interés general por afectar a más de una Comunidad Autónoma. El argumento esgrimido por los recurrentes se centra en la supuesta conculcación del requisito de previa declaración de utilidad pública o interés social exigible para proceder a la ocupación temporal de sus terrenos (arts. 9 y 10 LEF), al considerar insuficiente la genérica previsión contenida en el Real Decreto-Ley 2/1992, de 22 de mayo, de medidas urgentes contra la sequía por el que se declaraba el interés general de las obras destinadas a aportar recursos hidráulicos al Canal de Aragón y Cataluña, así como las previsiones del Real Decreto 531/1992, de 22 de mayo, dictado al amparo del citado Decreto-Ley, por el que se acordaban una serie de medidas en orden a posibilitar los aprovechamientos en la cuenca del Esera. Para los recurrentes, el carácter de estas disposiciones no satisface el referido requisito de la previa declaración de utilidad pública por entender que ésta debe figurar en una Ley formal que contemple específicamente la obra a ejecutar y que no se limite a una previsión genérica, ya que así lo exigía el art. 44 de la Ley de Aguas de 1985, aplicable al caso, según el cual “las obras públicas de carácter hidráulico que sean de interés general o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma habrán de ser aprobadas por Ley e incorporadas al Plan Hidrológico Nacional”.

Frente a ello, la Administración actuante señala en su escrito de oposición al recurso de casación (en los mismos términos que había acogido el Tribunal de instancia) que la declaración de utilidad pública no tiene que hacerse para cada proyecto concreto, sino que es suficiente con que la norma legal contemple una finalidad o un objetivo genérico, como hace el Decreto-Ley 3/1992 declarando el interés general de las obras que se precisen para aportar recursos hídricos al Canal de Aragón y Cataluña, que es precisamente a lo que se destinaba la presa del Esera.

Planteada así la cuestión, el Tribunal Supremo considera, en primer término, que la genérica declaración contenida en el Decreto-Ley de medidas urgentes para paliar los efectos de la sequía no permite dar por cumplido lo dispuesto en el mencionado art. 44 de la Ley de Aguas, ya que este precepto requiere que:

VIII. Expropiación Forzosa

“cada obra pública de interés general, o cuya realización afecte a más de una Comunidad Autónoma, sea aprobada por Ley, de modo que la referencia genérica a las obras de ‘aportación de recursos hidráulicos al Canal de Aragón y Cataluña’ no ampara la ejecución de una obra tan concreta y específica como la de la presa del Esera, cuya ejecución singular requiere ser aprobada por una Ley”.

Es decir, que:

“La mención contenida en el anexo del Real-Decreto-Ley 3/1922, de 22 de mayo, a las obras de aportación de recursos hidráulicos al canal de Aragón y Cataluña es tan genérica e inespecífica que permitiría cualquier obra, cuyo destino, próximo o remoto, fuese incrementar las aguas de dicho Canal, mientras que la presa del Esera es una obra hidráulica tan concreta que su realización debe ser, para cumplir lo establecido en el mencionado artículo 44 de la Ley de Aguas, aprobada por una ley, y así se deduce del propio Real Decreto-Ley citado, que, entre las obras públicas declaradas de interés general, contiene una serie de presas o embalses entre los que no está la presa del Esera.”

Sin embargo, la constatación de la inadecuación del mencionado Decreto-Ley, demasiado genérico e inespecífico para satisfacer el requisito de previa declaración legal de utilidad pública, no lleva al Tribunal Supremo a estimar el recurso planteado. En efecto, tras el razonamiento que acaba de exponerse, el Tribunal considera que la cuestión litigiosa no es tanto dilucidar sobre tal extremo como examinar si, con independencia de ello, la ocupación temporal de los terrenos con la finalidad de realizar los estudios geológicos necesarios para ejecutar la obra proyectada contaba o no con los requisitos previos a los efectos expropiatorios y, entre ellos, con la declaración de utilidad pública o interés social. En este sentido, la sentencia recuerda la jurisprudencia anterior de la propia Sala en la que ésta ha sostenido que si bien para ejecutar una obra pública hidráulica de interés general es necesario que la Ley declare la utilidad pública de la misma, no cabe entender, sin embargo, que el propio proyecto de ejecución o que las actuaciones necesarias para perfilarlo y llevarlo a cabo deba contar con la misma cobertura formal, no siendo preciso que una Ley así lo autorice, ya que:

“Al tratarse en este caso sólo de ocupar temporalmente unos terrenos con el fin de redactar el proyecto de la presa, basta, para entender cumplido el requisito de la declaración de utilidad pública exigible conforme a lo establecido concordantemente por artículos 9 y 108.1 de la Ley de Expropiación Forzosa, que la redacción del proyecto de la presa esté incluida entre los planes de obras y servicios del Estado, como ocurrió en este caso (...)”.

Por lo tanto, aunque para la ejecución de una obra hidráulica es preciso cumplimentar formalmente en la Ley el requisito de la declaración de utilidad pública no sucede lo mismo con las ocupaciones temporales destinadas a practicar estudios u operaciones facultativas a fin de recabar datos para la formación del proyecto, para lo que es suficiente la aprobación de los planes de obras a los que se refiere el art. 10 de la LEF, en los que está implícita la declaración de utilidad pública o interés social a efectos expropiatorios.

B) Naturaleza expropiatoria de las servidumbres y limitaciones que recaen sobre los terrenos colindantes a las vías férreas: remisión a la legislación de carreteras

La STS de 30 de abril de 2002, Ar. 4257, resuelve la pretensión indemnizatoria de los propietarios de unos terrenos colindantes a una vía férrea que obtuvieron una indemnización por las servidumbres y limitaciones impuestas sobre una franja de cincuenta metros adyacentes a la vía del tren, en lugar de los cien metros de afección que solicitaban los recurrentes por aplicación analógica de la legislación de carreteras.

La distancia de cincuenta metros fijada por el Tribunal a quo no se deduce de ningún dato que la legislación sectorial de ferrocarriles fije expresamente, pues el caso es que la legislación de ferrocarriles remite para determinar la distancia que corresponda a lo prevenido en la legislación de carreteras, legislación esta que no resuelve con claridad el caso planteado porque, a diferencia de las vías férreas, las distancias fijadas para las carreteras oscilan en función del tipo de vía considerado (autopistas, autovías y vías rápidas y carreteras convencionales).

En este contexto de indefinición normativa, la Sala de instancia resolvió conforme a un criterio de libertad estimativa y de prudencia que es juzgado razonable por el Tribunal Supremo, afirmando que:

“en ausencia de la necesaria concreción del Derecho positivo –cuya inmediata aplicación remite a varias soluciones posibles– el juzgador ha de operar vinculado por los principios generales, entre ellos los constitucionales cuya máxima expresión serían los valores mencionados en el artículo 1º, y en lo que aquí importa, la libertad, y de esto se extrae la consecuencia de que la interpretación del Ordenamiento ha de hacerse de la manera que –sin contradecir otra norma escrita que deba tenerse por prevalente– se produzca la mínima restricción a los derechos de los particulares. Y esto es lo que ha hecho la Sala de instancia que, sin duda, ha tenido en cuenta este principio al optar por los cincuenta metros previstos para las llamadas carreteras convencionales en vez de los cien que se establecen para las autopistas, autovías y vías rápidas –artículo 23.1 de la Ley de Carreteras–”.

El pronunciamiento comentado ofrece la oportunidad de hacer alguna consideración adicional sobre las llamadas servidumbres “demaniales”, que son la clase o el tipo de servidumbres administrativas o de interés público que se establecen sobre los predios colindantes al dominio público con la finalidad de proteger el destino o de posibilitar o favorecer el uso de los bienes demaniales. Estas servidumbres son la manifestación prototípica en el ordenamiento jurídico-administrativo de las servidumbres “interpretariales” del art. 530 del CC, en el que la servidumbre aparece como un gravamen real y que la titularidad activa del derecho se ostenta *intuitu rei*, de modo que la relación jurídica de servidumbre se traba directamente *ob rem* en razón de la ubicación y vecindad de los predios.

Sin embargo, la inmensa mayoría de las servidumbres que establece la legislación sectorial sobre bienes demaniales no son, en realidad, verdaderas servidumbres en sentido téc-

VIII. Expropiación Forzosa

nico-jurídico, esto es, gravámenes reales que suponen la extracción de una utilidad o un uso a un bien en beneficio de otro bien, en este caso demanial. Aunque estas servidumbres han sido contempladas tradicionalmente por la legislación y la doctrina en el contexto de las llamadas “zonas de servidumbre” que la legislación sectorial sobre obras públicas (carreteras, autovías, ferrocarriles) y bienes demaniales (aguas, costas, etc.) establece comúnmente sobre los predios colindantes, lo cierto es que la extensión e implantación real de las servidumbres prediales o demaniales no coincide con la de dichas “zonas”, teniendo mucho menor alcance. Y ello es así hasta el punto de poder afirmar, en términos generales, que estas nominales “zonas de servidumbres” no son “verdaderas” servidumbres públicas sino meras “delimitaciones” del derecho de propiedad, aunque ello no impida que sobre dichas zonas puedan imponerse auténticas servidumbres administrativas (u otras limitaciones como ocupaciones temporales). De hecho, esta posibilidad potencial es la que explica el verdadero sentido de su designación como “zonas” de servidumbre, es decir, como terrenos especialmente predestinados para ser gravados por alguna servidumbre pública.

Son expresivos de lo que decimos los arts. 78.3 del RD 1812/1994, de 2 de septiembre, que aprueba el Reglamento General de Carreteras, y 285.1 del RD 1211/1990, de 28 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. Estos preceptos desarrollan las correspondientes previsiones legales sobre los usos que pueden darse en la zona de servidumbre de las carreteras y líneas férreas previendo expresamente la constitución de ciertas servidumbres en beneficio de la vía, como el encauzamiento o canalización de las aguas que discurran por ella, el paso necesario para garantizar el mantenimiento de la vía o el establecimiento de conducciones fijas de energía o telecomunicación (aunque en este último caso no se trataría de servidumbres “prediales” de carácter demanial, sino de las del art. 531 del CC puesto que se constituyen en beneficio de terceros, no de la vía). Incidiendo en esta última posibilidad, el art. 287.4 del Reglamento de la LOTT dispone que las servidumbres de paso de líneas eléctricas de baja tensión y de líneas telefónicas y telegráficas se autorizarán, precisamente, en la zona de servidumbre aneja a las líneas férreas. La predisposición de la zona de servidumbre de las autopistas para soportar la imposición de gravámenes reales destinados al paso de redes y conducciones se hace igualmente patente en el art. 20.1.b) de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión. La propia legislación sectorial que regula estas servidumbres de paso de redes suele señalar la idoneidad de las “zonas de servidumbre” referidas para soportar estos gravámenes. Las previsiones reseñadas contemplan, por tanto, “verdaderas” servidumbres que, junto a otras limitaciones indemnizables consistentes en ocupaciones temporales, pueden ser acordadas en los terrenos aledaños al dominio público viario y ferroviario, lo que no se contrapone, repetimos, con el dato de que la previsión legal de las “zonas de servidumbre” de tales vías de transporte no sea en sí misma indemnizable.

En este orden de consideraciones hay que precisar la cuestión que aflora en el caso arriba comentado, referido a la eventual sustracción del *ius aedificandi* que pueden sufrir las propiedades aledañas al dominio público viario y que se plasma en la prohibición de edificar en los terrenos comprendidos entre la vía y la “línea límite de edificación” que

para estos casos fija la legislación de carreteras (situándola más allá incluso de la zona de servidumbre). El principio acuñado por nuestro ordenamiento ha sido la no indemnizabilidad de dicha limitación cuando el propietario del suelo pueda concentrar el aprovechamiento urbanístico correspondiente en el resto de la finca no afectada por la línea límite de edificación, y la procedencia de la indemnización expropiatoria por la privación del *ius aedificandi* en el caso contrario. Tal era la regla que establecía la Ley de Carreteras de 1974 y así lo dispone la aún vigente Ley de construcción, conservación y explotación de autopistas en régimen de concesión de 1972 [art. 20.3.c)]; previsiones que dieron lugar a una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que no se ha resentido a pesar del silencio que la vigente Ley de Carreteras de 1988 guarda en relación al deber de indemnizar en los supuestos en que no es posible la referida concentración edificatoria.

Con independencia de otras cuestiones, el caso es que el deber de indemnizar que resulta de la imposibilidad de concentrar el aprovechamiento urbanístico más allá de la línea de edificación ha sido identificado en alguna ocasión como un signo revelador de la existencia de una servidumbre administrativa, aunque a nuestro entender se trata de una utilización inapropiada de la categoría. Ciertamente, tanto ésta como muchas otras de las llamadas servidumbres legales de *non aedificandi* que se dan en el ámbito del urbanismo no son verdaderas servidumbres. Cuando se produce la privación del tal aprovechamiento y se constata la imposibilidad de materializarlo por la vía de la concentración o reparcelación urbanística hay, en efecto, una limitación en la propiedad, una expropiación parcial consistente en la privación de una facultad de aprovechamiento, pero que muy probablemente no pueda calificarse de verdadera servidumbre si observamos que a pesar de verificarse en estos casos una desmembración del derecho de propiedad que se corresponde con un beneficio o utilidad pública (siempre será fácil deducir cuál es el beneficio obtenido por la privación, que en caso de las carreteras o las vías férreas consiste en la seguridad de la circulación) no es posible reconocer en ellos el correlativo derecho de uso extraído a la propiedad, pues no hay aquí un sujeto o un conjunto de ellos que efectivamente pueda usar el beneficio detráido en su provecho ni tampoco hay título jurídico específico que materialice dicho aprovechamiento. Más bien, la prohibición de edificar en los terrenos aledaños al dominio viario es una limitación general establecida *ministerio legis* que se comporta como una simple delimitación del contenido de la propiedad cuando puede operarse la concentración edificatoria o reparcelatoria aludida y como una limitación indemnizable por vía expropiatoria cuando esto último no es posible y se produce, por tanto, una privación o limitación singular por la eliminación del derecho del propietario a la justa distribución de los beneficios y cargas derivados de la ordenación de los usos del suelo (art. 1 de la LEF en relación con el art. 43 de la Ley de Suelo).

3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Procedimiento de urgencia: análisis del presupuesto habilitante y de la necesidad de motivación

Como hemos destacado en otras crónicas (vid., por ejemplo, el núm. 1º de esta Revista, págs. 134 y 135) el Tribunal Supremo viene reiterando 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, la jurisprudencia ha sostenido la necesidad de que concurra un doble presupuesto para legitimar una declaración tal: a) la concurrencia de circunstancias de carácter excepcional que aconsejen acudir a este procedimiento, y b) necesidad de motivar suficientemente el acuerdo que declare la urgencia.

Como puede deducirse fácilmente, es en la motivación donde se concreta el control jurisdiccional para conocer la concurrencia o no de los presupuestos que determinan la legalidad de la declaración de urgencia. Por ello, la jurisprudencia ha precisado las características que debe tener dicha motivación, afirmando que ésta ha de comprender las circunstancias que justifican el acudir a tal excepcional procedimiento, puesto que se trata de un acuerdo que sólo por vía de excepción puede decretarse, lo que se infiere no sólo del hecho de preverse en la Ley un cauce “normal” u ordinario para el expediente expropiatorio, sino más concretamente de la utilización que la legislación expropiatoria hace del término “excepcionalmente” al referirse al procedimiento previsto en el art. 52 de la LEF, en los términos literales que contiene el art. 56 del Reglamento.

En este sentido, es singularmente prolija en razones y argumentos la **STS de 12 de marzo de 2002**, Ar. 2996, que sigue en gran parte los razonamientos de la anterior STS de 3 de diciembre de 1998, Ar. 10302, donde se dice que:

“la urgencia es unidad jurídica que presenta diversas manifestaciones en Derecho público español. Ejemplos de manual son el Decreto-Ley, el franqueo urgente de la correspondencia, la contratación pública por vía de urgencia (e incluso, a veces, de imperiosa urgencia) y la expropiación forzosa. Lo que tienen en común supuestos a primera vista tan heterogéneos es la incompatibilidad de los fines y se quieren alcanzar, en un momento determinado, con el empleo del procedimiento normal, general u ordinario. Ello obliga a diseñar vías de actuación que permitan lograr en tiempo adecuado los fines pretendidos, para lo cual, y según los casos, se reducen los plazos, se suprimen trámites o se altera el orden en que han de cumplirse (...). Esto es verdad, y no puede negarse porque es un hecho público y notorio que en la aplicación del ordenamiento jurídico español relativo a la expropiación forzosa se ha producido una subversión de la institución prevista en el art. 52 de la LEF, por virtud de la cual una unidad jurídica que estaba pensada como una técnica excepcional ha devenido regla general. Pero que esto haya ocurrido efectivamente no implica que deba ser así y, mucho menos, que deba continuar siéndolo. Y ocurre, además, que de un tiempo a esta parte se ha ido abriendo paso una corriente jurisprudencial vigorosa que va afrontando con rigor el control de la urgencia en la expropiación forzosa (...). Es cierto que, como regla general, la motivación exigida a los actos administrativos, aunque sucinta, puede considerarse bastante con tal que permita conocer las razones que lle-

van a la Administración a actuar de una determinada manera, y de esta forma el interesado pueda, en su caso, combatirlas. Y es cierto también (...) que no cabe confundir brevedad de los términos de un acuerdo administrativo con la falta de motivación (...). Pero en materia de expropiación forzosa la jurisprudencia exige ya que la Administración ponga un mayor énfasis al cumplir con el deber de dar cuentas de las razones que ha tenido para obrar como lo ha hecho. De manera que, para devolver a la urgencia su sentido genuino, que es el que la Ley de 1954 le atribuye, es necesario mayor elocuencia por parte de la Administración a la hora de argumentar la correspondiente motivación, tomando el vocablo elocuencia –entiéndase bien– no en el sentido de retórica hueca, ni en el de literatura florida, sino en el de *razonamiento preciso, detallado y objetivamente convincente en cada caso y para cada caso*”.

Pues bien, afirmado lo anterior, la sentencia referida examina un supuesto expropiatorio acordado por la vía de urgencia en el que la urgente ocupación de los bienes afectados por la construcción de unas obras de urbanización para la ejecución del proyecto del Puerto de Santa Pola (Alicante) se justifica, sin más, en la necesidad de simultanear la ejecución del Plan de Puertos de la Comunidad Autónoma actuante con la actividad que se venía desarrollando en el citado Puerto. A tenor de la raquíta motivación contenida en el acuerdo de declaración de la urgencia, el Tribunal Supremo afirma que si se observase aislado el solo acuerdo de declaración de la urgencia éste no cumpliría en modo alguno el deber de motivar en el modo en que la jurisprudencia lo viene exigiendo. No obstante, la sentencia comentada estima suficiente la motivación que se contiene en el conjunto del expediente expropiatorio, dando por buena así la motivación que, *in alliumde*, se da en otros trámites del procedimiento en los que se explicitan las razones que llevaron a la Administración a acordar la iniciación del procedimiento por la vía del art. 52 de la LEF. Y así se afirma que:

“ese acuerdo forma parte de un procedimiento administrativo al que se hace expresa mención en el mismo y de cuyo contenido, documentalmente reflejado en el correspondiente expediente, no se puede prescindir a la hora de resolver si efectivamente hay razones suficientes para autorizar (...) el empleo de este procedimiento excepcional.

La urgencia es un concepto legal indeterminado –como lo es, por poner otros ejemplos, el justo precio o el estado de necesidad–, y es sabido que no puede confundirse la libertad estimativa de que dispone la Administración cuando ejercita una potestad discrecional que cuando esa libertad estimativa se aplica a la concreción *ad hoc* de un concepto legal indeterminado, pues en este caso sólo tiene una opción: la que corresponda a la concreta interpretación del concepto en el caso concreto: o hay urgencia o no la hay (...).

Dicho esto hay que decir también que un acuerdo de declaración de la urgencia no surge de la nada, sino que es el acto terminal de un procedimiento administrativo. Y porque esto es así nuestra Sala no puede compartir el parecer de los recurrentes cuando critican el comportamiento de la Sala de instancia porque –dicen– ‘en lugar de circunscribirse al análisis y examen del acto impugnado, rastrea en el expediente, etc.’ Lo que ha hecho la sala de

VIII. Expropiación Forzosa

instancia es extraer las debidas consecuencias de la naturaleza del procedimiento administrativo, lo que es tanto decir la sustancia del mismo, su ser, aquello sin lo que el procedimiento dejaría de ser lo que es: un sistema lineal finito, o sea: un conjunto de elementos interdependientes al que pone fin el acto administrativo que contiene el pronunciamiento sobre el fondo. Este acto terminal, en el caso que nos ocupa, encuentra su fundamentación en los datos contenidos en el procedimiento del que ese acto es la culminación. Y por eso la Sala de instancia ha hecho lo que tenía que hacer: estudiar el expediente donde aparecen explícitamente las razones que de manera comprimida y ciertamente confusas y hasta incompleta resultan documentadas en ese expediente”.

B) Defectos formales no invalidantes

La STS de 17 de mayo de 2002, Ar. 4517, resuelve en casación el recurso interpuesto contra una sentencia de instancia en la que se rechazaban una serie de defectos formales denunciados por el recurrente en relación con los siguientes aspectos: el plazo concedido para la consecución de un mutuo acuerdo expropiatorio (art. 24 LEF); el plazo dado para la formulación de la hoja de aprecio (art. 29.1 LEF); y la falta de notificación de la hoja de aprecio formulada por el beneficiario de la expropiación (art. 30 LEF). La sentencia de instancia resolvió que no procedía retrotraer las actuaciones al momento en que se produjeron las referidas infracciones procedimentales por entender que el recurrente pudo hacer valer tanto en vía administrativa como jurisdiccional los recursos legales procedentes, por lo que no se había producido indefensión, añadiéndose a ello las razones de economía procesal que desaconsejan acordar la anulabilidad y la retroacción de las actuaciones.

En la formulación del recurso de casación el recurrente invoca de nuevo la pretensión anulatoria ante el Tribunal Supremo esgrimiendo la jurisprudencia en la que éste ha acordado, para supuestos idénticos al examinado, la retroacción de las actuaciones.

La sentencia comentada recuerda, sin embargo, que el criterio jurisprudencial “rigorista” que el recurrente invoca ha sido superado por la más moderna jurisprudencia de la propia Sala en la que se advierte una clara tendencia a reducir la virtualidad invalidante de defectos procedimentales como los denunciados, de forma que la doctrina del Tribunal Supremo sostiene en la actualidad que:

“antes de llegar a solución tan extrema, hayan sido tomadas en consideración todas las circunstancias concurrentes, impuestas por la importancia y consecuencias de los vicios denunciados, la entidad del derecho afectado y la situación y posición de los interesados en el expediente, porque de otra manera se incurriría en un extremo formalismo repudiado en la propia ley, con la consecuencia de dañar gravemente la operatividad de la actuación administrativa”.

En esta misma línea, la sentencia añade un criterio que nos parece aún más certero—desde un punto de vista práctico— para discernir cuándo un defecto procedimental puede constituir un vicio invalidante:

“que en virtud del principio de economía procesal, debe evitarse la declaración de nulidad cuando con ello no se consiguiera un efecto práctico por ser racionalmente de prever que, retrotraídas las actuaciones al momento en que ése cometió la infracción formal, el proceso iba a concluir con una resolución idéntica a la dictada”.

Y ésta es precisamente la conclusión que razonablemente cabe inferir para el caso examinado, en el que, pese al incumplimiento de los plazos para llegar al acuerdo amistoso y para formular y notificar el aprecio sobre los bienes expropiados, no se produjo ningún tipo de indefensión para el interesado, ni tampoco puede afirmarse que el justiprecio alcanzado hubiese sido otro de haberse cumplimentado correctamente los trámites incumplidos, por lo que:

“a nada conduciría una nulidad, con la consiguiente retroacción de las actuaciones, para discutir, en definitiva, el justiprecio en términos que ya tuvo ocasión de hacer el recurrente, tanto en vía de reposición administrativa como en la de instancia”.

C) Plazo en el que el Jurado de Expropiación debe decidir ejecutoriamente sobre el justiprecio y efectos del mismo en orden al cómputo de los intereses de demora en la fijación del justiprecio

Es sabido que la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social modificó el art. 34 de la LEF para suprimir los plazos en los que el Jurado provincial de Expropiación tenía que decidir ejecutoriamente sobre el justiprecio de los bienes y derechos expropiados (se recordará que era un plazo “máximo” ordinario de ocho días, con la posibilidad de que dicho plazo fuese prorrogado “hasta quince días en total cuando la importancia de los intereses en pugna en el expediente expropiatorio aconsejen la inspección personal sobre el terreno de los bienes o derechos expropiables”). La supresión de dichos plazos, aunque celebrada por la doctrina en vistas a lo proverbial de su reiterado y sistemático incumplimiento, abre un vacío legal sobre una cuestión aparentemente menor pero que no deja de tener importancia, y no sólo en el seno del procedimiento, sino –sobre todo– en orden del ejercicio de los derechos de los ciudadanos: la obligatoriedad de los términos y plazos a los efectos de complementar los requisitos de eficacia y los efectos de las actuaciones administrativas. En particular, la cuestión aflora con relevancia en materia expropiatoria, donde el *die a quo* para computar los intereses de demora en la fijación del justiprecio se produce a partir del momento en que éste debía fijarse en vía administrativa.

A estos efectos, la **STS de 23 de febrero de 2002**, Ar. 2985, señala el modo de cubrir dicho vacío, afirmando que:

“Una vez que entró en vigor la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, y a falta de otra norma que señale un plazo especial para que el Jurado resuelva sobre el justiprecio de los bienes y derechos expropiados, habrá que tener en cuenta (...) el plazo que, con carácter general establece el art. 42.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, redactado por la

VIII. Expropiación Forzosa

Ley 4/1999, de 3 de enero, sin perjuicio de la suspensión del transcurso de dicho plazo conforme a lo dispuesto en los apartados 5 y 6 del propio art. 42 de esta Ley.”

Lo que no precisa la sentencia es el modo en que dicho plazo haya de computarse, cuestión que también tiene interés habida cuenta que el art. 39 del Reglamento de la LEF (que no ha sido derogado ni expresa ni implícitamente y sería la *lex specialis* en la materia) establece una regla especial para computar el plazo de resolución del Jurado (“que comenzará a contarse desde el día siguiente al que el expediente de justo precio haya sido registrado de entrada en el Jurado Provincial de Expropiación), cuya articulación con el régimen de plazos y términos que fija el art. 42 en relación al 48 de la Ley 30/1992 es una cuestión que no queda despejada.

4. GARANTÍAS FORMALES

A) Vía de hecho: competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa

La STS de 20 de marzo de 2002, Ar. 2581, resuelve en casación el recurso planteado por un Ayuntamiento contra un fallo de instancia pronunciado con ocasión de una vía de hecho expropiatoria. La argumentación del Ayuntamiento en cuestión se fundaba principalmente en la falta de competencia jurisdiccional para resolver cuestiones de índole civil, lo que el Tribunal de instancia rechazó afirmando que en una ocupación expropiatoria en vía de hecho, aunque a ella subyaga una cuestión civil relativa al derecho de propiedad (que, en todo caso podría ventilar la jurisdicción contencioso-administrativa a los efectos prejudiciales), existe siempre una “materia” administrativa, cual es la sujeción a las normas competenciales, trámites y garantías establecidas en la LEF.

En el recurso de casación elevado al Tribunal Supremo, el Ayuntamiento recurrente reitera la cuestión de la incompetencia jurisdiccional, cuestión que rechaza con contundencia el Tribunal Supremo afirmando que:

“no se trata en la litis de una cuestión relativa a la propiedad de una finca, ni de determinar quién o quiénes sean sus propietarios, y sí de la ocupación y de la realización de obras por parte del Ayuntamiento en unos terrenos que no son de su propiedad sin el consentimiento o conocimiento de quienes aparecen como titulares en el Registro de la Propiedad, y la Sala de instancia además, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 4 de la Ley de la jurisdicción precisa que a partir de los datos registrales y de la propia actuación del Ayuntamiento se puede inferir que esa ocupación se ha realizado en terrenos de la propiedad del denunciante (...), y es obvio que para apreciar la existencia o no de una vía de hecho por parte de la Administración sí que tiene competencia la jurisdicción contencioso-administrativa, cual la sentencia recurrida refiere y esta Sala ha declarado y además reconoce expresamente la nueva Ley de la jurisdicción en su art. 25”.

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Retasación: efectos liberatorios de la consignación del justiprecio; doctrina general sobre el momento y modo en que debe practicarse para que produzca esos efectos

Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, la figura de la retasación está concebida por el art. 58 de la LEF como una garantía consistente en la posibilidad de exigir una nueva valoración de los bienes o derechos expropiados (y no una mera actualización del valor) en el caso de que transcurran dos años sin que el justiprecio se haga efectivo o se consigne debidamente. Esta nueva valoración tiene su justificación y razón de ser, como viene reiterando el Tribunal Supremo, en la caducidad del justiprecio originario en orden a garantizar la finalidad esencial de mantener la proporcionalidad del justiprecio al tiempo transcurrido. Ahora bien, del mencionado art. 58 de LEF se infiere que la Administración puede evitar la aplicación del mecanismo de la retasación mediante la consignación del justiprecio antes de que transcurra el plazo de dos años desde su determinación. Consignación que para ser efectiva no sólo ha de producirse en tiempo sino también en forma.

Esta última es la cuestión que resuelve la **STS de 7 de febrero de 2002**, Ar. 5059, que se enfrenta a la denegación de un procedimiento de retasación por parte de la Administración por entender ésta que la consignación del justiprecio, efectivamente hecha con anterioridad al transcurso del referido plazo de dos años, libera a aquélla de la obligación de retasar los bienes. Esta alegación de la Administración es rechazada por el Tribunal Supremo al comprobar que la consignación practicada en la Caja General de Depósitos no le fue notificada a la interesada, requisito de eficacia este que es imprescindible para que la consignación pueda producir los consiguientes efectos liberatorios pues, aparte de las reglas generales sobre notificación de la legislación administrativa, los arts. 1177 y 1178 del CC —como la sentencia comentada recuerda— establecen la obligación de notificar las consignaciones practicadas como un requisito de eficacia de las mismas. Y ello es así, entiende el Tribunal Supremo, incluso en el supuesto de que —como ocurrió en la especie— la Administración sí hubiese dado a conocer y notificado a la interesada en el curso del procedimiento expropiatorio la procedencia de consignar la cantidad estipulada como justiprecio, aunque luego omitiese la notificación de la consignación misma cuando ésta se produjo efectivamente. Por lo que:

“la omisión de este requisito no permite admitir los efectos liberatorios de la obligación, no pudiendo compartirse la conclusión a la que llega la Sala de instancia al entender que al notificarse a la recurrente que era procedente la consignación en la Caja General de Depósitos y que se acordaba proceder a su práctica, tal notificación cumplió sus fines y exigencias”.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad subjetiva. Daños causados por contratistas. 3. Objetividad del sistema y relación de causalidad. A) Responsabilidad por omisión. Carga de la prueba. B) Atropellos en paso a nivel: responsabilidad administrativa. C) Daños hospitalarios: contraste de soluciones civiles y administrativas. **4. Daño.** A) Compatibilidad de pensiones. B) Prueba y evaluación del daño moral. **5. Acción de responsabilidad y procedimiento. Días a quo para el cómputo del plazo cuando se ejercitan acciones penales. 6. Principio de unidad jurisdiccional. Demandas entabladas contra la Administración y su aseguradora: competencia del orden civil.** **7. Responsabilidad del Estado legislador. Liberalización de los servicios funerarios.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el período considerado en esta crónica, comprensivo de Sentencias dictadas en los dos primeros trimestres de 2002, se han producido pronunciamientos judiciales que versan sobre cuestiones cruciales relativas al sistema mismo, plenas de interés y de actualidad. La enjundia de los problemas abordados hace imposible, ni siquiera un resumen, en este capítulo preliminar. Valga, pues, un apunte meramente enunciativo.

Como en crónicas anteriores, resaltamos también en ésta la confluencia en las soluciones de Sentencias surgidas de la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa, aunque operen con sistemas jurídicos distintos. Pero también ello conduce a disfunciones que es deseable desaparezcan cuando se asiente definitivamente la unidad de fuero jurisdiccional plasmada, inequívocamente, al más alto rango normativo hace ya más de cuatro años y aún no consolidada por lo que se ve, ora por tratarse de asuntos residenciados en la jurisdicción civil antes de la reforma de la LOPJ, ora porque los asuntos en los que concurren con la Administración demandada otros sujetos privados –incluidas las entidades aseguradoras– propician el surgimiento de interpretaciones desviadas de la regla de la unidad de jurisdicción, lo que nos viene a poner en la pesimista sospecha de que el sino de este postulado, tan remoto ya en el tiempo, es el de continuar siendo un logro inacabado. Como un ejemplo claro de estas disfunciones nos encontramos con el retorno de una doctrina que bajo el manto legitimador de la búsqueda de la justicia material viene a disolver la frontera que marca la Ley entre la responsabilidad de la Administración y la del contratista.

Importantes son los pronunciamientos acerca de la responsabilidad por omisión, supuestos en los que emerge el factor culpabilístico del “canon de diligencia”; sobre la compatibilidad o no de las pensiones e incluso de las cantidades aseguradas en contratos privados con las indemnizaciones debidas por la Administración; y sobre la posición misma de las entidades aseguradoras en caso de reclamaciones, con el problema conexo de la jurisdicción competente en estos casos, cuestión esta sobre la que nos permitimos hacer unas reflexiones generales tanto de carácter procesal como sustantivo. En el orden puramente procesal es de suma importancia la determinación del efecto interruptivo de la prescripción de la acción administrativa de responsabilidad por las acciones planteadas ante la jurisdicción penal. Finalmente, queda reseñada una serie de sentencias relativas al trascendente problema de la responsabilidad del legislador, en la que nuevamente puede apreciarse cómo se siguen resolviendo los casos atendiendo a las particularidades de los supuestos, mas sin afrontar la verdadera clave del problema, esto es, la remisión que hace el artículo 139.3 de la LRJAP-PAC a la mera voluntad del legislador.

2. IMPUTABILIDAD SUBJETIVA. DAÑOS CAUSADOS POR CONTRATISTAS

La STS de 7 de marzo de 2002, Sala de lo Civil, Ar. 4151, condena solidariamente a la Administración, la contratista de obras, y una subcontratista por los daños causados en una explotación agroganadera por rotura de una tubería subterránea al realizar unas obras. El Ministerio de Obras Públicas recurrió en casación el pronunciamiento del tribunal de instancia en el mismo sentido alegando, entre otros, aplicación indebida del principio de solidaridad con vulneración del artículo 1902 CC. Argumenta que dicho principio sólo es de aplicación cuando no puede deslindarse la responsabilidad de cada uno de los intervinientes en la producción del daño, siendo así que, si éste derivó de una orden de la Administración, la responsabilidad sería de ésta por entero; y si, por el contrario, es atribuible a una actuación negligente del ejecutor de la obra, correspondería en exclusiva a éste, de tal forma que “parece que una supuesta causa debería excluir la otra, pero no solidarizar circunstancias que son incompatibles entre sí”. El TS parte de los hechos declarados probados en la instancia, conforme a los cuales la Administración ordenó o autorizó la excavación de una zanja por un punto distinto del trazado del proyecto sin previa información y documentación sobre la inexistencia de eventuales conducciones subterráneas. Ahora bien, de ello no extrae como consecuencia la responsabilidad exclusiva de la Administración. Por el contrario, considera que “no obsta para que también estime la existencia de conductas y omisiones culposas de las otras entidades demandadas que confluyeron en la producción del resultado dañoso, y que justifican la aplicación de la solidaridad, porque el resultado es fruto de una actuación plural, y cabe una imputación del daño íntegro a cada uno de los agentes, autores del ilícito”. A la misma solución, añade, llevaría la aplicación de la doctrina en materia de culpa *in vigilando*. Concluye que:

“Finalmente, no procede entrar a examinar las omisiones imputables a las entidades contratista y subcontratista porque no cabe en nuestro sistema procesal la legitimación contra

IX. Responsabilidad Administrativa

codemandado, ni, por lo demás, la realidad de las mismas puede actuar como efecto yugulante o exonerador de la responsabilidad de la aquí recurrente.”

Parece evidente que subyace a la sentencia un afán garantista, a lo que se suma que el TS parte en estos casos de la relación de hechos probados de la instancia. No obstante, también es cierto que parece asumir de forma indiscriminada el principio de solidaridad en el caso de daños causados por contratistas, cuando es bien sabido (y hemos tenido ocasión de reseñar en crónicas anteriores) que la legislación administrativa distingue a estos efectos si los daños derivan de un defecto del proyecto o una orden de obligado cumplimiento de la Administración, o bien de la ejecución de la obra por el contratista, para imputar el daño *en exclusiva* a la primera o al segundo. En fin, la sentencia añade una piedra más en la argumentación en pro de la unificación de jurisdicciones a favor del orden contencioso llevada a cabo por las reformas de 1998, ya que éste es el habituado a juzgar a la Administración (y sus agentes, en sentido amplio) aplicando la normativa administrativa específica.

3. OBJETIVIDAD DEL SISTEMA Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD

A) Responsabilidad por omisión. Carga de la prueba

Los supuestos de responsabilidad por omisión plantean dos cuestiones concatenadas. En primer lugar, hay que identificar la existencia de una obligación de garantía, control o prevención por parte de la Administración y determinar el alcance de la misma, mediante un juicio de razonabilidad, en atención a los medios de que la Administración dispone (o debía disponer). Como puede imaginarse, ese juicio de razonabilidad viene a serlo de actuación con la diligencia debida, reapareciendo, una vez más, subrepticio y recurrente, el elemento subjetivo o culposo. En segundo lugar, es preciso ponderar en qué medida la conducta de la víctima o de un tercero, o la existencia de fuerza mayor, pueden provocar la ruptura del nexo causal. Mientras que compete al reclamante acreditar las dos primeras, pues se trata de establecer el nexo causal, será la Administración la que haya de establecer los posibles elementos que puedan provocar su ruptura.

En la STS de 9 de abril de 2002, Sala Tercera, Ar. 3461, el supuesto enjuiciado es el de los daños sufridos por una embarcación cuando, a punto de atracar en un puerto de interés general, se ve repentinamente obligada a maniobrar para esquivar unas barcas que, carentes de señalización alguna, pescaban ilegalmente en el canal de entrada a dicho puerto. A resultas de la maniobra, el buque impacta con el espigón y sufre notables desperfectos, de cuya cuantía obtiene indemnización de aseguradoras privadas. Son éstas las que ahora se subrogan en la posición procesal del dañado, e interponen demanda contra el MOPT. El decurso del razonamiento del Alto Tribunal es el siguiente. La Administración portuaria tiene la obligación legal de garantizar la vigilancia y la seguridad de la navegación marítima. Establecida la obligación de vigilancia (no discutida en el caso de autos), el segundo paso consiste en establecer cuál ha de ser su alcance. En con-

creto, el MOPT alegaba que el accidente tuvo lugar por la madrugada, y que, al contar sólo con una patrullera, no podía exigírsele una vigilancia permanente. El TS, por el contrario, imputa el daño a la Administración al entender que no ha probado haber hecho un uso razonable de los medios disponibles, máxime cuando, como en el caso de autos, ya tenía conocimiento de la realización de estas actividades ilegales por terceros (sin que, puntualiza, eso signifique exigir con carácter general de la Administración una conducta exorbitante que la convierta en una aseguradora universal y que le imponga el deber de evitar toda actuación ilegal de terceros). Finalmente, analiza la posible ruptura del nexo causal por la conducta de la víctima o de terceros. Desestima ambas alegaciones. Respecto a los terceros que pescaban ilegalmente, “puesto que es precisamente esa conducta de terceros la que la propia Administración debía de haber evitado con una correcta prestación del servicio de vigilancia marítima”. En relación con la supuesta impericia del capitán del buque, por falta de prueba.

Una vez más, resulta harto significativo contemplar cómo la Sala de lo Civil llega a los mismos resultados, a partir de un sistema distinto en teoría pero en muchas ocasiones confluyente en la práctica con el sistema de responsabilidad objetiva. En efecto, en la **STS de 12 de abril de 2002**, Sala de lo Civil, Ar. 2607, el daño deriva de un accidente provocado por la presencia de un animal en una autovía. La Administración se escuda en la ausencia de una obligación legal de instalar dispositivos de cerramiento que impidan el acceso. Sin embargo, el TS atiende a la circunstancia de que se ha creado un riesgo, al que, por otra parte, se puso fin *a posteriori* mediante la instalación de un vallado.

“No parece ocioso señalar que, atendidos los términos del artículo 1902 del Código Civil y la línea de la tradición jurídica española, nuestra jurisprudencia permanece teóricamente fiel a la doctrina de la culpa, considerando a ésta elemento justificativo de la responsabilidad civil, al menos, en los supuestos puros de responsabilidad por actos propios. Sin embargo, las soluciones prácticas que se perciben en los fallos, es decir, la forma en que realmente se interpretan los hechos en las sentencias, denuncian una evidente tendencia a favor de las víctimas a costa de un innegable oscurecimiento del elemento ‘culpa’ puro, o se hace recaer sobre el presunto responsable la prueba de que no fue su negligencia la causante del resultado dañoso en que se basa la reclamación promovida contra él, o se parte de la afirmación teórica de que la culpa se presume. Si, como ocurre también, se identifica la diligencia no con un cuidado normal, sino con una exquisita prevención de todos los posibles efectos de cada acto y de cada movimiento (...) se consolida la interpretación jurisprudencial de que no basta con el cumplimiento de reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, pues si estas medidas no han ofrecido resultados positivos, porque de hecho estos daños se han producido, se revela su insuficiencia y que falta algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia” (FJ 3°).

La consecuencia lógica es la condena solidaria al dueño del animal y a la Administración. En este caso, no se había alegado negligencia alguna por parte de la víctima.

B) Atropellos en paso a nivel: responsabilidad administrativa

Reseñamos una sentencia sobre daños derivados de atropellos de peatones en pasos a nivel, la STS de 8 de febrero de 2002, Sala de lo Civil, Ar. 3279, una más a añadir a la lista desgraciadamente amplia de pronunciamientos de este tipo que se acumulan en los repertorios de jurisprudencia. Se trata en este caso de una sentencia del orden civil, que aplica a estos supuestos una agravación de la exigencia de diligencia cercana a la objetividad, por aplicación de la doctrina del riesgo.

La Administración alegaba culpa exclusiva de las víctimas. El TS, por el contrario, reputa que fue el conductor del tren, que conocía la costumbre de utilizar (ilegalmente) el paso a nivel urbano como vía de paso, el que debió circular a menor velocidad, al margen de normas y reglamentos. Los pasos a nivel en poblaciones representan en sí un grave peligro, cuyo mantenimiento censura la Sala, ya que “la realidad pone de manifiesto la insuficiencia de las medidas reglamentarias pues el riesgo resulta impuesto y se sostiene de modo constante, con efectos trágicos en la mayoría de los casos”.

“Las empresas ferroviarias han de asumir de forma decidida la supresión de los pasos a nivel y emplear los medios adecuados y eficientes para ello y, en todo caso (...) están obligadas a justificar que en su actuación concurrió toda la prudencia y diligencia exigibles en la procura de evitar accidentes, lo que tiene su fundamento en una moderada recepción del principio de responsabilidad semiobjetiva basada en el peligro instaurado, pues el riesgo en estos supuestos se presenta muy intenso y del todo previsible” (FJ 3º).

C) Daños hospitalarios: contraste de soluciones civiles y administrativas

Como pusimos de relieve en el número anterior de esta Revista, al que nos remitimos, los supuestos de daños hospitalarios plantean una especial complejidad en diversos aspectos, el más delicado de los cuales es la difícil compatibilidad entre un sistema, como el administrativo, que se proclama objetivo, y la tendencia natural (y obligada, diríamos nosotros) a manejar parámetros de diligencia en la resolución de los casos concretos. Traemos a este número dos nuevas sentencias, de los órdenes civil y administrativo, que muestran una paradoja sobre la que hemos abundado desde los comienzos de estas crónicas: la “subjetivación” encubierta del régimen objetivo de la responsabilidad administrativa, a través de la conexión conceptual anormalidad-causalidad; y la tendencia a una cierta “objetivación” del sistema civil, a través de la acogida de matizaciones como la doctrina del riesgo creado, inversión de la carga de la prueba, la prueba por presunciones, la exigencia de una diligencia agravada, etc.

– El supuesto que da origen a la STS de 12 de marzo de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 2997, es la muerte de una niña de cinco años como consecuencia de la evolución de las lesiones que se le causaron durante su alumbramiento en un Hospital público. A la madre se le habían practicado previamente pruebas, al detectarse indicios de sufrimiento fetal, pero habían dado resultado negativo. No obstante, el parto tuvo una duración excepcionalmente corta, como consecuencia de sufrimiento fetal agudo, con graves secuelas en el recién nacido, que posteriormente determinarían su fallecimiento.

El TS entiende que al ser las lesiones consecuencias de la duración del parto, han de imputarse al funcionamiento normal o anormal del servicio. La responsabilidad es objetiva, y, por tanto, no es necesaria acción culposa o negligente, pese a lo cual destaca el hecho –aquí la inserción del factor culpabilístico– de que, en estas circunstancias, no asistiera al parto un ginecólogo sino sólo una matrona. Esto es, léase, habría existido una deficiencia en los medios desplegados teniendo en cuenta que no se trataba de un parto normal.

– Por su parte, en la **STS de 11 de abril de 2002**, Sala de lo Civil, Ar. 3382, el caso es el de una persona intervenida tras sufrir un accidente de tráfico, a la que se le practican diversas transfusiones de sangre. Un año y medio después se le diagnostica hepatitis. Se establece el nexo causal acudiendo a la prueba por presunciones, y de la causalidad se deriva la culpabilidad, a través del siguiente razonamiento:

“Hay, pues, nexo causal entre éstas y la enfermedad, de lo que deriva la apreciación de la culpabilidad, pues de no darse éste, no se habría producido el daño (...)”

Lo que deriva el TS de la progresiva objetivación del régimen civil, acudiendo a su jurisprudencia según la cual:

“La interpretación progresiva del artículo 1902 del Código Civil que lo ha adaptado a la realidad social, pasó de la necesidad de la prueba de la culpa, a la inversión de la carga de la prueba y a la creciente objetivación aplicando la doctrina del riesgo (la persona que provoca un riesgo que le reporta un beneficio debe asumir la responsabilidad si causa un daño) (...), yendo a soluciones cuasiobjetivas (se exige un ‘reproche culpabilístico’ aunque sea mínimo (...)) o llegando a la objetivación (al entender que si se causa un daño, se causa con dolo o culpa, pues de no haberla, no habría causado el daño (...))”

4. DAÑO

A) Compatibilidad de pensiones

El tema de la compatibilidad entre las pensiones extraordinarias a favor de familiares y la indemnización por daños y perjuicios a favor de los mismos sigue sin encontrarse lo suficientemente perfilado, y la doctrina jurisprudencial registra notables oscilaciones. Al mismo hemos dedicado ya algunas páginas en los números 2, 5, 10 y 14. Como síntesis, puede decirse que conforme a la mejor doctrina del TS, la articulación lógica del sistema de clases pasivas y del de responsabilidad patrimonial parece que debiera ser la siguiente. La pensión cubre el menoscabo patrimonial para el cónyuge, los hijos o, en su caso, los padres (en ausencia de éstos y sólo cuando dependen económicamente del hijo). Ahora bien, se trata de una cantidad fijada por ley que no coincide necesariamente con el total del detrimento económico sufrido por la muerte del familiar. La indemnización de ese plus de daño patrimonial respecto el fijado por la ley, así como la de los daños morales, sólo puede conseguirse a través de la acción de responsabilidad, siempre

IX. Responsabilidad Administrativa

que concurran los requisitos que la determinan (en suma, que el fallecimiento derive de un funcionamiento normal o anormal del servicio, y que se trate de un daño antijurídico). De esta forma, la cantidad que pueda fijarse en concepto de indemnización por daños patrimoniales habrá de tener en cuenta la establecida en concepto de pensión, de forma que podrá estimarse que ésta cubre todo el daño patrimonial (y sólo proceda, pues, indemnizar el daño moral) o bien que la pensión no alcanza a indemnizar todo el daño patrimonial, y se conceda una cantidad a tanto alzado en este concepto. Ahora bien, en ocasiones, el propio TS ha mantenido una concepción aparentemente diversa, según la cual las pensiones extraordinarias y la responsabilidad extracontractual son plenamente compatibles, por derivar de títulos jurídicos distintos, de forma que en cada una de ellas ha de darse el principio de indemnidad. O, incluso, aún reconociendo que la pensión extraordinaria ha de tenerse en cuenta a la hora de fijar la indemnización, ha parecido prescindir de facto de la misma a la hora de fijar el monto indemnizatorio.

Aún se complica la cuestión cuando a la pensión extraordinaria se ha sumado el cobro de un seguro de vida suscrito por la Administración a favor de los causahabientes del fallecido. En este caso, cabría pensar que se indemnizan los daños morales, puesto que su montante es independiente de las circunstancias económicas de la víctima y de sus causahabientes, lo que se manifiesta con claridad en el caso de que sean los padres, pues éstos no han de acreditar para el cobro del seguro su dependencia económica del hijo. Pero en ese caso, y aplicando los mismos principios, parece que igualmente habría de tenerse en cuenta el montante recibido a la hora de fijar la correspondiente indemnización por daños morales.

En el período de esta crónica, hay que destacar la **STS de 12 de abril de 2002**, Ar. 3467, en la que los padres de un soldado plantean reclamación por el fallecimiento de un hijo en acto de servicio (sobre esta misma cuestión, en el período considerado, véase también la **STS de 2 de abril de 2002**, Ar. 3346). Se les había reconocido la pensión extraordinaria a los padres (por importe de 42.744 pesetas) y habían cobrado dos millones en virtud de póliza de seguros suscrita por el Ministerio de Defensa. La sentencia de instancia parte de la compatibilidad entre estos conceptos y la responsabilidad patrimonial, siendo el daño a reparar el patrimonial derivado del cese de la contribución económica del fallecido a las cargas familiares, fijando la indemnización en cuatro millones, “que con la reparación específicamente reconocida es la que se estima suficiente para la íntegra reparación del daño”. El TS afirma la compatibilidad de la pensión de clases pasivas y la indemnización por responsabilidad extracontractual. Ahora bien, entiende que la valoración efectuada por la sentencia de instancia no ha producido una plena indemnización o reparación integral, al no haber indemnizado el daño moral o *pretium doloris* resultante del fallecimiento del hijo de los recurrentes, ya que la cantidad fijada atendió tan sólo al daño material derivado del cese de la contribución económica del fallecido, y no al daño moral. Cifra, pues, la indemnización global en la cantidad de diez millones de pesetas.

B) Prueba y evaluación del daño moral

Como es sabido, hace ya tiempo que nuestra jurisprudencia admitió la indemnizabilidad del daño moral. Por su propia naturaleza, la cuestión plantea dos delicados problemas: su prueba y su evaluación.

Traemos aquí a colación algunas sentencias sobre la primera cuestión. La prueba del daño moral tiene necesariamente un fuerte componente subjetivo; se trata de provocar en el juzgador un convencimiento razonable sobre la efectiva producción del mismo (y su relación causa-efecto con el actuar administrativo). A veces, el grado de exigencia es muy elevado. Véanse dos ejemplos:

– En la **STS de 19 de abril de 2002**, Ar. 4059, reclama la esposa de un militar ya fallecido, que fue objeto de un proceso penal y un expediente disciplinario con sanción de separación del servicio, declarada inconstitucional por el TC. Se solicita indemnización por daños morales, consistentes en la lesión del honor y la estima del militar, habida cuenta que el expediente sancionador fue conocido por superiores e inferiores y la resolución publicada en el Boletín Oficial de Defensa, siendo así que la causa de la expulsión tenía carácter degradante. El tribunal de instancia atendió al dato de que el marido había estado incurso anteriormente en causa penal por los mismos hechos, a resultas de la cual se dictó sentencia declarando la realidad de la comisión, aunque el condenado se viera luego libre de la pena por la aplicación retroactiva del nuevo Código Penal Militar. De ello derivó que el daño moral se había ya producido cuando comenzó la instrucción del expediente disciplinario por los mismos hechos, de forma que no se había acreditado daño alguno derivado directamente del mismo. El TS ratifica esta argumentación.

– En la **STS de 9 de mayo de 2002**, Ar. 3959, el demandante es una persona a la que se deniega ilegalmente una licencia de armas para la caza. El TS no le reconoce el derecho a indemnización del daño moral consistente en la privación ilegal por un tiempo prolongado de la realización del deporte de caza y tiro al plato, a través del siguiente razonamiento:

“El recurrente no efectúa razonamiento alguno, encaminado a acreditar la realidad de ese perjuicio, ni siquiera se refiere a las oportunidades que pudiera haber tenido para desarrollar tales actividades y mucho menos efectúa ningún tipo de razonamiento encaminado a establecer pautas que conduzcan a cuantificar, al menos indiciariamente, dichos daños morales. Se incumple así el primer requisito esencial para que pueda procederse a una declaración de responsabilidad patrimonial, acreditar la realidad de un daño individualizado y cuantificable, sin que pueda admitirse su presunción en términos tan absolutos como parece pretender el recurrente a la vista del contenido de su demanda. El daño podría existir si se acreditase al menos indiciariamente las oportunidades de que pudiera haber dispuesto para practicar los deportes de la caza o tiro al plato y hubiera perdido por la falta de licencia, pero al no ser así, la pretensión debe ser rechazada (...)” (FJ 2º).

Lo cierto es que la exigencia de prueba de las oportunidades que un deportista aficionado hubiera tenido de no habersele denegado ilegalmente el permiso resulta un tanto diabólica, con independencia de la innegable dificultad de cuantificar el daño en este supuesto.

5. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO. *DIES A QUO* PARA EL CÓMPUTO DEL PLAZO CUANDO SE EJERCITAN ACCIONES PENALES

La STS de 16 de mayo de 2002, Ar. 4515, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina contra una sentencia que considera que el proceso penal no interrumpe la prescripción del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual por los mismos hechos. El supuesto es el del naufragio de un buque cuando iba a entrar en un puerto por negligencia del Práctico. El asunto da ocasión al TS para exponer la doctrina general, y analizar las repercusiones que sobre la misma han tenido los recientes cambios normativos. La importancia y la calidad del pronunciamiento merecen conservar su dicción literal, pese a su longitud:

“La Jurisprudencia de esta Sala (...) afirma que la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa debe reconocerse en aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos –que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (...) del principio de *actio nata* (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad–, de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común.

No es obstáculo a esta apreciación el hecho de que el artículo 146.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común –en su redacción originaria– establezca que no se interrumpe el plazo de prescripción para iniciar el procedimiento de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración por la exigencia de responsabilidad al personal al servicio de las Administraciones Públicas, salvo cuando la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

En efecto, la adecuada interpretación de este precepto legal exige considerar que la interrupción de la prescripción por iniciación del proceso penal se produce en todos aquellos casos en los cuales dicho proceso penal versa sobre hechos susceptibles en apariencia de ser fijados en el mismo con trascendencia para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues otra interpretación colocaría al administrado en una situación de inseguridad jurídica derivada de la incertidumbre sobre el futuro desenlace del proceso penal iniciado.

La vigente redacción del artículo 121 del Código Penal (...) [“El Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los

delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria (...)’], proclama sin ambages la responsabilidad subsidiaria de la Administración, separándose del Proyecto de 1992 que presumiblemente tuvo en cuenta la Ley 30/1992, y establece una clara vinculación con la responsabilidad patrimonial de la misma.

Por ello parece imponerse la interpretación de que cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendencia del proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de dicha responsabilidad susceptible de condicionar el alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial para la Administración y, consiguientemente, de interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal.

En consecuencia, dicho precepto, en la redacción originaria que le atribuyó la Ley 30/1992, sólo podía interpretarse en sentido de que la no interrupción de la prescripción por el proceso penal de exigencia de responsabilidad a los funcionarios de la Administración únicamente se producía cuando existía un apartamiento de la acción de responsabilidad civil subsidiaria frente a la Administración y, que en consecuencia, como esta Sala había declarado en alguna ocasión, el referido precepto no es incompatible con la jurisprudencia tradicional en relación con la *actio nata* (...) cuando la fijación de los hechos en vía penal no tenga trascendencia en la declaración de responsabilidad y por tanto en la procedencia o no del ejercicio de la acción frente a la Administración.

La Ley 4/1999 (...) ha venido a modificar el citado precepto de la Ley 30/1992, suprimiendo el expresado inciso relativo a la prescripción, de tal suerte que en la actualidad no ofrece duda alguna la eficacia interruptiva del proceso penal. El precepto controvertido ha quedado redactado así: ‘La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial’.

Así las cosas, en el caso de autos, habida cuenta que ni el Fiscal ni el propio recurrente sostuvieron en el proceso penal la acción de responsabilidad civil en cuanto a los daños sufridos por el segundo, podría estimarse que no se da el requisito de la relevancia en cuanto al quantum indemnizatorio, ya que éste no se ve afectado por la declaración de responsabilidad civil subsidiaria, pero por el contrario la fijación de hechos que debió efectuarse y se efectuó en el proceso penal sí tenía trascendencia, al menos en apariencia, para concretar la responsabilidad de la Administración y determinar la procedencia o no del ejercicio de la acción correspondiente, por cuanto de la fijación de tales hechos podía resul-

IX. Responsabilidad Administrativa

tar o bien la responsabilidad exclusiva de la Administración o la del Capitán del buque siniestrado y la irrelevancia del actuar de la Administración en la comisión del daño, o, también, como así ha sido, la concurrencia de culpa del Capitán y del Práctico del Puerto de La Coruña, por tanto, en aplicación de la Jurisprudencia de la Sala, el plazo de prescripción no empezó a correr en el caso de autos hasta tanto no finaliza el proceso penal, por lo que, dictada sentencia en el proceso penal el 18 de julio de 1997 y formulada la reclamación en vía administrativa el 18 de julio de 1998, es claro que no ha transcurrido el plazo de un año del artículo 142.5 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y por tanto debe declararse que la Sala a quo ha infringido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la sentencia recurrida es contradictoria con la de esta Sala y Sección.”

Esta doctrina puede completarse con una precisión: cuando se han ejercitado acciones penales, el plazo de prescripción interrumpido no vuelve a computar hasta tanto se notifica al afectado la sentencia o auto que pone fin a la vía penal, sin que baste el mero archivo de actuaciones. En este sentido se pronuncia la **STS de 11 de abril de 2002**, Sala de lo Civil, Ar. 3382.

6. PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL. DEMANDAS ENTABLADAS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN Y SU ASEGURADORA: COMPETENCIA DEL ORDEN CIVIL

Especial interés tiene el **ATS de 17 de diciembre de 2001**, Sala de Conflictos de Competencia, Ar. 4086. Se trata de un daño imputable a RENFE, que provoca un conflicto entre los órdenes civil y administrativo. El razonamiento discurre del siguiente modo. La Sala comienza estudiando la naturaleza de RENFE, Entidad pública Empresarial conforme al artículo 74 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre. De acuerdo con el artículo 53 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, éstas son organismos públicos a los que se encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, que se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de sus potestades administrativas que vengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados por las mismas en dicha Ley, en sus Estatutos y en la legislación presupuestaria. En virtud del artículo 9.4 LOPJ, las reclamaciones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de la que se derive, deben sustanciarse ante el orden contencioso, incluso si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, en cuyo caso la pretensión se deducirá también frente a ellos ante este orden jurisdiccional. En el mismo sentido, el artículo 2.e) LJCA de 1998, según el cual “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.” De ello deduce que, con independencia de la relación jurídica, pública o privada, en la que se haya ocasionado el daño, al tratarse de una reclamación formulada contra una Administración pública constituida como Entidad Pública Empresarial, la juris-

dicción competente será siempre la contencioso-administrativa. La Sala desestima de este modo las alegaciones del Ministerio Fiscal, pero también, expresamente, las conclusiones de los Dictámenes del Consejo de Estado de 20 de febrero de 1997 y de 21 de enero de 1999 que se pronuncian en estos casos a favor de la jurisdicción civil (eso sí, como apunta el propio TS, con anterioridad a la reforma del art. 9.4 LOPJ). En conclusión:

“De todo ello, como cuestión de principio, puede afirmarse que después de la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1988, toda reclamación indemnizatoria derivada de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación, pública o privada en que se ocasione, deberá ser sustanciada ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, incluso en el caso de que a la producción del daño hayan concurrido sujetos privados, quienes deberán, también, ser demandados ante este orden jurisdiccional” (FJ 2°).

Ahora bien, en el caso de autos el codemandado es una aseguradora privada que no comparece en el proceso por haber “concurrido a la producción del daño” sino como contratante de una póliza de seguros, y lo cierto es que conforme a lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, el perjudicado tiene acción directa contra el asegurador. La obligación de pago a cargo del asegurador es la que correspondería al que contrató la póliza (en este caso, RENFE), sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado en el caso de que el daño sea debido a conducta dolosa. Por tanto, la acción contra el asegurador no es subsidiaria. De esta forma, se refuerzan las garantías judiciales del dañado, y –según la línea que sostiene el Auto en cuestión– este fortalecimiento no puede ser desconocido por las normas procesales, obstaculizando, de facto, un derecho que concede la norma a los ciudadanos. La conclusión que extrae la Sala es la siguiente:

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

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

IX. Responsabilidad Administrativa

Cabe reseñar que la STS de 7 de marzo de 2002, Sala de lo Civil, Ar. 4151, que comentamos en el epígrafe segundo de esta crónica se hace eco de la problemática acogida en este Auto. En efecto, ampara su competencia para conocer de una demanda entablada contra la Administración y sujetos privados que concurren en la producción del daño (en este caso, contratista y subcontratista) en la inaplicación *ratione temporis* del nuevo artículo 9.4 LJ y el 2.e) LJCA. Esto no resulta novedoso porque, como ya sabemos, el orden civil vino aplicando bajo la anterior normativa la doctrina de la *vis attractiva* en estos casos. Lo relevante a nuestros efectos es que, *obiter dicta*, añade que a esta solución se llega por la aplicación de la normativa anterior aplicable, y “no ya por el problema de si comprende o no los supuestos en que se demanda también a una Compañía de Seguros”.

El Auto de la Sala de Conflictos pone de relieve la complejidad que a menudo presentan las cuestiones competenciales, y la dificultad de delimitar de forma perfecta y acabada toda la compleja gama de posibles supuestos. En concreto, en este caso, la problemática deriva del recurso al aseguramiento privado por parte de las Administraciones, y, en especial, por la Administración sanitaria. Se trata de un fenómeno que se nos antoja un tanto “heterodoxo”, porque bien puede pensarse que en este terreno no hay una identidad de condición entre los sujetos públicos y privados, ni, por tanto, cabe hacer abstracción de la distinta teleología que subyace en las normas reguladoras de las relaciones comunes y las del ámbito del Derecho Público, máxime cuando se halla en juego la gestión de una garantía de orden constitucional.

En línea con lo antes expuesto, consideremos cómo el hacer frente a una demanda indemnizatoria, para un sujeto privado, puede resultar imposible o, al menos, gravar su patrimonio de una forma excesiva, de suerte que resulta socialmente adecuado acudir a la técnica del seguro para compatibilizar así los intereses del causante del daño y de su víctima (piénsese, por ejemplo, en el aseguramiento de los riesgos de la circulación), con aplicación del recurso a la acción directa del perjudicado frente a la aseguradora. Sin embargo, para la Administración, la partida global abonada a los particulares en concepto de indemnizaciones resulta siempre inferior al desembolso que le suponen las pólizas universales de seguros, como muestran los estudios financieros que se han realizado sobre el tema. De lo contrario, basta pensar que, desde luego, las aseguradoras no aceptarían un negocio para ellas ruinoso. En definitiva, el aseguramiento de las Administraciones es ya de por sí un tema un tanto vidrioso, sobre todo cuando se habla de la Administración estatal, autonómica o de grandes municipios. A medida que disminuye la “escala” de la Administración y el presupuesto económico que maneja, mayor sentido puede comenzar a cobrar el aseguramiento frente a posibles riesgos (piénsese, por ejemplo, en un accidente multitudinario en un concierto municipal o en un festejo taurino). Pero, aun en estos casos, tal vez pudieran arbitrarse fórmulas ingeniosas de “aseguramiento múltiple” entre distintos municipios, o a través de las Diputaciones.

Prescindiendo aquí de otras graves cuestiones tales como la del excesivo protagonismo que pueden arrogarse las aseguradoras en los procedimientos públicos de responsabilidad administrativa –a impulso o no de la Administración responsable, que de todo hay sobre esto– con el consiguiente riesgo para la garantía constitucionalmente proclamada

da; a los efectos que en este momento nos interesan, lo cierto es que este fenómeno relativamente reciente genera espinosas cuestiones en torno a la jurisdicción competente y al régimen sustantivo aplicable, como muestra el Auto que comentamos. Es cierto que el artículo 9.4 LOPJ se refiere a la concurrencia de sujetos privados en la producción del daño, pero no lo es menos que lo hace como especificación de un principio general, aquél según el cual la responsabilidad de la Administración sólo puede ser instada ante los tribunales contenciosos. La razón de ser de dicha especificación fue, precisamente, salir al paso de las controversias sobre cuál era la jurisdicción competente en materia de responsabilidad en casos que habían dado origen a respuestas diversas (así, cuando se trataba de daños sanitarios, respecto al orden social, o cuando, en cualquier sector de la realidad, se codemandaba a la Administración y a un sujeto particular ante el orden civil). Además, ha de tenerse en cuenta que el artículo 2.e) LJCA es tajante y claro en su prohibición de demandar a la Administración ante cualquier orden distinto del administrativo. Aún más, podría resultar disfuncional que los tribunales civiles conozcan de este tipo de demandas, dado que el régimen a aplicar debería ser el objetivo de la Ley 30/1992, y no el subjetivo del Código Civil. En efecto, como dispone la Ley del Seguro y reconoce la propia Sala, la obligación de pago de la aseguradora es la que correspondería al asegurado (en este caso, la Administración). Sabida es la tendencia del juez civil de aplicar en todo caso el régimen de los artículos 1902 y siguientes del CC, sea la Administración o un particular el demandado, por lo que, en realidad, la competencia del juez civil podría derivar en una minoración de las garantías del perjudicado, precisamente lo pretende evitar la Sala de conflictos. Así las cosas, ¿qué solución podría arbitrarse? Parece obligado, habida cuenta del marco normativo, mantener la competencia exclusiva del orden contencioso para conocer las demandas de responsabilidad entabladas contra la Administración. Probablemente, lo más coherente sería admitir también que sea este orden el único competente cuando se demanda a una aseguradora de la Administración, tanto si actúa como codemandada como si se ejerce la acción directa y exclusivamente contra ella. De esta forma, el juez contencioso aplicaría en todos los casos el régimen objetivo que le es consustancial y familiar, y que protege al ciudadano frente a daños que, como ocurre en estos casos, derivan del funcionamiento de los servicios públicos. Nos parece que ésta es la solución correcta desde una interpretación sistemática y teleológica de las normas concurrentes con arreglo a la cual no cabría aislar el artículo 76 de la Ley 50/1980 del Contrato de Seguro y darle un alcance absoluto, prescindiendo de las limitaciones que pueden derivar del resto del conjunto normativo.

No obstante, si se considera —como sostiene el Auto comentado— que la falta de previsión expresa y precisa del supuesto concreto que nos ocupa, impide al juez contencioso acoger una demanda interpuesta contra una aseguradora (al no “concurrir a la producción del daño”), habría que admitir que el perjudicado puede, a su elección, o bien demandar a la Administración ante el orden administrativo, o bien a la aseguradora ante el civil, o bien intentar ambas vías, con la salvedad de que, en este caso, habría que arbitrar los medios para evitar una doble indemnización, considerando en todo caso que si el particular obtiene indemnización en alguna de ambas vías desaparece en ese momen-

IX. Responsabilidad Administrativa

to uno de los requisitos de la responsabilidad tanto en el régimen civil como en el administrativo, a saber, la existencia de un daño efectivo.

7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR. LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS FUNERARIOS

Como sabemos, en los últimos años el Alto Tribunal ha desarrollado dos líneas al respecto. Una de ellas, afirmada al hilo de los gravámenes inconstitucionales impuestos a los propietarios de máquinas recreativas, en que viene a reconocer la indemnizabilidad de todo daño provocado por la aplicación de una Ley posteriormente declarada inconstitucional. Otra, referida a perjuicios derivados de leyes constitucionales, bien que con múltiples matices, viene a limitar la indemnización a los casos en que la ley provoca un daño anormal y singular a un colectivo determinado dentro de la generalidad de los destinatarios de la misma.

Pues bien, en el período considerado, se ha iniciado otra serie de sentencias referidas a la responsabilidad del Legislador, todas ellas desestimatorias de la pretensión indemnizatoria. Nos referimos a las SSTs de 14 de febrero de 2002, Ar. 1678, de 14 de marzo de 2002, Ar. 3004, de 3 de abril de 2002, Ar. 3601, de 4 de abril de 2002, Ar. 3349, de 11 de abril de 2002, Ar. 3464, de 12 de abril de 2002, Ar. 3466, de 13 de abril de 2002, Ar. 3957, de 18 de abril de 2002, Ar. 3423, de 20 de abril de 2002, Ar. 4424, de 27 de abril de 2002, Ar. 4255 y de 7 de mayo de 2002, Ar. 4425. El supuesto trae causa del artículo 22 del Real Decreto-Ley 7/1996, que liberalizó la prestación de los servicios funerarios, admitiendo no obstante su sometimiento a autorización reglada por los Ayuntamientos, lo que ha llevado a determinadas empresas concesionarias a entablar demandas de responsabilidad.

El TS recapitula su doctrina, si bien hay que puntualizar que una lectura de la sentencia muestra que ésta se refiere sólo a la responsabilidad por leyes constitucionales. No consideramos preciso detenernos en ella, porque ya la hemos expuesto con detenimiento en números anteriores. Su aplicación al caso concreto la resuelve por el fácil expediente de negar que los demandantes hayan probado un daño efectivo y cierto derivado de la liberalización. Descartado el daño, no entra en la cuestión que hubiera resultado más relevante doctrinalmente de determinar si puede considerarse que concurren las notas de especialidad, anormalidad, imprevisibilidad, vulneración de expectativas legítimas generadas por el propio poder público, etc., que el TS ha venido manejando como criterios determinantes.

Interesa, no obstante, destacar, con carácter general, que el régimen de responsabilidad del Legislador, por leyes tanto inconstitucionales como constitucionales, ha sido una elaboración jurisprudencial valiente, frente a la pobreza de regulación normativa. En efecto, las dos únicas referencias a la responsabilidad del Legislador en nuestro Derecho las constituyen la genérica del artículo 9.3 CE, que afirma el principio de responsabilidad de los poderes públicos, y la específica del artículo 139.3 LRJAP-PAC, según el cual “las Administraciones públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos

legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos”.

Ahora bien, resulta un tanto desconcertante que el TS siga manteniendo que “del principio general de responsabilidad de los poderes públicos del artículo 9.3 CE no cabe construir pretorianamente un régimen de responsabilidad del legislador”, cuando así lo ha hecho efectivamente. El mantenimiento de esta afirmación sólo puede comprenderse, en parte por acarreo de su doctrina inicial, y en parte por la voluntad de no situarse fuera de la tradición “legalista” del Derecho continental.

Pero si esta “negación de los hechos” puede llegar a comprenderse en esta clave, lo que atenta contra la lógica es que el TS, que durante años ha evitado pronunciarse sobre las consecuencias que sobre el régimen por él diseñado puede tener el artículo 139.3 CE (hasta entonces no aplicable *ratione temporis*), mantenga que su dictado, que limita la indemnización a los casos en que el propio legislador así lo establezca, no es contrario a su jurisprudencia, y, aún más, afirme que existe una coincidencia entre ésta y dicho precepto. En las sentencias que comentamos, en efecto, puede leerse la siguiente afirmación:

“La responsabilidad patrimonial por actos del legislador está efectivamente contemplada en el artículo 9.3 de la Constitución y en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, que se remite a lo que se establezca en los propios actos legislativos. La Sala Tercera del Tribunal Supremo (...) había establecido ya una doctrina coincidente con el sistema adoptado por el legislador en la citada Ley 30/1992, de manera que, salvo en los supuestos de leyes de naturaleza expropiatoria, en que siempre habrá derecho a la correspondiente indemnización, en los demás habrá que estar a lo que establezcan las propias leyes.”

Ni siquiera nos parece convincente, como en alguna sentencia parece apuntarse, justificar esta inexistente coincidencia en la ficción de que los silencios del legislador permitirían al juez interpretar la auténtica voluntad del legislador de indemnizar o no. Un camino como ése ya se siguió por el *Conseil d'État* francés, con una lógica y unos resultados más que discutibles. Pero, sobre todo, permitir al legislador, en todo caso y sin cortapisa alguna, decidir sobre la procedencia o no de indemnización en cada caso, parece incompatible de todo punto con un auténtico régimen de *responsabilidad*, para entrar más bien dentro de la política legislativa y las compensaciones graciables. Por ello, tal vez haya llegado la hora, como han defendido diversos autores, de plantear ante el Tribunal Constitucional la posible contradicción entre el artículo 9.3 CE y el artículo 139.3 LRJAP-PAC, en lugar de tratar de desplegar argumentaciones que intentan compatibilizar lo incompatible.

EMILIO GUICHOT

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Bases constitucionales del empleo público.** A) Reserva de ley y competencias estatales para la determinación de los aspectos integrantes del estatuto funcionarial. Puestos reservados a funcionarios. **3. Clases de empleados públicos.** A) Personal eventual. B) Concepto de funcionario. Personal interino. Profesores de religión católica. **4. Instrumentos de ordenación de la gestión de recursos humanos.** A) Relaciones de puestos de trabajo. Contenido. **5. Acceso al empleo público.** A) Bolsa de trabajo. No cabe excluir el mérito de experiencia profesional en otro país comunitario. Personal médico. B) Composición de los órganos de selección. Competencias para la propuesta y nombramiento de los representantes sindicales de personal laboral y funcionario. Bolsa de empleo para la selección de funcionarios interinos y personal laboral temporal. **6. Carrera administrativa.** A) Grupos de titulación. Los puestos de trabajos deben ser adscritos al Grupo que corresponda según la titulación exigida para el acceso al Cuerpo de pertenencia del funcionario. B) Provisión de puestos de trabajo. a) Libre designación. Interpretación conjunta de Relación de puestos de trabajo y Convenio colectivo que permiten la participación de todo el personal laboral de las Universidades públicas gallegas en los procedimientos para la provisión de determinados puestos de trabajo. b) Comisión de servicios. a') Carácter forzoso. Sujeción a límite temporal. b') Provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional por funcionarios de distinta categoría. Carácter excepcional. **7. Derechos sindicales.** A) La sospecha de la posible vulneración de un derecho fundamental exige de una especial motivación en la adopción de decisiones discrecionales. B) La facultad de remoción de los puestos de libre designación no puede conducir legítimamente a su utilización como un instrumento de coacción o condicionamiento del ejercicio del cargo sindical. **8. Negociación colectiva.** A) Sólo la ley, y no la libre voluntad de las partes negociadoras, puede establecer lícitamente ámbitos superiores e inferiores de negociación. B) El principio de jerarquía de las fuentes impide la aplicación de lo establecido en un convenio cuando éste contradiga las previsiones contem-

pladas en Ley de Presupuestos. **9. Retribuciones.** A) Los puestos de trabajo que tienen atribuida distinta responsabilidad tienen que tener asignados un distinto complemento específico, sin que a ello obste que antes de realizarse las transferencias dichos puestos tuvieran atribuidos el mismo complemento. B) La asignación del complemento específico es una potestad administrativa que puede recoger todas o sólo algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984. C) Las guardias médicas son una parte de la jornada normal que han de realizar los funcionarios médicos y por ello su retribución no puede calificarse como gratificación sino como retribución ordinaria. **10. Extinción de la relación funcional.** A) Cese de personal interino. No procede por prolongada inasistencia justificada al trabajo. Médica forense.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Como es habitual en estas crónicas de jurisprudencia, hemos seleccionado un conjunto de resoluciones de distintos órganos judiciales relativas a los diversos aspectos del régimen del empleo público. Algunas de estas resoluciones se pronuncian sobre las garantías en el acceso a los empleos públicos, sobre la funcionalidad de los instrumentos de gestión de los recursos humanos en las Administraciones Públicas o sobre los derechos económicos y colectivos de los funcionarios. Cabe resaltar las resoluciones del Tribunal Constitucional relativas a las bases constitucionales del empleo público y al reparto de competencias sobre dicha materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas, así como las que imponen especiales exigencias de motivación para evitar que las decisiones administrativas discrecionales vulneren la libertad sindical.

2. BASES CONSTITUCIONALES DEL EMPLEO PÚBLICO

A) Reserva de ley para la regulación del estatuto de los funcionarios públicos. Legislación básica del Estado dictada al amparo del artículo 149.1.18 CE. Puestos reservados a funcionarios

La STC 37/2002, de 14 de febrero, del Pleno (cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas 71/94 y 243/95), resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad promovidas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña relativas, por un lado, al art. 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, y, por otro lado, a los arts. 74.4, 93.n), 97.1.d) y 99 de la Ley 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña. Las cuestiones de inconstitucionalidad son planteadas por la Sala al considerar que el art. 92.2 de la LBRL podría vulnerar la reserva

X. Función Pública

de ley establecida en el art. 103.3 CE que alcanza, entre otros aspectos, a la regulación del estatuto de la función pública, mientras que los preceptos de la Ley catalana podrían vulnerar la competencia estatal para establecer las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), así como la normativa básica estatal que regula las bases del régimen estatutario de los funcionarios (art. 149.1.18 CE).

En cuanto a la primera de las cuestiones planteada en relación con el art. 92.2 LBRL, para mejor entendimiento de las dudas del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional, conviene recordar el contenido de este precepto en cuya virtud: “Son funciones públicas cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente al personal sujeto al estatuto funcional, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”. A juicio del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el último inciso del art. 92.2 LBRL (“... y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función”) podría ser contrario a la reserva de ley que establece el art. 103.3 CE y que, tal como precisó la STC 99/1987 comprende, entre otros aspectos del estatuto funcional, las formas de provisión de puestos de trabajo en la Administración Pública. Entiende el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que el último inciso del art. 92.2 LBRL realiza una remisión a la regulación reglamentaria que excede de los límites permitidos por la reserva de ley en la materia, pues la referencia a los criterios de “objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función” constituye una mera indicación formal que no satisface la exigencia constitucional de reserva de ley (art. 103.3 CE).

El Tribunal Constitucional recuerda que la reserva de ley para la regulación del estatuto de la función pública establecida por el art. 103.3 CE no impide la remisión al reglamento para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa (SSTC 99/1987, de 11 de junio y 235/2000, de 5 de octubre). Ciertamente, el legislador no puede disponer de la reserva de ley mediante remisiones incondicionadas a las normas reglamentarias ni el reglamento puede actuar aquí innovando o sustituyendo la regulación legislativa.

En la Sentencia 99/1987 el Tribunal Constitucional declaró la inconstitucionalidad del último inciso del art. 15.1 de la LMRFP, que remitía al Ministerio de la Presidencia la determinación de los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo, “debiendo especificarse aquellos puestos que, en atención a la naturaleza de su contenido, se reservan a funcionarios públicos”. En opinión del Tribunal Constitucional, la redacción de este precepto otorgaba un apoderamiento indeterminado al Ministerio de la Presidencia y suponía la renuncia del legislador a su tarea de establecer una regulación crucial para la estructura de las Administraciones Públicas y de la misma función pública.

A la luz de la doctrina constitucional referida, el Tribunal Constitucional concluye sobre la constitucionalidad del art. 92.2 LBRL, afirmando en esta ocasión la compatibilidad del precepto cuestionado con la reserva de ley que dispone el art. 103.3 CE. Sin negar que el art. 92.2 LBRL no especifica qué concretas funciones –entre las que no tienen la consideración de necesarias en todas las corporaciones locales– han de ser desempeñadas por personal sujeto al estatuto funcional, el Tribunal Constitucional estima que la remisión efectuada por el precepto controvertido no resulta incondicionada o carente de límites, pues las referencias a la garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública constituyen criterios a tener en cuenta para la regulación reglamentaria de las funciones que hayan de ser desempeñadas por funcionarios públicos.

En la segunda cuestión formulada, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña formula sus dudas de constitucionalidad en relación con los arts. 74.4, 93.n), 97.1 y 99 de la Ley 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad de Cataluña, referidos todos ellos a distintos aspectos del régimen disciplinario de los funcionarios públicos, por entender que podrían infringir el orden constitucional de distribución de competencias. Por un lado, los citados preceptos podrían invadir la competencia estatal para regular las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos (art. 149.1.18 CE), al no respetar la legislación básica que sobre dicha materia ha aprobado el Estado. En este sentido, en opinión del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, la legislación básica estatal vendría constituida por el art. 31.1 de la LMRFP, que tipifica las faltas muy graves, los arts. 47, 48 y 49 de la LFCE, que regulan la suspensión provisional de funciones durante la tramitación de un procedimiento judicial o disciplinario, los arts. 87.2 y 91 de la última norma citada, que regulan los plazos de prescripción de faltas disciplinarias y las sanciones disciplinarias que procede imponer en cada caso, respectivamente, y, por último, los arts. 146.2, 148.2 y 150.2 del Texto Refundido del Régimen Local de 1986, que regulan el plazo de prescripción de las faltas, las sanciones que pueden imponerse por la comisión de las mismas y la suspensión provisional del expedientado. Por otro lado, a juicio de la Sala, a excepción del art. 93.n), todos los preceptos mencionados podrían invadir también la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art. 149.1.1 CE), por establecer diferencias irrazonables y desproporcionadas en relación con el régimen disciplinario aplicable en otras partes del territorio del Estado.

Para resolver la primera duda formulada en esta cuestión de inconstitucionalidad, el TC comienza recordando que corresponde al Estado la determinación de las bases del régimen disciplinario de los funcionarios públicos y a la Comunidad Autónoma catalana la competencia de desarrollo legislativo y ejecución, de acuerdo con la referida legislación básica, en relación con la función pública autonómica y local. Estructurado así el reparto de competencias, señala el Tribunal Constitucional que el legislador posconstitucional ha procedido a regular de manera completa, al menos, aparentemente, las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. Dichas bases, aplicables a los funcionarios

X. Función Pública

de todas las Administraciones Públicas, están contenidas fundamentalmente, en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la función pública, en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas y en la Ley 9/1987, de 12 de junio, de órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como en las disposiciones legales que han ido modificando estas normas.

A tenor de lo señalado, no cabe atribuir carácter básico a los preceptos citados de la LFCE, pues el legislador posconstitucional ha regulado de manera aparentemente completa e innovadora las bases del régimen estatutarios de los funcionarios de las Administraciones Públicas, estableciendo en cuanto al régimen disciplinario como norma básica común a todos ellos el art. 31 de la LMRFP. Por lo demás, el legislador posconstitucional no ha hecho uso de la legítima posibilidad de declarar expresamente como básicos los cuestionados preceptos de la LFCE (SSTC 32/1983, 42/1983, 76/1983), ni tampoco dicho carácter puede extraerse de su posible consideración como complemento necesario de las normas posconstitucionales (SSTC 75/1990, 86/1990), pues nada hace pensar que el legislador posconstitucional no haya querido agotar la regulación de los aspectos de la materia que haya considerado básicos.

Pasando a enjuiciar los arts. 146.2, 148 y 150.2 LRL de 1986, relativos todos a distintos aspectos del régimen disciplinario (prescripción de las faltas disciplinarias, catálogo de sanciones y criterios de modulación en función de su gravedad (suspensión provisional del funcionario expedientado) de los funcionarios locales, propuestos como parámetros de control de constitucionalidad por considerarlos básicos el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, el TC vuelve a señalar que sólo el art. 31 de la LMRFP ha sido calificado por el legislador estatal como norma básica en materia de régimen disciplinario de todos los funcionarios públicos (incluidos, por supuesto, los de las corporaciones locales). Aún más, estos preceptos tampoco pueden operar como canon de control de constitucionalidad de la Ley 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad, pues ésta no ha sido dictada al amparo de la competencia en materia de régimen local (título competencial comprensivo de todos los aspectos relativos a la Administración Local), sino en ejercicio de la competencia autonómica en materia de régimen estatutario, y aquí la Comunidad Autónoma se encuentra sometida a las bases que dicte el Estado sobre el régimen estatutario de los funcionarios públicos de todas las Administraciones, pero no resulta vinculada a las bases estatales específicas para la función pública local, que únicamente condicionarán la competencia autonómica para el desarrollo legislativo en materia de función pública local.

Descartada la lesión de las competencias que el art. 149.1.18 CE otorga al Estado, la Sala del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña considera que los preceptos ya conocidos de la Ley 17/1985, de 23 de julio, de la función pública de la Administración de la Generalidad, podrían vulnerar el título competencial recogido en el art. 149.1.1 CE, que reserva al Estado “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. En este sentido, conviene recordar, como hace el Tribunal

Constitucional, que el art. 149.1.1 CE habilita al Estado para que, mediante la determinación de una serie de condiciones básicas uniformes, condicione el ejercicio de las competencias autonómicas con el fin de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales (STC 173/1998).

Por otra parte, el principio de igualdad, estrechamente relacionado con la competencia estatal que se acaba de mencionar, y cuya vulneración parece querer ser expresada por la Sala proponente de la cuestión de inconstitucionalidad, no se traduce en la necesidad de que todas las Comunidades Autónomas posean las mismas competencias ni que hayan de ejercerlas de igual manera para alcanzar idénticos resultados.

Por tanto, respetando las condiciones del art. 149.1.1 CE, las normas autonómicas pueden desarrollar los principios básicos del ordenamiento sancionador estatal y modular tipos y sanciones por razones de prudencia u oportunidad. En el caso del Derecho disciplinario, con un ámbito de aplicación más reducido (el de los sujetos sometidos a una relación de sujeción especial), lógicamente ha de admitirse que las Comunidades Autónomas puedan establecer tipos distintos de los contemplados por las normas básicas, siempre que exista un fundamento razonable para ello y no contradigan la regulación estatal.

A la luz de la doctrina expuesta, ningún reproche de constitucionalidad puede hacerse al art. 93.n) de la Ley 17/1985, de función pública catalana, que considera falta muy grave “causar por negligencia o mala fe daños muy graves en el patrimonio y bienes de la Generalidad”. Si bien la falta regulada por la normativa catalana no aparece contemplada por el art. 31.1 LMRFP, que tiene carácter básico, no se aprecia incompatibilidad ni contradicción alguna entre el precepto legal autonómico y la norma básica estatal.

Aplicando estos mismos razonamientos, siguen idéntica suerte desestimatoria el resto de las cuestiones de inconstitucionalidad formuladas en relación con los arts. 74.4, 97.1.d) y 99 de la Ley 17/1985, de función pública de la Administración de la Generalidad, que contemplan sanciones, plazos de prescripción y medidas provisionales de posible adopción durante la tramitación de un procedimiento disciplinario distintas de las establecidas por la normativa estatal (LFCE y LRL).

3. CLASES DE EMPLEADOS PÚBLICOS

A) Personal eventual

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 12 de noviembre de 2001, Ar. 440, resalta las diferencias entre los rasgos específicos del personal eventual de la Administración y los funcionarios nombrados por el sistema de libre designación.

X. Función Pública

El personal eventual se caracteriza por desarrollar funciones de confianza o especial asesoramiento, su nombramiento es libre, sin estar siquiera sujeto a un procedimiento de selección, y su cese es igualmente discrecional.

Por el contrario, las funciones ejercidas por los funcionarios nombrados por el sistema de libre designación no son de confianza o especial asesoramiento, sino que la confianza en su idoneidad para el puesto es propiamente la circunstancia determinante del nombramiento.

B) Concepto de funcionario. Personal interino. Profesores de religión católica

La Ley 50/1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, añadió un nuevo párrafo a la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, en cuya virtud los profesores que, no perteneciendo a los Cuerpos de funcionarios docentes, imparten enseñanzas religiosas en los centros públicos en los que se desarrollan las enseñanzas reguladas en la citada ley, lo harán en régimen de contratación laboral temporal.

Con anterioridad a esta normativa, para la garantía del derecho a la enseñanza religiosa, la LOGSE remitía a los Acuerdos celebrados entre el Estado español y la Santa Sede. Pues bien, de conformidad con la Orden Ministerial de 16 de julio de 1980, sobre enseñanza de la Religión y Moral Católica en los Centros docentes de Educación Preescolar y de Educación General Básica (dictada en aplicación del Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, sobre Enseñanza y Asuntos Culturales), en caso de no existir un número suficiente de profesores preparados y dispuestos a asumir la enseñanza religiosa en los Centros públicos, a propuesta de la autoridad eclesiástica competente, el Delegado Provincial del Ministerio de Educación y Cultura nombrará a las personas idóneas, disponiendo expresamente que el citado Ministerio no establece relación alguna de servicios con las mismas.

Por otro lado, respecto de los profesores que no tengan la consideración de personal docente de la Administración (es el caso de los profesores de enseñanza religiosa con nombramiento administrativo a propuesta de la autoridad eclesiástica competente), el Convenio de 20 de mayo de 1993 prevé su inclusión en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos.

Teniendo en cuenta las disposiciones mencionadas, así como la obligatoriedad para los Centros de impartir la religión católica como materia ordinaria en los Planes de Estudio, la **STSJ de Murcia de 23 de enero de 2002**, Ar. 311, asimila el vínculo existente entre los profesores de religión que no forman parte de los cuerpos docentes y la Administración en la que prestan servicio al propio de los funcionarios interinos. Aunque la especial situación de los citados profesores de religión no encaja estrictamente en ninguna de las categorías de empleados públicos, la Sala llega a esta conclusión atendiendo, desde el punto de vista material de las funciones desarrolladas, a la similitud existente entre estos profesores y los funcionarios interinos (art. 5.2 LFCE).

4. INSTRUMENTOS DE ORDENACIÓN DE LA GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS

A) Relaciones de puestos de trabajo. Contenido

El art. 15 LMRFP no impone una descripción exhaustiva del contenido, de los aspectos y de las características de todos los puestos contemplados por las relaciones de puestos de trabajo. Es suficiente con que la relación consigne las características esenciales de los puestos de trabajo. Por tanto, es posible que algunas de las características de los puestos de trabajo no sean mencionadas en la relación. Esta circunstancia no permite sin más tildar de injustificadamente discriminatoria la previsión de niveles de complemento de destino y de importes del complemento específico distintos para puestos de trabajo con igual denominación, pues tales diferencias pueden estar basadas en la concurrencia de elementos o aspectos singulares de cada puesto de trabajo (tales como la atribución de misiones específicas con diferente grado de complejidad o incluso el desempeño de misiones coincidentes ejercidas en distintos niveles jerárquicos) que no han sido especificados en la relación de puestos de trabajo, pero que determinan la falta de identidad entre las responsabilidades propias de puestos de trabajo con el mismo contenido funcional. Así lo ha declarado la **STS de 26 de febrero de 2002**, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 4188, casando en interés de ley la sentencia de instancia que juzgó de contraria al principio constitucional de igualdad la previsión por una relación de puestos de trabajo de diversos niveles de complemento de destino y distintos complementos específicos para puestos de trabajo con la misma denominación (“Auxiliar de Gestión”), sin mencionar las funciones específicas y las responsabilidades concretas que justifican las diferencias apuntadas.

Esto no significa que las relaciones de puestos de trabajo, en tanto que instrumentos expresivos de la discrecionalidad de la Administración en el ejercicio de su potestad organizativa, puedan operar de manera discriminatoria o arbitraria en la determinación de los complementos retributivos de los funcionarios, pues, siempre que exista plena coincidencia entre las características de varios puestos de trabajo deben asignarse a los mismos idénticas retribuciones. Lo que ocurre, como ha advertido el Tribunal Constitucional (Sentencias de 18 de octubre de 1993 y 29 de octubre de 1996), es que la asignación de funciones iguales a ciertos puestos de trabajo o la vinculación de éstos a un mismo Grupo de titulación no son criterios absolutos para determinar la igualdad de retribuciones. Tal como ha declarado la **STSJ de Asturias de 29 de octubre de 2001**, Ar. 1439, el legislador o la Administración pueden tomar en consideración otros criterios de organización (no necesariamente objetivos ni generales, pues existe un amplio margen de discrecionalidad) para establecer la identidad de circunstancias que conlleva la asignación de conceptos retributivos coincidentes.

5. ACCESO AL EMPLEO PÚBLICO

A) Bolsa de trabajo. No cabe excluir el mérito de experiencia profesional en otro país comunitario. Personal médico

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Málaga desestimó el recurso interpuesto contra la Resolución administrativa que desestimaba el recurso de reposición del actor, que resultó excluido de la lista definitiva de la bolsa de trabajo de la categoría de médico general. La citada sentencia apreció que el baremo establecido por la Administración para formación de la bolsa de trabajo ya mencionada no contemplaba los servicios prestados en centros asistenciales ajenos al Sistema Nacional de Salud Español, como es el caso de los servicios prestados por el actor en otro país comunitario (Alemania).

Conviene precisar, en primer lugar, que el baremo contemplaba la valoración de la experiencia profesional en centros asistenciales del Servicio Nacional de Salud, sin referencia a la territorialidad o mención alguna a la nación a la que pertenece dicho Servicio de Salud.

Apelada la sentencia de instancia, la cuestión estriba entonces en determinar si la referencia al “servicio nacional de salud” debe ser interpretada en un sentido territorial (“servicio español de salud”) o debe atenderse a la titularidad del servicio sanitario (“servicio público de salud”). Por ello, para resolver si cabe excluir en un proceso de selección para la formación de una bolsa de trabajo de técnicos de la categoría de médico general la valoración de la experiencia profesional adquirida en un Estado miembro de la Unión Europea distinto del español, la **STSJ de Andalucía (Málaga) de 13 de noviembre de 2001**, Ar. 457 de 2002, comienza recordando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa a la libertad de movimiento de los trabajadores de los países miembros de la Unión Europea y su posible modulación en función de la especialidad del trabajo a desempeñar. En este sentido, el TJCE ha precisado que, en el territorio de otros Estados miembros, el trabajador nacional de un Estado miembro no podrá ser tratado de forma diferente que los propios trabajadores nacionales en lo relativo a las condiciones de empleo y de trabajo. Esto incluye la consideración de los años de servicio prestados en una Administración Pública, en una persona jurídica de Derecho público o en la Administración local, en el marco de una relación de trabajo regida por el Derecho público (art. 48 del Tratado CEE y Reglamento 1612/1968).

Ciertamente, el Tratado CEE contempla la excepción de que los Estados prohíban el acceso a los nacionales de otros Estados miembros a determinadas funciones de la Administración Pública que implican participación, directa o indirecta, en el ejercicio del poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y que suponen por parte de sus titulares la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que fundan el vínculo de nacionalidad. Pero, para impedir una interpretación abusiva de esta excepción por los Estados miembros, la Comisión elaboró la Comunicación 88/C 72/02, titulada la “La libre circulación de los trabajadores y el acceso a los empleos en la Administración Pública en los Estados miembros o La acción de la Comisión en materia de aplicación del apartado 4 del artículo 48 del Tratado CEE”, instando a los Estados a per-

mitir a los nacionales de otros Estados miembros acceder a puestos de trabajo en los organismos responsables de la gestión de servicios comerciales, a los servicios operativos de la salud pública, de la enseñanza pública y de la investigación civil en establecimientos públicos. A todo esto debe unirse la reiterada jurisprudencia sobre la necesidad de una interpretación uniforme en toda la Comunidad del concepto de Administración Pública. A los efectos del art. 48.4 del Tratado, el concepto de Administración Pública no puede dejarse a la absoluta discreción de los Estados, pues debe realizarse una interpretación funcional al amparo de la naturaleza de las tareas y responsabilidades propias del puesto de trabajo. De este modo se evita la vulneración de los principios de igualdad y libre circulación de los trabajadores derivada de una interpretación del concepto de Administración Pública derivada exclusivamente del Derecho nacional.

Por todo ello, la referencia al sistema sanitario nacional debe ser entendida en su condición de servicio público. De ahí que no quepa interpretar el baremo aplicable a la formación de bolsa de trabajo como lo han hecho la Administración demandada y la sentencia apelada, pues dicha interpretación encubre un trato discriminatorio de un ciudadano comunitario, en este caso español, por el mero hecho de realizar parte de su formación profesional en una institución sanitaria alemana.

B) Composición de los órganos de selección. Competencias para la propuesta y nombramiento de los representantes sindicales de personal laboral y funcionario. Bolsa de empleo para la selección de funcionarios interinos y personal laboral temporal

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Zamora estima el recurso interpuesto por la representación del sindicato UGT contra el Acuerdo para la aprobación de la Bolsa de Empleo 2000-2001, suscrito por el Ayuntamiento de Toro y el sindicato CCOO, que recoge, entre otros extremos, la constitución de una “Mesa Paritaria de Contrataciones Temporales”. Según consta en el art. 3 del Acuerdo impugnado, dicha Mesa estará integrada por 4 representantes; dos por parte de la Administración y uno más por cada una de las organizaciones sindicales firmantes del Acuerdo, de manera que los representantes de la Administración serán nombrados por el Alcalde y los representantes sindicales por la Central sindical firmante. Resulta entonces que bajo la denominación de “Mesa Paritaria de Contrataciones Temporales” se configura un verdadero órgano de selección con cierta vocación de permanencia (dos años), cuyas funciones se extienden tanto al personal laboral como al personal funcionario, siempre que se pretenda su selección para la prestación de servicios temporales.

La SJCA núm. 1 de Zamora de 10 de diciembre de 2001, Ar. 275 de 2002, señala que dicha previsión no resulta ajustada al ordenamiento jurídico. Así deriva de la exigencia de que todo órgano de selección acomode su quehacer a los principios de igualdad, mérito y capacidad, para lo que sus miembros deben reunir los requisitos de profesionalidad y especialización adecuados, siendo nombrados por el órgano de gobierno competente al efecto (el Alcalde, en este caso). Pues bien, en el supuesto enjuiciado por la SJCA núm. 1 de Zamora, sólo dos de los integrantes del citado órgano de selección son

X. Función Pública

nombrados por el Alcalde, mientras que los otros dos son designados por la única Central sindical firmante del Acuerdo que contempla la creación de la Mesa, sin que en ningún momento se haga referencia alguna a los requisitos de formación o titulación que deben concurrir en los miembros de la misma.

Tal como declara la sentencia ya citada, en los procedimientos para la selección del personal laboral, el nombramiento de las personas llamadas a la baremación de los méritos es competencia del Alcalde, si bien al menos una de ellas “será designada a propuesta de la representación de los trabajadores” (art. 30 del RD 364/1995). En el caso que nos ocupa, la representación de los trabajadores corresponde al Comité de empresa o, al menos, a los sindicatos más representativos con presencia en dicho Comité (art. 6 del Convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Toro). No es posible, por tanto, vincular la presencia de los representantes de los trabajadores en un órgano de selección a la determinación de un sindicato, por el mero hecho de que haya suscrito un pacto —relativo a una materia sobre la que la Administración no está obligada a negociar— para la formación de una Bolsa de empleo.

En cuanto a la selección del personal interino, la normativa aplicable no contempla la presencia de representantes sindicales en los órganos constituidos al efecto. No obstante, suponiendo que el Alcalde tuviese a bien nombrar algún representante del personal funcionario como miembro de los órganos de selección, dicha representación correspondería, en el caso del Ayuntamiento de Toro, a los delegados de personal.

6. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) Grupos de titulación. Los puestos de trabajo deben ser adscritos al Grupo que corresponda según la titulación exigida para el acceso al Cuerpo de pertenencia del funcionario

El Grupo de adscripción de un puesto de trabajo viene determinado por la titulación exigida para el acceso al Cuerpo al que pertenece el funcionario. De lo contrario, tal como señala la STSJ de Madrid de 9 de junio de 2001, Ar. 218, si no se respeta esta vinculación se rompe la lógica unidad de Escala, que ha de ser el término de referencia para decidir la inclusión de la misma en uno de los Grupos de clasificación regulados por el art. 25 de la LMRFP.

B) Provisión de puestos de trabajo

a) Libre designación. Interpretación conjunta de Relación de puestos de trabajo y Convenio colectivo que permiten la participación de todo el personal laboral de las Universidades públicas gallegas en los procedimientos para la provisión de determinados puestos de trabajo

Impugnada la convocatoria para la provisión mediante libre designación de la Dirección de los Servicios Informáticos de Investigación de la Universidad de Vigo (UV), abierta a

la participación tanto del personal laboral de la Universidad convocante como de la Universidad de Santiago de Compostela (USC), la Sentencia de instancia acoge la pretensión de nulidad formulada por los actores, basándose en que ni la relación de puestos de trabajo de la UV ni el Convenio colectivo para el personal laboral de las Universidades públicas de Galicia (20 de septiembre de 1996) contemplan la posibilidad de que el puesto en cuestión pueda ser cubierto por personal de otras Universidades públicas gallegas.

No llega a la misma conclusión la **STSJ de Galicia de 3 de octubre de 2001, Ar. 85 de 2002**, que revoca la sentencia de instancia. La STSJ de Galicia parte de recordar que la convocatoria impugnada tiene lugar al amparo del Convenio colectivo mencionado, que comprende en su ámbito de aplicación territorial a todas las Universidades públicas de Galicia, extendiendo su ámbito funcional a todo el personal vinculado a las citadas Universidades mediante relación laboral. Por tanto, si la convocatoria se restringiese al personal laboral de la UV, además de ignorarse el ámbito de aplicación del Convenio, se frustraría el objetivo último perseguido por éste, que es la movilidad funcional del personal laboral de las Universidades públicas gallegas. Puesto que ambas Universidades (UV y USC) han suscrito el citado Convenio Colectivo, si bastase con la falta de previsión en la relación de puestos de trabajo de la Universidad de Vigo para impedir la provisión con personal de USC se produciría un fraude inadmisibles del citado Convenio. Si el Convenio remite a la respectiva relación de puestos de trabajo para la cobertura de puestos de naturaleza singularizada y la de la UV permite que la provisión del puesto de que se trata sea por libre designación no hay duda de que a este puesto puede acceder también personal de USC. En definitiva, como señala la Sala, puesto que la relación de puestos de trabajo de la UV contempla la provisión del puesto de Director de los servicios informáticos de investigación por libre designación y el Convenio se remite a la relación de puestos de trabajo, no cabe sostener que el Convenio no admita la apertura de los puestos de libre designación a todo el personal laboral de las Universidades públicas gallegas, siempre que el personal en cuestión cumpla las condiciones establecidas en la relación de puestos de trabajo. A mayor abundancia, recuerda la Sala, no puede exigirse que la relación de puestos de trabajo de la UV reitere la posibilidad de participación del personal laboral de otras Universidades, pues dicha mención, además de estar ya recogida en el Convenio, no forma parte del contenido obligatorio de las relaciones de puestos de trabajo (art. 15 LMRFP), ni puede tampoco ser interpretada la relación de puestos de trabajo al margen del Convenio que se remite a ella. Por otro lado, dado que el Convenio colectivo expresa claramente su ámbito de aplicación personal, no puede exigirse que el mismo reitere constantemente la posible participación del personal laboral de las distintas universidades gallegas en la provisión de puestos como el debatido.

b) Comisión de servicios

a') Carácter forzoso. Sujeción a límite temporal

La SJCA núm. 3 de Santander de 18 de abril de 2001, Ar. 1016, estima el recurso interpuesto por un funcionario que fue adscrito en comisión de servicios a un puesto de trabajo de manera forzosa.

La estimación del recurso no deriva del carácter forzoso de la comisión de servicios, pues dicha forma de adscripción está prevista por la normativa aplicable (Decreto 46/1987, de 2 de julio, por el que se regulan las situaciones administrativas de los funcionarios de la Administración de la Diputación Regional de Cantabria) para la realización de tareas que, por razón de su mayor volumen o por otras razones coyunturales, no puedan ser atendidas por los funcionarios que desempeñan con carácter permanente las funciones asignadas a dichos puestos. Es legítima, por tanto, la comisión de servicios forzosa siempre que resulten acreditadas las necesidades del servicio y las razones de urgente e inaplazable necesidad determinantes de la asignación de las tareas en cuestión.

Pero, tal como dispone el citado Decreto 46/1987, esta modalidad de adscripción está sujeta a un límite temporal máximo de seis meses. Y éste es precisamente el motivo determinante de la nulidad de la adscripción forzosa del funcionario recurrente, pues la Resolución administrativa que la establece carece de mención alguna relativa a la duración de aquélla e incluye una cláusula que pone de manifiesto el carácter permanente de la asignación que desnaturaliza la comisión de servicios.

b') Provisión de puestos de trabajo reservados a funcionarios con habilitación de carácter nacional por funcionarios de distinta categoría. Carácter excepcional

Según establece el Real Decreto 1732/1994, las plazas de Secretario General están reservadas a secretarios de primera categoría. No obstante, cuando no sea posible cubrir dichas plazas con funcionarios de la categoría indicada, y con carácter excepcional, el mencionado Real Decreto 1732/1994 contempla la posibilidad de que esas plazas puedan ser cubiertas mediante comisión de servicios por funcionarios habilitados de distinta escala y categoría en posesión de la titulación adecuada.

La STSJ de Extremadura de 24 de julio de 2001, Ar. 1183, tras recordar que no cabe ocupar un puesto en comisión de servicios sin reunir los requisitos establecidos para su desempeño, estima el recurso enjuiciado y anula la Resolución que adscribe en comisión de servicios a un funcionario habilitado de categoría de entrada a la plaza de Secretario General. El pronunciamiento de nulidad deriva de la falta de concurrencia de los requisitos que habilitan para que un funcionario de categoría distinta a la exigida con carácter general (secretario de primera categoría) pueda ocupar en comisión de servicios la plaza litigiosa, ya que en el caso de autos no se ha acreditado la imposibilidad de cubrir la plaza por el sistema ordinario de provisión ni tampoco se ha manifestado impedimento alguno para que dicha plaza fuese ocupada por funcionario de igual categoría.

7. DERECHOS SINDICALES

A) La sospecha de la posible vulneración de un derecho fundamental exige de una especial motivación en la adopción de decisiones discrecionales

La STC 114/2002, de 20 de mayo, ha tratado dos cuestiones de gran interés. La primera de ellas es la relativa a la legitimación de los sindicatos para interponer recursos en defensa de los intereses de sus afiliados y la segunda la relativa a ciertas limitaciones en el ejercicio de las facultades discrecionales de la Administración cuando organiza sus propios servicios internos y pueden verse afectados derechos fundamentales de sus funcionarios públicos.

La Sentencia, efectivamente, resuelve el recurso de amparo presentado por el funcionario recurrente. A través de dicho recurso, el funcionario impugna el Decreto del Presidente de la Diputación Provincial de Burgos por el que se adscribía su puesto de trabajo no singularizado de auxiliar administrativo a una Unidad del Patronato de Turismo de la Provincia de Burgos. A juicio del recurrente, su traslado respondía a un motivo de discriminación por razones sindicales, toda vez que la Diputación había adoptado dicha decisión precisamente en el período de tiempo comprendido entre la celebración de elecciones sindicales en la Diputación, y por tanto durante el período en el que el recurrente no ostentaba provisionalmente su condición de representante sindical, y la fecha en la que se constituyó de nuevo la Junta de Personal, en la que salió de nuevo elegido como Presidente.

Pues bien, ante estos hechos el Tribunal Constitucional se pronuncia, en primer lugar, sobre la cuestión relativa a la legitimación para impugnar la resolución administrativa, toda vez que la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) había declarado la inadmisibilidad del recurso por haber sido presentado, no por el propio funcionario recurrente, sino por el sindicato al que estaba afiliado. Para la resolución de esta cuestión el Tribunal ha extendido también al recurso de amparo su doctrina fijada respecto a la legitimación de los sindicatos en determinados procesos ante la Jurisdicción Laboral o Contencioso-administrativa, señalando que “aunque la función constitucionalmente atribuida a los sindicatos no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad, cualesquiera que sean las circunstancias en que ésta pretenda hacerse valer, es innegable que concurre en el supuesto que nos ocupa el interés legítimo o vínculo especial y concreto al que nos referimos en dichas ocasiones, entre el sindicato (sus fines, su actividad, etc.) y el objeto de este recurso de amparo, dado que el funcionario cuyo puesto de trabajo fue objeto de movilidad por cambio de adscripción estaba afiliado a esa organización sindical y, antes y después de la decisión administrativa impugnada, era representante sindical en la Junta de Personal de la Diputación Provincial en virtud de candidaturas presentadas por aquella. Si la movilidad por cambio de adscripción del puesto de trabajo afectara de alguna manera a la actuación del funcionario como representante sindical, podría verse afectada la propia actividad sindical de la CSIF. Esto es suficiente para admitir que dicha con-

X. Función Pública

federación sindical está legitimada para recurrir en amparo en este caso, con invocación de la libertad sindical, contra la decisión del Presidente de la Diputación Provincial”.

Respecto a la cuestión relativa a la legalidad del traslado efectuado por la Administración, el Tribunal, al igual que ya hiciera en su Sentencia 48/2002, de 25 de febrero, ha considerado que si el recurrente alega que una determinada decisión administrativa, aunque sea discrecional, encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales del afectado, incumbe al causante de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Ahora bien, para que opere este desplazamiento del *onus probandi*, no basta con que el recurrente en amparo la tilde de discriminatoria, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato. Constando esta prueba, el demandado causante de la violación debatida asume la carga de demostrar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales.

En el caso concreto, el Tribunal considera que efectivamente resulta sospechoso que el Patronato hubiera sido creado un año antes y que no se hubiera producido la adscripción del recurrente precisamente hasta esa fecha concreta, esto es, tras la celebración del proceso de elecciones sindicales en la Diputación. Ello es considerado como un indicio suficiente para la alteración de la carga de la prueba y, asimismo, para ser más exigente en la motivación de la resolución administrativa por la que se decretó el traslado del funcionario. Todo ello le llevará finalmente a otorgar el amparo solicitado por el funcionario recurrente al entender que “el margen de discrecionalidad que es característico de las decisiones administrativas en materia de autoorganización de sus servicios no modifica la exigencia de esa carga probatoria por parte de la Diputación Provincial, a la que la Administración debe atender incluso en el supuesto de decisiones discrecionales, o no causales, aunque se aceptara que aquéllas no precisaran ser motivadas, ya que como hemos declarado, ello no excluye que, desde la perspectiva constitucional, sea igualmente ilícita una decisión de esta naturaleza contraria a los derechos fundamentales del funcionario (...) Pero la cuestión ahora relevante, sin embargo, es si esa motivación, desde la perspectiva de las exigencias del artículo 28.1 de la Constitución, puede considerarse como una justificación causal de la decisión que resultara suficiente en su específica y singular proyección sobre el caso concreto, explicando objetiva, razonable y proporcionalmente tal decisión y eliminando toda sospecha de que ésta ocultara la lesión de un derecho fundamental”.

B) La facultad de remoción de los puestos de libre designación no puede conducir legítimamente a su utilización como un instrumento de coacción o condicionamiento del ejercicio del cargo sindical

La Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo núm. 5 de 15 de junio de 2001, Ar. 1273, ha aplicado la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional, entre otras, en sus Sentencias 17/1996, de 7 de febrero, 202/1997, de 25 de noviembre y 29/2000, de 31 de enero, respecto a la discrecionalidad de la Administración para el cese de los funcionarios nombrados por libre designación cuando existe la sospecha

de que tras el comportamiento de la Administración se esconde una conducta lesiva del derecho fundamental a la libertad sindical.

En este caso, se trataba de un funcionario del Ministerio de Asuntos Exteriores que se encontraba destinado en la Embajada de España en Dinamarca y había sido elegido como representante sindical en la Junta de Personal. El funcionario había sido nombrado por el procedimiento de la libre designación y en virtud de la amplia discrecionalidad que preside este tipo de nombramientos había sido también cesado en virtud de un procedimiento también de libre remoción, tal como viene siendo usual en este tipo de nombramientos. Efectivamente, el nombramiento para cargos de libre designación constituye un supuesto específico y singular dentro de la categoría general de los actos discrecionales. Dicha singularidad consiste en que tales nombramientos se basan en la existencia de un motivo de confianza, que sólo puede ser apreciado por la autoridad que verifica el nombramiento, a la vista de las circunstancias que estime que concurren en el solicitante para llegar a ocupar el puesto, o para seguir desempeñándolo. De tal forma que llegado un momento concreto, si dicha autoridad estima que ya han desaparecido tales circunstancias podrá libremente decretar el cese. Y ello sin estar sometido al requisito formal de hacer una exposición expresa de los motivos en virtud de los cuales se ha preferido a una persona en lugar de otra o por los que se ha perdido la confianza en la ya designada.

Esta doctrina aparece ya expresamente recogida en el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, al disponer que los funcionarios nombrados para puestos de trabajo de libre designación podrán ser cesados con carácter discrecional y, en este caso, la motivación de esta resolución se referirá meramente a la competencia para adoptarla. No obstante, la doctrina del Tribunal Constitucional ha llevado a una importante matización de este régimen jurídico en aquellos supuestos en los que el funcionario alega que la decisión administrativa supone una violación de sus derechos fundamentales, en este caso concreto de su derecho a la libertad sindical, produciéndose en estos casos un desplazamiento de la carga de la prueba.

En el caso concreto, se daba la circunstancia de que el cese del funcionario se había producido sin ningún tipo de motivación o explicación de las circunstancias que habían llevado a decretarlo y, asimismo, que dicha decisión se adoptó transcurridos tan sólo unos días después de que venciera el plazo de cobertura de un año siguiente a la expiración de su mandato como representante sindical al que se refiere la letra e) del artículo 11 de la Ley 9/1987, de 12 de junio. Todo ello parecía apuntar claramente a que la decisión de la Administración pretendía castigar la actitud beligerante que el funcionario cesado había tenido durante los años en que había ejercido como representante sindical y delegado en la Junta de Personal.

Pues bien, a la vista de todos los hechos considerará la Sala que, tanto por aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la tutela de la libertad sindical ante el cese de funcionarios que ocupan puesto de libre designación, como por aplicación de la

jurisprudencia del Tribunal Supremo acerca de la desviación de poder, procede la estimación del recurso presentado por el funcionario recurrente, así como su reposición en el puesto de libre designación en el que ilegítimamente había sido cesado. Todo ello por considerar que:

“Aun reconociendo la ausencia de un derecho a la intangibilidad de los representantes sindicales en su puesto de trabajo, la facultad de libre remoción de los mismos no puede conducir legítimamente a su utilización como un instrumento de coacción o condicionamiento del ejercicio del cargo sindical. Por ello, tal decisión administrativa, la de cese del funcionario en su puesto de trabajo de libre designación, requiere una adecuada motivación que exteriorice las normas objetivas del cese en el puesto de trabajo a fin de descartar la concurrencia de un propósito atentatorio de derechos fundamentales.”

8. NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A) Sólo la ley, y no la libre voluntad de las partes negociadoras, puede establecer lícitamente ámbitos superiores e inferiores de negociación

Este caso versa sobre la posibilidad que tienen los sindicatos y las Administraciones para alterar convencionalmente los ámbitos de la negociación colectiva funcional. En concreto, el sindicato ANPE impugna por una presunta violación de su derecho a la libertad sindical el denominado Pacto de Interlocución Administración-Sindicatos, de 7 de julio de 2000, suscrito por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y los Sindicatos CCOO, UGT y CSI-CSIF, mediante un recurso contencioso-administrativo interpuesto por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. El motivo de la impugnación se basa en que dicho sindicato no había sido llamado a participar en la negociación de dicho Acuerdo que, entre otros aspectos, había creado una Mesa General Conjunta para tratar de manera global todas las cuestiones que afectaran al personal laboral y funcional de la Junta de Comunidades.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de junio de 2001, Ar. 1087, que, por cierto, cuenta con un Voto particular formulado por el Magistrado José Garberí Llebregat, estima parcialmente el recurso por considerar que la parte del Acuerdo en la que se establece la Mesa General Conjunta y se articulan sus relaciones con las demás Mesas negociadoras en virtud de los principios de primacía y complementariedad vulnera el derecho a la negociación colectiva del sindicato recurrente. Para ello la Sala recoge la doctrina formulada por el Tribunal Constitucional respecto a la especial configuración legal de la negociación colectiva funcional, sobre todo la recogida en las SSTC 80/2000 y 224/2000, en las que se ha reconocido que la negociación de los funcionarios, legalmente reconocida, sí puede pasar a formar parte del derecho constitucional a la libertad sindical y que el Sindicato, en tanto que es miembro de la Mesa negociadora, posee legitimación activa para invocarlo. En efecto, según dicha doctrina, “Aunque en el ámbito funcional tengamos dicho que, por las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos, no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que una ley establece el derecho de los sindicatos a la

negociación colectiva en ese ámbito, tal derecho se integra como contenido adicional del de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de éste, bien que con la configuración que le dé la Ley reguladora del derecho de negociación colectiva, siendo en ese plano de la legalidad donde pueden establecerse las diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito laboral y funcional y el derecho a ella de los sindicatos, no así en el de la genérica integración del referido derecho en el contenido del de libertad sindical”.

Recordará la Sala que el derecho a la negociación colectiva funcional no consiste solamente en la posibilidad formal de sentarse a una mesa a efectuar las propuestas que se tengan por convenientes, sino que incluye el derecho a que tales propuestas sean escuchadas y la posibilidad (aunque no la garantía, obviamente) de que sean acogidas. Posibilidad, pues, que niega frontalmente el hecho de que varias de las partes de la Mesa hayan acordado previamente, en una mesa extralegal, un determinado punto y se hayan comprometido jurídicamente y con efectos vinculantes a no alterar lo pactado. Pues bien, en el presente caso no se impide la participación del Sindicato recurrente en las demás Mesas de negociación legalmente previstas, ahora bien, su ausencia en la nueva Mesa General Conjunta implicaría dejar posteriormente a este Sindicato en las futuras Mesas de Negociación ante una Administración y unos Sindicatos que previamente se han constituido jurídicamente y de antemano a no tratar nuevamente ni a resolver en sentido distinto los asuntos previamente tratados en la Mesa General Conjunta, lo que supondría una vulneración del derecho a la negociación colectiva del sindicato recurrente y, a la vez, de su derecho a la libertad sindical.

Dirá el Tribunal que “la negociación de los funcionarios públicos no ha sido legalmente atribuida a ámbitos diferentes ni superiores de la Mesa General de Negociación y las Sectoriales correspondientes, de modo que limitar las posibilidades de negociación en tal Mesa General a través de la creación *praeter legem* de un órgano de negociación con requisitos de acceso diferentes, no puede admitirse desde el punto de vista del derecho a la negociación colectiva. No debe olvidarse que la negociación colectiva de los funcionarios en un derecho constitucionalizado pero de intensísima configuración legal; de modo que si bien la ley puede establecer lícitamente ámbitos superiores e inferiores de negociación vinculando los segundos a los primeros, sin que ello pueda considerarse limitación inconstitucional del derecho, pues es la misma ley la que lo reconoce y lo regula, resulta muy distinto el caso de que ello se haga de forma puramente convencional y sin apoyo legal”.

En un sentido similar se ha pronunciado también la STSJ de Cataluña de 7 de noviembre de 2001 ante la impugnación del Acuerdo adoptado por el Consejo Metropolitano de la Entidad Metropolitana del Transporte por el que se aprueban “las bases de organización y funcionamiento de la movilidad del personal entre las instituciones metropolitanas y sus organismos autónomos y la organización y funcionamiento de la negociación colectiva”. La Sentencia estima el recurso planteado por la Generalidad de Cataluña en contra de dicho Acuerdo porque el mismo “aprueba unos pactos que, al margen y con desco-

X. Función Pública

nocimiento de la normativa estatal que regula el régimen estatutario de la función pública, establecen y crean respecto de la negociación colectiva, unos órganos unitarios de negociación ajenos a los establecidos en la legislación estatal en el ámbito de los entes locales y de alcance supralocal, desconocidos en la legislación funcional aplicable”. Asimismo, anula el contenido de dicho acuerdo porque establece un nuevo régimen de la movilidad funcional del personal funcional y laboral, siendo ésta una materia que afecta al régimen básico estatutario y que por ello está reservada a la ley.

B) El principio de jerarquía de las fuentes impide la aplicación de lo establecido en un convenio cuando éste contradiga las previsiones contempladas en Ley de Presupuestos

La STS de 21 de marzo de 2002, Ar. 4319, al igual que ya hiciera la STS de la misma fecha, Ar. 4318, se pronuncia una vez más sobre la especial naturaleza de la negociación colectiva funcional y su relación con las normas presupuestarias, aunque esta vez la Sentencia resuelve el recurso de casación presentado por la Federación de Comisiones Obreras, la Unión General de Trabajadores y su Federación de Enseñanza contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000 sobre congelación salarial. El recurso se plantea contra el acto manifestado por el Ministro de Administraciones Públicas, como representante del Gobierno ante la Mesa General de Negociación celebrada el 19 de septiembre de 1996, por el que decidió la congelación de las retribuciones de los funcionarios públicos. Esta decisión, a juicio de las partes recurrentes, suponía una infracción del Capítulo VI del Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994, en relación con los artículos 30 y siguientes de la Ley 9/1987 y del Convenio número 151 de la OIT.

El Tribunal vuelve a insistir en que en el Acuerdo impugnado no se había previsto un aumento automático de las retribuciones de los empleados públicos, sino meramente unas orientaciones o directrices que habían de presidir oportunamente la negociación de unos eventuales incrementos retributivos. Asimismo, entiende que, si bien es cierto que existe una obligación de negociar las retribuciones de los funcionarios públicos porque así lo establece el artículo 32 de la Ley 9/1987, la negociación en esta materia no tiene necesariamente que desembocar en la consecución de un aumento de las retribuciones. En definitiva, “la Administración no excluyó de manera unilateral el incremento retributivo en la negociación ni vulneró el principio de obligatoriedad de negociar de buena fe. Lo que ocurrió fue que no se consiguió llegar a un acuerdo, eventualidad que contempla el artículo 37.2 de la Ley 9/1987, en relación con el artículo 3.2.b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, para decir que corresponde al Gobierno establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los casos en que no se produzca acuerdo en su negociación”.

Tras realizar un análisis de la ya conocida doctrina del Tribunal Constitucional fijada respecto de la fijación de topes máximos salariales por las Leyes presupuestarias, recuerda la Sala que “a partir de la Ley de Presupuestos, como reconoce la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2000 (RJ 2000, 950), al resolver el recurso de casación para la unificación de la doctrina núm. 4982/1998, no cabe pedir que se cumpla lo previsto en el Convenio, pues el principio de jerarquía de fuentes hace

que lo establecido en el Convenio no sea de aplicación”. Se subraya así “la sujeción jerárquica del convenio a la ley, que se conecta en última instancia con el artículo 9.3 de la Constitución, pues existe una primacía de la norma de origen legal respecto de la norma de origen convencional en materia de derecho necesario”.

Por último, y respecto a la vinculación del Gobierno a lo previamente pactado con los sindicatos y la naturaleza de las normas presupuestarias, entiende la Sala que aun en la hipótesis de que el Gobierno estuviera obligado a incluir en el Proyecto de Ley de Presupuestos para 1997 el incremento de las retribuciones de los funcionarios previamente negociado, concurrían los siguientes aspectos: “a) La Ley de Presupuestos es una verdadera Ley y el artículo 66.2 de la Constitución no tiene otro alcance que el recalcar la singularidad de la Ley de Presupuestos como competencia específica de las Cortes, desdoblada de la genérica potestad legislativa del Estado. B) La cuantía de las retribuciones de los funcionarios es una materia reservada a la Ley de Presupuestos (art. 24.2 de la Ley 30/1984). C) Como consecuencia y siempre en la hipótesis en la que nos hemos situado, el Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994 no tenía efecto vinculante para el Poder Legislativo, como se desprende de los artículos 32 y 35 de la Ley 9/1987”.

Toda esta argumentación permite al Tribunal Supremo desestimar el recurso interpuesto por los recurrentes al considerar que existe una clara justificación de la limitación a la autonomía negocial por el papel real que juega el presupuesto como instrumento básico de protección del interés general del Estado y como principio directo de la política general que justifica, al amparo del artículo 40.1 de la Constitución, las posibles limitaciones a la autonomía negocial colectiva en la función pública que, en este caso, vienen condicionadas por los principios de legalidad, competencia, jerarquía normativa, principio de reserva de ley y principio de reserva presupuestaria, que determinan que la ley actúe como límite mínimo y máximo de la negociación colectiva funcional.

9. RETRIBUCIONES

A) Los puestos de trabajo que tienen atribuida distinta responsabilidad tienen que tener asignados un distinto complemento específico, sin que a ello obste que antes de realizarse las transferencias dichos puestos tuvieran atribuidos el mismo complemento

La STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de febrero de 2002, Ar. 442, se ha vuelto a pronunciar de nuevo sobre la naturaleza del complemento específico, reiterando la inconcusa jurisprudencia sentada al respecto. Para ser más concretos, en el presente caso un funcionario auxiliar administrativo reclamaba de la Administración la atribución de un complemento específico mayor, el mismo que había sido asignado al Jefe de Secretaría de su misma unidad, alegando que antes de producirse las transferencias en materia de educación a esta Comunidad Autónoma ambos puestos tenían asignados el mismo complemento.

X. Función Pública

La Sala, no obstante, ha desestimado el recurso interpuesto por el funcionario recurrente basándose en su especial naturaleza objetiva, ya que dicho complemento trata de retribuir la especial dificultad técnica de un determinado puesto de trabajo, la dedicación del funcionario, su responsabilidad, peligrosidad o penosidad, siendo por ello su cuantía sumamente variable, incluso entre puestos de trabajo del mismo nivel. Por ello, resulta irrelevante que antes de realizarse las transferencias dichos puestos tuvieran asignado el mismo complemento si no se logra acreditar que los mismos tienen exactamente asignadas las mismas tareas y el mismo grado de responsabilidad.

B) La asignación del complemento específico es una potestad administrativa que puede recoger todas o sólo algunas de las circunstancias a las que se refiere el artículo 23.3.b) de la Ley 30/1984

También sobre la especial naturaleza del complemento específico se ha pronunciado la STSJ de Extremadura de 30 de enero de 2002, Ar. 211, aunque en este caso el recurrente solicitaba su concesión debido a que dentro de su salario no se encontraba en su complemento específico cantidad alguna destinada a retribuir la incompatibilidad con cualquier otra actividad pública o privada. Al respecto recogerá la Sala la copiosa jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo (entre otras muchas, en sus Sentencias de 25 de junio y 28 de octubre de 1996, y de 18 de febrero de 1997) sobre este complemento, insistiendo una vez más en que la valoración de los puestos de trabajo y la asignación de un complemento específico es una potestad administrativa que puede recoger todos o algunos de los elementos recogidos en el artículo 23 de la Ley 30/1984, puesto que su fijación “deja un amplio margen dispositivo a la Administración, sin que exista una base segura para sostener que basta la concurrencia de cualquiera de los factores que menciona el precepto para que necesariamente deba establecerse el complemento (...) al margen de cualquier previsión en la relación de puestos de trabajo”.

C) Las guardias médicas son una parte de la jornada normal que han de realizar los funcionarios médicos y por ello su retribución no puede calificarse como gratificación sino como retribución ordinaria

La STSJ de Murcia de 20 de febrero de 2002, Ar. 453, vuelve a pronunciarse de nuevo sobre la naturaleza de las guardias médicas que realizan los médicos en los hospitales. En este caso se trataba de dilucidar acerca del derecho de las funcionarias recurrentes a recibir las retribuciones por este concepto durante el período que habían estado de baja por enfermedad. La Sala recoge la jurisprudencia dictada al respecto entre otras, en la STS de 31 de diciembre de 1998. En ella rechaza las pretensiones de considerar las retribuciones por guardias médicas como servicios extraordinarios a los que se refiere la letra d) del artículo 23.3 de la Ley 30/1984, toda vez que la actividad de urgencia es un servicio permanente y normal de los hospitales, por lo que el tiempo que los médicos invierten en ella no tiene encaje en los servicios extraordinarios a los que se refiere aquel artículo.

Se trata, según vuelve a confirmar esta sentencia, de “una jornada especial en relación con los demás funcionarios, consistiendo esa especialidad en que, además de la jornada

común, y con carácter de normalidad, no como hecho excepcional o extraordinario, han de desarrollar la guardia médica que en el turno de reparto les corresponda. Por lo tanto, las guardias médicas son una parte de la jornada normal que han de realizar los funcionarios médicos de la Administración demandada y, consiguientemente, la retribución satisfecha por ese tiempo de servicio no puede calificarse como gratificación sino como retribución ordinaria”. Esta argumentación acerca de la naturaleza jurídica de las guardias médicas sirve a la Sala para declarar el derecho de las funcionarias recurrentes a que se les abonen también las guardias médicas que han dejado de realizar como consecuencia de su enfermedad.

10. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

A) Cese de personal interino. No procede por prolongada inasistencia justificada al trabajo. Médica forense

La STSJ de Asturias de 24 de septiembre de 2001, Ar. 1434, estima el recurso de la actora (médica forense interina) contra la Resolución por la que se acordó el cese de la misma.

La Resolución impugnada motivó el cese de la recurrente en el hecho de haber causado ésta baja en más de una ocasión. A juicio de la Administración, la prolongada inasistencia al trabajo de la actora es incompatible con la misión del funcionario interino, que consiste en cubrir la urgencia para la que ha sido nombrado.

Sin embargo, entiende la Sala que no puede prosperar el argumento de la Administración, puesto que las bajas causadas (primero por enfermedad y después por maternidad) por la recurrente no se encuentran entre los motivos que habilitan legalmente para el cese de médicos forenses interinos (Orden de 1 de marzo de 1996, de selección, propuesta y nombramiento de personal interino de los Cuerpos de Médicos Forenses, Oficiales, Auxiliares y Agentes y de aquellos que prestan servicios en el Instituto Nacional de Toxicología). Entiende la Sala además que la pretendida urgencia del nombramiento de la funcionaria se compagina mal con la permanencia en su puesto de trabajo durante varios años. Más aún, de considerarse la baja por maternidad como causa justificante del cese se incurriría en discriminación por razón de sexo.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Planeamiento urbanístico. A) Publicación: la aprobación del PGOU debe publicarse en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma, no basta la publicación en el BOP.

B) Revisión y modificación. a) No hace falta memoria ni programa de actuación urbanística ni estudio económico-financiero para una modificación irrelevante del PGOU.

b) La modificación del PERI hecha para legalizar un edificio construido sin licencia y no previsto en la normativa anterior incurre en desviación de poder. C) Efectos: no

existe reserva de dispensación cuando el propio PGOU establece unas determinaciones urbanísticas diferentes para una parcela en atención a sus condiciones particulares.

2. Régimen urbanístico del suelo. A) Suelo urbano. a) La colindancia con zonas urbanizadas no es suficiente para expandir el suelo urbano como si fuera una mancha de

aceite. b) La consolidación debe referirse a las áreas que señale el planeamiento urbanístico y no a las que cada uno quiera interpretar. B) Patrimonio municipal del suelo.

a) Nulidad de enajenación directa y onerosa de una parcela del Patrimonio Municipal del Suelo a favor de una sociedad pública urbanística. b) Nulidad de la permuta de una

parcela del Patrimonio Municipal del Suelo a favor de una sociedad pública urbanística, por falta de expediente que acredite la necesidad. **3. Momento y valoración de las**

expropiaciones urbanísticas. 4. Ejecución del planeamiento. 5. Otorgamiento de licen-

cias urbanísticas. A) Actos sometidos a licencia de obras. a) Necesidad de obtener licencia. b) Innecesariedad de licencia de obras. B) Competencias concurrentes de las

Administraciones públicas en el otorgamiento de las licencias de obras. a) Competencia local para autorizar obras en las zonas de carreteras estatales a su paso por suelo urba-

no. b) Carácter desestimatorio del silencio administrativo de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de competencias autorizatorias concurrentes con la Administración

local. c) Concurrencia con la autorización del Organismo de Cuenca. **6. Protección de la legalidad urbanística.** A) Innecesariedad del trámite de legalización ante ilegalidad

manifiesta. B) Órgano competente para acordar la demolición de obras ilegales. C) Ejercicio de la acción pública.

1. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO

A) **Publicación: la aprobación del PGOU debe publicarse en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma, no basta la publicación en el BOP**

La STS de 17 de diciembre de 2001, Ar. 3136, considera insuficiente la publicación en el Boletín Oficial de la Provincia del acuerdo del Consello de la Xunta de Galicia que aprobó definitivamente, con fecha 29 de abril de 1993, el expediente de readaptación del PGOU de Vigo a la Ley del Suelo de Galicia. A pesar de no existir un texto legal que de modo explícito exija que se dé publicidad en el periódico oficial del órgano que efectúa la aprobación, el Tribunal lo exige por las siguientes razones:

“En primer término, la coherencia del sistema de publicidad exige que el ente que realiza la aprobación de la norma proceda a su publicación, no encomendando ni delegando en otro ente, aunque sólo sea por razones de seguridad, una función tan relevante. El hecho de que las normas aprobadas sean de un municipio no significa otra cosa que éste es el principal destinatario de las normas, pero en ningún caso puede variar la titularidad del órgano que aprueba las normas y de su responsabilidad legislativa. En segundo lugar, es indiscutible, y ha sido de modo reiterado manifestado por la doctrina y la jurisprudencia, que los planes de urbanismo conforman el derecho de la propiedad urbana. Parece, pues, evidente que esa conformación del derecho de propiedad por los planes de urbanismo, derecho de propiedad que constituye la base de nuestro sistema económico, ha de venir salvaguardada por las máximas garantías de publicidad exigibles. Finalmente, y desde la perspectiva garantista del derecho de propiedad en que nos situamos, la omisión de una referencia explícita a la publicidad en el periódico del órgano que procede a la aprobación de los planes de urbanismo, en los textos legales vigentes, no puede entenderse como una relajación del sistema de publicidad de las normas. Contrariamente, la exigencia de publicidad que sostenemos, por fundarse en el texto constitucional, no necesita de su corroboración por las leyes ordinarias. Lo que éstas hacen es añadir un plus de garantía de publicidad, exigiendo la publicidad del plan en el periódico oficial de la provincia a la que pertenezca el municipio afectado. Pero esta publicidad no elimina la exigida al ente que aprueba el Plan.”

B) **Revisión y modificación**

a) **No hace falta memoria ni programa de actuación urbanística ni estudio económico-financiero para una modificación irrelevante del PGOU**

El Ayuntamiento modificó el PGOU para permitir los usos docente, deportivo e infraestructuras básicas en determinadas partes de la Zona de Centros Terciarios. Confirmando la sentencia de instancia, la STS de 2 de julio de 2002, Ar. 6168, considera innecesaria la redacción de la Memoria, del Programa de actuación y del Estudio económico-financiero:

XI. Urbanismo

“Tratándose de modificaciones del planeamiento de escasa entidad esta Sala ha declarado que su justificación no necesita plasmarse en un documento único, sino que es aceptable (...) que tras una exposición del Área Técnica del Servicio de Planeamiento de la Gerencia Municipal de Urbanismo de Sevilla en la que se exponen las líneas generales de la reforma, se precise en cada una de las fichas gráficas del plan la justificación de la concreta modificación adoptada (Sentencias de 23 de abril de 1997 y 3 de junio de 1990). Por lo que se refiere al estudio económico-financiero y al programa de actuación urbanística, son documentos innecesarios atendida la finalidad perseguida, pues la implantación de los usos previstos ni precisa de un programa para su establecimiento ni requiere la aportación de medios públicos de ninguna clase.”

En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 21 de junio de 2002**, Ar. 5647, respecto de una modificación del PGOU consistente en el cambio de uso de una parcela del listado de equipamientos, sustituyendo el asistencial y religioso que tenía asignado por otro socio-cultural.

b) La modificación del PERI hecha para legalizar un edificio construido sin licencia y no previsto en la normativa anterior incurre en desviación de poder

La **STS de 26 de diciembre de 2001**, Ar. 5924, hace suyo el parecer de la Sentencia de instancia, que había anulado la modificación del PERI por apreciar desviación de poder en la actuación recurrida, ya que la finalidad perseguida ha sido legalizar a posteriori un edificio construido sin licencia y sin ninguna otra razón de interés público que aconsejara la legalización:

“Esta tesis es correcta (...), pues si la legalización fuera en todo caso y por sí sola expresión de un interés público, ocurriría que la evolución urbanística de las ciudades avanzaría a fuerza de ilegalidades e infracciones (posteriormente legalizadas) y no estaría basada en criterios de auténtico interés público.”

C) Efectos: no existe reserva de dispensación cuando el propio PGOU establece unas determinaciones urbanísticas diferentes para una parcela en atención a sus condiciones particulares

La Sala de instancia anuló la modificación del plan por entender que implicaba una reserva de dispensación, prohibida por el art. 57.3 TRLS de 1976, ya que su finalidad fue adaptar las determinaciones urbanísticas de una parcela al proyecto de edificación de la Jefatura Superior de Policía, cuya licencia de obras estaba tramitándose. La **STS de 18 de abril de 2002**, Ar. 4834, por el contrario, no lo entiende así:

“La prohibición de reserva de dispensación es una consecuencia de la naturaleza normativa del planeamiento y, por ello, de la eficacia general de sus disposiciones. Impide que el propio plan prevea que pueda dispensarse su cumplimiento a determinadas personas o que las autoridades encargadas de la aplicación de aquél puedan hacer excepciones a la obligatoriedad general de su observancia, que proclama el artículo 58 LS. No estamos ante

una reserva de dispensación cuando es el propio plan, en atención a las condiciones particulares de una parcela, el que establece para ella unas determinaciones urbanísticas diferentes de las que la rodean. Otra cosa es que esas determinaciones correspondan o no a un uso adecuado de las potestades planificadoras, pero desde el punto de vista del artículo 57.3 LS, ello no constituye una reserva de dispensación, por lo que este motivo de casación ha de ser estimado.”

2. RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL SUELO

A) Suelo urbano

a) La colindancia con zonas urbanizadas no es suficiente para expandir el suelo urbano como si fuera una mancha de aceite

Como es sabido, a partir de la reforma de la Ley del Suelo de 1976 la clasificación de un terreno como suelo urbano depende del hecho físico de la urbanización o de la consolidación y es ajena al arbitrio de la Administración. En relación con el primer criterio, la jurisprudencia requiere que la parcela tenga los servicios urbanísticos como efecto de la acción urbanizadora planificada y no basta que pasen por allí casualmente, como ocurre por el hecho de lindar desde fuera con la malla urbana. La **STS de 14 de diciembre de 2001**, Ar. 1796, lo resume así:

“No es suficiente, se ha dicho, que ocasionalmente tengan los servicios urbanísticos a pie de parcela, porque pasen por allí casualmente, sino que deben estar dotados de ellos porque la acción urbanizadora haya llegado al lugar de que se trate. La Sentencia de 4 de febrero de 1999 declara, así, que no es suficiente que el terreno tenga los servicios urbanísticos cuando el mismo no se encuentra en la malla urbana y la de 1 de junio de 2000 precisa que el suelo urbano sólo llega hasta donde lo hagan los servicios urbanísticos que se han realizado para la atención de una zona urbanizada, y ni un metro más allá. No cabe clasificar como urbano un terreno que linda con urbanizaciones consolidadas pero que está separado de ellas por la voluntad del Municipio de mantener el suelo urbano en el límite de las urbanizaciones existentes. Dicho en otros términos: el suelo urbano no puede expandirse necesariamente como si fuera una mancha de aceite mediante el simple juego de la colindancia de los terrenos con zonas urbanizadas, como advierte la Sentencia de 12 de noviembre de 1999 a propósito de un caso de suelo no urbanizable. Y todo ello porque, como ya apuntó en similar sentido la Sentencia de 3 de abril de 1996, en algún punto del terreno ha de estar el límite entre el suelo urbano y el no urbanizable cuando el planificador, usando su potestad, ha previsto el crecimiento urbano en otro lugar y no quiere interponer entre los dos un suelo urbanizable.”

b) La consolidación debe referirse a las áreas que señale el planeamiento urbanístico y no a las que cada uno quiera interpretar

La STS de 27 de diciembre de 2001, Ar. 5794, insiste igualmente en el requisito de que los terrenos se encuentren en la malla urbana y además aclara, en relación con el criterio de la consolidación, cuál es el área que debe considerarse a estos efectos:

“Las áreas a que se refiere el artículo 78.a) del TRLS de 1976 son las señaladas en el Plan o las Normas Subsidiarias (‘en la forma que aquél determine’ dice ese precepto), y no las que cada intérprete señale a su voluntad. Diseñar un área que incluya todo el suelo del casco urbano de Benasque para así considerar también como urbano otro tanto de suelo que no lo es, constituye un proceder erróneo y permitiría, con el señalamiento particular de unas áreas u otras, un urbanismo a la carta, contrario a la idea de planificación que es básica en el ordenamiento del suelo.”

Debemos recordar, no obstante, que el citado artículo ha quedado derogado por el art. 8.a) de la LRSV de 1998, que remite a la legislación urbanística (autonómica o, en su defecto, reglamentaria estatal vigente) la forma y características que determinan esa “consolidación por la edificación”.

B) Patrimonio municipal del suelo

a) Nulidad de enajenación directa y onerosa de una parcela del Patrimonio Municipal del Suelo a favor de una sociedad pública urbanística

La STS de 29 de noviembre de 2001, Ar. 3133, confirma la nulidad del Convenio urbanístico suscrito entre el Instituto Riojano de la Vivienda, SA y el Ayuntamiento de Logroño para la enajenación directa y onerosa de una parcela del Patrimonio Municipal del Suelo a favor del primero. Entiende el Tribunal que tal enajenación no tiene apoyo jurídico en el art. 170.1.a) TRLS de 1976, ya que los estatutos del citado instituto no lo definen como una entidad de carácter benéfico social. Y tampoco en el art. 2.2 RD-Ley 3/1980, de 14 de marzo, sobre promoción del suelo y agilización de la gestión urbanística, pues aun considerando que el citado Instituto fuera una Administración tendría que haberse realizado a título gratuito.

b) Nulidad de la permuta de una parcela del Patrimonio Municipal del Suelo a favor de una sociedad pública urbanística, por falta de expediente que acredite la necesidad

Por su parte, la STS de 15 de junio de 2002, Ar. 5932, confirma la nulidad del Convenio urbanístico por el que el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria transmitía a la mercantil Gestión Urbanística de Las Palmas, SA una parcela a cambio de otra (entre otras contraprestaciones). Entiende la Sentencia que, aun en el supuesto del art. 166 TRLS de 1976, la permuta exige un expediente en el que se acrediten las concretas razones de su necesidad, ya que se trata de una excepción al procedimiento general de enajenación de bienes inmuebles que es la subasta.

3. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

La STC 61/1997 no anula los arts. 46, 48 y 49 del TRLS de 1992, por lo que la valoración del terreno no urbanizable ha de ser con arreglo al valor inicial.

En este sentido se pronuncian las SSTS de 9 de abril de 2002, Ar. 3351, y de 30 de abril de 2002, Ar. 5073, que en sus FFJJ 3º y 4º, respectivamente, concretan:

“(…) la controversia suscitada en el presente recurso se contrae en exclusiva, pues, a la valoración del terreno expropiado, considerado como no urbanizable, la cual, en armonía con lo dispuesto en los artículos 46, 48 y 49 del Texto Refundido (...) de 1992, no anulados por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997 (...), ha de ser tasado con arreglo al valor inicial, ‘que se determinará aplicando los criterios contenidos en las disposiciones que regulan las valoraciones catastrales del suelo de naturaleza rústica, sin consideración alguna de su posible utilización urbanística’ y, en consecuencia, ha de acudirse a lo establecido en la Ley 39/1988, (...) Reguladora de las Haciendas Locales, advirtiendo ya de principio que (...) en modo alguno cabe acudir a la mera actualización de los valores catastrales correspondientes a la antigua contribución territorial rústica, mediante la aplicación del coeficiente del 3 por ciento establecido para el ejercicio de 1990, en la Disposición Transitoria Segunda de la precitada Ley de 1988, u otros superiores señalados en las Leyes Presupuestarias posteriores, sino que ha de atenderse a los criterios que determinan, a las modalidades establecidas para la fijación de los nuevos valores catastrales del IBI: el artículo 66 de idéntico texto legal prescribe, en términos de generalidad, que se tomará como valor de los bienes inmuebles el catastral de los mismos con referencia al valor de mercado de aquéllos, sin que en ningún caso pueda exceder de éste, para en el 68.2 considerar como fórmula de valoración ‘la capitalización al interés que reglamentariamente se señale de las rentas reales o potenciales de los terrenos rústicos (...)’ y como no había sido concretado el tipo de interés para capitalizar (...) las revisiones catastrales, es por lo que (...) procedía aplicar el método subsidiario del artículo 68.2 ‘atendiendo al conjunto de factores técnico-agrarios y económicos y otras circunstancias que les afecten, sin computar su posible utilización urbanística’ (...)”

4. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

Estudios de Detalle.

El TS, en sendas Sentencias de 23 de mayo y 20 de junio de 2002, Ar. 4421 y 4422, respectivamente, tiene que discernir sobre la virtualidad que poseen los Estudios de Detalle en relación con el establecimiento de rasantes. El problema que se discute en ambos supuestos es hasta qué punto puede fijar dicho instrumento los rasantes al margen de lo establecido en el PGOU.

En primer lugar, el TS discute sobre el concepto de “rasante” e indica que “es cierto que no existe una definición legal de rasante pero eso no significa que sea un concepto arti-

XI. Urbanismo

ficial que pueda ser establecido arbitrariamente por el Plan y, menos aún, por un Estudio de Detalle. Existen muchas determinaciones del Plan General de Ordenación –número de plantas y altura edificables, ocupación de parcela– cuya aplicación requiere el establecimiento de la cota de la fachada que constituye la rasante” (FJ 4º de la segunda sentencia citada), y no puede admitirse, continúa el Tribunal, que la interpretación de estos conceptos dependa del señalamiento de una rasante realizado por un Estudio de Detalle, el cual, carece de virtualidad para modificar aquellas determinaciones del PGOU.

Y entra el TS a indicar la idea genérica de “rasante” al señalar que el Plan contiene unas determinaciones, por ejemplo, número máximo de plantas, edificabilidad sobre rasantes,... que: “sólo se conciben partiendo de la existencia de una idea de rasante que coincide con la natural del terreno, aunque como es lógico, no haya de ajustarse exactamente a él. Precisamente por eso se hace necesario el señalamiento de rasantes, para marcar la cota de los viales superando las irregularidades del terreno, lo que significa que la cota natural de esto no tiene que coincidir necesariamente con la de las rasantes, pero que tiene que ser una referencia obligada en su fijación” (FJ 4º de la segunda sentencia citada).

Y así, concluye el TS, que los Estudios de Detalle no pueden manipular a voluntad la rasante del terreno, pues en tal caso se estarían quebrantando las normas sobre limitación de altura y plantas y usos sobre el suelo y subsuelo, indicando que la misión que a los Estudios de Detalle otorga el art. 65.1 RGU de 1978 es establecer las rasantes completando o reajustando las que estuvieran señaladas en el suelo urbano por el Plan General, Normas o Proyectos, pero no inventarse las rasante a su voluntad.

5. OTORGAMIENTO DE LICENCIAS URBANÍSTICAS

A) Actos sometidos a licencia de obras

a) Necesidad de obtener licencia

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 11 de junio de 2002, Ar. 5930, declara que sí resulta necesaria la licencia de obras para la realización de actuaciones en el dominio público local, concretamente para el tendido de subconductos y cables telefónicos en las instalaciones subterráneas ya existentes, ya que dicha exigencia está prevista en el art. 77 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales, –en sintonía con la Ley 31/1987, de 12 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones–, que determina que el uso común especial normal de los bienes de dominio público de las entidades locales se sujetará a licencia, que será otorgada directamente ajustada a la naturaleza del dominio y a los actos de su afectación.

b) Innecesariedad de licencia de obras

La STS de 2 de abril de 2002, Ar. 3850, desestima el recurso de casación interpuesto contra la denegación de una denuncia urbanística formulada ante el Ayuntamiento de Sevilla. Las obras cuya validez se combatía las venía realizando el propio consistorio

andaluz, y consistían en la construcción de las infraestructuras del mercado provisional y la concreción específica de los puestos de venta en tanto durase la rehabilitación del Mercado de Triana.

Para la Sala, la finalidad de la licencia de obras no es otra que controlar por parte del Ayuntamiento los proyectos presentados para dilucidar su conformidad a la normativa urbanística. Por tanto, “(...) cuando tales proyectos son realizados por el propio Ayuntamiento es lógico deducir que tal necesidad objetiva de licencia, plasmada formalmente en la correspondiente autorización, resulta innecesaria, al ser el propio órgano competente para controlar el ajuste de la obra a la normativa urbanística vigente el autor del correspondiente proyecto a finalizar, lo que por sí mismo conlleva esa autorización” (FJ 5°).

A esta misma conclusión de no requerir licencia de obras es a la que llega el **Tribunal Supremo** en su **Sentencia de 1 de abril de 2002**, Ar. 3843, respecto de las obras que se realicen en la zona de servicio de un puerto y sean propiamente construcciones o instalaciones portuarias (es decir, obras públicas de interés general), según la interpretación que del art. 19.3 de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (Ley 27/1992, de 24 de noviembre), efectúa el Tribunal Constitucional en su Sentencia 40/1998, de 19 de febrero.

B) Competencias concurrentes de las Administraciones públicas en el otorgamiento de las licencias de obras

a) Competencia local para autorizar obras en las zonas de carreteras estatales a su paso por suelo urbano

La STS de 19 de octubre de 2001, Ar. 5849, resuelve sobre la invalidez de unas resoluciones administrativas denegatorias de licencia de obras y orden de demolición de una nave en las inmediaciones de una carretera nacional, señalando que la autorización para la ejecución de las obras que hayan de ser realizadas en las zonas de carreteras estatales a su paso por el suelo urbano, –bien se trate de zonas de dominio público de los tramos urbanos, bien se trate de las zonas de servidumbre y afección de dichos tramos, bien de las travesías de carreteras estatales–, corresponde otorgarlas a la Administración municipal, con o sin informe vinculante de la Administración estatal, según los casos. Dicha previsión se encuadra en el art. 39 de la Ley 25/1988, de 29 de julio, de Carreteras.

b) Carácter desestimatorio del silencio administrativo de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de competencias autorizatorias concurrentes con la Administración local

En la STS de 25 de febrero de 2002, Ar. 4827, se discute sobre la validez de un acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Torrejón de Ardoz en virtud del cual se entendía otorgada la autorización autonómica requerida para la realización de obras de construcción de un centro comercial y recreativo por el mecanismo del silencio administrativo.

XI. Urbanismo

El Tribunal Supremo rechaza este argumento al entender, siguiendo otras resoluciones dictadas por la propia Sala, que este supuesto, –aprobación de proyectos de instalaciones o edificaciones en suelo no urbanizable en virtud de interés público o utilidad social, se trata de una competencia compartida entre los municipios y las Comunidades Autónomas, expresada a través de un procedimiento bifásico en el curso del cual cada uno de esos órganos tienen reconocida y ejercen su propia competencia. Por tal motivo, a la autorización que corresponde otorgar al órgano autonómico competente no puede aplicársele la disposición legal sobre el silencio positivo contenida en el art. 95 de la antigua LPA, sino que es necesario la previa denuncia de mora dentro de los plazos necesarios, debiendo entenderse, en caso de silencio de la Administración superior, desestimada la petición o solicitud de autorización.

También sobre un supuesto de competencia compartida se pronuncia la **STS de 3 de diciembre de 2001**, Ar. 4912, en la que, siguiendo otros pronunciamientos expresados en el mismo sentido, se declara la nulidad radical de una licencia por la omisión de la autorización previa de la Comisión de Urbanismo que exige el art. 44 del Reglamento de Gestión Urbanística en relación con el 43.3 del TRLS, respecto de la instalación en suelo no urbanizable.

c) Concurrencia con la autorización del Organismo de Cuenca

La discusión que se plantea en la **STS de 20 de diciembre de 2001**, Ar. 6051, es acerca de la validez de una licencia municipal concedida para la realización de obras en la zona de policía de cauces sin haber obtenido con carácter previo la autorización del Organismo de Cuenca competente. Para la Sala juzgadora, de los preceptos de la Ley de Aguas y del Reglamento del Dominio Público Hidráulico no se desprende que la autorización de los organismos de cuenca haya de ser previa a la que corresponde a las autoridades municipales y que esta naturaleza invalide la licencia municipal otorgada.

Abonan, en opinión de la Sala, esta conclusión, las siguientes consideraciones:

“A) Las autorizaciones que los preceptos citados contemplan lo son en previsión de ‘construcciones’: no existen tampoco, en ellos una prohibición expresa de otorgamiento de otras licencias sin disponer previamente de la de los organismos de cuenca. B) El procedimiento de otorgamiento de licencias que se contempla en los artículos 52 al 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).

6. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

A) Innecesidad del trámite de legalización ante ilegalidad manifiesta

Siguiendo la jurisprudencia recaída sobre la innecesidad del trámite de legalización en los supuestos de que las obras ejecutadas sean manifiestamente ilegales, la **STS de 18 de julio de 2002**, Ar. 6134, desestima el recurso interpuesto frente a la orden de demolición de una nave acordada por el Ayuntamiento de Albacete.

B) Órgano competente para acordar la demolición de obras ilegales

A juicio del **Tribunal Supremo**, en su **Sentencia de 21 de mayo de 2002**, Ar. 5926, el hecho de que el acuerdo de demolición de unas obras ilegales haya sido adoptado por la Comisión de Gobierno no significa que éste arrastre un vicio de nulidad por manifiesta incompetencia del mismo, ya que tal competencia ha sido cuestionada doctrinal y jurisprudencialmente como problemática, aún cuando se haya llegado a la conclusión, en general, de la competencia del Pleno para la misma, conforme a la referencia genérica al “Ayuntamiento” contenida en el art. 184.3 de la Ley del Suelo de 1976. Además, en el supuesto aquí enjuiciado se procedió a la subsanación del acuerdo por el Pleno Municipal.

C) Ejercicio de la acción pública

La naturaleza jurídica de la acción pública para la protección de la legalidad urbanística como mecanismo de posible utilización por las asociaciones que persigan este interés se expresa en el FJ 3º de la **STS de 20 de mayo de 2002**, Ar. 4488, de la siguiente manera:

“Dicha Asociación está legitimada, por el simple interés cívico que asiste a cualquiera (como *quavis de populo*) a que se cumpla la legalidad urbanística, para el ejercicio de la acción pública, que es la que reconoce el artículo 304 del TRLS de 1992. Para el ejercicio de la acción pública basta el mero interés al cumplimiento de la legalidad; la misma comprende, desde luego (...), no sólo la posibilidad de solicitar la anulación de actos contrarios a Derecho mismo sino también la de pedir y obtener todas las medidas que exija el restablecimiento de la legalidad urbanística vulnerada (...).”

Para la **STS de 25 de abril de 2002**, Ar. 4306, este instrumento permite, pero no obliga, al ejercicio de esta acción y no puede considerarse abusivo su ejercicio cuando se ejercita en unos casos sí y en otros no.

Por lo que se refiere a los plazos en los que es posible el ejercicio de esta acción contra los efectos de una licencia, la **STS de 4 de abril de 2002**, Ar. 4419, mantiene que los mismos son distintos según que haya habido notificación individualizada o publicación de

XI. Urbanismo

la autorización o, alternativamente, que no haya existido ese acto de comunicación. En el primer caso, el plazo del mes se cuenta desde que dicho acto se produjo, mientras que el segundo desde que termina los plazos legalmente establecidos.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

CONSUELO ALONSO GARCÍA

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

RUBÉN SERRANO LOZANO

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL**Sumario:**

- 1. Consideración previa. 2. Bienes locales.** A) Desafectación de los bienes de dominio público. Desafectación de viviendas de maestros de titularidad municipal.
 B) Enajenación onerosa de bienes municipales. Requisitos para poder permutar un bien. C) Enajenación gratuita de bienes municipales. Limitación de las entidades beneficiarias. D) Utilización de los bienes de uso público. Limitación de las competencias municipales. E) Utilización de los bienes municipales. Uso común especial.
 F) Prerrogativas de las Entidades locales. Deslinde. Competencia de los tribunales ordinarios para conocer de las cuestiones relativas a la propiedad de los bienes deslindados.
 G) Prerrogativas de las Entidades locales. Recuperación de oficio. **3. Aguas continentales.** A) Aguas subterráneas: régimen sancionador. B) Comunidades de Regantes: constitución. C) Obras hidráulicas: la construcción de la Presa de Itoiz. D) Régimen económico-financiero: canon de regulación y tarifa de utilización del agua; impuesto de bienes inmuebles respecto de centrales hidroeléctricas; canon de vertido. E) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento a poblaciones. **4. Carreteras.**
 A) Accesos. Interés público: denegación procedente. B) Infracciones y sanciones: obras en zona de dominio público. C) Obras en las zonas colindantes con las carreteras: diversas cuestiones. **5. Montes. 6. Minas.** A) Expropiación de explotaciones mineras. B) Aprovechamientos mineros: Sección "A". **7. Patrimonio cultural.** A) Bienes de interés cultural. B) Planes especiales de protección. **8. Vías pecuarias: deslinde de cañada.**

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi correspondiente a 2002 desde la sentencia 2251 (cuadernillos 11 al 22) y se ha revisado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional aparecida hasta la 190/2002.

2. BIENES LOCALES

A) Desafectación de los bienes de dominio público. Desafectación de viviendas de maestros de titularidad municipal

En la STS de 25 de febrero de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2542, se reitera jurisprudencia citada en números anteriores de esta Revista sobre el mantenimiento del derecho a casa-habitación de los profesores en aquellos edificios municipales que estuvieran destinados a este fin educativo y la necesidad de proceder a su previa desafectación para desalojar a los ocupantes de las mismas, con la preceptiva autorización de la Administración educativa y el cumplimiento del procedimiento especial contemplado en las normas.

B) Enajenación onerosa de bienes municipales. Requisitos para poder permutar un bien

Para poder permutar un bien es necesario cumplir las formalidades previstas en la legislación de régimen local vigente, siendo nula en caso de no observarse éstas. Así, en la STS de 15 de junio de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 5932, se afirma que la Sala no niega que las Corporaciones locales pueden disponer mediante permuta de sus bienes patrimoniales. Simplemente declara que la regla general es la enajenación mediante subasta, y que la permuta sólo es admisible previo expediente en el que queda asegurada su necesidad, expediente que en el caso enjuiciado no se ha observado y esta tesis corresponde a la mantenida por esta Sala en Sentencias de 31 de enero de 2000 y 24 de abril de 2001. En efecto, en la última de estas Sentencias se declara que la subasta pública es la regla general en la enajenación de los inmuebles de los Entes locales, según resulta de lo establecido en el artículo 112 del RBEL de 1986, y en términos parecidos se pronuncia el artículo 168 de la Ley del Suelo de 1976.

El significado de esa regla, sigue diciendo la Sentencia citada, va más allá de ser una mera formalidad secundaria o escasamente relevante, pues tiene una estrecha relación con los principios constitucionales de igualdad y eficacia de las Administraciones públicas que proclaman los artículos 14 y 103 de la Constitución. Y la razón de ello es que, a través de la libre concurrencia que es inherente a la subasta, se coloca en igual situación a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales, y, al mismo tiempo, se amplía el abanico de las opciones posibles del Ente local frente a los intereses públicos que motivan la enajenación de sus bienes. Es en el marco de la idea anterior como ha de ser interpretado el artículo 112.2 del RBEL.

Ello conduce a que la exigencia del expediente que en este precepto se establece para, a través de la permuta, excepcionar esa regla general de la subasta, únicamente, podrá considerarse cumplida cuando, no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a aquélla (la permuta) no ya como una conveniencia sino como una necesidad. Y esto último lo que exigirá, a su vez, será dejar constancia: de los intereses o necesida-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

des públicas de cuya atención se trata; de las razones por las que para dicha atención son más convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta; y de la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y no por otros medios.

C) Enajenación gratuita de bienes municipales. Limitación de las entidades beneficiarias

En la STS de 26 de febrero de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2625, se examina la validez de la cesión gratuita de determinados bienes realizada por un Ayuntamiento a una empresa municipal. Para ello se parte del tenor del artículo 79.2 del TRLRL de 1986. En él se dispone que los bienes inmuebles patrimoniales no podrán cederse gratuitamente salvo a entidades o instituciones públicas y para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a las instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro. Principio que es corroborado por el artículo 109.2 del RBEL de 1986.

Dentro de las entidades públicas a las que cabe realizar la cesión para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal no pueden figurar las empresas privadas de capital municipal ordenadas a la gestión directa de los servicios municipales de promoción de la vivienda. La posibilidad de gestión directa de los servicios está reconocida en los preceptos del ordenamiento básico estatal de régimen local que han sido ya recogidos. Sin embargo, una empresa no adquiere el carácter público por el hecho de constituir instrumento de gestión de un servicio público, aun cuando esté vinculada desde el punto de vista económico a un ente público garantizada por la titularidad de su capital. El carácter público de una entidad sólo deriva de su sometimiento a un régimen de derecho público, y no puede residir en que su actuación tenga por objeto un servicio público o vaya encaminada a lograr fines que redunden en beneficio de los habitantes de Municipio.

Sin embargo, sigue diciendo la STS mencionada, la Sentencia de esta Sala de 29 de septiembre de 1992, declara que la limitación general de la cesión de terrenos a una sociedad mercantil que pudiera derivarse de los artículos 79.2 del TRLRL de 1986 y 109.2 del RBEL debe armonizarse con el supuesto excepcional del artículo 166 de la Ley del Suelo de 1976, que permite, como medida excepcional de fomento a la edificación, la cesión de terrenos a título gratuito para atender necesidades de carácter social, sin limitación alguna en orden a la naturaleza o finalidad de los beneficiarios y por su carácter especial debe primar sobre la norma general, cuando concurra su concreto supuesto de hecho. En el caso concreto no se demuestra por el recurrente que no resulta aplicable dicho precepto o que no se persiguen las finalidades reseñadas en el mismo.

D) Utilización de los bienes de uso público. Limitación de las competencias municipales

En la STS de 18 de junio de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8744, se reitera jurisprudencia anterior, comentada en esta Revista, sobre las competencias del Ayuntamiento para autorizar la ocupación de los bienes municipales por parte de las empresas de tele-

comunicaciones. En concreto, en ella se dice que esta Sala tiene recientemente declarada en Sentencia de 24 de enero de 2000 que los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones por su término municipal utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. Ello no es obstáculo al derecho que lleva aparejada la explotación de servicios portadores o finales de telecomunicación (la titularidad que corresponde a los operadores) de ocupación del dominio público, en la medida en que lo que requiera las infraestructuras del servicio público de que se trata.

Asimismo, en la Sentencia se afirma que la competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente Municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales. Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones, y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos en diversos aspectos. No obstante, el ejercicio de la competencia municipal en orden al establecimiento de exigencias esenciales derivadas de los intereses cuya gestión encomienda el ordenamiento a los Ayuntamientos no puede entrar en contradicción con el ordenamiento ni traducirse, por ende, en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resultan desproporcionadas.

E) Utilización de los bienes municipales. Uso común especial

El tendido de subconductos y cables telefónicos de instalaciones subterráneas se configura como un uso común especial sometido a licencia, que será otorgada directamente, ajustadas a la naturaleza del dominio y a los actos de su afectación, de conformidad con el artículo 77 del RBEL de 1986. Dicha previsión está en sintonía con las reglas contenidas en la Ley de Ordenación de Telecomunicaciones de 1987, toda vez que conforme dispone el artículo 17 en relación con el 18 de esta ley, cuando se trate de autorizaciones del uso del dominio público municipal, deben otorgarse conforme a lo dispuesto en la legislación de régimen local (STS de 11 de junio de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 5930).

F) Prerrogativas de las Entidades locales. Deslinde. Competencia de los tribunales ordinarios para conocer de las cuestiones relativas a la propiedad de los bienes deslindados

Reiterando jurisprudencia anterior, se afirma en la STS de 17 de abril de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3702, que la competencia para pronunciarse sobre la propiedad de un terreno que ha sido objeto de un deslinde administrativo y que el particu-

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

lar considera suyo corresponde a los tribunales ordinarios y no a la jurisdicción contencioso-administrativa, y ello es así, aunque la Administración se hubiera equivocado en las notificaciones realizadas al particular y le hubiera señalado otra jurisdicción.

G) Prerogativas de las Entidades locales. Recuperación de oficio

En la STS de 22 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3444, se afirma que para que puedan ejercitarse las potestades que otorga la legislación de régimen local debe procederse a la apertura de expediente y con las debidas garantías. Requisitos que deben concurrir para ejercitar la potestad de recuperación de oficio. En el caso concreto se enjuicia un acto administrativo que se funda en supuestas potestades sobre el suelo y que se motiva de modo incorrecto en una legislación urbanística que no es de aplicación, por lo que en realidad no se está ejercitando la potestad de recuperación de oficio de terrenos de dominio público indebidamente ocupados, sino otras potestades infundadas e insuficiente motivadas. En definitiva, se ha ejercitado por el Ayuntamiento una potestad distinta de la otorgada por la normativa vigente para la recuperación de oficio de los terrenos de dominio público y además en el caso de autos las normas sobre disciplina urbanística no amparan la retirada del kiosco.

Asimismo, debe probarse por parte del Ayuntamiento que se ha producido una ocupación de los bienes públicos por los particulares, en el caso de que hubiera algún tipo de duda. Prueba que se realiza sin perjuicio de la competencia de los tribunales ordinarios para que los particulares aleguen lo que estimen oportuno con respecto a las cuestiones de propiedad planteadas (STS de 9 de enero de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1148).

Condiciones mencionadas que se sistematizan en la STS de 14 de mayo de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5722. En ella se afirma que en la legislación de régimen local se reconoce a las Entidades locales la prerrogativa de recuperar por sí mismos, en cualquier momento, la posesión de sus bienes de dominio público, siguiendo una tradición histórica centenaria que les dispensa de la carga de accionar ante los tribunales para recuperar aquella posesión perturbada. Pero la facultad de recuperar la posesión de los bienes de dominio público está sujeta a determinadas condiciones, cuyo cumplimiento legitima esta modalidad de actuación administrativa particularmente intensa que permite a los Ayuntamientos restablecer por sí mismos la situación posesoria preexistente, mediante la utilización de todos los medios compulsorios legalmente admitidos.

La primera de dichas condiciones es, justamente, que el bien objeto de la recuperación no sólo esté previamente identificado, sino que haya venido siendo poseído, de hecho, por la Administración municipal en circunstancias tales que resulte acreditado su previo uso público, esto es, su afectación real al concreto destino que justifica la inclusión de dicho bien en el dominio público. La segunda, que es propia de cualquier interdicto, consiste en la existencia de una perturbación de la posesión por parte de terceras personas. Y la tercera condición es seguir el procedimiento previsto en el artículo 71.1 del RBEL de 1986, sin que la remisión que en él se hace al artículo 46 pueda ir más allá de

las formas de iniciación. En lo demás, los trámites quedan cubiertos por el acuerdo previo de la Corporación y la audiencia de los interesados. No hay plazo de ejercicio, al tratarse de un bien de dominio público, cuya recuperación es procedente en cualquier tiempo.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Aguas subterráneas: régimen sancionador

Como es sabido, en materia sancionadora rige el principio de reserva de ley y el de tipicidad. Partiendo de dicha premisa, en la **STS de 21 de diciembre de 2001**, Ar. 4916 de 2002, se reconoce el acierto de la Sentencia impugnada en cuanto anulaba el artículo 8 de una Resolución de la CH del Guadiana sobre “Modificación para 1994 del régimen de explotación del Acuífero de la Mancha Occidental”. El citado artículo 8 se refería a que los propietarios de máquinas de sondeos que ejecutasen trabajos sin cerciorarse previamente de que el propietario del terreno contaba con la autorización de la Confederación Hidrográfica podrían ser sancionados y precintada cautelarmente la maquinaria utilizada. En efecto, ni el artículo 108 Lag. de 1985 (aplicable en ese momento), ni los artículos 314 y siguientes del RDPH que desarrollan aquél contemplan dicha infracción, por lo que la anulación de ese extremo es correcta.

B) Comunidades de Regantes: constitución

La **STS de 20 de marzo de 2002**, Ar. 4172, confirmando la Sentencia de instancia, declara válida la resolución de la CH del Guadalquivir que aprobó la constitución de una Comunidad de Regantes. El recurrente pretendía que se incluyese también en dicha Comunidad a los usuarios de otra toma, pero al no haber sido aprobado así por la Junta General, ha de estarse a lo previsto en el artículo 202.2 del RDPH, que no configura como algo obligatorio esa agrupación, sino como una posibilidad.

C) Obras hidráulicas: la construcción de la Presa de Itoiz

Al controvertido caso de la Presa de Itoiz se refiere la **STS de 18 de mayo de 2002**, Ar. 4519. En esta ocasión se resuelve el recurso de revisión interpuesto por la Asociación representativa de la oposición al embalse y que pretende la anulación de la STS de 14 de julio de 1997. Como se recordará, por esta última decisión se anuló en parte la Sentencia de la AN de 29 de septiembre de 1995, por cuanto ésta consideraba la totalidad del Proyecto no conforme a derecho, de modo que en la citada STS de 1997 se concretó la invalidez de lo proyectado sólo en la parte que afectaba a los 500 metros de la zona de protección de las reservas naturales RN 9, 10 y 11.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Para el TS, configurándose el recurso de revisión como algo excepcional, y que únicamente cabe atender si concurren las causas tasadas del art. 102 LJ, puede concluirse con que en el presente litigio el “Informe sobre las posibilidades de deslizamiento de la ladera izquierda del Embalse” que se aduce por la parte recurrente no es calificable como documento decisivo en los términos del artículo 102.1.a) LJ, ni dejó de aportarse por fuerza mayor. Por el contrario, al constar en archivos o registros públicos pudo aportarse como prueba en los recursos antecedentes, y no se hizo, por lo que el recurso de revisión es improcedente.

D) Régimen económico-financiero: canon de regulación y tarifa de utilización del agua; impuesto de bienes inmuebles respecto de centrales hidroeléctricas; canon de vertido

Siguiendo jurisprudencia anterior [así, STS de 2 de octubre de 1999 –crónica XII.3.G) del núm. 8 de esta Revista–] la **STS de 23 de marzo de 2002**, Ar. 2438, entiende en un asunto relativo al canon de regulación de unos embalses situados en la cuenca del Segura que el cómputo del interés a que se hace referencia en el artículo 4.1 de la Ley de 7 de julio de 1911 (ejecución por el Estado con auxilio de los interesados) es un interés simple o legal, ya que faltando convenio sobre ello no puede pretenderse que se trate de un interés compuesto (arts. 1108 y 1109 CC).

Como en otras Sentencias [v.gr. STS de 19 de octubre de 2001 –crónica XII.3.D) del núm. 17 de *Justicia Administrativa*–] en la **STS de 27 de marzo de 2002**, Ar. 3542, se afirma la validez de una liquidación girada en concepto de canon de regulación a una Comunidad de Regantes de la región de Murcia y que era objeto de controversia. Según el Alto Tribunal, los regadíos tradicionales (anteriores a 1933) no están exentos del mencionado canon cuando se benefician por la construcción de embalses, y por tanto, no cabe extraer del artículo 5 del Decreto de 25 de abril de 1953 dispensa del abono de esta exacción. Lo que viene a decir el Decreto citado (aplicable a los aprovechamientos hidráulicos de la cuenca del Segura) es que los regadíos posteriores a 1933 deberán abonar una cantidad adicional dentro del canon de regulación, que compense a las empresas eléctricas por el desembalse causado para hacerlos posibles, cantidad de la que se exoneran por el contrario los regadíos tradicionales.

Por otro lado, la **STS de 2 de abril de 2002**, Ar. 3545, estima no ajustada a derecho la aprobación de tarifas de riego y canon de regulación del subsistema del pantano de Alarcón para 1984 que se había girado a la Unidad Sindical de Usuarios del Júcar. No concurre en este supuesto el hecho imponible previsto en el artículo 2 de los Decretos 133/1960 y 144/1960, ya que la construcción del embalse de Alarcón se realizó a expensas de los usuarios agrícolas e industriales en su totalidad, sin que el crédito o anticipo reintegrable del Estado, signifique que éste contribuyese a su financiación o ejecución en el sentido de aquel precepto.

Fuera de dicha problemática, cabe destacar cómo en la **STS de 1 de abril de 2002**, Ar. 3543, se realiza una interpretación del artículo 310 del RDPH para resolver el asunto discutido. Este precepto, referido a las tarifas de utilización del agua, dispone que cuando la

tarifa no pueda ser puesta al cobro en el ejercicio corriente debido a retrasos motivados por cualquier causa, el Organismo gestor podrá aplicar provisionalmente la última aprobada que haya devenido firme. Como resalta el TS, no puede prosperar el argumento del Abogado del Estado acerca de que la Sentencia de instancia ha infringido el artículo 310 RDPH, ya que el giro de liquidaciones provisionales no autoriza a aplicar en las definitivas posteriormente practicadas, tarifas que no estaban en vigor cuando se produjeron las primeras (FJ 2°).

También referida a la tarifa de utilización del agua se encuentra la **STS de 25 de mayo de 2002**, Ar. 4620. En ella se afirma la necesidad de que se realice por la CH del Guadalquivir una nueva liquidación para el año 1987 por ese concepto en relación con la Comunidad de Regantes del Valle Inferior. En efecto, quedó demostrado que las obras que integraban su sistema regable no fueron construidas íntegramente por el Estado, sino en parte por la propia Comunidad, de manera que no concurría el requisito que exigía en ese momento el artículo 106.2 Lag. de 1985 para su exacción (“otras obras hidráulicas específicas realizadas íntegramente a cargo del Estado”). No obstante, hay que apuntar que esa exigencia normativa se ha eliminado por el TR de Lag. de 2001, cuyo art. 114.2 alude a obras específicas financiadas total o parcialmente a cargo del Estado, respecto de la tarifa de utilización del agua.

En otro orden de ideas, la **STS de 29 de mayo de 2002**, Ar. 4624, siguiendo jurisprudencia anterior [v.gr. STS de 21 de enero de 1999 –crónica XII.3.E) del núm. 5 de esta Revista–] considera que los saltos hidroeléctricos pertenecientes a FECSA y objeto de controversia están sujetos al IBI, no pudiéndose considerar exentos como si se tratase de la antigua Contribución Territorial Urbana. Sin embargo, al tratarse de liquidaciones anteriores a la reforma operada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, ha de entenderse que entre los elementos computables, el lecho del embalse no queda sujeto al citado impuesto (FJ 3°).

Sobre el canon de vertido versa la **STS de 27 de mayo de 2002**, Ar. 4713. En esta ocasión se declara que las liquidaciones giradas a un Ayuntamiento y que se discuten son procedentes. Para el TS no puede sostenerse que el valor de la unidad de contaminación de 500.000 pesetas fijado por la Administración de conformidad con el artículo 295.3 del RDPH sea contrario al artículo 105 de la Lag. de 1985 vigente en ese momento. Este último precepto disponía que el valor de la unidad de contaminación se determinaría de acuerdo con el Plan Hidrológico correspondiente, pero al expresarse ello con el término “en su caso”, significa que a falta de dicha concreción, podrán seguirse cobrando cánones de vertido –resulten de autorizaciones provisionales o definitivas–, basándose la Administración hidráulica en otro tipo de actuaciones, como planes de depuración, conciertos con CCAA o CCLL o en los propios estudios del Organismo de cuenca. De manera semejante, pueden verse las **SSTS de 29 de abril de 2002**, Ar. 4226 y **1 de marzo de 2002**, Ar. 3518.

Otra decisión referida al canon de vertido, pero de distinto significado es la **STS de 17 de mayo de 2002**, Ar. 4809. En ésta, se interpreta el artículo 252 del RDPH, conforme al

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

cual el Organismo de cuenca puede en cualquier momento efectuar cuantos análisis e inspecciones estime adecuados para comprobar las características del vertido. Según el FJ 1º de este artículo no puede deducirse que la citada comprobación haya de ejercitarse de forma contradictoria con el titular de la autorización, ni que deba tener lugar con la presencia de un representante suyo.

E) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento a poblaciones

En la STS de 30 de abril de 2002, Ar. 4378, se estima correcta la STSJ de Canarias que decidió la validez de una Orden autonómica que autorizaba las Tarifas de Abastecimiento de Aguas, con las modificaciones de la Comisión Provincial de Precios. Por lo tanto, no sale adelante la pretensión del Ayuntamiento recurrente que propugnaba la anulación de aquella Orden y la no rebaja de la tarifa con el fin de mantener la autofinanciación del servicio, que en otro caso consideraba inviable. Sin embargo, a juicio del TS no se consigue probar por el Ayuntamiento que las tarifas finalmente aprobadas por el órgano competente –la Comunidad Autónoma, en virtud del artículo 107 TRRL– no sean suficientes para dicho objetivo.

4. CARRETERAS

A) Accesos. Interés público: denegación procedente

En la STS de 21 de septiembre de 2001, Ar. 6076, se estima el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra una Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 1994 (que estimó entonces parcialmente el recurso presentado), y se da con ello la razón a la Administración, en un asunto relativo a la denegación de una autorización para construir un acceso a un complejo hostelero situado junto a una Carretera Nacional.

El motivo de la denegación de la autorización fue lo dispuesto en el artículo 28 de la Ley de Carreteras de 1988, pues en vista de la existencia de muchas entradas y salidas a la carretera desde aquel establecimiento hotelero, con la construcción del acceso se perjudicaba la seguridad vial, aspecto corroborado además por la existencia de informes técnicos de la Administración.

El TS considera que no existe interés público para autorizar el acceso ni tampoco la imposibilidad de otro tipo de acceso a la carretera desde aquella finca, por lo que no concurren los motivos del artículo 28.3 de la Ley de Carreteras para autorizar el acceso solicitado. Por ello, las obligaciones que la Sentencia de instancia impone a la Administración demandada no son, según el TS, conformes a Derecho.

B) Infracciones y sanciones: obras en zona de dominio público

En este apartado debe destacarse la STS de 2 de enero de 2002, Ar. 2744, que confirma la decisión del TSJ de Andalucía, que anuló una sanción impuesta a unos particulares, san-

ción que se impuso en aplicación del artículo 295.3.a) del RD 1211/1990, de 28 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, así como en aplicación del artículo 170.1 de esta última Ley (Ley 16/1987, de 30 de julio). La existencia de unos acuerdos entre los particulares sancionados y RENFE, acuerdos que permitían el uso de los terrenos donde se realizaron las obras, impide, según el TS, que se pueda imponer una sanción en este caso.

C) Obras en las zonas colindantes con las carreteras: diversas cuestiones

Mención merece, en este apartado, la **STS de 19 de octubre de 2001**, Ar. 5849 de 2002, que confirma la anulación por el Tribunal de instancia de la decisión de la Administración de demoler las obras de una nave situada junto a una autovía estatal, y considera además que los propietarios tenían derecho a que se les otorgara la autorización solicitada. Por lo tanto, no estamos en presencia de una infracción grave del artículo 31.3.a) de la Ley de carreteras de 1988, pues la licencia municipal para realizar las obras se otorgó en marzo de 1988, estando vigente la Ley de Carreteras de 1974 y su Reglamento de 1977.

Y como las obras se realizaron a 36,65 metros de la arista exterior de la calzada y la línea límite de edificación en estas dos últimas normas se establecía en 25 metros, no concurre aquí el supuesto de hecho sancionador; donde es preciso tener en cuenta que al tratarse de un tramo urbano, el competente para otorgar la autorización para realizar las obras es el Ayuntamiento, como así sucedió en este caso (art. 39 de la Ley de carreteras de 1988).

Un caso similar es el de la **STS de 4 de junio de 2002**, Ar. 5173, que confirma la Sentencia del TSJ de Murcia y da la razón al Ayuntamiento de esta ciudad, que otorgó una licencia de obras y de apertura a una empresa para abrir una estación de servicio en un lugar considerado como suelo urbano (en concreto, una travesía), frente a las pretensiones contrarias de otros particulares. Estos últimos consideraban que era preciso solicitar informe preceptivo al Ministerio de Obras Públicas.

Sin embargo, tanto la Sala de instancia como el TS consideran que al tratarse de una travesía (y no de un tramo urbano), el art. 39.3 de la Ley de Carreteras de 1988 (en relación con su art. 21.1) establece que el competente para autorizar las obras es en exclusiva el Ayuntamiento.

En otro orden de cosas, la **STS de 27 de diciembre de 2001**, Ar. 5925, confirma la decisión del TSJ de Castilla y León (Burgos), que dio la razón a la Administración del Estado y anuló la licencia municipal para construir una vivienda unifamiliar en una localidad burgalesa, ordenando también la demolición de lo edificado. Todo ello, por infringir lo establecido en el artículo 25 de la Ley de Carreteras de 1988, que prohíbe edificar a menos de 25 metros de la arista exterior de las carreteras nacionales, cuando en el presente caso se edificó a una distancia de 15 metros.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

La aprobación de unas nuevas Normas Subsidiarias tras la Sentencia del TSJ de 1997, que legalizaban las obras realizadas, no impide que a juicio del TS sigan considerándose contrarias a la Ley de Carreteras, pues en el momento de impugnarse por la Administración del Estado la decisión municipal de otorgar la licencia, las obras eran ilegales. No obstante, en la fase de ejecución de sentencia puede alegarse la existencia de esta legalización posterior, según el TS.

5. MONTES

En esta materia, destaca en esta ocasión la **STS de 5 de noviembre de 2001**, Ar. 4100 de 2002, que considera adecuada a Derecho la decisión de la Generalidad de Cataluña, que denegó la autorización para roturación de tierras en la finca del particular ahora recurrente, solicitada con el fin de destinarlas a cultivar cereales y viñedo, considerando el solicitante que no se causaban daños al bosque allí existente.

En este caso, el TS estima que la falta de práctica de audiencia al interesado no le ha causado indefensión, pues éste tuvo la oportunidad, tanto en la vía administrativa como en la judicial de recurso, de presentar el proyecto sobre la viabilidad de la explotación de la finca.

Por otra parte, la invocación de normativa autonómica (Ley catalana 6/1988, de 30 de marzo) no es aquí aceptable, al tratarse de un recurso de casación, y además no es aplicable el artículo 36 del Reglamento estatal de montes de 1962, al existir sobre esta materia la Ley autonómica antes citada.

6. MINAS

A) Expropiación de explotaciones mineras

Sobre esta cuestión, hay que destacar la **STS de 20 de marzo de 2002**, Ar. 3337, que revoca la Sentencia del Tribunal de instancia (TSJ murciano) y considera que fue correcta la actuación de la Administración autonómica en relación con la expropiación de una explotación minera (en concreto, una cantera) para llevar a cabo su explotación.

Los yacimientos eran de la Sección “C” del artículo 3 de la Ley de Minas (sin reunir pues los requisitos del Decreto 1747/1975 y del RD 4019/1982 para ser incluida en la Sección “A”), por lo que es el Estado el que debe otorgar su exploración e investigación (art. 60 LMin.), partiendo del hecho de que todos los recursos mineros son bienes de dominio público. El derecho de propiedad respecto a los recursos mineros se define pues claramente en la Ley de minas.

En relación con ello, en los recursos de la Sección “C” de la Ley de Minas no cabe compensación alguna al propietario del terreno, por lo que el TS estima que no es conforme a Derecho el justiprecio establecido por la Sentencia de instancia. Es decir, los recursos minerales existentes en la cantera no son indemnizables.

Si se tratara de recursos de la Sección “A” del art. 3 de la Ley de Minas, el propietario es el que tiene derecho a su aprovechamiento (arts. 16.1, 20 y 21 LMin.), salvo que el estado decida aprovechar él los recursos, incluyendo la posibilidad de expropiación.

B) Aprovechamientos mineros: Sección “A”

Sobre esta cuestión, hay que citar dos pronunciamientos, que son idénticos en cuanto a su contenido (y se refieren exactamente al mismo supuesto, y al mismo acto administrativo impugnado), donde los particulares que presentan los recursos son distintos.

Se trata de las **SSTS de 17 de octubre de 2001**, Ar. 5847 y 5848, que confirman las Sentencias respectivas del TSJ del País Vasco de 1995, donde se daba la razón a unos particulares frente a la Diputación Foral de Vizcaya, a los que se les había declarado en 1991 la extinción de la explotación de una cantera (recurso de la Sección “A”, arts. 3.1 y 16 y ss. de la LMin.) que venían utilizando desde 1971, tras la adjudicación del aprovechamiento a aquéllos por parte de un Ayuntamiento.

En este caso, se anuló la decisión de la Diputación Foral por provenir de órgano manifiestamente incompetente, pues se trata de un competencia autonómica (los aprovechamientos mineros). El hecho de que la cantera estuviera situada en un monte catalogado, sobre el que es competente la Diputación Foral, no faculta a ésta a intervenir también en materia minera, competencia, como acaba de afirmarse, que pertenece a la Administración autonómica.

Por otra parte, se estima que es procedente que la Diputación Foral indemnice a los recurrentes por los perjuicios causados durante el tiempo que dejaron de explotar la cantera como consecuencia de la actuación de aquélla ahora declarada ilegal. Los criterios para determinar la indemnización se establecen en el Fundamento Jurídico octavo de estas dos Sentencias aquí comentadas, indemnización que deberá fijarse en la fase de ejecución de Sentencia.

7. PATRIMONIO CULTURAL

A) Bienes de interés cultural

Respecto a esta materia, destaca la **STS de 22 de abril de 2002**, Ar. 5051, que confirma la Sentencia del TSJ de Castilla y León (Burgos), que anuló la decisión de un Ayuntamiento, que concedió una licencia de obras para llevar a cabo modificaciones del proyecto de reforma en un edificio con destino a vivienda y garaje. El edificio se encontraba dentro del Casco Histórico, y la licencia se anula por ser contraria a la normativa urbanística vigente en aquel municipio.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Por otra parte, la STS de 22 de marzo de 2002, Ar. 4614, se refiere a un supuesto donde se desestiman los recursos de casación presentados por la Generalidad catalana y un Ayuntamiento de la provincia de Gerona, y se confirma así la Sentencia de instancia, que anuló las decisiones de aquellas dos Administraciones relativas al acondicionamiento de la Calle Mayor de aquella localidad y a la apertura de una puerta en su Muralla, obligando a restituir la situación a su estado anterior.

Uno de los motivos por los que se anularon estos actos es porque se infringía el artículo 39 de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español, al tratarse de un conjunto histórico en un caso y de un monumento histórico en otro (siendo ambos considerados como *bienes de interés cultural*) y haberse realizado en ellos (tanto en la Calle Mayor como en la puerta de la Muralla) una construcción que excedía de lo establecido en el citado artículo, que posibilita realizar únicamente obras de conservación y rehabilitación. En concreto, el TSJ catalán estimó que se estaba realizando una reconstrucción, contraria a dicho precepto.

Junto a ello, no existe en este caso “discrecionalidad técnica” en manos de la Administración al interpretar los conceptos contenidos en el artículo 39 antes mencionado (*conservación, consolidación, mejora, rehabilitación y reconstrucción*), donde el órgano jurisdiccional puede llevar a cabo un control de legalidad sobre el significado de estos conceptos en cada caso, como precisamente aquí ha sucedido.

B) Planes especiales de protección

En la STS de 11 de marzo de 2002, Ar. 3897, se confirma la Sentencia de instancia, que había estimado el recurso interpuesto contra el Acuerdo del Ayuntamiento de Segovia de 1993, por el que se aprobaba el Plan Especial de protección histórico-artística, paisaje y reforma interior de la Muralla de la ciudad.

En este caso, el citado Plan Especial no se aprobó en desarrollo del Plan General de Ordenación Urbana, por lo que necesitaba la aprobación definitiva por parte de la Comunidad Autónoma. Todo ello, con independencia de lo que dispone, en relación con esta última intervención, el artículo 20 de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985, que se refiere a un supuesto adicional, pero diferente, al establecido en la legislación urbanística.

8. VÍAS PECUARIAS: DESLINDE DE CAÑADA

Respecto a esta materia, debe mencionarse la STS de 25 de marzo de 2002, Ar. 4390, que confirma la decisión del TSJ de Castilla-La Mancha, quien a su vez consideró conforme a Derecho el deslinde de una vía pecuaria (una *cañada*, concretamente) llevado a cabo por la Administración autonómica, frente a las pretensiones de una empresa en un sentido contrario.

Esta última consideraba que no se le notificó el expediente de deslinde, cuando éste afectaba a sus propiedades colindantes con la cañada, de modo que se habrían infringido los artículos 19, 20.1, 21 y 30 del Reglamento de Vías Pecuarias de 3 de noviembre de 1978.

Sin embargo, el TS considera que en el momento de realizarse el deslinde, el recurrente no constaba como colindante en el Registro de la propiedad (en los datos de éste facilitados a la Administración), por lo que no era preciso notificarle.

Por estos motivos, no existe responsabilidad patrimonial de la Administración en este caso, a pesar de que en los terrenos propiedad de la recurrente se pretendía construir una gasolinera y al final ésta al parecer no pudo ser construida.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

ELOY COLOM PIAZUELO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A) Incumplimiento de Francia en materia de protección de animales utilizados para experimentación y otros fines científicos. B) Incumplimiento de España de algunas obligaciones de la Directiva 96/59/CE, relativa a la eliminación de los policlorobifenilos. C) Incumplimiento de Francia en evaluación de proyectos sobre el medio ambiente. **3. Actividades clasificadas.** A) Las actividades ejercidas sin licencia deben ser clausuradas aunque estén vinculadas a la prestación de un servicio público en régimen de concesión. B) El derecho al trabajo y la libertad de empresa deben ejercerse sin menoscabo de derechos como la salud, la intimidad y el medio ambiente que la Constitución garantiza. C) El principio de confianza legítima no supe la necesaria y previa licencia municipal de actividades. D) La ampliación de una actividad no amparada por licencia tiene el tratamiento de una actividad clandestina. E) Para la clasificación de una actividad como molesta por ruidos es necesario que éstos traspasen ciertos límites. F) Ampliación de actividad de carpintería sin licencia y contraria a las normas urbanísticas llevada a cabo en edificio que no tiene la condición de fuera de ordenación. G) En los edificios calificados como fuera de ordenación no se pueden realizar obras distintas a las permitidas por el artículo 137 de la Ley del Suelo de 1976 aunque vengan impuestas por una Directiva europea. El informe favorable de la Comisión Provincial de Actividades no vincula al Ayuntamiento en materia urbanística. H) Excepciones a la regla general de los 2.000 metros de distancia para el emplazamiento de industrias fabriles peligrosas o insalubres. I) La efectividad del silencio positivo contemplado en el artículo 33.4 del RAC exige la previa denuncia de mora, no resultando aplicable el sistema diseñado por el RDL 1/1986, de 14 de marzo. J) La relación entre las licencias de actividad y de obras: artículo 22.3 del RSCL. K) La clausura de un bar que disponía de licencia para ello por ejercer la actividad de disco-pub sin requerimiento previo de legalización vulnera el principio de proporcionalidad del

artículo 6.2 del RSCL. L) El Alcalde es el competente para acordar la caducidad de la licencia de vertedero por cumplimiento de las condiciones establecidas en la misma.

4. Evaluación de impacto ambiental. Almacenamiento permanente de residuos radiactivos dentro de la central nuclear de Trillo. 5. Espectáculos públicos. Prohibida por la

Alcaldía la actuación musical de una persona en una discoteca por carecer el local de

vestuarios. 6. Caza. A) Autorización de la Comunidad Autónoma para la caza de especie (polla de agua) no clasificada como susceptible de captura sin concurrir las circunstancias del artículo 28.2 de la LCEN. B) Inconstitucionalidad de determinados preceptos de

la Ley 7/1995 de la Región de Murcia en cuanto declaran comercializables determinadas especies de caza y fijan plazos de prescripción de faltas y sanciones inferiores a la normativa básica estatal. **7. Delitos contra los recursos naturales, el medio ambiente y la**

ordenación del territorio. A) Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente

del artículo 325 del CP. a) La instalación de un depósito clandestino de purines sin

adoptar las precauciones necesarias para evitar riesgos al medio ambiente incurre en el tipo descrito en el artículo 325 del Código Penal. Diferencias entre los tipos penales de

los artículos 325 y 328 del CP. b) Depósito de 25 bidones repletos de sustancias altamente tóxicas e inflamables en lugar no autorizado con peligro para el ecosistema.

B) Delito sobre la ordenación del territorio del artículo 319.1 del CP. Obra no construida en el lugar señalado en el plano de situación presentado con la solicitud de la licencia y ubicada dentro de un espacio protegido: sujetos activos del delito y *ne bis in idem*.

8. Aguas continentales: Vertidos: licencia de actividad clasificada y derecho sancionador.

9. Minas: restauración de cantera y competencias municipales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo aparecida durante los meses de septiembre, octubre y hasta el 7 de noviembre de 2002; la ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi correspondiente a 2002 desde la 2251 hasta la 4774 (cuadernillos 11 al 22) y la del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 157/2002, de 23 de julio, hasta la 190/2002, de 17 de octubre.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

A) Incumplimiento de Francia en materia de protección de animales utilizados para experimentación y otros fines científicos

En la STJCE de 12 de septiembre de 2002, Sala Quinta, recaída en el asunto C-152/00, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa a la que se imputa incumplimiento de obligaciones contenidas en la Directiva 86/609/CEE del Consejo, de 24 de noviembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto a la protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos, el Tribunal Superior constata el incumplimiento de la República Francesa de algunas de las obligaciones derivadas de esta Directiva.

En concreto el Tribunal señala que no se ha aprobado normativa adecuada para prohibir experimentaciones sobre animales en peligro de extinción (art. 4 de la Directiva), o para evitar experimentos que produzcan dolor (art. 7) y otras semejantes. De interés resulta, frente a la alegación francesa, la reiteración del Tribunal acerca de que la existencia de prácticas administrativas en línea con lo señalado en las Directivas comunitarias no pueden considerarse cumplimiento correcto de éstas.

B) Incumplimiento de España de algunas obligaciones de la Directiva 96/59/CE, relativa a la eliminación de los policlorobifenilos

La STJCE de 3 de octubre de 2002, Sala Cuarta, recaída en el asunto C-47/01, que opone a la Comisión contra el Reino de España declara el incumplimiento de este país de determinadas obligaciones impuestas por la Directiva 96/59/CE del Consejo, de 16 de septiembre de 1996, relativa a la eliminación de los policloronifenilos y de los policloroterfenilos y que continúa la lista de Sentencias sobre esta cuestión. (Vid. la recogida en el número 16 de esta revista.) En concreto la Sentencia reprocha a España no haber comunicado a la Comisión en plazo adecuado un resumen de los inventarios de los aparatos que contienen un volumen de PCB superior a 5 dm³, un plan para la descontaminación y/o la eliminación de los aparatos inventariados y de los PCB que éstos contienen, así como un proyecto de recogida y posterior eliminación de los aparatos que no son objeto de inventario de conformidad con las disposiciones de la Directiva.

La alegación española sobre la publicación en el BOE de 18 de abril de 2001 del Plan Nacional de descontaminación y eliminación de los vertidos de PCB y de PCT y de los aparatos que los contengan, no es valorada por el Tribunal pues ha tenido lugar después de que haya transcurrido el plazo de dos meses otorgado en el dictamen motivado. Efectivamente ese dictamen lleva fecha de 18 de septiembre de 2000 y en él se requería a España para que adoptase en esos dos meses las medidas necesarias para el cumplimiento de la Directiva. Esa no valoración por parte del Tribunal del Plan citado es enteramente congruente con su jurisprudencia tradicional en esta materia.

C) Incumplimiento de Francia en evaluación de proyectos sobre el medio ambiente

La STJCE de 7 de noviembre de 2002, Sala Sexta, recaída en el asunto C-348/01, que opone a la Comisión contra la República Francesa declara el incumplimiento de este país de determinadas obligaciones impuestas por la Directiva 91/11/CE del Consejo, de 3 de marzo de 1997, por la que se modifica la Directiva 85/337/CEE relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. De nuevo es el complejo de Directivas sobre evaluación (85/337 y 97/11) el objeto de declaración de incumplimiento de un país. Pese a todos los esfuerzos de Francia por presentar distintas normas que serían, para ella, cumplidoras, reconoce que no ha habido adaptación a la nueva Directiva de su normativa de instalaciones clasificadas. En todo caso el Tribunal reconoce el incumplimiento en todos los puntos contenidos en su dictamen motivado y condena, además, en costas a la República Francesa.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

De las 24 sentencias examinadas hemos extraído la siguiente doctrina.

A) Las actividades ejercidas sin licencia deben ser clausuradas aunque estén vinculadas a la prestación de un servicio público en régimen de concesión

Tanto las actividades desarrolladas por Iberia en la Terminal de Pasajeros del Aeropuerto de Bilbao como las de garaje, reparación, limpieza y custodia de vehículos ejercidas por la concesionaria del transporte de Manacor que carecían de licencia municipal de apertura y de actividades clasificadas fueron clausuradas por esa razón y confirmada la decisión administrativa por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El TS en sus SSTs de 5 de marzo de 2002 y 27 de diciembre de 2001, Ar. 2448 y 4628 de 2002, en las que resuelve esos contenciosos ampara la decisión en el criterio tradicional de que la licencia municipal no puede ser suplida ni por el transcurso del tiempo ni por el pago de la tasa de apertura.

B) El derecho al trabajo y la libertad de empresa deben ejercerse sin menoscabo de derechos como la salud, la intimidad y el medio ambiente que la Constitución garantiza

El TS en su STS de 22 de abril de 2002, Ar. 4404, ratifica la decisión administrativa de clausurar una industria de materiales de construcción que además de no disponer de la correspondiente licencia municipal producía ruidos y molestias. En lo que aquí nos interesa destacar el TS limita la eficacia del derecho al trabajo y la libertad de empresa cuando en su ejercicio afectan negativamente a otros derechos como la salud, la intimidad y el medio ambiente que la Constitución garantiza, priorizando el respeto a estos últimos (FJ 3º).

C) El principio de confianza legítima no suple la necesaria y previa licencia municipal de actividades

Tres sentencias del TS de la presente entrega abordan la alegación de parte que pretende amparar la legalidad de las actividades ejercidas sin licencia (actividades complementarias del transporte urbano y venta de materiales de construcción) y combatir la clausura de éstas con base en el principio de confianza legítima que sustentan los demandantes en el conocimiento previo y reiteradamente tolerado de las mismas e incluso en la relación mercantil con el Ayuntamiento (SSTS de 22 de abril y 27 de mayo de 2002 y de 27 de diciembre de 2001, Ar. 4404, 4714 y 4628 respectivamente). Nuestro Alto Tribunal rechazará dicha alegación por cuanto, como viene sosteniendo, la falta de licencia no puede ser suplida en ningún caso por el conocimiento previo de la actividad ni por cualquier tipo de relación con el Ayuntamiento aunque ésta hubiera podido llevar al ánimo de sus titulares la sensación de que su actividad era legal. En algún caso, si la confianza pudo ser defraudada, podría dar lugar a la indemnización o resarcimiento de daños y perjuicios, admite el TS, pero no la renuncia al ejercicio de una potestad otorgada en beneficio y preservación de intereses públicos garantizados por la intervención administrativa regulada en el RAC (FJ 3º de la sentencia de 22 de abril).

D) La ampliación de una actividad no amparada por licencia tiene el tratamiento de una actividad clandestina

El TS en su STS de 29 de abril de 2002, Ar. 4077, extiende su doctrina tradicional sobre las actividades sin licencia a la ampliación de una actividad realizada, a su vez, sin la preceptiva licencia, lo que permite, como sanciona el Tribunal, acordar de manera automática el cierre de una actividad ejercida sin licencia por su carácter clandestino.

E) Para la clasificación de una actividad como molesta por ruidos es necesario que éstos traspasen ciertos límites

La utilización de maquinaria y camiones que pueden producir ruidos para la descarga de cementos y fibrocementos destinados a la venta al por mayor puede ser merecedora de la clasificación como molesta, ya que el impacto sonoro, junto con las vibraciones, es uno de los efectos contemplados en el artículo 3 del RAC. Si bien es necesario que éstos traspasen ciertos límites para su calificación definitiva. Y en este caso es preceptiva la licencia de actividades clasificadas siendo insuficiente la licencia de apertura contemplada en el artículo 22.1 del RSCL como, ratificando la sentencia recurrida, mantiene el TS en su STS de 4 de febrero de 2002, Ar. 2912.

F) Ampliación de actividad de carpintería sin licencia y contraria a las normas urbanísticas llevada a cabo en edificio que no tiene la condición de fuera de ordenación

El TS en su STS de 11 de marzo de 2002, Ar. 2453, casando la sentencia recurrida y estimando el recurso interpuesto, ratifica la denegación de licencia de actividad para la ampliación de una carpintería que disponía de licencia para su funcionamiento por cuanto entiende que la conformidad de la actividad con el planeamiento urbanístico es un planteamiento indispensable para que la actividad pueda autorizarse por lo que en su

defecto la solicitud de licencia puede denegarse con base en el artículo 30.1 del RAC sin necesidad de continuar el procedimiento.

Por otro lado, frente al razonamiento de la sentencia recurrida, no se trata de la aplicación del régimen especial a un edificio fuera de ordenación que dispone de licencia previa al cambio de régimen urbanístico para el ejercicio de la actividad cuya ampliación se pretende, sino que, como razona el TS, lo que se ha realizado sin licencia son modificaciones que superan los límites establecidos por las Normas Subsidiarias de Planeamiento.

G) En los edificios calificados como fuera de ordenación no se pueden realizar obras distintas a las permitidas por el artículo 137 de la Ley del Suelo de 1976 aunque vengan impuestas por una Directiva europea. El informe favorable de la Comisión Provincial de Actividades no vincula al Ayuntamiento en materia urbanística

La STS de 29 de abril de 2002, Ar. 4309, declara haber lugar al recurso de casación y desestima el recurso contencioso interpuesto, en la primera instancia por REPSOL, contra la denegación por razones urbanísticas de la licencia de actividad solicitada para llevar a cabo determinadas reformas, algunas de las cuales venían impuestas por la Directiva 94/63 CE, en una estación de servicio.

La sentencia recurrida estimó el recurso por entender que las obras pretendidas o estaban comprendidas entre las permitidas por el artículo 60.2 de la Ley del Suelo de 1976 (art. 137.1 del TRLS de 1992) en los edificios de fuera de ordenación o venían impuestas por la Directiva citada. El TS entiende que el que las obras a realizar vengan impuestas por disposiciones normativas y se propongan reforzar la seguridad de las instalaciones en nada cambian la interpretación del artículo 60.2 de la LS de 1976 que está en función de la mayor o menor importancia de las obras a realizar. Ya que en los edificios fuera de ordenación únicamente se permiten las obras que consistan en pequeñas reparaciones y que vengan exigidas por la higiene, el ornato y la conservación del inmueble y no es el caso que se examina según la valoración del Tribunal.

Además el TS recordará, frente a la pretensión de REPSOL, que el informe de la Comisión Provincial de Actividades, favorable al otorgamiento de la licencia, no vincula al Ayuntamiento ni le impide denegar la licencia solicitada cuando concurran para ello razones urbanísticas como las del supuesto de hecho.

H) Excepciones a la regla general de los 2.000 metros de distancia para el emplazamiento de industrias fabriles peligrosas o insalubres

Nos va a recordar el TS en su STS de 23 de abril de 2002, Ar. 4242, que la distancia de 2.000 metros al núcleo más próximo de población agrupada exigida por el artículo 4 del RAC para autorizar el emplazamiento de una industria fabril calificada de insalubre o

XIII. Medio Ambiente

peligrosa es una regla general que admite excepciones cuando, como en el presente caso en que se trata de la instalación de una planta de hormigón prefabricado, se constata que las medidas correctoras adoptadas hacen desaparecer en la práctica el carácter de peligrosa o insalubre de la industria contemplada.

I) La efectividad del silencio positivo contemplado en el artículo 33.4 del RAC exige la previa denuncia de mora, no resultando aplicable el sistema diseñado por el RDL 1/1986, de 14 de marzo

La doctrina del TS en relación a la operatividad del silencio positivo en cuanto a la obtención de licencias en materia de actividades clasificadas vuelve a ser reiterada en las sentencias examinadas. En la presente entrega mientras que la STS de 4 de febrero de 2002, Ar. 2910, expone la doctrina general, tantas veces comentada, que demanda la aplicación del procedimiento regulado en el artículo 33 del RAC, la de 20 de marzo de 2002, Ar. 3129, exige la doble denuncia de mora prescrita en el apartado 4 del citado artículo, en las SSTs de 20 de marzo y 1 de abril de 2002, Ar. 3994 y 3842, se rechaza, a estos efectos, el sistema diseñado por el RDL 1/1986.

J) La relación entre las licencias de actividad y de obras: artículo 22.3 del RSCL

Como en el epígrafe anterior el TS reitera también en este tema su doctrina tradicional respecto a la ordenación temporal de las licencias de actividad y de obras prescrita en el artículo 22.3 del RSCL, sin perjuicio de que ambas puedan tramitarse conjuntamente y resolverse en acto de la misma fecha, si bien, en este caso, ha de entenderse concedida en primer lugar la de actividades (STS de 22 de marzo de 2002, Ar. 2924). Y sin que del incumplimiento de la secuencia temporal pueda deducirse la adquisición de la licencia de actividades por silencio positivo (STS de 1 de abril de 2002, Ar. 3842), como tampoco se puede inferir que concedida la licencia de obras pueda entenderse concedida la de actividades (STS de 27 de diciembre de 2001, Ar. 4628 de 2002), ya que la existencia de la licencia de obras no permite presumir que se haya alcanzado la de apertura (STS de 27 de mayo de 2002, Ar. 4714).

K) La clausura de un bar que disponía de licencia para ello por ejercer la actividad de disco-pub sin requerimiento previo de legalización vulnera el principio de proporcionalidad del artículo 6.2 del RSCL

La clausura de actividades de un local que disponía de licencia para bar por ejercer la actividad de disco-pub para la que se carecía de licencia sin requerimiento previo antes de la clausura conduce a la estimación del recurso interpuesto contra la decisión administrativa de clausura por entender vulnerado el principio de proporcionalidad que prescribe el artículo 6.2 del RSCL según la STS de 21 de diciembre de 2001, Ar. 2766 de 2002.

L) El Alcalde es el competente para acordar la caducidad de la licencia de vertedero por cumplimiento de las condiciones establecidas en la misma

La concesión de la oportuna licencia para el establecimiento de una actividad clasificada como es un vertedero corresponde al Alcalde según el artículo 6 del RAC y no puede ser

sustituída, válidamente, en ningún caso por un acuerdo o convenio posterior entre dos Corporaciones. Y si está claro que, según el artículo 38 del citado reglamento, corresponde al Alcalde la retirada temporal o definitiva de la licencia, es claro también que es el Alcalde quien está facultado para declarar la caducidad de la licencia por incumplimiento de las condiciones establecidas en la misma, como razona el TS en su **STS de 12 de febrero de 2002**, Ar. 3888.

4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. ALMACENAMIENTO PERMANENTE DE RESIDUOS RADIATIVOS DENTRO DE LA CENTRAL NUCLEAR DE TRILLO

Una nueva sentencia sobre almacenamiento de combustible gastado en la Central Nuclear de Trillo ve la luz en la presente entrega de jurisprudencia del TS. Se trata de la **STS de 8 de abril de 2002**, Ar. 3854. En la medida en que no añade nada nuevo a los comentarios realizados en la revista anterior –la número 17 (XIII.4)– en relación a las dos anteriores de 24 de diciembre de 2001 (Ar. 1490 y 1491 de 2002), nos remitimos a los mismos, limitándonos a dejar constancia de su existencia.

5. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS. PROHIBIDA POR LA ALCALDÍA LA ACTUACIÓN MUSICAL DE UNA PERSONA EN UNA DISCOTECA POR CARECER EL LOCAL DE VESTUARIOS

Prohibida por la Alcaldía la actuación musical de una persona en una discoteca por carecer el local de vestuarios y estimado en primera instancia el recurso contencioso interpuesto por el afectado, la sentencia desestimatoria del Recurso de Casación interpuesto por el Ayuntamiento se fundamenta sustancialmente en dos argumentos (**STS de 22 de marzo de 2002**, Ar. 4240).

El primero, que si bien el artículo 42.2 del Reglamento de Espectáculos Públicos de 1982 concede al Alcalde facultades, entre otras, “para decidir con mayor fundamento sobre las condiciones de higiene y seguridad de cada local de espectáculos”, esta facultad no supone sin más que el Ayuntamiento pueda prohibir cualquier actividad que pretenda desarrollarse en el local, y que en principio se ajuste al ámbito de la licencia, por el mero hecho de que falte algún requisito. Sobre todo cuando este requisito sea ajeno al ámbito de las competencias municipales, como en el caso de autos en que no existía vestuario –exigencia esta de orden estrictamente laboral– salvo que esa deficiencia incurra en quebranto, entre otras, de normas municipales.

Y el segundo de los argumentos se centra en que la actividad musical llevada a cabo en una discoteca ampara las actuaciones musicales características de este tipo de actividad,

por lo que hay que suponer que en el otorgamiento de la licencia se contempló que el local reunía las condiciones básicas para su realización, por lo que tan sólo el carácter extraordinario del espectáculo permitiría considerarlo eventualmente como una nueva actividad no prevista en la licencia de apertura y funcionamiento.

6. CAZA

A) Autorización de la Comunidad Autónoma para la caza de especie (polla de agua) no clasificada como susceptible de captura sin concurrir las circunstancias del artículo 28.2 de la LCEN

Una Orden del Conseller de Medio Ambiente de la Generalidad Valenciana, que dicta medidas complementarias de caza para la temporada 1994/1995 en el Parque de la Albufera, permite temporalmente la caza de la polla de agua de acuerdo con el plan especial del parque y el artículo 6 del RD 1095/1989, de 8 de septiembre. El abogado del Estado recurre por cuanto entiende que de los artículos 33.1 y 26.4 de la LCEN (Ley 4/1989, de 27 de marzo) se deriva una prohibición genérica de la caza salvo de las especies declaradas reglamentariamente piezas susceptibles de caza por el citado RD entre las que no se encuentra la polla de agua, y que, en ese caso, sólo puede ser objeto de caza si concurren las circunstancias del artículo 28.2 de la LCEN.

El TS en su STS de 6 de mayo de 2002, Ar. 4736, desestima el recurso de casación con base en que la norma autonómica no otorga una autorización general, sino que permite solicitar una autorización que, conforme al artículo 6 del RD 1095/1989, será forzosamente excepcional y expresa, debiendo el órgano competente sujetarse en su otorgamiento no sólo a esa doble condición, sino también, en virtud de su carácter básico, a lo dispuesto en el artículo 28.2 de la LCEN, dado el carácter de mínimos que cumple la legislación básica del Estado en materia ambiental. Por lo que entendida así la norma autonómica es considerada conforme al ordenamiento jurídico por el Tribunal.

B) Inconstitucionalidad de determinados preceptos de la Ley 7/1995 de la Región de Murcia en cuanto declaran comercializables determinadas especies de caza y fijan plazos de prescripción de faltas y sanciones inferiores a la normativa básica estatal

La STC 166/2002, de 18 de septiembre, va a resolver el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Presidente del Gobierno frente a los artículos 27.1, 103.1 y 113.c) de la Ley 7/1995, de 21 de abril, de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial de la Región de Murcia (BORM de 4 de mayo de 1995), por entender el recurrente que dichos preceptos exceden del marco de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que se deriva del artículo 149.1.23 de la CE y establece la normativa básica recogida en la Ley 4/1989, de 27 de marzo (LCEN) y el RD 1118/1989, de 15 de septiembre, por el que se determinan las especies objeto de caza y pesca comercializables.

En cuanto al primero de los preceptos impugnados, en el Anexo III de la Ley autonómica figuran una serie de especies (tres de aves y una de pez) que serían comercializables por remisión del artículo 27.1, y que no están incluidas en la enumeración taxativa del mencionado RD 1118/1989 que tiene carácter básico por remisión de la LCEN según la STC 102/1995. Se produce por tanto una contradicción entre ambas normas que determina la inconstitucionalidad mediata o indirecta del artículo 27 de la Ley autonómica (en relación con el Anexo III), por vulneración de las previsiones del artículo 149.1.23 de la CE.

Los otros dos preceptos impugnados, el 103.1 y el 113.c) lo son por su conexión con los números 1, 2 y 4 del artículo 112 de la Ley autonómica que regula determinadas infracciones. El primero de ellos (103.1) establece un plazo de prescripción de las infracciones muy graves de tres años, sensiblemente inferior al previsto para tales infracciones en el artículo 41.1 LCEN de cuatro años, ello determina, en cuanto hay coincidencia entre algunas infracciones de la norma del Estado y la autonómica, que se han vulnerado las previsiones del artículo 149.1.23 de la CE al establecer esta última un plazo inferior de prescripción.

Finalmente el artículo 113.c) de la Ley autonómica, en cuanto dispone que las infracciones muy graves en la cuantía mínima serán sancionadas con una multa inferior (1.000.001 pesetas) a la fijada (10.000.001 pesetas) por el artículo 39.1 LCEN, que tiene también carácter básico, debe considerarse asimismo inconstitucional como sanciona el TC.

7. DELITOS CONTRA LOS RECURSOS NATURALES, EL MEDIO AMBIENTE Y LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

A) Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente del artículo 325 del CP

a) La instalación de un depósito clandestino de purines sin adoptar las precauciones necesarias para evitar riesgos al medio ambiente incurre en el tipo descrito en el artículo 325 del Código Penal. Diferencias entre los tipos penales de los artículos 325 y 328 del CP

La Sala de lo Penal del TS, estimando el recurso de casación del Ministerio Fiscal, condena al acusado, como autor de un delito contra el medio ambiente tipificado en el artículo 325 del CP, a la pena de seis meses de prisión y multa de ocho meses (STS de 21 diciembre de 2001, Ar. 2341 de 2002).

Los hechos, según se desprende del FJ 1º de la sentencia, consistieron en la instalación de un depósito de purines sin adoptar las precauciones precisas, de tal modo que se trataba de un depósito clandestino y sin posible control sanitario o ambiental y del que, además, se produjeron salidas y filtraciones consistentes en purines de porcinos y bovinos que contienen microorganismos patógenos capaces de crear riesgos en el medio ambiente.

XIII. Medio Ambiente

Partiendo de esos hechos el TS entiende que se da el tipo descrito en el artículo 325 del CP toda vez que como consecuencia de la no adopción de precauciones, que en caso de no haber sido ilegal el depósito que contenía los purines le hubieran sido exigidas al acusado, se produjeron vertidos que, aunque no se constató produjeran efectos concretos nocivos al medio ambiente, sí pusieron en grave riesgo el equilibrio del sistema natural cercano, condición esta última que por sí sola basta para la concurrencia del tipo penal del citado artículo.

Por otro lado la diferencia entre la menor penalidad del artículo 328 en comparación con el 325 se significa en que en la figura del 325 ha de concurrir con la realización de emisiones, vertidos y demás formas de comisión que se enumeran, la contravención de Leyes o disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente, mientras que en el 328 tal clase de contravención no es exigida.

b) Depósito de 25 bidones repletos de sustancias altamente tóxicas e inflamables en lugar no autorizado con peligro para el ecosistema

Los hechos en los que se sustenta la sentencia, según parece desprenderse del FJ 3º.4 de la misma, consistieron en el depósito y vertido clandestino de 25 bidones repletos de sustancias altamente tóxicas e inflamables en un lugar no autorizado, vulnerando así la normativa administrativa de protección del medio ambiente que prohíbe tal abandono incontrolado con riesgo real, concreto y relevante de peligro grave para el equilibrio de los sistemas naturales

El TS en su STS de 30 de enero de 2002, Ar. 3065, declara haber lugar parcialmente al recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia de Barcelona y condena a los acusados como autores de un delito contra el medio ambiente a sendas penas de un año de prisión por considerar los hechos subsu-mibles en el artículo 325 del CP, al estimar que el peligro creado en el caso enjuiciado fue grave por todas las circunstancias de tiempo y lugar concurrentes y por el contenido material de todos los bidones y no sólo por el tóxico derramado de alguno de ellos.

B) Delito sobre la ordenación del territorio del artículo 319.1 del CP. Obra no construida en el lugar señalado en el plano de situación presentado con la solicitud de la licencia y ubicada dentro de un espacio protegido: sujetos activos del delito y *ne bis in idem*

La STS de 26 de junio de 2001, Ar. 4521 de 2002, considera como sujeto activo del delito contemplado en el artículo 319.1 del CP al propietario de una parcela aunque no ostente la cualidad de promotor, técnico o constructor entendidos como profesionales. El TS llega a tal conclusión tras el análisis del artículo 264 del TRLS de 1992, los artículos 1588 y siguientes del Código Civil y la Ley de Ordenación de la edificación de 5 de noviembre de 1999, sobre todo esta última que considera como promotor a “cualquier persona (...) y constructor (...)”, aplicándolo al presente caso en que el condenado ejerció las actividades propias de propietario-promotor.

Por otro lado en contestación a la alegación de vulneración del principio *non bis in idem* en base a sanciones impuestas por la Consellería de Agricultura, la Sala entendió que no existía identidad del hecho objeto de la sanción en cuanto que con posterioridad a la notificación definitiva de la sanción administrativa se comprobó que continuaba la construcción de la vivienda. Situación fáctica posterior a la sanción administrativa que exaspera la indisciplina urbanística del acusado hasta el extremo de hacerla penalmente relevante y haciéndola compatible con la sanción administrativa.

8. AGUAS CONTINENTALES: VERTIDOS: LICENCIA DE ACTIVIDAD CLASIFICADA Y DERECHO SANCIONADOR

Cuando se pretende la instalación de una planta de tratamiento de residuos industriales y un depósito de seguridad y balsa de lixiviados, es preciso contar no sólo con la previa autorización de vertido prevista en la Lag. y RDPH, sino también con la correspondiente licencia de actividad clasificada y de obras. La **STS de 3 de diciembre de 2001**, Ar. 4912, decide anular en el caso debatido la licencia de actividad otorgada para una instalación de este tipo, invocando el artículo 30 del Reglamento de actividades clasificadas de 1961, ya que este precepto contempla la posibilidad de que se deniegue la mencionada licencia por razones urbanísticas. A ello hay que añadir que la jurisprudencia ha admitido el ejercicio de la acción pública prevista en el artículo 304 LS de 1992 –artículo aún vigente– si la temática esencial de impugnación de una actividad clasificada radica en el emplazamiento de dicha actividad.

Por otra parte, la **STS de 27 de marzo de 2002**, Ar. 2761, llega a la conclusión de que la decisión de la CH del Júcar de sancionar con más de doce millones de pesetas al Ayuntamiento de Paterna por los vertidos contaminantes procedentes de un Polígono industrial no es ajustada a derecho. Aunque se hubiese respetado en la práctica el artículo 326.2 del RDPH, según el cual, si el daño se produjese en la calidad del agua, la valoración de éste vendrá determinada por el coste del tratamiento del vertido, lo cierto es que la Administración hidráulica no incorporó al expediente el estudio en el que se valoraba la cuantía del daño, produciéndose indefensión para el citado Ayuntamiento.

9. MINAS: RESTAURACIÓN DE CANTERA Y COMPETENCIAS MUNICIPALES

En este apartado debe destacarse la **STS de 31 de mayo de 2002**, Ar. 5545, que revoca la Sentencia del TSJ del País Valenciano, en la que se había dado la razón a un particular frente a un Ayuntamiento, quien requirió al primero para que presentase un nuevo proyecto para la restauración de una cantera que había venido explotando hasta aquel momento, careciendo de licencia.

XIII. Medio Ambiente

En este caso se estima que la existencia de competencias en manos de la Administración del Estado y la autonómica no supone que los Ayuntamientos carezcan de competencia alguna que afecte a los aprovechamientos mineros (en concreto, las competencias urbanísticas), según se extrae de lo dispuesto en el artículo 116.1 de la Ley de Minas.

De este modo, el Ayuntamiento puede obligar al particular que explotaba la cantera sin licencia a restaurarla, con independencia de que las autoridades mineras le puedan también exigir la elaboración del Plan de Restauración previsto en el RD 2994/1982, de 15 de octubre.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Actividad económica, servicios de solidaridad y ejercicio del poder público. A) Los conceptos de “empresa” y de “actividad económica”. B) Delimitación frente a los servicios de solidaridad. C) Delimitación frente a las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público. **3. Acción concertada.**

4. Agricultura. 5. Ayudas públicas. A) El supuesto de hecho del artículo 87.1 TCE. a) El concepto de ayuda. b) El carácter público. B) En especial, los poderes de interpretación de la Comisión y su control por parte del juez comunitario. **6. Comercio.** A) Especies comercializables. B) Venta fuera de establecimiento comercial. **7. Contratos públicos.**

8. Crédito. A) Denominación de institución. Prohibición de usar denominación de banco o de banquero. **9. Gas.** A) Peajes y cánones de acceso de terceros a instalaciones de recepción, regasificación, almacenamiento y transporte de gas natural. **10 Ganadería.**

11. Industria. 12. Liberalización. A) Liberalización de servicios funerarios y derecho a indemnización. **13. Precios y tarifas.** A) Aprobación de las tarifas de suministro de agua por la Comunidad Autónoma. B) Tarifas del transporte público. Alcance del control por la Comunidad Autónoma. **14. Seguros. 15. Servicios públicos.** A) Servicios funerarios. a) De servicio público a actividad económica sujeta a autorización. b) Alcance territorial del monopolio en el régimen anterior. B) Gestión indirecta por empresa municipal de capital público y ayuda pública. Cesión de terrenos a empresa de promoción urbanística. **16. Transportes.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se incluye la jurisprudencia comunitaria dictada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea durante el año 2002, las Sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas en los números 175/2002 a 190/2002 y las Sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos Aranzadi 11 a 22 de 2002.

2. ACTIVIDAD ECONÓMICA, SERVICIOS DE SOLIDARIDAD Y EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO

A) Los conceptos de “empresa” y de “actividad económica”

La relevancia de los conceptos de “empresa” y de “actividad económica” se cifra en que contribuyen a la delimitación del ámbito de aplicación de algunos de los sectores más importantes del Derecho comunitario económico. Se trata, en particular, de las normas de los Tratados constitutivos en materia de libertades, y del Derecho comunitario de la competencia. En una a una jurisprudencia ya consolidada, el Tribunal de Justicia considera que debe subsumirse en el concepto de empresa toda entidad que desarrolle una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación. A su vez, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado (SSTJCE de 22 de enero de 2002, As. C-218/00, *Cisal di Battistello*, apartados 22 y siguientes; y de 19 de febrero de 2002, As. C-309/99, *Wouters*, apartados 46 y siguientes). Sin embargo, así definido el concepto de actividad económica debe ser objeto de una doble corrección.

B) Delimitación frente a los servicios de solidaridad

En primer lugar, algunas actividades que en principio caerían dentro del concepto de actividad económica, terminan siendo expulsadas del mismo en virtud de su vinculación con el principio de solidaridad. En la STJCE de 22 de enero de 2002, As. C-218/00, *Cisal di Battistello*, se plantea esta cuestión en relación con el INAIL, una entidad pública italiana encargada de la gestión de un régimen de seguro de accidentes laborales y enfermedades profesionales. El Tribunal continúa desarrollando aquí una línea jurisprudencial cuya evolución se ha venido siguiendo en números anteriores de esta revista, y que descansa en el siguiente planteamiento: la consideración de una concreta actividad como una actividad económica o un servicio de solidaridad depende de los términos en los que, conforme al Derecho interno, deba ser desarrollada. En particular, “el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social”, de los que sin duda forma parte la cobertura de los riesgos de accidentes laborales y de enfermedades profesionales (apartados 31 y siguientes). El régimen, “al prever una protección social obligatoria para todos los trabajadores por cuenta ajena de las profesiones no agrarias que ejercen una actividad calificada por la ley de ‘actividad de riesgo’, persigue un objetivo social” (apartado 34). Sin embargo, la finalidad social de un régimen de seguro, considerada en abstracto, “no es de por sí suficiente para excluir que la actividad controvertida pueda ser calificada de actividad económica” (apartado 37). Habrá que estar, en efecto, a las características que presente el régimen controvertido según la regulación interna. A pesar de que la legislación italiana había encomendado a INAIL la gestión del fondo de acuerdo a los criterios de eficiencia y rentabilidad, la sentencia citada considera que éste no puede ser considerado como una empresa debido a que: (i) el régimen se financia mediante cotizaciones cuyo tipo no es

sistemáticamente proporcional al riesgo asegurado, puesto que existen tipos máximos que no se pueden superar aún cuando la actividad ejercida implique un riesgo muy elevado, que va a terminar así siendo sufragado por otros asegurados conforme al principio de solidaridad (apartado 39); (ii) el importe de las prestaciones, que no depende ni de las cotizaciones abonadas ni de los resultados financieros de las inversiones realizadas por el fondo, es aprobado en última instancia mediante una decisión del Ministro competente (apartados 40 y 43), y (iii), “la inexistencia de una relación directa entre las cotizaciones abonadas y las prestaciones pagadas implica una solidaridad entre los trabajadores mejor retribuidos y aquellos que, habida cuenta de sus modestos ingresos, quedarían privados de una cobertura social adecuada si dicha relación existiera” (apartado 42). Por todo ello, el Tribunal concluye afirmando que la actividad de gestión del seguro de accidentes laborales y enfermedades profesionales controvertido cumple una función de carácter exclusivamente social, y, por tanto, ni ésta es una actividad económica, ni es INAIL una empresa en el sentido del Derecho de la competencia (apartado 45).

C) Delimitación frente a las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público

La segunda delimitación del concepto de actividad económica se refiere a aquellas actividades que se encuentran vinculadas al ejercicio de prerrogativas del poder público. En la **STJCE de 19 de febrero de 2002, As. C-309/99, Wouters**, se plantea esta cuestión en relación con un reglamento aprobado por el Colegio de Abogados de los Países Bajos, en virtud del cual se prohíbe la colaboración integrada entre éstos y los auditores. El Colegio es una corporación profesional de Derecho público a la que la Ley atribuye, en efecto, el ejercicio de diversas potestades públicas, entre las cuales se encuentra la de dictar normas jurídicas con rango y fuerza inferior a la Ley (apartados 3 y siguientes). En este contexto, el órgano remitente plantea, entre otras, la siguiente cuestión prejudicial:

“¿Debe interpretarse el concepto de asociación de empresas empleado en el artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE, apartado 1) en el sentido de que ésta sólo existe cuando tal asociación actúa en interés de operadores, de manera que, para aplicar dicha disposición, ha de distinguirse entre las actividades que dicha asociación efectúa en interés general y las demás actividades, o el mero hecho de que una asociación también pueda actuar en interés de los operadores basta para calificarla, con respecto a toda su actuación, de asociación de empresas a efectos de la citada disposición? ¿Es pertinente para la aplicación del Derecho comunitario de la competencia el hecho de que las normas obligatorias de aplicación general establecidas por el organismo correspondiente hayan sido adoptadas en virtud de una facultad normativa y en calidad de legislador especial?”

Una vez sentado que los abogados deben considerarse empresas a los efectos de la aplicación del Derecho comunitario (apartado 49), el Tribunal analiza si, cuando adopta un reglamento como el controvertido, un Colegio profesional constituye una asociación de empresas en el sentido del art. 81.1 TCE, o, por el contrario, una autoridad pública. La respuesta que da el Tribunal no es de fácil comprensión: en estos casos el colegio “actúa como el órgano regulador de una profesión”, pero no ejerce “prerrogativas típicas del poder público” (apartado 58). En apoyo de esta conclusión la sentencia aporta tres argu-

mentos. Primero, los órganos de gobierno del Colegio “están compuestos exclusivamente por abogados, cuya elección corresponde tan sólo a los miembros de la profesión. Las autoridades nacionales no pueden intervenir en la designación de los miembros de los comités de vigilancia, de la Junta de Delegados ni del Consejo General” (apartado 61). Segundo, al dictar reglamentos como el controvertido el Consejo no está obligado a respetar determinados criterios de interés público, puesto que la Ley de atribución se limita a exigir que aquéllos se dicten “en aras del correcto ejercicio de la profesión” (apartado 62). Por último, el reglamento controvertido “no es ajeno a la esfera de los intercambios económicos, habida cuenta de su influencia en el comportamiento de los miembros del Colegio de Abogados de los Países Bajos en el mercado de los servicios jurídicos en razón de la prohibición de determinadas formas de colaboración multidisciplinar” (apartado 63).

De este modo, y con independencia de que tenga un estatuto jurídico de Derecho público (apartados 65 y siguientes), cuando el colegio dicta reglamentos debe considerarse que el primero es una asociación de empresas en el sentido del art. 81.1 TCE, y que los segundos se limitan a expresar “la voluntad de los representantes elegidos por los miembros de una profesión destinada a obtener de ellos que adopten un determinado comportamiento en el marco de su actividad económica” (apartado 64). De la lectura de las Conclusiones presentadas por el Abogado General Léger (apartados 69 y siguientes) se deduce que, de los tres argumentos reproducidos, los más relevantes probablemente sean los dos primeros (y en especial el segundo). En efecto, el propio Tribunal concluye precisando que la calificación sería otra si el “Estado miembro, al conferir competencias normativas a una asociación profesional, se preocup[ara] por definir los criterios de interés general y los principios esenciales a los que se ha de atener la normativa emanada de dichas asociaciones, así como por conservar su facultad de decisión en última instancia. En este caso, las normas que adopte la asociación profesional tienen carácter estatal y no están sujetas a las normas del Tratado aplicables a las empresas”. Al no ser así en el supuesto controvertido, las normas adoptadas por la asociación profesional son sólo imputables a ésta (apartados 68 y siguientes).

La sentencia comentada se enfrenta a una manifestación del permanente conflicto entre los principios de efecto útil del Derecho comunitario, y de autonomía institucional de los Estados miembros, y procede a reducirlo del modo siguiente: las normas adoptadas por un Colegio profesional serán, bien disposiciones generales aprobadas en ejercicio de una potestad pública, o bien decisiones de una asociación de empresas imputables exclusivamente a ésta (y no al Estado), en función de que la norma estatal que atribuye al Colegio la titularidad de la potestad normativa defina o no de modo preciso los términos de su ejercicio, especialmente por lo que hace a los fines de la potestad. Este planteamiento puede ser objeto de dos observaciones críticas: una se refiere a la consistencia del núcleo de la argumentación del Tribunal; la otra lo hace a sus consecuencias. En primer lugar, el Tribunal no aporta ningún argumento convincente para desvirtuar una hipótesis que, *a priori*, parece más que plausible, a saber, que el poder para dictar disposiciones generales que, tras su adopción, pasan a integrar el ordenamiento jurídico del Estado, es un poder

público. El Tribunal se centra en el plano de los intereses cuya defensa corresponde al Colegio, pero no analiza si el poder para dictar reglamentos, considerado en sí mismo, es o no una prerrogativa típica del poder público. La vinculación entre la naturaleza y los fines de la potestad no parece muy sólida: en efecto, la tesis del Tribunal implica afirmar que una potestad pública que pueda ser ejercida en aras de un interés particular (¿en un Estado pluriclase, no lo son la mayoría de los intereses públicos?), pierde por ello dicha condición. En segundo lugar, las consecuencias de la sentencia son bastante sorprendentes. Por un lado, a falta de un reglamento de exención por categorías, el Colegio deberá solicitar una autorización a la Comisión para poder dictar reglamentos que presenten las características del art. 81.1 TCE. Por otro lado, al ser considerado una asociación de empresas, en la adopción de reglamentos el Colegio no estará vinculado, por ejemplo, por las Directivas comunitarias que regulen el ejercicio de la profesión.

3. ACCIÓN CONCERTADA

La impugnación, por parte de Hidroeléctrica Española, SA (hoy Iberdrola), de una denegación de prórroga de determinados beneficios fiscales derivados de la acción concertada del Sector Eléctrico, permiten al Tribunal Supremo realizar una larga explicación sobre la evolución de la intervención del Estado en el sector eléctrico y retomar el tema de la naturaleza jurídica de la acción concertada.

En efecto, la Sentencia de 11 de octubre de 2001, Ar. 1276 de 2002, para resolver el conflicto que se le plantea, lleva a cabo un extenso análisis de la política fiscal de fomento de las inversiones de las empresas eléctricas. Este análisis le permite situar el punto de origen del conflicto que debe analizar, que es el Plan de desarrollo económico y social de 1963, en el que se introdujo la figura de la acción concertada.

La acción concertada supuso sustituir el acto unilateral de otorgamiento de los beneficios, por un régimen que se califica de “actuación compleja de naturaleza contractual”.

El Tribunal recuerda, por tanto, su propia doctrina, según la cual la acción concertada constituye una relación contractual. A partir de aquí analiza la articulación de esta relación, que en el caso concreto examinado contó con un Plan económico sectorial, el Plan energético, que dio lugar al Decreto en el que se formalizó la acción concertada. Las empresas que lo desearon se adscribieron a los objetivos del Plan, indicando las inversiones que pensaban realizar, lo que permitió formalizar la relación contractual.

Entrando más a fondo en el análisis del caso concreto, se pone de relieve que dada la complejidad de las inversiones a realizar, se estudiaron los diversos supuestos y se formalizaron Actas específicas. La firma de estas Actas y su contenido, como veremos, es lo que lleva al Tribunal a desestimar el recurso.

Entrando en el fondo de la cuestión debatida, para la entidad recurrente la Administración debió reconocer su derecho a la ampliación de los beneficios fiscales por

preverlo así el Decreto general que regulaba la acción concertada. Frente a ello, la Administración sostiene que en el Acta específica se estableció que las exenciones sólo se reconocían hasta el año 1985.

La cuestión se resuelve a favor de la Administración, al entender que el Acta específica constituyó la formalización de un convenio o acuerdo de naturaleza contractual que vinculaba a ambas partes. Si la empresa recurrente entendió que el contenido del Acta vulneraba el Decreto anterior, no debió firmar el Acta y debió impugnar dicha propuesta. Al no hacerlo así dio lugar a una relación contractual que le vincula. Concluye el Tribunal que “ lo cierto e indiscutible es que el Acta específica, por su contenido contractual debe ser cumplida en sus términos, *pacta sunt servanda*, y que la Orden ministerial de 21 de marzo de 1983 fue consentida y firme”.

4. AGRICULTURA

Las Sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo y 22 de abril de 2002, Ar. 3694 y 4413, abordan sendos problemas relativos a ayudas otorgadas en materia de agricultura.

En la primera de las sentencias citadas, la entidad recurrente impugna un acuerdo de la Dirección General de Productos agrarios por el que se reducía la cuantía de una previa subvención como consecuencia de haberse advertido el incumplimiento de algunas condiciones establecidas en el acto de otorgamiento.

La entidad recurrente alega, como principal motivo de oposición, que el acto de reducción de la ayuda debió adoptarse a través del procedimiento de lesividad, al tratarse de la revisión de un acto favorable. El Tribunal rechaza este argumento y manifiesta que el acto impugnado constituyó el ejercicio de la facultad de control inherente a todo acto subvencionador, sin que tampoco deba considerarse como acto sancionador, razón por la cual no procedía que se adoptara ni a través del procedimiento de revisión de oficio de los actos favorables, ni a través del procedimiento sancionador.

La segunda de las sentencias también aborda la cuestión relativa a las facultades de control de la Administración subvencionadora, pero en esta ocasión en relación a un supuesto en el que se denegó la ayuda.

En este caso la Administración, ante una solicitud de ayuda, la denegó alegando error en la solicitud consistente en los datos relativos a la superficie de la finca. El recurrente entiende que la Administración debió notificarle el error advertido para su subsanación. Por el contrario, la Administración mantiene que una vez recibida la solicitud, procedió de oficio a comprobar los datos facilitados por el solicitante, y ante el error advertido procedió a denegar la ayuda. Si el particular aportó nuevos datos no fue como consecuencia de una solicitud de corrección de errores planteada por la Administración.

XIV. Derecho Administrativo Económico

El Tribunal admite la tesis defendida por la Administración, y entiende que su actuación fue ajustada a derecho al ejercer una facultad de control de las solicitudes presentadas, denegando en base al error advertido la petición de ayuda presentada.

5. AYUDAS PÚBLICAS

A) El supuesto de hecho del artículo 87.1 TCE

a) El concepto de ayuda

Conforme a la jurisprudencia comunitaria, en el concepto de ayuda resulta subsumible toda medida que otorgue una ventaja económica de carácter selectivo. Determinar si una medida otorga o no a una empresa una ventaja económica puede ser una operación complicada, especialmente si aquélla no se concreta en una simple transferencia directa de capital. La jurisprudencia comunitaria ha diseñado al efecto el criterio del inversor privado en una economía de mercado.

En la **STJCE de 16 de mayo de 2002, As. C-482/99, Francia c. Comisión**, se analizan diversas operaciones de ampliación del capital de la sociedad Stardust, efectuadas por una filial de la empresa pública *Crédite Lyonnais*. En sus apartados 69 y siguientes, el Tribunal recuerda que “del principio de igualdad de trato entre las empresas públicas y privadas se deduce que los capitales que el Estado pone, directa o indirectamente, a disposición de una empresa, en circunstancias que se corresponden con las condiciones normales de mercado, no pueden ser considerados como ayudas de Estado”, de modo que “procede apreciar si, en circunstancias similares, un inversor privado de dimensiones comparables a las de los organismos gestores del sector público habría podido llegar a realizar aportaciones de capital de la misma cuantía (...), habida cuenta, en especial, de las informaciones disponibles y de la evolución previsible en la fecha en que se realizaron tales aportaciones”. A su vez, “para determinar si el Estado adoptó o no el comportamiento de un inversor prudente en una economía de mercado, es preciso volver a situarse en el contexto de la época en que se adoptaron las medidas de apoyo financiero para valorar la racionalidad económica del comportamiento del Estado, absteniéndose pues de toda apreciación basada en una situación posterior”.

La **STPI de 11 de julio de 2002, As. T-152/99, HAMSA**, que también se pronuncia sobre el criterio del inversor privado, establece que para determinar si existe o no una ayuda “debe analizarse si, en circunstancias similares, un inversor privado de dimensiones comparables a las del inversor público habría efectuado una operación de esta importancia. A este respecto, se ha precisado que aun cuando el comportamiento del inversor privado, al que debe compararse la actuación del inversor público que persigue objetivos de política económica, no es necesariamente el del inversor ordinario que coloca capitales en función de su rentabilidad a un plazo más o menos corto, sí debe ser, por lo menos, el de un *holding* privado o un grupo privado de empresas que persigue una política estructural, global o sectorial, y se guía por perspectivas de rentabilidad a más largo plazo” (apartado 126).

Por último, la STPI de 17 de octubre, As. T-98/00, Linde, plantea una cuestión de especial interés. La empresa LWG, dedicada a la fabricación de monóxido de carbono, y propiedad del ente público THA, había celebrado un contrato de suministro de dicha sustancia a precios de mercado con la empresa privada UCB, cuyo cumplimiento le resultaba especialmente oneroso debido al carácter obsoleto de su maquinaria y tecnología, y que sólo podría resolver en caso de que esta última celebrara un contrato en condiciones comparables con alguna otra empresa. Al no haber una empresa alternativa, y con el objeto de liberarse de los compromisos asumidos con UCB, BvS (sucesora de THA) y LWG llegaron a un acuerdo con la empresa Linde, por el que ésta se comprometía a instalar una planta de producción de monóxido de carbono, y a asumir el suministro a UCB en lugar de LWG. Como contrapartida, Linde recibió una subvención pública, que constituye la medida controvertida. La Comisión declaró que ésta constituía una ayuda en el sentido del art. 87.1 TCE, puesto que permitió a Linde construir una planta de producción de monóxido de carbono sin verse obligada a asumir los costes correspondientes. En su opinión, “lo que excluye el carácter de ayuda de Estado no es la existencia de una contrapartida cualquiera, sino la presencia de una contraprestación sinalagmática ordinaria, como por ejemplo, el precio corriente de mercado en el caso de una venta”. Sin embargo, la obligación asumida por Linde de “suministrar monóxido de carbono a precios razonables responde a una “práctica comercial corriente”, que no supone para ésta una verdadera carga, y que, por tanto, no excluye la calificación como ayuda de la subvención (apartados 35 y 51). El Tribunal de Primera Instancia mantuvo una opinión distinta. En los apartados 49 y siguientes de la sentencia se afirma que el acuerdo descrito “constituye una transacción comercial normal en el marco de la cual BvS y LWG se comportaron como operadores razonables en una economía de mercado. Es obvio que estas entidades se guiaron ante todo por consideraciones mercantiles, prescindiendo de todo objetivo de política económica o social. En particular, la Comisión no examina si la cuantía de la subvención controvertida se correspondía, en conjunto, al precio que habrían acordado operadores económicos que se encontraran en la misma situación. Pues bien, en cualquier caso la subvención únicamente podría calificarse de ayuda de Estado por la parte que excediera de dicho precio. La Comisión no ha probado que la cantidad abonada a la demandante en contrapartida de los compromisos asumidos por ella exceda del coste de estos compromisos y, de ser así, cuál es la magnitud de dicho exceso. Por tanto, no ha demostrado de modo suficiente con arreglo a Derecho que la subvención controvertida constituya, en todo o en parte, una ayuda en el sentido del artículo 87 CE, apartado 1”.

b) El carácter público

El art. 87.1 TCE se refiere a las ayudas públicas, esto es, a aquellas que son “otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales”. La STJCE de 16 de mayo de 2002, As. C-482/99, Francia c. Comisión, analiza el carácter público de un conjunto de préstamos otorgados a la empresa Stardust por parte de SBT y Altus, filiales de *Crédite Lyonnais*, que a su vez era propiedad del Estado francés. Según el Tribunal de Justicia, las ayudas prohibidas por el Tratado no son sólo las otorgadas directamente por el Estado, sino también aquellas otras concedidas por “organismos públicos o privados que el Estado instituye o

designa para gestionar la ayuda”. La distinción presente en el propio art. 87.1 TCE responde, en efecto, a que “el Derecho comunitario no puede admitir que el mero hecho de crear instituciones autónomas encargadas de la distribución de ayudas permita eludir las normas relativas a las ayudas de Estado” (apartado 23). Sin embargo, en los casos en que las ayudas provienen de este tipo de instituciones, éstas sólo presentarán carácter público si satisfacen dos requisitos: primero, “que sean otorgadas directa o indirectamente mediante fondos estatales”; y, segundo, “que sean imputables al Estado” (apartado 24). La sentencia comentada analiza a continuación si éste es el caso de los préstamos controvertidos.

Por un lado, tras analizar la propiedad del capital social, la distribución de los derechos de voto, y el régimen de nombramiento del Presidente y de los miembros del Consejo de Administración de *Crédite Lyonnais*, el Tribunal concluye que tanto ésta como sus filiales SBT y *Altus* eran empresas públicas, puesto que “las autoridades francesas podían ejercer directa o indirectamente una influencia dominante sobre dichas empresas” (apartados 33 y siguientes). Pues bien, el primero de los dos requisitos señalados plantea la cuestión de si los recursos financieros de las empresas públicas constituyen fondos estatales. En este sentido, el Tribunal recuerda que “para poder concluir que la ventaja concedida a una o varias empresas constituye una ayuda de Estado en el sentido del art. 87 CE, apartado 1, no siempre es necesario acreditar la existencia de una transferencia de fondos estatales”; en efecto, el precepto “comprende todos los medios económicos que las autoridades públicas pueden efectivamente utilizar para apoyar a las empresas, independientemente de que dichos medios pertenezcan o no de modo permanente al patrimonio del Estado. Por consiguiente, aun cuando las sumas correspondientes a la medida que se discute no estén de manera permanente en poder de Hacienda, el hecho de que permanezcan constantemente bajo control público y, por tanto, a disposición de las autoridades nacionales competentes, basta para que se las califique como fondos estatales” (apartados 35 y siguientes). La sentencia concluye afirmando que “los recursos de las empresas públicas, como los del *Crédit Lyonnais* y sus filiales, estaban sometidos al control del Estado y se encontraban por tanto a disposición del mismo. En efecto, mediante el ejercicio de su influencia dominante sobre dichas empresas, el Estado puede perfectamente orientar la utilización de los recursos de éstas para financiar, en su caso, la concesión de ventajas específicas a otras empresas” (apartado 38). Se trataba, en fin, de fondos estatales.

Por otro lado, de la lectura de las conclusiones presentadas por el Abogado General Jacobs, el 13 de diciembre de 2001, se deriva que el segundo de los requisitos encuentra su preciso ámbito de aplicación en el supuesto de que la ayuda no sea otorgada directamente por el Estado, sino por organismos públicos o privados que el Estado instituye o designa para gestionarla. En estos casos, además de ser otorgada mediante fondos estatales, la ayuda debe también ser imputable al Estado (“la medida de ayuda debe ser el resultado de la actuación del Estado miembro de que se trate”, apartado 55 de las Conclusiones; sobre la restricción del concepto de “Estado” en este contexto, véanse los apartados 55 y siguientes de las Conclusiones). Pues bien, el Tribunal rechaza el argumento de la Comisión en virtud del cual toda ayuda otorgada por una empresa pública debe ser automáticamente imputada al Estado. “En efecto, aunque el Estado pueda con-

trolar a una empresa pública y ejercer una influencia dominante sobre sus operaciones, no es posible dar por supuesto automáticamente el ejercicio efectivo de dicho control en un caso concreto. Una empresa pública puede actuar con mayor o menor independencia, en función del grado de autonomía que le reconozca el Estado. Así podría ocurrir en el caso de empresas públicas como Altus y SBT. Por lo tanto, el mero hecho de que una empresa pública esté sometida al control estatal no basta para imputar al Estado medidas adoptadas por ella, como las medidas de apoyo financiero que se discuten. Resulta necesario analizar además si resulta procedente la conclusión de que las autoridades públicas intervinieron de algún modo en la adopción de dichas medidas” (apartado 52). “A este respecto, no cabe exigir una demostración, basada en instrucciones concretas, de que las autoridades públicas incitaron específicamente a la empresa pública a adoptar las medidas de ayuda de que se trate (...)” (apartado 53). Por el contrario, “ (...) la imputabilidad al Estado de una medida de ayuda adoptada por una empresa pública puede deducirse de un conjunto de indicios derivados de las circunstancias del asunto y del contexto en el que se produjo la medida” (apartado 55). Como ejemplos de este tipo de indicios, el Tribunal señala “el hecho de que el organismo en cuestión no pudiera adoptar la decisión impugnada sin tener en cuenta las exigencias de los poderes públicos”; “la integración de la empresa en la estructura de la Administración Pública”; “la naturaleza de sus actividades y el hecho de desarrollarlas en el mercado compitiendo normalmente con empresas privadas”; “el estatuto jurídico de la empresa, regida por el Derecho público o por el Derecho de sociedades común”; “la intensidad de la tutela que ejercen las autoridades públicas sobre la gestión de la empresa, o cualquier otro indicio de la intervención de las autoridades públicas en el caso concreto de que se trate o de lo improbable de su falta de intervención en la adopción de la medida, habida cuenta igualmente del alcance de ésta, de su contenido o de las condiciones que establezca” (apartados 55 y siguientes). Todo ello en el bien entendido de que, “el mero hecho de que una empresa pública haya adoptado la forma de sociedad de capital de Derecho común, con la autonomía que esta forma jurídica puede conferirle, no basta para excluir que las medidas de ayuda adoptadas por tal sociedad sean imputables al Estado” (apartado 57). Al no haber analizado la Comisión si las concretas medidas controvertidas eran o no imputables al Estado francés, el Tribunal concluye, en fin, anulando la Decisión impugnada.

B) En especial, los poderes de interpretación de la Comisión y su control por parte del juez comunitario

Las sentencias comunitarias sobre ayudas públicas dictadas en el período que comprende la presente crónica otorgan una atención especial al alcance de los poderes de interpretación de la Comisión en el marco del art. 87 TCE, por un lado, y al control judicial de su ejercicio, por otro. Con carácter preliminar, debe señalarse el peligro de establecer una apresurada y simplificada correspondencia entre los conceptos utilizados en las diversas versiones lingüísticas de las sentencias y las instituciones propias de una determinada tradición jurídica particular (véase, al respecto, la crónica sobre Derecho administrativo económico publicada en el número 11 de la presente Revista). Una aproximación adecuada a esta jurisprudencia pasa por atender menos a las expresiones utilizadas por las distintas versiones, y más al contenido o significado que les otorga el Tribunal.

XIV. Derecho Administrativo Económico

Pues bien, desde esta perspectiva es posible identificar una diferencia fundamental en el tratamiento que el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia dispensan a la interpretación por parte de la Comisión de los dos primeros apartados del art. 87 TCE, de una parte, y del tercero, de otra.

A la hora de interpretar los conceptos contenidos en los apartados 1 (definición del concepto de ayuda pública) y 2 (primera de las dos listas relativas a la autorización de ayudas) del art. 87 TCE, la Comisión ha de realizar valoraciones o estimaciones de naturaleza económica. Así, por ejemplo, la **STJCE de 26 de septiembre de 2002, As. C-351/98, España c. Comisión**, dispone que, “en el marco de la facultad de apreciación de que dispone para evaluar los posibles efectos económicos de las medidas de ayuda”, la Comisión puede considerar que “las ayudas inferiores a las cantidades precisadas en las Directrices comunitarias sobre las ayudas de Estado a las PYME, y más tarde en su Comunicación relativa a las ayudas de minimis (DO 1996, C 68, p. 9), no afectan a los intercambios y, por tanto, no se les aplican los arts. 92 y 93 del Tratado” (apartado 52). De este modo, en el marco del art. 87.1 TCE la Comisión goza de un margen para realizar diversas interpretaciones de un mismo enunciado normativo, en cuyo ejercicio, sin embargo, se encuentra vinculada por las directrices y las comunicaciones que adopta en la materia, siempre que “no se aparten de las normas del Tratado y sean aceptadas por los Estados miembros” (apartado 53). Más allá de su concreta denominación (“facultad de apreciación” es la expresión utilizada en la versión española, *pouvoir d’appréciation* en la francesa, *discretion* en la inglesa, o *Ermessen* en la alemana), lo relevante es determinar el concreto régimen jurídico de esa facultad de apreciación, y, especialmente, el alcance de su control por parte del juez comunitario. Pues bien, en la sentencia citada el Tribunal de Justicia realiza un control pleno sobre el fondo de la decisión impugnada, y sustituye el criterio mantenido en ésta por su propia apreciación. En efecto, mientras que la Comisión sostenía que “el transporte profesional por cuenta ajena y el transporte por cuenta propia son dos segmentos del mismo mercado, dado que las prestaciones son en gran medida intercambiables” (apartado 35), el Tribunal entiende que las situaciones de ambos no son lo “suficientemente homogéneas (como) para caracterizar la pertenencia de las dos categorías al mismo sector y su intervención en un mismo mercado” (apartado 48). La aplicación de este segundo criterio de apreciación incorporado por el Tribunal conduce a la aplicación en el asunto controvertido de las directrices sobre las ayudas de minimis, y, con ello, a la anulación parcial de la Decisión impugnada (apartado 54). De igual modo, la **STPI de 17 de octubre, As. T-98/00, Linde**, afirma expresamente que “el concepto de ayuda, tal y como se define en el Tratado, tiene carácter jurídico y debe interpretarse partiendo de elementos objetivos. Por esta razón, el órgano jurisdiccional comunitario, en principio, y teniendo en cuenta tanto determinados elementos concretos del litigio de que conoce como el carácter técnico o complejo de las apreciaciones realizadas por la Comisión, deberá ejercer un control completo por lo que respecta a la cuestión de si una medida está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 87 CE, apartado 1” (apartado 40).

El tratamiento otorgado a la potestad autorizatoria en el caso del art. 87.3 TCE es ciertamente diferente. Según el Tribunal, al ejercerla en el caso concreto “la Comisión goza de

una amplia facultad de apreciación, cuyo ejercicio implica consideraciones de orden económico y social que deben efectuarse en un contexto comunitario” (STJCE de 26 de septiembre de 2002, As. C-351/98, España c. Comisión, apartado 74). Con independencia, una vez más, de la concreta denominación de esa facultad (“amplia facultad de apreciación” en la versión española, *large pouvoir d’appréciation* en la francesa, *wide discretion* en la inglesa, o *weiter Ermessensspielraum* en la alemana), debe destacarse que se trata de un poder de decisión propio, perfectamente asimilable a los que nuestra ciencia del Derecho administrativo conoce como una potestad discrecional. El propio Tribunal de Justicia encuentra el fundamento de esta conclusión en una interpretación literal del art. 87.3 TCE: “Del propio tenor de los arts. 92, apartado 3, letra c), y 93 del Tratado se desprende que la Comisión ‘puede’ considerar compatibles con el mercado común las ayudas contempladas en la primera de dichas disposiciones. Por tanto, aun cuando la Comisión deba pronunciarse siempre sobre la compatibilidad con el mercado común de las ayudas de Estado sobre las que ejerce su control, aunque no le hayan sido notificadas, la Comisión no tiene la obligación de declarar tales ayudas compatibles con el mercado común” (apartado 75), y esto, cabría añadir, aún cuando la medida satisfaga el presupuesto de hecho del apartado 3.

De este planteamiento se deriva una importante consecuencia respecto del control judicial del ejercicio de la potestad autorizatoria: a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento de control de la interpretación de los dos primeros apartados del art. 87 TCE, en este caso “no corresponde al Tribunal de Primera Instancia sustituir la apreciación económica de la Comisión por la suya propia” (SSTPI de 30 de enero de 2002, As. T-35/99, Keller, apartado 77; de 6 de marzo de 2002, As. Acumulados T-127, 129 y 148/99, Territorio Histórico de Álava, apartado 273; de 7 de marzo de 2002, As. C-310/99, Italia c. Comisión, apartado 46). Por un lado, “el control jurisdiccional que se aplica al ejercicio de dicha facultad de apreciación se limita a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, así como a controlar la exactitud material de los hechos alegados y la ausencia de error de Derecho, de error manifiesto al apreciar los hechos o de desviación de poder” (STJCE de 26 de septiembre de 2002, As. C-351/98, España c. Comisión, apartado 74; STPI de 6 de marzo de 2002, As. Acumulados T-127, 129 y 148/99, Territorio Histórico de Álava, apartado 273). Por otro lado, “la Comisión está vinculada por las directrices y las comunicaciones que adopta en materia de control de las ayudas de Estado en la medida en que no se aparten de las normas del Tratado y sean aceptadas por los Estados miembros” (STJCE de 26 de septiembre de 2002, As. C-351/98, España c. Comisión, apartado 76).

La STPI de 7 de marzo de 2002, As. C-310/99, Italia c. Comisión, se pronuncia sobre alguna de estas técnicas de control. En primer lugar, “existe desviación de poder cuando una institución ejerce sus competencias con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso” (apartado 47). En segundo lugar, la obligación de motivación:

XIV. Derecho Administrativo Económico

“constituye una formalidad sustancial que debe distinguirse de la cuestión del fundamento de la motivación, pues ésta pertenece al ámbito de la legalidad del acto controvertido en cuanto al fondo. La motivación exigida por el art. 253 CE debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. Esta exigencia debe apreciarse en función de las circunstancias del caso, en particular, del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por el acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del art. 253 CE debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate” (apartado 47).

Por último, las directrices y comunicaciones elaboradas por la Comisión vinculan a ésta en los términos señalados. Los efectos respecto al juez comunitario son, sin embargo, bien distintos: se trata de normas indicativas que “contribuyen a garantizar la transparencia, la previsibilidad y la seguridad jurídica de su actuación”, y, aunque “no pueden vincular al Tribunal de Justicia (...), pueden constituir una referencia útil” (apartado 52).

En algunas ocasiones, sin embargo, la distinción entre el tratamiento otorgado por el juez comunitario a la interpretación de los apartados 1 y 2, de un lado, y del apartado 3, de otro, no resulta tan sencilla. Valga como ejemplo la **STPI de 11 de julio de 2002, As. T-152/99, HAMSA**, que se pronuncia sobre la interpretación del art. 87.1 TCE realizada por Comisión, en una doble dirección. Por un lado, a la hora de comprobar si una de las medidas controvertidas tenía o no carácter selectivo, la sentencia afirma expresamente que el juez comunitario debe ejercer un “control completo por lo que respecta a la cuestión de si una medida está comprendida dentro del ámbito de aplicación del art. 92, apartado 1, del Tratado” (apartado 159). Por otro lado, al comprobar si otra de las medidas controvertidas constituía una ventaja económica, por no satisfacer el criterio del inversor privado en una economía de mercado, la sentencia renuncia a ejercer un control completo, a pesar de encontrarse igualmente en el escenario que representa el art. 87.1 TCE. En efecto, en el apartado 127 se afirma que “la apreciación que ha de efectuar la Comisión acerca de si una inversión cumple el criterio del inversor privado requiere una valoración económica compleja. (...) Pues bien, cuando adopta un acto que requiere una apreciación económica compleja, la Comisión goza de un amplio poder de apreciación y el control jurisdiccional de dicho acto a este respecto se limita a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos tenidos en cuenta para efectuar la elección impugnada, la falta de error manifiesto en la apreciación de dichos hechos o la inexistencia de desviación de poder”. Una afirmación esta abiertamente contradictoria con la **STPI de 17 de octubre, As. T-98/00, Linde**, que, pronunciándose igualmente sobre el criterio del inversor privado, ejerce, tal y como se ha señalado *supra*, un control pleno sobre la interpretación de la Comisión.

6. COMERCIO

A) Especies comercializables

La actividad económica de comercialización de especies animales resulta delimitada por la normativa medioambiental referida a las especies protegidas. La **STC 166/2002, de 18 de septiembre**, al resolver el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos de la Ley de la Asamblea de la Región de Murcia 7/1995, de 21 de abril, de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial, ha tenido que pronunciarse sobre la capacidad de las Comunidades Autónomas para determinar las especies animales comercializables.

Para la representación del Estado, los preceptos impugnados vulneran la competencia estatal para dictar las normas básicas sobre protección del medio ambiente *ex art.* 149.1.23 CE, en cuanto se oponen a las previsiones de la normativa básica estatal contenida por la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres (LCEN) y por el Real Decreto 1118/1989, de 15 de septiembre, por el que se determinan las especies objeto de caza y pesca comercializables. En concreto, se impugna el art. 27, primer párrafo, de la Ley autonómica, en conexión con su Anexo III, que se refieren al listado de especies que pueden ser objeto de comercialización, en vivo o en muerto. Estas especies no se encuentran recogidas en el RD 1118/1989, por lo que se produciría una inconstitucionalidad de carácter mediato o indirecto del precepto autonómico. En efecto, el Tribunal Constitucional señala que el art. 34.c) LCEN se remite al reglamento para determinar las especies que podrán ser objeto de comercialización, mandato que ha sido desarrollado en el citado RD 1118/1989. Y añade que ya la STC 102/1995 señaló el carácter básico del art. 34.c) LCEN, con base en que la protección de la caza y de la pesca tiene un carácter tuitivo que enlaza con el medio ambiente y que este carácter básico del precepto legal se transmite a su desarrollo reglamentario.

El Tribunal Constitucional no efectúa un análisis previo del título competencial en el que se incardinan los preceptos impugnados, y da por supuesto que se aplica el art. 149.1.23 CE, de modo que las Comunidades Autónomas podrían únicamente establecer medidas adicionales de protección. Pero junto a este título cabe plantear la aplicación de la competencia exclusiva que las Comunidades Autónomas tienen reconocida en la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial (art. 148.1.11 CE), cuestión que por cierto ya fue examinada en la citada STC 102/1995. En aquella ocasión, se indicó que el Estado sólo podía fijar las directrices de las especies objeto de caza y pesca, pero no efectuar una regulación casuística de las concretas especies, puesto que ello corresponde a las CCAA en virtud del art. 148.1.11 CE. En sentido contrario, en la medida que la determinación de las especies comercializables persiga un fin tuitivo.

XIV. Derecho Administrativo Económico

B) Venta fuera de establecimiento comercial

La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2001, Ar. 2056, tuvo como objeto la impugnación, por parte de una Cámara de Comercio, de una Ordenanza municipal reguladora del ejercicio de determinadas modalidades de venta fuera de establecimiento comercial. El recurso fue desestimado en primera instancia. El recurso de casación se estima, pero en el fallo, en base a argumentos aportados por el Tribunal Supremo, se desestima de nuevo el recurso contencioso-administrativo.

La cuestión litigiosa se centró, en el recurso de primera instancia y en el casacional, en analizar si la Ordenanza local había o no vulnerado el RD 1010/1985 que regulaba con carácter general la venta fuera de establecimiento comercial. Para la sentencia de primera instancia el objeto del recurso estaba constituido por la creación de un mercadillo, acto este que no debió confundirse con la aprobación de la Ordenanza en que se amparó este acto singular. Por tanto, el acto impugnado era un acto firme y consentido, sin que deba analizarse el contenido de la Ordenanza general.

El Tribunal Supremo casa la sentencia impugnada en este punto, al entender que se debió analizar el contenido de la Ordenanza también impugnada. A partir de aquí, entra a examinar dicha Ordenanza, para concluir que con la misma no se vulnera tampoco el Real Decreto 1010/1985. Por tanto, casa la sentencia pero desestima el recurso.

Entrando en el fondo de la cuestión que se plantea el propio Tribunal Supremo, se analiza el margen de discrecionalidad que la norma estatal permitía a la Ordenanza, y en concreto el alcance del art. 8 de la citada norma estatal. Dicho precepto permitía autorizar mercadillos cuando lo aconsejaran las circunstancias de la población, teniendo en cuenta los equipamientos comerciales existentes y previo informe de la Cámara de Comercio.

Para el Tribunal Supremo, la norma estatal permite autorizar diversos mercadillos en diversas zonas de la población, y deja un amplio margen de discrecionalidad al ente local, margen que se utilizó sin incurrir en arbitrariedad (se reiteran los argumentos a favor de un control limitado de las opciones políticas del ente local). Añade el Tribunal Supremo que en el expediente constan los informes necesarios, sin que pueda exigirse por la recurrente otros informes que acrediten de forma indiscutible la necesidad del nuevo mercadillo.

Por todo ello, se casa la sentencia pero se desestima el recurso interpuesto.

7. CONTRATOS PÚBLICOS

Entre los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en materia de contratos públicos debe destacarse la **STJCE de 17 de septiembre de 2002, As. C-513/99, Concordia**, que resuelve diversas cuestiones prejudiciales planteadas por un órgano judicial finlandés en el marco de un litigio relativo a la adjudicación de un

contrato público de servicios de transporte urbano de personas. En primer lugar, el órgano remitente solicita al Tribunal que dilucide si el art. 36.1.a) de la Directiva 92/50, que permite la adjudicación del contrato a la oferta más económicamente ventajosa, debe interpretarse en el sentido de que la entidad adjudicadora puede tener en cuenta criterios de tipo medioambiental, y, en particular, los niveles de emisión previstos por parte de los vehículos. El Tribunal responde a esta cuestión afirmando que, en principio, es posible que “la entidad adjudicadora utilice criterios relativos a la conservación del medio ambiente para la apreciación de la oferta económicamente más ventajosa” (apartado 57). Ante todo, el Tribunal recuerda que la enumeración de criterios realizada por el precepto señalado (“la calidad, la perfección técnica, las características estéticas y funcionales, la asistencia y el servicio técnico, la fecha de entrega, el plazo de entrega o de ejecución, el precio”), no tienen un carácter exhaustivo, tal y como se deriva del uso de la expresión “por ejemplo” (apartado 54). En particular, no puede excluirse que “factores que no son puramente económicos puedan afectar al valor de una oferta para dicha entidad adjudicadora. Esta observación queda también corroborada por el propio tenor literal de esta disposición, que alude expresamente al criterio relativo a las características estéticas de una oferta” (apartado 55). Finalmente, la admisibilidad de criterios medioambientales es plenamente coherente con el art. 6 TCE, que establece que “las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad” (apartado 57).

Sin embargo, el Tribunal matiza inmediatamente la conclusión obtenida, al señalar que para resultar admisibles desde el punto de vista del art. 36.1.a) de la Directiva, los criterios medioambientales deben satisfacer los siguientes requisitos (apartados 58 y siguientes). Primero, “los criterios de adjudicación que pueden aplicarse con arreglo a dicha disposición deben estar también relacionados con el objeto del contrato”. Segundo, “para determinar la oferta económicamente más ventajosa, la entidad adjudicadora debe, en efecto, poder apreciar las ofertas presentadas y adoptar una decisión sobre la base de criterios cualitativos y cuantitativos que varían en función del contrato de que se trate”. Tercero, el criterio utilizado no puede implicar “la atribución a la entidad adjudicadora de una libertad incondicional de elección para la adjudicación del contrato a un licitador”. Cuarto, al aplicar este tipo de criterios la entidad adjudicadora “debe respetar todas las normas de procedimiento de la Directiva 92/50 y, especialmente, las normas de publicidad (...), de modo que “todos los criterios de este tipo han de mencionarse expresamente en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación, cuando resulte posible, en orden decreciente de la importancia que se les atribuye, para que los contratistas puedan conocer su existencia y alcance”. Por último, los criterios utilizados deben respetar todos los principios fundamentales del Derecho comunitario y, en particular, el principio de no discriminación.

La segunda cuestión prejudicial está relacionada, precisamente, con este último requisito. El órgano remitente pregunta al Tribunal si la decisión de otorgar una puntuación adicional a la oferta que presente niveles de emisiones inferiores a un límite es contraria al principio de igualdad de trato, toda vez que consta de antemano que la propia empresa

XIV. Derecho Administrativo Económico

municipal de transportes de la ciudad organizadora de la licitación es una de las pocas empresas que se encuentran en condiciones de proponer unos vehículos que los satisfagan. Pues bien, el Tribunal afirma en este sentido que los criterios de adjudicación eran objetivos e indistintamente aplicables a todas las ofertas, y que el hecho de que sólo un número reducido de empresas (entre las que se encontraba una que pertenecía a la entidad adjudicadora) pudiera cumplir uno de los criterios aplicados no puede, por sí solo, constituir una violación del principio de igualdad de trato (apartados 83 y 85).

8. CRÉDITO

A) Denominación de institución. Prohibición de usar denominación de banco o banquero

La entidad Merchbank, SA interpuso recurso frente a la Orden del Ministerio de Economía por la que se acordó requerirle para que eliminara de su denominación social, así como de su nombre comercial y marcas, toda referencia a *banc* o *banking*. Dicha orden se fundamentó en lo dispuesto en los arts. 38 y 58 de la ley de ordenación bancaria de 1946. El recurso de primera instancia fue desestimado, pero recurrida la sentencia en casación, el Tribunal Supremo la estimó mediante la STS de 13 de febrero de 2002, Ar. 4095.

La problemática relativa a la denominación de las entidades de crédito ya ha sido objeto de anteriores sentencias, comentadas en esta misma sección. La sentencia que ahora citamos incorpora dos cuestiones novedosas de interés. Por un lado, afirma que la intervención administrativa por la que ordena el cambio de denominación no constituye ejercicio de potestad sancionadora, por lo que no debió seguirse el procedimiento sancionador como pretende la recurrente. En este sentido indica que el requerimiento no constituye sanción alguna, la cual en su caso se impondrá si se incumple el requerimiento, pues es en este momento cuando se incurrirá en el tipo infractor.

Despejada esta cuestión sobre la naturaleza del acto impugnado, se entra en el fondo del asunto. La recurrente entiende que la Administración se excedió en el uso de la potestad que le atribuye el art. 38 de la Ley bancaria de 1946, ya que el citado precepto permite la prohibición de uso de determinadas denominaciones, pero no permite imponer la eliminación de los términos cuestionados.

El Tribunal Supremo acoge esta alegación, y entiende que el precepto se refiere exclusivamente al uso, sin que se deba eliminar su denominación. Y de esta distinción extrae una consecuencia: “la diferencia no es baladí, si se tiene en cuenta que nada impediría que la entidad se inscriba en el futuro en el Registro de Bancos o Banqueros, con lo que las marcas y nombres que ostentara con arreglo al Registro de la Propiedad industrial serían operativos en el uso mercantil, con posibilidad de oponerlos a terceros que pretendan su inscripción, derecho que perdería si tuviera que eliminarlos conforme le impone la resolución recurrida”.

Por último, la sentencia rechaza otro argumento de la recurrente, según el cual debió aplicarse el art. 28 de la Ley 26/1988 sobre disciplina e intervención en las entidades de crédito, precepto que contenía una redacción más beneficiosa, en cuanto la prohibición no se establece para las expresiones concretas de banco o banquero, sino para “las denominaciones genéricas reservadas a entidades de crédito u otras que puedan inducir a confusión”. El Tribunal entiende que, en sentido contrario a lo alegado por la recurrente, la nueva redacción tiene incluso vocación más amplia (en este sentido, cita la Sentencia de 21 de julio de 2000, Ar. 5226).

9. GAS

A) Peajes y cánones de acceso de terceros a instalaciones de recepción, regasificación, almacenamiento y transporte de gas natural

La Orden de 27 de julio de 2000 aprobó los peajes y cánones de acceso de terceros a las instalaciones de recepción, regasificación, almacenamiento y transporte de gas natural, en desarrollo de lo establecido en el Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio. Impugnada directamente la cita Orden, el Tribunal Supremo desestimó el recurso mediante la STS de 3 de abril de 2002, Ar. 4685.

La primera cuestión que se plantea la sentencia citada es la relativa a la naturaleza de la orden impugnada, pues de ello derivará la corrección o no del procedimiento seguido en su aprobación. Sobre esta cuestión el Tribunal entiende que la orden es un acto administrativo, pues no innova el ordenamiento jurídico, limitándose a la mera acomodación de unos peajes y cánones ya establecidos, reduciéndolos en el porcentaje ordenado por el Decreto-ley. De ello concluye que el procedimiento seguido en su aprobación fue el correcto.

Entrando en el contenido de la Orden, el Tribunal se tiene que enfrentar una vez más con la alegación de la arbitrariedad y falta de motivación de un acto administrativo de contenido económico, por el que se fijan precios o tarifas. El Tribunal rechaza la argumentación de existencia de arbitrariedad en el acto impugnado al entender que existieron informes previos que avalan el contenido de la decisión, que por otra parte se limitó a aplicar lo previsto en una norma de rango legal previa.

10. GANADERÍA

La cuestión que se debate en la STS de 14 de febrero de 2002, Ar. 1267, es la relativa a si para determinar la cuota lechera, la Administración debía tener en cuenta la cuota previa de la entidad recurrente antes de solicitar la suspensión de la misma (tesis del recurrente y de la Sala de primera instancia), o bien la que resultó de aplicar a la cuota inicial la suspensión solicitada (tesis de la Administración recurrente y que impondrá el Tribunal Supremo al casar la sentencia impugnada).

XIV. Derecho Administrativo Económico

Para el Tribunal Supremo, siguiendo el criterio de una sentencia anterior que resuelve un problema sustancialmente idéntico (Sentencia de 23 de enero de 2002), debe atenderse para determinar la cantidad de referencia a la existencia o no de suspensión. Dado que en el momento en que se fija la cuota la suspensión estaba vigente, por la prórroga que solicitó el recurrente, se debió tomar en consideración como cifra de referencia la cuota reducida, y no la que poseía el recurrente antes de la suspensión.

El Tribunal Supremo añade que ello no vulnera la doctrina del TJCE, en Sentencias de 28 de abril 1960 y 19 de mayo de 1952 (casos Mulder y Von Detzen), pues las citadas sentencias se referían a supuestos en los que los productores hubieran sido incitados por un acto de la Comunidad a suspender la comercialización de productos lácteos durante un período, concluyendo que en estos casos la reducción del cálculo en la cuota sólo se tendría en cuenta mientras durara el compromiso.

11. INDUSTRIA

De nuevo en esta sección debemos dar cuenta de una serie de sentencias del Tribunal Supremo en las que el objeto del recurso son las impugnaciones frente a resoluciones dictadas en materia de ayudas a la industria y amparadas en la normativa de incentivos regionales en zonas de promoción económica.

Las STS de 15 y 24 de abril y 24 y 29 de mayo de 2002, Ar. 4688, 4175, 4741 y 4743, confirman la denegación de ayudas solicitadas por entender que los proyectos presentados no se adecuan al logro de los objetivos previstos en la normativa. Se reitera una jurisprudencia ya consolidada según la cual no hay un derecho a la subvención, debiendo únicamente analizarse si la denegación estuvo suficientemente motivada.

A partir de este planteamiento común la Sentencia de 29 de mayo introduce un matiz, al haberse denegado la ayuda por la previa exclusión con carácter general, por acuerdo del grupo de trabajo, de un conjunto de sectores dentro de los cuales se incluía la solicitud concreta que se rechaza. Esta previa exclusión general, según la sentencia, estaba justificada dada la escasez de recursos aplicables, y no constituyó ninguna derogación singular de la norma general contraria a derecho.

Las sentencias de 29 de noviembre de 2001, Ar. 1788 de 2002, y de 20 de mayo de 2002, Ar. 4520, estiman por el contrario los recursos frente a denegaciones de ayudas, si bien difieren sobre el alcance de la facultad revisora del Tribunal. Así, en la primera de las sentencias citadas, el Tribunal de primera instancia estimó el recurso al entender que la resolución denegatoria careció de motivación suficiente, al contener simples remisiones a informes que no justificaban la denegación. La sentencia anuló el recurso y condenó a la Administración a dictar nueva resolución. La sentencia casacional desestima el recurso y confirma la sentencia impugnada en todos sus extremos.

En la Sentencia de 20 de mayo la cuestión de fondo que se planteó era idéntica y se resolvió en los mismos términos. Esto es, se anula la resolución denegatoria de la ayuda por

falta de motivación. Pero en este caso, la sentencia de primera instancia no se limitó a anular, sino que reconoció el derecho a la subvención y ordenó a la Administración que la hiciera efectiva, determinando la cantidad a pagar. Por esta razón, en el recurso casacional se planteó también la cuestión relativa al exceso de la sentencia, al entender la Administración impugnante que se había desbordado el alcance de la función revisora propio del órgano jurisdiccional. El Tribunal Supremo rechazó este argumento al entender que existían elementos suficientes en el expediente para decidir sobre la procedencia y alcance de la ayuda.

12. LIBERALIZACIÓN

A) Liberalización de servicios funerarios y derecho a indemnización

La liberalización de los servicios funerarios, impuesta por el Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sin previsión de medida compensatoria alguna para las empresas que estaban actuando en régimen de monopolio, dio lugar a diversas reclamaciones de daños y perjuicios por las empresas que se entendieron directamente perjudicadas por la norma con rango legal. Estas reclamaciones fueron desestimadas por el Consejo de Ministros, órgano ante el que se planteó la reclamación. El posterior recurso contencioso-administrativo también ha sido desestimado por un conjunto de sentencias de contenido sustancial idéntico, si bien responden a dos construcciones formales diversas según el ponente de las mismas. Así, por un lado contamos con las **SSTS de 14 de febrero de 2002**, Ar. 1678 y 3004, ponente el Magistrado Sr. Sieira, y **de 3, 13, 20 y 27 de abril, y 7 de mayo de 2002**, Ar. 3601, 3957, 4424, 4255 y 4425, ponente Sr. Peces Morate. En todo caso debe señalarse que las sentencias referidas analizan la norma liberalizadora desde la perspectiva del surgimiento o no, como consecuencia precisamente de la liberalización del sector, de un derecho a ser indemnizado a favor de las empresas que venían actuando en régimen de monopolio.

El conjunto de sentencias desestima los recursos interpuestos, confirmando las resoluciones del Consejo de Ministros que negaron el derecho a una indemnización. La construcción más ordenada y completa de los argumentos desestimatorios se encuentra, a nuestro juicio, en las sentencias del magistrado Peces Morate, las cuales de forma idéntica resuelven los diversos recursos.

En las citadas sentencias, como acabamos de decir, tras analizar los antecedentes normativos, se enjuicia el contenido del Decreto-ley 7/1996, que puso fin a la posible gestión de los servicios mortuorios en régimen de monopolio si así lo acordaba el Pleno de la Corporación Municipal, únicamente con el fin de determinar si de lo dispuesto en la norma con rango legal se deriva o no un derecho a ser indemnizado.

El Tribunal Supremo niega el derecho a ser indemnizado en base a los argumentos que sintetizamos a continuación de forma muy resumida, siguiendo como hemos dicho el

XIV. Derecho Administrativo Económico

contenido de las sentencias del magistrado Peces Morate. Primero: El Decreto-ley no posee contenido expropiatorio. Segundo: El Decreto-ley no vulnera el principio de confianza legítima, pudiendo afirmarse incluso que la nueva situación creada por la reforma legal es más favorable para las empresas del sector (pueden actuar en otros municipios, no están sujetas a límite temporal, no están sujetas a tarifas intervenidas). Además, la reforma legal era previsible. Tercero: No cabe entender que la indemnización derive de la aplicación analógica de las normas previstas para el rescate de concesiones o del incumplimiento de un contrato. Cuarto: No hay lesión antijurídica.

Dentro de este razonamiento, y en concreto al hilo de negar al Decreto-ley naturaleza expropiatoria, el Tribunal Supremo afirma que la actividad prestacional de servicios funerarios ha dejado de ser un servicio público, convirtiéndose en actividad económica libre, sujeta a previa autorización municipal reglada. Así, se afirma en el fundamento jurídico cuarto de la Sentencia de 20 de abril que:

“Como hemos declarado en nuestras Sentencias de 3 y 13 de abril de 2002, se trata de un cambio de carácter general en el sistema de prestación de los servicios funerarios, que, de ser una actividad reservada a las entidades locales, se ha transformado en una actividad económica libre, sujeta sólo a previa autorización municipal reglada, de modo que la nueva regulación legal carece de contenido expropiatorio por constituir una norma general de obligado cumplimiento, lo cual, aunque repercute de forma desigual respecto de quienes prestaban los servicios funerarios a la sociedad, no supone una privación singular de derechos o intereses patrimoniales legítimos, como esta Sala declaró, entre otras, en sus Sentencias de 24 de mayo de 1997, Ar. 3983 y 18 de octubre del mismo año, Ar. 7942, siguiendo la doctrina recogida en la Sentencia 227 de 29 de noviembre de 1988 (fundamento jurídico undécimo) del Tribunal Constitucional, en la que se expresa que las medidas legales de delimitación o regulación general del contenido de un derecho, sin privar singularmente del mismo a sus titulares, aunque impliquen una reforma restrictiva de derechos individuales o la limitación de algunas de sus facultades, no dan por sí solas derecho a una compensación indemnizatoria, sino que, al establecer con carácter general una nueva configuración legal de los derechos, es ésta procedente teniendo en cuenta las exigencias del interés general.”

La sentencia no se limita a afirmar que la actividad prestacional de servicios funerarios se ha liberalizado, rompiéndose el régimen de monopolio anterior, sino que dando un paso más afirma que esta actividad ha dejado de ser servicio público y ha pasado a configurarse como actividad económica en régimen de concurrencia (la Ley catalana 2/1997 califica esta actividad como “servicio esencial de interés general”). Con esta afirmación el Tribunal Supremo cambia una línea jurisprudencial anterior que calificaba esta actividad como servicio público (entre otras, Sentencia de 19 de abril de 1999), lo que posee importantes consecuencias prácticas.

13. PRECIOS Y TARIFAS

A) Aprobación de las tarifas de suministro de agua por la Comunidad Autónoma

Aprobadas las tarifas del suministro de agua a la población por parte de determinado municipio, éste remitió el acuerdo a la Consejería competente de la Comunidad Autónoma respectiva en materia de precios autorizados. El Consejero aprobó las tarifas imponiendo una rebaja en las mismas. Frente a este acuerdo del órgano autonómico el Ayuntamiento interpuso recurso, que fue desestimado. Recurrída la sentencia en casación, fue igualmente desestimado el recurso casacional por la STS de 30 de abril de 2002, Ar. 4378.

Los argumentos alegados por la recurrente ante el Tribunal Supremo fueron básicamente dos. Por un lado se insiste en el carácter deficitario de las tarifas aprobadas. Este argumento es rechazado por el Supremo, al entender que fue una cuestión ya rechazada mediante prueba en la sentencia de primera instancia, por lo que no procede volver sobre la misma. La segunda cuestión es la relativa a la no sujeción de esta modificación tarifaria al control por parte del ente autonómico, al tratarse de la tarifa de un servicio de gestión directa municipal, citándose al respecto la Sentencia de 10 de enero de 1992, Ar. 529. El Tribunal Supremo no entra a resolver esta cuestión (sobre la que han existido posicionamientos jurisprudenciales contradictorios), al estimar que se trataba de una cuestión nueva no planteada en la primera instancia. Añade, eso sí, que la normativa aplicable se refiere de forma general al control de las tarifas del servicio de abastecimiento de aguas potables a domicilio por parte de las Comunidades Autónomas.

B) Tarifas del transporte público. Alcance del control por la Comunidad Autónoma

La STS de 25 de marzo de 2002, Ar. 3631, examina el alcance del control de la potestad tarifaria local en materia de transporte público por parte del órgano autonómico. En este caso no se cuestiona que la tarifa de dicho servicio público esté sujeta al control derivado del ejercicio de la política general de ordenación de precios. La discusión se centra en determinar si la modificación del bonobús también está sujeta a este poder de control por parte del ente autonómico.

El Tribunal Supremo, confirmando la sentencia de primera instancia, entiende que el bonobús debe estar sujeto también al control de la entidad que ejerce la política general de ordenación de precios ya que “todos los precios que los usuarios pagan por la utilización del servicio forman parte de la tarifa”. Por tanto, dentro el concepto de tarifa no se incluye sólo el precio del servicio ordinario o básico, sino todo precio que se pueda exigir para la prestación del servicio sea cual sea su modalidad.

14. SEGUROS

En ejercicio de sus facultades de control e inspección, la Dirección general de Seguros acordó exigir a determinadas entidades aseguradoras que suprimieran de las pólizas de seguros multirriesgo (hogar y de comercio respectivamente) la facultad rescisoria posterior a la declaración del siniestro. De este modo, la administración competente en el sector interviene dentro de una relación aseguradora de carácter privado. La impugnación de esta intervención lleva a analizar la competencia y el alcance de esta potestad de limitación, cuestiones que se desarrollan en las SSTs de 4 de marzo de 2002, Ar. 1869 y 2612, mediante las cuales se desestiman los recursos interpuestos confirmando la validez de los actos impugnados.

En primer lugar, el Tribunal reconoce la competencia administrativa para controlar el contenido de las pólizas, ya que si bien las mismas no están sujetas a un régimen de autorización previa, la normativa en materia de seguros atribuye a la Administración la función de garantizar la libertad de los asegurados para elegir la entidad aseguradora, libertad que coarta la cláusula discutida, ya que “mediante la rescisión postsiniestro se está coartando la libertad de elección al imponer al tomador sin un motivo legal la elección de otra compañía aunque muestre preferencia por aquella en que lo tiene contratado”.

En segundo lugar se rechaza la vulneración del principio de sujeción a los actos propios por parte de la Administración, ya que en todo caso existió un precedente del que la Administración pudo separarse, más cuando el cambio viene impuesto por una modificación normativa que pretende reforzar las garantías de los consumidores y usuarios.

En tercer lugar, reiterando los argumentos de la sentencia de instancia, se sostiene que la cláusula es abusiva. Así, se dice que:

“Ya la sentencia analizó la incidencia de la cláusula referida en el ámbito de los contratos normados y, como una especie de los mismos, el de adhesión, característica del de seguro, y llegó a la conclusión, en opinión de esta Sala acertada, de que contrariaba el principio de autonomía de la voluntad que consagra el artículo 1255 del Código Civil y el propio artículo 1256 del mismo, porque no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes la validez y el cumplimiento de los contratos. En efecto, si el modo normal de conclusión de los contratos es su cumplimiento, y el plazo de duración del contrato en la Ley de Contrato de Seguro viene determinado con carácter vinculante (artículo 22), el establecimiento de la cláusula concreta que se examina y desde los motivos de casación por los que se impugna no cabe decir que respete el contenido de esos preceptos, ni por supuesto de los artículos 2 y 3 de la referida Ley, porque partiendo del debilitamiento de ese principio de la autonomía de la voluntad en ese contrato-tipo o uniforme, en el que no es posible afirmar que la tan citada cláusula sea libremente establecida por las partes debido a la posición dominante de una sobre otra, el cercenar el plazo de duración como uno de los elementos del contrato sólo por el acaecimiento del riesgo, que es lo que precisamente se trata de precaver en el contrato de seguro, no parece que responda a las esencias de esos principios.”

En base a estos y otros argumentos, se concluye afirmando que “lo que se está estableciendo es una cláusula de rescisión autoconcedida discrecionalmente por la parte que la ha redactado y que no respeta el justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes”.

15. SERVICIOS PÚBLICOS

A) Servicios funerarios

a) De servicio público a actividad económica sujeta a autorización

Nos remitimos al número 9 de esta misma sección.

b) Alcance territorial del monopolio en el régimen anterior

Bajo el régimen anterior en el que era posible el régimen de monopolio, se discutió el alcance del mismo. Esto es, si debía entenderse limitado a las actividades a realizar dentro del término municipal, o podía extenderse a toda actividad que se realizara dentro del término municipal en el que se había impuesto un régimen monopolístico.

La STS de 13 de febrero de 2002, Ar. 3890, tuvo ocasión de pronunciarse de nuevo sobre esta temática. El Ayuntamiento de Madrid dictó una resolución en virtud de la cual dispuso la clausura del servicio que realizaba una empresa privada de traslado de los restos mortales de las personas fallecidas en Madrid a otros Municipios. Impugnada dicha resolución, el recurso fue estimado en parte por la sentencia de primera instancia, al entender que el régimen de monopolio se debía limitar a los servicios que se prestaran íntegramente dentro del término municipal, pero sin poder extenderse a los supuestos de traslados desde algún punto situado en el término municipal a otros municipios diferentes (en este sentido se cita la sentencia del propio Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1988, Ar. 8796).

La sentencia casacional confirma la doctrina de la de primera instancia, recogiendo a su vez nueva jurisprudencia dictada en el mismo sentido (SSTS de 9 de mayo de 1996, Ar. 4115, 16 de febrero de 2000 y 21 de mayo de 2001, Ar. 4948). Se concluye, pues, que la municipalización del servicio no podía tener efectos fuera del propio término municipal.

B) Gestión indirecta por empresa municipal de capital público y ayuda pública. Cesión de terrenos a empresa de promoción urbanística

La cesión gratuita, por parte de un Ayuntamiento, de un solar de su propiedad a la empresa municipal de la vivienda del propio municipio motivó el recurso de la Unión provincial de empresarios. En el recurso de primera instancia se alegó la ilegalidad de la creación de la empresa, sus fines y la competencia desleal que suponía su actuación en

XIV. Derecho Administrativo Económico

el mercado. Desestimado el recurso, en el recurso casacional se alega la vulneración de los arts. 38 y 128.2 de la Constitución, vulneración de la ley de defensa de la competencia, de las reglas de la legislación local sobre disposición de los bienes patrimoniales, infracción de los arts. 58 a 94 del Tratado de Roma y, por último, vulneración de los principios de proporcionalidad e igualdad en la limitación de la libertad de empresa.

El Tribunal Supremo, en su STS de 26 de febrero de 2002, Ar. 2625, estima el recurso casacional, al entender que los argumentos que llevaron a desestimar el recurso de primera instancia no son conformes a derecho. No obstante, y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 102.1.3 de la Ley jurisdiccional de 1956, el Tribunal resuelve sobre el fondo dentro de los términos planteados en el debate y, con otros argumentos, comparte el fallo de la sentencia impugnada. De este modo, desestima el recurso interpuesto por la Unión de empresarios y confirma el acto impugnado.

En su largo e interesante desarrollo, la sentencia comienza por identificar la cuestión que se plantea: “la compatibilidad de las sociedades mercantiles municipales para la promoción de la vivienda con el principio de libertad de empresa y libertad de mercado y con la normativa sobre libre competencia, en relación especialmente con la cesión gratuita de solares municipales a dichas empresas para la edificación de viviendas de promoción oficial”.

En los primeros fundamentos jurídicos se analiza la naturaleza de la actividad de promoción de vivienda pública y su posible gestión directa por un ente local a través de una entidad de forma privada. El Tribunal concluye que tal actuación municipal es posible, si bien la gestión mediante una sociedad mercantil municipal de funciones de promoción de la vivienda no sustrae a ésta a las normas que desarrollan el principio de libre competencia.

Dicho esto se precisa que la cuestión verdaderamente conflictiva planteada en el recurso es la viabilidad de la cesión gratuita de un solar a favor de una empresa municipal. Llegados a este punto, el Tribunal Supremo muestra su discrepancia con la sentencia impugnada, que casa. La razón es que los argumentos de la sentencia de instancia se centraron exclusivamente en analizar si en la cesión se respetaron las reglas relativas a la disposición de los bienes locales. Para el Tribunal Supremo lo relevante era analizar si la cesión del solar era una decisión económica encaminada a favorecer a una empresa privada de capital público de manera injustificable. Por ello, entra a examinar esta cuestión para, después de casar la sentencia de instancia, llegar a una conclusión de efectos idénticos, esto es, la legalidad del acuerdo municipal y la desestimación del recurso de la Unión de empresarios. En concreto se afirma que “La sentencia de instancia proclama la coexistencia de los sectores público y privado de la economía, pero no es admisible que deduzca directamente de la misma, sin más matizaciones, que las empresas municipales pueden obtener beneficios de los entes locales de que dependen sin más cortapisa que el cumplimiento de los requisitos formales para disponer de los bienes o recursos municipales. Consideramos, en consecuencia, que, razonando así, incurre en la vulneración del precepto constitucional que se cita como infringido”.

La sentencia casacional entra, por tanto, a analizar la cuestión planteada desde otra perspectiva, no la meramente formal de si se cumplieron o no los requisitos formales para una cesión de solar, sino si esta cesión vulnera o no los principios de libre concurrencia. Desde este planteamiento, se llega a la conclusión de que la cesión no vulneró estos principios materiales.

En este sentido se afirma que:

“no aparece probado que la cesión gratuita del solar a favor de la empresa municipal incurra en desviaciones por no hallarse justificada por las circunstancias del mercado o vulnere las reglas de la libre competencia.

No aparece acreditado que la cesión gratuita del solar a que se refiere la demanda tenga suficiente entidad como para ser considerada como susceptible de entrañar un reparto de mercado o de las fuentes de aprovisionamiento. Para ello hubiera sido necesario no sólo demostrar la trascendencia de dicha medida en el conjunto del mercado, sino también que la misma no se justifica suficientemente en función de las características de la empresa cesionaria frente al resto de empresarios o no viene acompañada de las adecuadas contrapartidas para garantizar la eficacia de la gestión desarrollada en orden a la mejor consecución del fin público perseguido.

Queremos decir con ello que la parte recurrente alega la desigualdad de condiciones en cuanto al precio del solar ofrecido a la iniciativa privada en contraste con la cesión gratuita efectuada a la empresa municipal, pero no sólo no justifica con pormenor este extremo –que para esta Sala no puede resultar notorio–, sino que tampoco alega ni trata de justificar la duda acerca de que dicha empresa ofrezca garantías de una gestión más favorable a los intereses generales del municipio ni de que se vea sometida a contrapartidas derivadas de su carácter público municipal que compensen adecuadamente el carácter gratuito de dicha cesión”. Añadiendo que “entendiendo la expresada cesión como una ayuda del municipio a la empresa, entendido el concepto como reducción de las cargas que normalmente recaen sobre su presupuesto (según la definición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Sentencia de 2 de julio de 1974, Italia/Comisión, 173/1973), ni siquiera el hecho, no demostrado en el caso enjuiciado, de incidir negativamente en la competencia, sería motivo suficiente para postular su nulidad, pues el artículo 19 de la Ley de Defensa de la Competencia –que reserva la nulidad para los casos más graves– prevé la posibilidad de la modificación de las ayudas públicas prestadas a las empresas y de la adopción de otras medidas encaminadas al restablecimiento de la competencia”. Por lo que se refiere a la posible vulneración de las reglas comunitarias se afirma que “los hechos que constituyen el objeto del proceso no revelan por sí mismos que haya existido una sustracción de la sociedad municipal a las reglas derivadas del Tratado de Roma. Particularmente, el sometimiento de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general a las normas de dicho Tratado, en especial a las normas sobre la competencia, en la medida que el artículo 86 CE (Tratado de Roma con su nueva numeración) establece, no se vulnera por el hecho de que la empresa haya sido beneficiaria de una cesión gratuita de terrenos municipales”.

16. TRANSPORTES

El Alcalde de determinado municipio dictó una resolución por la que ordenaba a la Policía Local que controlase que en todo el término municipal, y especialmente en el aeropuerto, los automóviles de servicio público de clase “C” cumplieran con la normativa propia de su actividad, debiendo impedir que realizaran el servicio de transporte si incumplían dicha normativa. Dicho acuerdo fue impugnado y declarado ilegal por la sentencia de primera instancia, al entender que el Alcalde carecía de competencias específicas para ordenar el servicio de autotaxi en el aeropuerto.

Impugnada la sentencia en casación, el Tribunal Supremo estima el recurso, casa la sentencia y confirma la validez del acto impugnado (STS de 8 de marzo de 2002, Ar. 4670). El núcleo del debate jurídico, y lo que determina el contenido diverso de las sentencias, es la calificación que debe darse a los vehículos de clase “C”. Si como entiende la sentencia de instancia se trata de autotaxis, debe aplicárseles el régimen propio de los mismos, y en este caso el Alcalde ejerció unas competencias que no le corresponden en materia de coordinación intermunicipal. Si, por el contrario, se entiende que dichos automóviles tienen un régimen propio, ya no entra en juego la normativa de los autotaxis y la actuación del Alcalde fue ajustada a derecho.

El Tribunal Supremo afirma que tras el correspondiente estudio llega a la conclusión que el régimen especial de los vehículos de clase “C” hace que no les sea aplicable el art. 116.3 de la Ley de ordenación de transportes terrestres, al estar contemplado su régimen en el art. 182.1 del reglamento de la ley. Por ello concluye que el acto del Alcalde se dictó dentro de sus potestades, sin interferir con competencias de coordinación de otras autoridades, por lo que, casando la sentencia impugnada, se declara conforme a derecho.

LUIS ARROYO

TOMÁS FONT I LLOVET

ELISENDA MALARET

JOAQUÍN TORNOS MAS

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD**Sumario:**

1. Consumo. A) El TJCE condena a España por no haber transpuesto la Directiva de 16 de febrero de 1998 en materia de crédito al consumo. B) Las especificidades que marca el RD 1334/1999, sobre el etiquetado de productos alimenticios en una lengua fácilmente comprensible para el consumidor son ajustadas a Derecho. **2. Deporte.**

A) La Audiencia Nacional anula la Resolución del CSD por la que se dispone la publicación de los Estatutos de la Federación Española de Surf. B) El Arsenal FC puede oponerse a que un tercero utilice en el tráfico económico un signo idéntico a una marca cuya válidamente registrada. **3. Educación.** A) No universitaria. a) Examen de selectividad para españoles no residentes en el extranjero que cursan fuera de España estudios convalidables. B) Universitaria. a) Sanción a alumno por suplantación de personalidad en un examen. **4. Extranjeros.** A) Progenitor ciudadano de la Unión Europea y situación jurídica de sus hijos en otro Estado miembro. B) Permiso de residencia.

C) Expulsión. D) Asilo. **5. Juego.** A) Inconstitucionalidad en materia de juego del art. 24.3 y parcialmente del art. 24.1, ambos de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas. **6. Sanidad.** A) Aplicación del principio de cautela o de precaución en la alimentación de animales con antibióticos.

1. CONSUMO**A) El TJCE condena a España por no haber transpuesto la Directiva de 16 de febrero de 1998 en materia de crédito al consumo**

La STJCE de 12 de septiembre de 2002 condena al Reino de España por haber incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 98/7 CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de febrero de 1998, por la que se modifica la Directiva 87/102/CEE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, al no haberse adoptado en el plazo establecido el cumplimiento de las prescripciones de la citada Directiva. La condena se reduce al pago de las costas del proceso dado que el Consejo de Ministros aprobó la tramitación del correspondiente Proyecto de Ley el 2 de noviembre de 2001, lo que finalmente ha desembocado en la aprobación por las Cortes Generales

de la Ley 39/2002, del 28 de octubre (BOE de 29), de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas Directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios.

B) Las especificidades que marca el RD 1334/1999, sobre el etiquetado de productos alimenticios en una lengua fácilmente comprensible para el consumidor son ajustadas a Derecho

La STS de 4 de junio de 2002 (BD Actualidad Administrativa 362910/2002) resuelve el recurso contencioso-administrativo interpuesto por una Federación de Empresarios de Industrias de Alimentación y Bebidas frente al Real Decreto que aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, en síntesis, porque se entiende que contraviene el art. 13 bis de la Directiva de la CEE 97/4, de 27 de enero.

Sin embargo, no lo estima así el Tribunal Supremo (con el voto particular en contra del Ponente de la Sentencia Sr. Baena del Alcázar), puesto que en ningún caso la norma española excepciona el principio comunitario de que el etiquetado se lleve a cabo en una lengua fácilmente comprensible para el consumidor. Si bien para ello, por un lado, no es necesario que los productos tradicionales elaborados y distribuidos exclusivamente en el ámbito de una Comunidad Autónoma con lengua oficial propia se etiqueten en castellano y, por otro lado, sólo se dispone con carácter general y básico que el uso de la lengua oficial de todo el Estado es preceptiva para “la lista de ingredientes, la instrucción para la conservación y el modo de empleo”, mientras que otras menciones que deban figurar en el etiquetaje (de acuerdo con la Directiva 97/4, la denominación de venta, la cantidad neta, el lugar de origen, la identificación del fabricante,...) pueden realizarse en la lengua oficial propia de las Comunidades Autónomas, por supuesto, siempre y cuando sea fácilmente inteligible para el consumidor.

2. DEPORTE

A) La Audiencia Nacional anula la Resolución del CSD por la que se dispone la publicación de los Estatutos de la Federación Española de Surf

En realidad la Sentencia de 17 de septiembre de 2002 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional declara nula la propia constitución de la Federación Española de Surf, a instancia de la *Euskal Herriko Surf Federazioa*, en la medida en que se concluye que en el Acta fundacional de la Federación Española una parte de los clubes no cumplieron la exigencia reglamentaria de que la representación que confieren a sus Presidentes para la constitución de la Federación lo fuera por la Asamblea General y así se acreditara documentalmente, razón por la que procede acoger el recurso, al no concurrir al acta fundacional un mínimo de 65 clubes deportivos (tal como lo exige el vigente Real Decreto de federaciones deportivas españolas).

Asimismo, se declara que la Federación Española de Surf no cuenta con el apoyo de al menos el 50 por ciento de los clubes de tal modalidad, inscritos en los correspondientes Registros autonómicos (lo que sólo sucede en Galicia y Andalucía). Si bien, razonadamente, en la Sentencia se soslaya el adentrarse en la cuestión suscitada por la demandante sobre la representación internacional de las correspondientes federaciones por resultar innecesario para la resolución del recurso.

B) El Arsenal FC puede oponerse a que un tercero utilice en el tráfico económico un signo idéntico a una marca suya válidamente registrada

La STJCE de 12 de noviembre de 2002 resuelve una cuestión prejudicial suscitada en el marco de un litigio entre el Arsenal “Football Club” y el Sr. Reed, en relación con la venta y la oferta de venta por éste (desde 1970) de bufandas en las que figuraba en letras grandes la palabra “Arsenal”, signo registrado como marca por el Arsenal FC (en 1989) para este tipo de productos, entre otros.

En aplicación del art. 5, apartado 1, letra a), de la Directiva 89/104/CEE, el Tribunal de Justicia concluye que el titular de la marca puede oponerse a esa actividad económica, puesto que la marca registrada confiere a su titular un derecho exclusivo. Todo ello, aun cuando la venta de los productos se haga de forma diferenciada a los productos oficiales del Club, ya que el uso del signo podría denotar la existencia de una inexistente relación material en el tráfico económico entre los productos afectados y el titular de la marca. Marca cuyo uso tampoco puede ser amparado con ánimo de lucro –al margen de la esfera privada– en el hecho de que el citado signo se perciba como un testimonio de apoyo, de lealtad o de afiliación al titular de la marca.

3. EDUCACIÓN

A) No universitaria

a) Examen de selectividad para españoles no residentes en el extranjero que cursan fuera de España estudios convalidables

La STS de 22 de marzo de 2002, Ar. 4192, considera que no es discriminatorio que los estudiantes españoles que han cursado estudios en el extranjero, pero no sean residentes en otro país, tengan que realizar la misma prueba de selectividad o acceso a la Universidad que los alumnos que hubieran cursado el COU en España y, en consecuencia, desestima el recurso contra la Orden Ministerial de 13 de mayo de 1993.

B) Universitaria**a) Sanción a alumno por suplantación de personalidad en un examen**

La STS de 7 de marzo de 2002, Ar. 5077, se enfrenta con la impugnación de una sanción impuesta por el Rectorado de una Universidad, con fundamento en el vigente (en la parte en la que no se oponga a la Constitución) Reglamento de Disciplina Académica de 1954. El Tribunal Supremo, tras encuadrar el hecho de que otra persona hubiese realizado el examen por el sancionado en la infracción consistente en suplantación de personalidad y falta de probidad y tras rechazar la tacha de falta de rango legal del mencionado Reglamento, rebaja en parte la sanción impuesta por considerarla desproporcionada, dejándola en la prohibición general por tres años de poder cursar estudios en los centros académicos del Distrito Universitario y anulando la de prohibición de examinarse de la totalidad de las asignaturas de las que estaba matriculado en el curso académico en el que cometió la infracción.

4. EXTRANJEROS**A) Progenitor ciudadano de la Unión Europea y situación jurídica de sus hijos en otro Estado miembro**

La STJCE de 17 de septiembre de 2002, as. Baumbast, C-413/99, a instancias del *Immigration Appeal* Tribunal británico, interpreta algunas consecuencias concretas derivadas del establecimiento de la ciudadanía europea (más concretamente, de los arts. 17 y 18 TCE, arts. 10 a 12 del Reglamento 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad y arts. 1 y 3 de la Directiva 90/363/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia). Así, dirá que los hijos de un ciudadano de la Unión Europea que se han instalado en un Estado miembro, mientras su progenitor ejercía su derecho a residir como trabajador migrante en dicho Estado miembro, tiene derecho a residir en su territorio para seguir en él cursos de enseñanza general; y, a este respecto, no tiene ninguna relevancia que los padres se hayan divorciado entre tanto, que sólo uno de sus progenitores sea ciudadano de la Unión y dicho progenitor ya no sea trabajador migrante en el Estado miembro de acogida o que los hijos no sean ellos mismos ciudadanos de la Unión. Por otro lado, cuando los hijos disfrutan del derecho a residir en un Estado miembro de acogida para seguir en él cursos de enseñanza general de conformidad con el art. 12 del Reglamento 1612/68, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que permite al progenitor que tenga efectivamente la custodia de dichos hijos, con independencia de su nacionalidad, residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio de ese derecho, aunque, entre tanto, lo padres se hayan divorciado o el progenitor que tenga la condición de ciudadano de la Unión Europea ya no sea trabajador migrante en el Estado miembro de acogida.

B) Permiso de residencia

En la STS de 4 de junio de 2002, Ar. 5200, se ventilan dos cuestiones. La primera de ellas es la referente a la retirada a la recurrente de la tarjeta de residencia comunitaria, sobre la que el Tribunal Supremo, invocando la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y la primacía del Derecho comunitario, declarará que fue ilegal, puesto que se produjo atendiendo exclusivamente al dato de la existencia de una separación *de hecho*, cuando –por exigencia del Derecho comunitario– la residencia sólo puede impedirse si existe una separación *de derecho* de los cónyuges. La segunda es la referente a la exención del visado, que, en este caso –tratándose de cónyuge de ciudadano español (no separado de derecho, como ya se ha dicho), con una hija menor escolarizada–, debía haberse producido en cuanto que integra la “razón excepcional” que justificaba su dispensa (art. 22.3 del Reglamento de ejecución de la LO 1985).

C) Expulsión

Merece citarse aquí la STS de 21 de enero de 2002, Sala de lo Penal, Ar. 5756, porque se pronuncia sobre los requisitos de la expulsión de un extranjero no residente legalmente en España, pero como *medida sustitutiva del cumplimiento de una pena privativa de libertad*. Así, a juicio del Tribunal Supremo, son cuatro los requisitos que se deben respetar: a) trámite de audiencia al respecto; b) necesidad de intervención de Letrado en dicho trámite (salvo que la expulsión sea solicitada voluntariamente por el propio interesado); c) debe tratarse de una audiencia específica a tal efecto (por lo que no es suficiente con la relación con los hechos objeto de la acusación ni con la concesión de última palabra en la vista oral), y d) el acuerdo de expulsión debe adoptarse –siendo discutible si en la propia Sentencia o en Auto aparte– siempre con posterioridad a la audiencia. Al no respetarse, en el caso, la mencionada audiencia específica antes de decidir sobre la sustitución de la pena privativa de libertad (sino por diligencia de audiencia practicada con posterioridad), el Tribunal Supremo anulará esa parte del Fallo de la Sentencia impugnada. A mayor abundamiento, también señala la Sentencia que, cuando podría haberse dado cumplimiento a la expulsión del territorio nacional del recurrente, éste ya había cumplido muy buena parte de la pena privativa de libertad, con lo que más que una medida de sustitución debería hablarse de una pena añadida.

En relación con la suspensión cautelar de una medida de expulsión, la STS de 3 de abril de 2002, Ar. 3347, reitera jurisprudencia consolidada en el sentido de que no es conforme a derecho la expulsión o la obligación de salida del territorio español mientras la Administración no haya resuelto una solicitud de permiso de residencia, de trabajo o de regularización de la situación de un ciudadano extranjero, oportunamente presentada.

En la STS de 21 de junio de 2002, Ar. 5753, se plantea nuevamente la cuestión de la causa de expulsión prevista entonces en el art. 26.1.d) LO 1985 –esto es, haber sido condenado por delito doloso a una pena privativa de libertad superior a un año (actualmente, en el art. 57.2 LO 2000)– y su compatibilidad con la prohibición constitucional

del *bis in idem*. Así argumentará el Tribunal Supremo la posibilidad de la pena y de la sanción: “El hecho, en cuanto que tipificado penalmente, origina en el orden penal una condena, 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 constituyen los resultados de dos procedimientos sucesivos, de los que el primero es antecedente inexcusable del segundo, teniendo los aludidos resultados un fundamento o *ratio essendi* totalmente distintos, de suerte que no puede apreciarse la identidad a la que se refiere el art. 133 de la Ley 30/1992”.

D) Asilo

En la STS de 3 de abril de 2002, Ar. 3348, se contienen unas interesantes consideraciones relativas a la carga que recae sobre la Administración —en un caso como éste—, a la que no le basta simplemente con negar valor a lo declarado (o indiciariamente probado) por el solicitante de asilo, sino que debe de hacer un esfuerzo adicional de investigación por comprobar la certeza de tales alegaciones y datos aportados.

La STS de 24 de mayo de 2002, Ar. 6170, deniega el asilo por ser razones meramente económicas (y no de otro tipo, como son las exigidas por la legislación española e internacional) las que fundamentaban la solicitud del recurrente. De similar manera razona la STS de 27 de junio de 2002, Ar. 6143.

5. JUEGO

A) Inconstitucionalidad en materia de juego del art. 24.3, y parcialmente del art. 24.1, ambos de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas

La STC 204/2002, de 31 de octubre, ha resuelto el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Generalidad de Cataluña y sintetiza la doctrina sobre la distribución de competencias en materia de juego en los siguientes términos:

“Se parte de que la materia de juego, en abstracto, a pesar de no ser mencionada en los arts. 148.1 y 149.1 CE y en los Estatutos de Autonomía, ha sido atribuida a las Comunidades Autónomas bajo el uniforme título de ‘casinos, juegos y apuestas con exclusión de las Apuestas Mutuas Deportivo-Benéficas’, en sus respectivos Estatutos. Por ello, de acuerdo con el art. 149.3 CE, y dado que en el art. 149.1 no se reserva expresamente al Estado dicha materia, cabe afirmar que corresponde a las Comunidades Autónomas, de acuerdo con su Estatuto de Autonomía, la competencia exclusiva sobre los casinos, juegos y apuestas, excepto las apuestas mutuas deportivo-benéficas (STC 52/1988, FJ 4º), y que la misma comprende la de organizar y autorizar la celebración de juegos en el territorio

de la Comunidad Autónoma (SSTC 163/1994, FJ 3º; 164/1994, FJ 4º), precisamente en dicho territorio; pero no, evidentemente, la de cualquier juego en todo el territorio nacional, puesto que los Estatutos de Autonomía limitan al territorio de la Comunidad el ámbito en el que ha de desenvolver sus competencias.

Hemos matizado, sin embargo, que ni el silencio del art. 149.1 CE respecto al género juego, ni el hecho de que los Estatutos de Autonomía califiquen de exclusiva la competencia autonómica en cuanto a juegos y apuestas, puede interpretarse como determinante de un total desapoderamiento del Estado en la materia, pues ciertas actividades que bajo otros enunciados el art. 149.1 CE atribuye a aquél, se encuentran estrechamente ligadas con el juego en general y no sólo la que le reserva el art. 149.1.14 de la Constitución respecto de la gestión y explotación en todo el territorio nacional del monopolio de la lotería nacional, sin perjuicio de las competencias de algunas Comunidades Autónomas en materia de juego (SSTC 163/1994, de 26 de mayo, FJ 4º; 164/1994, de 26 de mayo, FJ 5º; 216/1994, de 20 de julio, FJ 2º, y 49/1995, de 16 de febrero, FJ 3º).

Pero al propio tiempo, y en concreto en relación a las competencias asumidas en esta materia por la Generalidad de Cataluña, hemos declarado que el título competencial contemplado en el art. 9.32 EAC incluye la competencia para regular 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 (STC 52/1988, de 24 de marzo, FJ 4º)."

En el momento de aprobarse la Ley 13/1996, la competencia exclusiva en materia de juego y apuestas estaba transferida a las CCAA. El único espacio del territorio en el que el Estado mantenía competencias era el de Ceuta y Melilla. Por consiguiente, resulta claro que la Generalidad de Cataluña, 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, por cuanto disponen de la potestad normativa para regular las características de fabricación y homologación de este instrumento de juego. Siguiendo el mencionado principio, según el cual la competencia para crear tasas por servicios deriva necesariamente de la que se ostenta para organizar los servicios públicos correspondientes, la competencia para crear la tasa por expedición de las referidas guías de circulación corresponde a las Comunidades Autónomas, y no al Estado; por lo que el inciso "en todo el territorio nacional" del art. 24, apartado uno, de la Ley 13/1996 debe declararse inconstitucional. El Estado ostenta la competencia para la expedición de las guías y la creación de la correspondiente tasa exclusivamente en las ciudades de Ceuta y Melilla. No siendo esa concreta actuación administrativa en materia de juego encuadrable en otros títulos estatales, como el comercio exterior (art. 149.1.10 CE), ni existiendo una competencia estatal derivada de la extensión territorial del juego (STC 163/1994, de 26 de mayo, FJ 8º), la creación de una tasa vinculada a aquella actuación 'en todo el territorio nacional' excede las competencias que el Estado tiene constitucionalmente atribuidas en materia de juego.

Finalmente, por lo que concierne al art. 24.3 de la Ley 13/1996, el TC afirma que el carácter pluri autonómico de la actividad de las empresas fabricantes e 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 que crea el art. 24.3 de la Ley 13/1996. Como se ha dicho, la competencia del Estado para la expedición de las guías y la creación de la correspondiente tasa se circunscribe exclusivamente a las ciudades de Ceuta y Melilla, de ahí que el Estado no pueda determinar el sujeto pasivo de dicha tasa acudiendo a un criterio que desborda aquel ámbito territorial, tal como hace el apartado tres del art. 24 de la Ley, extendiéndose la inconstitucionalidad a todo el precepto art. 24.3.

6. SANIDAD

A) Aplicación del principio de cautela o de precaución en la alimentación de animales con antibióticos

Sendas Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 11 de septiembre de 2002, As. Pfizer y Alpharma, T-13/99 y T-70/99, respectivamente, hacen aplicación del principio de cautela (como se ha traducido en estas sentencias) o de precaución (como es, quizás, más conocido entre nosotros), en relación con la salud de las personas de manera que merece la pena destacar. El origen de ambas resoluciones del Tribunal de Primera Instancia son sendas impugnaciones contra un Reglamento comunitario (en concreto, el Reglamento 2821/98 del Consejo, de 17 de diciembre de 1998, por el que se modifica la Directiva 70/524/CEE, sobre los aditivos en la alimentación, en lo que respecta a la revocación de autorización de determinados aditivos en la alimentación animal) que elimina la autorización de cuatro antibióticos como aditivos a la alimentación animal, por el riesgo de que, se pudiesen desarrollar resistencias a determinados medicamentos por parte de las personas que hubieran consumido carnes de animales así engordados.

Ambas sentencias ratificarán la invocación del principio de cautela invocado por el Consejo para justificar la decisión adoptada en el Reglamento impugnado. Así, el Tribunal de Primera Instancia dirá que el mencionado principio es uno de los principios en que se basa la política de la Comunidad en el ámbito del medio ambiente (art. 174, apartado 2 TCE). Además, según el art. 152 TCE y según reiterada jurisprudencia, las exigencias en materia de protección de la salud constituyen un componente de las demás políticas de la Comunidad y es preciso por tanto tenerlo en cuenta en la aplicación de la política agraria común realizada por las instituciones comunitarias.

Ahora bien, ni el Tratado ni el Derecho derivado aplicable contienen definición alguna de este principio de cautela o de precaución, puesto que un documento de fecha 17 de octubre de 1998, titulado *Guidelines on the application of the precautionary principle*, sólo consistió en un documento de trabajo que no fue aprobado ni publicado por la Comisión; y por lo que respecta a la Comunicación de la Comisión de 2 de febrero de 2000, sobre el

recurso al principio de precaución [COM (2000) 1], aunque posterior a la fecha de aprobación del Reglamento, la propia Comisión reconoció en la vista que podría reflejar, en ciertos aspectos, el estado del Derecho en lo relativo a la interpretación del principio de cautela formulado en el art. 174 TCE, tal y como se presentaba en el momento en que se adoptó el Reglamento impugnado.

Resumiendo mucho lo dicho en estas dos extensísimas sentencias y centrándonos en las consideraciones de carácter más general o abstracto sobre este principio de precaución o de cautela, podemos decir que para el Tribunal de Primera Instancia *la evaluación de riesgos* tiene por objeto valorar el grado de probabilidad de que un determinado producto o procedimiento tenga efectos perjudiciales para la salud humana y el grado de gravedad de esos efectos potenciales. Esta evaluación de riesgos comprende dos elementos. Por una parte, la determinación del nivel de riesgo considerado inaceptable y que, una vez superado, exige la adopción de medidas preventivas en interés de la protección de la salud humana, pese a la incertidumbre científica subsistente. En este sentido, aunque las instituciones comunitarias tienen prohibido adoptar una concepción puramente hipotética del riesgo y fijar como objetivo para sus decisiones el “riesgo cero”, sin embargo deben tener en cuenta la obligación de garantizar un alto nivel de protección de la salud humana (ex art. 129, apartado 1, párrafo primero TCE), nivel que no debe ser necesariamente el más elevado posible desde un punto de vista técnico. El segundo elemento es que constituye un requisito previo para la adopción de cualquier medida preventiva la realización de una evaluación científica de los riesgos, definida normalmente como un procedimiento científico consistente en identificar un peligro y determinar sus rasgos característicos, evaluar la exposición al mismo y determinar el riesgo. A este respecto, por tratarse de un procedimiento científico, la autoridad pública competente debe encomendar la evaluación científica de los riesgos, respetando las disposiciones aplicables, a especialistas científicos que emitirán un dictamen científico en el que se aporte una información lo bastante fiable y sólida como para permitirle a la autoridad pública comprender todas las implicaciones de la cuestión científica planteada y determinar su política con conocimiento de causa. Y pese a la incertidumbre científica subsistente, dicha evaluación científica debe permitir que la autoridad pública competente estime –basándose en los mejores datos científicos disponibles y en los resultados más recientes de la investigación científica internacional– si se ha sobrepasado el nivel de riesgo que ella considera aceptable para la sociedad. Asimismo, la evaluación científica de los riesgos debe permitir determinar, a efectos de gestión de riesgos, qué medidas le parecen apropiadas y necesarias para evitar que el riesgo se materialice.

Por lo que respecta a *la carga de la prueba*, la obligación de las instituciones comunitarias consiste más bien en demostrar, por una parte, que el Reglamento impugnado se adoptó tras una evaluación científica de los riesgos tan exhaustiva como fue posible, habida cuenta de las circunstancias específicas del caso, y, por otra parte, que dicha evaluación les había proporcionado una información científica suficiente para permitirles llegar a la conclusión, sobre una base científica objetiva, de que la utilización de la virginiamicina como factor de crecimiento constituía un riesgo para la salud humana.

En cuanto al *alcance del control jurisdiccional*, el Tribunal de Primera Instancia recordará reiterada jurisprudencia en materia de política agraria común, según la cual las instituciones comunitarias gozan de una amplia facultad de apreciación en lo que respecta a la definición de los objetivos perseguidos y a la elección de los instrumentos de acción adecuados. En este contexto, el control de fondo del juez comunitario debe limitarse a examinar si, al ejercer dicha facultad de apreciación, las instituciones comunitarias incurrieron en error manifiesto o desviación de poder o, también si rebasaron manifiestamente los límites de su facultad de apreciación. Y el juez comunitario no puede sustituir la apreciación de los hechos efectuada por las instituciones —únicas a quienes el Tratado ha encomendado la tarea de la evaluación de riesgos— por la suya propia.

El resultado final será la desestimación de ambos recursos de anulación.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción. a) Jurisdicción Contencioso-administrativa. Corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa el apreciar la existencia de una vía de hecho por parte de la Administración.

b) Jurisdicción Social. El conocimiento de las controversias relativas a la declaración de trabajos tóxicos, peligrosos, excepcionalmente penosos y otros análogos, corresponde a la Jurisdicción Social. B) Competencia. a) La Audiencia Nacional, conoce de los recursos que se deduzcan contra las resoluciones recaídas en peticiones de nulidad, vía revisión de oficio, de sanciones en materia de tráfico. b) Tribunales Superiores de Justicia.

a) Conocen de los actos dictados en materia de personal por el Director General- Gerente del Instituto de la Vivienda de las Fuerzas Armadas. b) Conocen de las sanciones administrativas en materia de transportes terrestres, impuestas por las Comunidades Autónomas. C) Sujetos. a) La actuación de un comunero afecta al resto sólo en lo que les beneficia. b) El denunciante carece de legitimación para recurrir el archivo de los procedimientos disciplinarios de Jueces y Magistrados. c) La apreciación de la falta de legitimación se refiere al fondo del asunto. d) Legitimación activa de las Comunidades Autónomas para impugnar actos y acuerdos de las Corporaciones Locales. e) Carecen de legitimación los Sindicatos para impugnar la concesión de la Gran Cruz de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las víctimas del terrorismo. f) En los casos de apertura de farmacias no se pueden defender derechos de un tercero. g) Los Profesores pueden impugnar actos de la Universidad. h) Los Sindicatos tienen legitimación por su posición institucional. D) Objeto. a) No se puede inadmitir el recurso contencioso-administrativo por no ampliar la demanda. b) No son recurribles los autos de suspensión dictados en procedimientos en los que lo único que se aplica son normas autonómicas. c) Es inadmisibles el recurso contencioso-administrativo contra una mera solicitud por parte de una Administración a otra para que practique una serie de actuaciones, por constituir ser acto de trámite. d) La aprobación parcial de un Plan Especial es un acto de trámite. e) Es inadmisibles el recurso contencioso-administrativo

cuando se incurre en desviación procesal. f) Las potestades graciabiles deben ser susceptibles de control jurisdiccional. g) Acumulación de pretensiones: la apertura de una calle y la licencia de obras tienen una conexión evidente. h) Carece de objeto el recurso interpuesto cuando la norma aplicable ha sido posteriormente anulada. i) El contrato de permuta entre un Ayuntamiento y un particular reviste carácter administrativo.

j) Resolución de inadmisión del recurso contencioso-administrativo excesivamente rigorista, cuando se aprecia la inexistencia de cuestión nueva por no alteración de los hechos ni la pretensión. E) Procedimiento. a) No se debe inadmitir el recurso contencioso-administrativo por haberse agotado la vía administrativa ante un órgano incompetente. b) En el Juzgado de Guardia sólo se admiten escritos de término. c) Inadmisibilidad: no se requiere una identidad literal entre los actos reproducción de otros. d) Extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto en los supuestos de inactividad administrativa. e) Retroacción de actuaciones en el supuesto de la no práctica de una prueba admitida y que resulta relevante para la resolución del litigio. f) La comparecencia no válida en el acto de la vista es equiparable a la falta de comparecencia. g) La motivación es un requisito inexcusable en las sentencias que cambian el criterio. h) Requisitos que ha de observar la Administración para allanarse a las pretensiones formuladas por la parte recurrente. i) La falta de indicación de los recursos procedentes es irrelevante si se actúa asistido de Letrado. j) La inejecución de sentencias se sustituye por una indemnización F) Costas. a) El codemandado en la instancia tiene el derecho y la obligación de percibir y abonar las costas. b) La minuta del letrado que actúa en representación de una Comunidad Autónoma es partida comprensible del concepto de costas procesales. c) No deben imponerse cuando se indica erróneamente el régimen de recursos. G) Medidas cautelares. a) Pérdida de objeto del recurso de casación contra un Auto que resuelve una pieza separada de medidas cautelares, cuando ha recaído sentencia en los autos principales de instancia. b) En las piezas separadas de medidas cautelares deben ponderarse conjuntamente varios criterios. c) En la publicación de las sanciones del Tribunal de Defensa de la Competencia prevalece el interés público. d) En la ejecución de los planes urbanísticos existe un evidente interés público. e) La denegación de asilo no puede suspenderse, pero sí la expulsión del territorio nacional. **2. Recurso de casación.** A) Sujetos. a) No pueden interponer el recurso de

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

casación los emplazados que no se personaron en la instancia. b) El incumplimiento del plazo de solicitud de justicia gratuita no puede determinar la caducidad del recurso de casación. B) Objeto. a) No cabe recurso de casación contra auto de suspensión dictado en procedimiento en el que ya ha recaído sentencia. b) Cabe recurso de casación contra los autos recaídos en ejecución de sentencia siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente en aquélla o que contradigan lo ejecutoriado. C) Procedimiento. a) No vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la inadmisión de un recurso de casación por haberlo preparado sin acreditar que la infracción de normas autonómicas era determinante. b) Es inadmisibles la falta de fijación de los motivos en que se funda el recurso. D) Motivos. a) Las sentencias de la Audiencia Nacional y de TSJ no son jurisprudencia. b) No es posible fundamentar el recurso en la infracción de normas declaradas inconstitucionales. c) Existe indefensión cuando se enerva el principio de contradicción. d) No se puede revisar la valoración de la prueba realizada por la sala de instancia. e) No se puede invocar la infracción de jurisprudencia constitucional sin especificar el precepto infringido. f) El quebrantamiento de las formas procesales ha de referirse a la sentencia impugnada, no al acto administrativo antecedente. E) Inadmisión. a) Cuantía: El coste de la retirada de las vallas publicitarias no alcanza el límite casacional. b) Falta de fundamento. a') El uso indebido de los motivos casacionales determina la inadmisión. b') La falta de fijación de los motivos en que se funde el recurso, con expresión del apartado correspondiente, provoca la inadmisión. **3. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) Requisitos. a) No se puede preparar a la vez que el recurso de casación ordinario. b) Certificación de las sentencias alegadas como contrarias. c) Las sentencias de contraste han debido de ser dictadas por tribunales españoles, sin que sea procedente aducir falta de identidad con Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. B) Inadmisión: cuestión de personal. **4. Recurso de casación en interés de la ley.** A) Requisitos del escrito de interposición: No puede fijarse como doctrina legal la que prescribe literalmente una norma. B) Inadmisión. a) Es inadmisibles el recurso contra una sentencia que resuelve un recurso indirecto. b) Cuando en un recurso anterior se ha fijado la doctrina legal se ha de declarar la inadmisión del recurso posterior. **5. Cuestión de ilegalidad.** A) Concepto: Pretende la depuración de los Reglamentos ilegales en el Ordenamiento Jurídico.

INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de junio a septiembre de 2002 en el Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, recoge diversos pronunciamientos jurisdiccionales relativos a la ya consolidada Ley Jurisdiccional de 1998, entre los que pueden ser destacados los relativos a la impugnación por parte de las Comunidades Autónomas de los actos de las Corporaciones Locales, la admisión por parte de los Juzgados de Guardia, únicamente, de los escritos de término y la imposibilidad de fundamentar un recurso de casación en la infracción de normas que han sido declaradas inconstitucionales.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción

a) Jurisdicción Contencioso-administrativa: Corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa el apreciar la existencia de una vía de hecho por parte de la Administración

La introducción por parte de la nueva Ley Jurisdiccional de un nuevo objeto del recurso contencioso-administrativo, a saber, la denominada vía de hecho, ha venido siendo delimitada por la más reciente jurisprudencia, esfuerzos que en este primer estadio se sitúan en afirmar la competencia de este orden jurisdiccional con relación a la ocupación de terrenos por parte de las Administraciones Públicas con el fin de efectuar las más variopintas obras públicas. Muestra de lo expuesto es la **STS de 20 de marzo de 2002**, Ar. 2581, que declara que “la sentencia recurrida, con toda claridad expone, que no se trata en la litis de una cuestión relativa a la propiedad de una finca, ni de determinar quién o quiénes sean sus propietarios, y si, de la ocupación y de la realización de obras por parte del Ayuntamiento, en unos terrenos que no son de su propiedad, sin el consentimiento o conocimiento de quienes aparecen como titulares en el Registro de la Propiedad, y la Sala además, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción, precisa que a partir de los datos registrales y de la propia actuación del Ayuntamiento se puede inferir que esa ocupación se ha realizado en terrenos de la propiedad del denunciante, que fue el recurrente en el recurso contencioso-administrativo antecedente de esta litis, y es obvio, que para apreciar la existencia o no de una vía de hecho por parte de la Administración, sí que tiene competencia la jurisdicción contencioso-administrativa, cual la sentencia recurrida refiere, y esta Sala ha declarado y además reconoce expresamente la nueva Ley de la Jurisdicción, artículo 25”.

b) Jurisdicción Social: El conocimiento de las controversias relativas a la declaración de trabajos tóxicos, peligrosos, excepcionalmente penosos y otros análogos, corresponde a la Jurisdicción Social

A partir del Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de 16 de julio de 1993, se ha venido atribuyendo la competencia sobre el conocimiento de los actos dictados, si

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

bien careciendo de competencia, por la Administración Laboral en materia de declaración de trabajos tóxicos, peligrosos, excepcionalmente penosos y otros análogos, a la Jurisdicción Social. Fruto de ello es la STS de 29 de enero de 2002, Ar. 2904, que declara “que, si bien al impugnarse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa una resolución de la Administración Laboral en la materia, el recurso contencioso ha de ser estimado, ha de serlo con la consecuencia de declarar la nulidad del acto administrativo precisamente por falta de competencia de la Administración Laboral que acordó la clasificación de determinados puestos de trabajo como penosos, remitiendo a la Jurisdicción Social a los interesados en lo que a su derecho conviniese en los términos prevenidos en el artículo 5.3 de la Ley Jurisdiccional”.

B) Competencia

a) La Audiencia Nacional, conoce de los recursos que se deduzcan contra las resoluciones recaídas en peticiones de nulidad, vía revisión de oficio, de sanciones en materia de tráfico

La STS de 23 de noviembre de 2001, Ar. 2720, ha declarado la competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos que se deduzcan contra las resoluciones recaídas en peticiones de nulidad, vía revisión de oficio, de sanciones en materia de tráfico, dado lo dispuesto en el artículo 11.1.a) de la Ley de la Jurisdicción, conforme al cual dicha Sala conoce de los recursos que se deduzcan en relación con los actos de los Ministros y Secretarios de Estado en general. Y es que de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimosexta.1.b) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, son competentes para la revisión de oficio de los actos administrativos nulos o anulables (distinción que ya no existe a raíz de la modificación operada en la Ley 30/1992 por la Ley 4/1999) en la Administración General del Estado, los Ministros y Secretarios de Estado.

b) Tribunales Superiores de Justicia

a) Conocen de los actos dictados en materia de personal por el Director General-Gerente del Instituto de la Vivienda de las Fuerzas Armadas

La STS de 23 de noviembre de 2001, Ar. 2719, atribuye a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia el conocimiento de los recursos contencioso-administrativos que se deduzcan contra las resoluciones dictadas por el Director General-Gerente del Instituto de la Vivienda de las Fuerzas Armadas sobre compensaciones económicas a abonar a los miembros de las Fuerzas Armadas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1.i) de la LJCA que prevé la competencia de las Salas de lo Contencioso-Administrativo para el conocimiento de los “actos y resoluciones dictadas por órganos de la Administración General del Estado, cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y con nivel orgánico inferior al de Ministro o Secretario de Estado en materias de personal (...)”.

b) Conocen de las sanciones administrativas en materia de transportes terrestres, impuestas por las Comunidades Autónomas

La STS de 23 de noviembre de 2001, Ar. 2721, precisa que las sanciones impuestas en materia de transportes terrestres no pueden considerarse comprendidas, por lo general, en la locución legal prevista en el artículo 8.2.b) de la LJCA “tráfico, circulación y seguridad vial”, ya que, en sí misma, comporta una clara llamada a las infracciones tipificadas en el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, mientras que aquéllas están contempladas en un cuerpo legal distinto, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. En consecuencia, la competencia para el conocimiento jurisdiccional de tales sanciones “debe entenderse atribuida a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de conformidad con lo previsto en el artículo 10.1.a), en relación con el 8.2.b) de la Ley de esta Jurisdicción”.

C) Sujetos

a) La actuación de un comunero afecta al resto sólo en lo que les beneficia

La STS de 26 de marzo de 2002, Ar. 3599, ha declarado, en recta interpretación del apotegma jurídico *in re communi nemo dominorum iure facere quidquam invito altero potest*, que en los casos de copropiedad del bien o derecho de expropiación rige la doctrina civil según la cual cualquiera de los partícipes puede ejercitar o defender cualquiera de los derechos que afecten a la comunidad, en cuyo caso la resolución dictada a su favor aprovechará a los demás condueños, sin que perjudique a la adversa.

b) El denunciante carece de legitimación para recurrir el archivo de los procedimientos disciplinarios de Jueces y Magistrados

Es consolidada jurisprudencia, contenida, entre otras, en las SSTS de 14 y 19 de febrero de 2002, Ar. 3559, 3563, 3564 y 3565, 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. Y 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.

c) La apreciación de la falta de legitimación se refiere al fondo del asunto

El Tribunal Supremo reiteradamente ha adoctrinado que el concepto de legitimación encierra un doble significado: la llamada legitimación *ad processum* y la legitimación *ad causam*. Consiste la primera en la facultad de promover la actividad del órgano decisorio, es

decir, la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso y, es lo mismo que capacidad jurídica o personalidad, porque toda persona, por el hecho de serlo, es titular de derechos y obligaciones y puede verse en necesidad de defenderlos. Pero distinta de la anterior es la legitimación *ad causam* que, de forma más concreta, se refiere a la aptitud para ser parte en un proceso determinado, lo que significa que depende de la pretensión procesal que ejercite el actor o consiste en la legitimación propiamente dicha e implica una relación especial entre una persona y una situación jurídica en litigio, por virtud de la cual es esa persona la que según la Ley debe actuar como actor o demandado en ese pleito. La **STS de 22 de noviembre de 2001**, Ar. 4179, nos recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual, la legitimación *ad causam*, en puridad, no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso. Antes bien, es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto. Ésta es la razón por la cual la propia jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ya había reiteradamente declarado que la falta de legitimación no debía invocarse como motivo de casación por quebrantamiento de forma (concretamente al amparo del antiguo artículo 1693.2º), sino como motivo de infracción de ley (esto es, como motivo de fondo, al amparo del derogado artículo 1692). Y es que la legitimación, en tanto que relación jurídico-material que liga a las partes con el objeto procesal, pertenece al fondo del asunto.

d) Legitimación activa de las Comunidades Autónomas para impugnar actos y acuerdos de las Corporaciones Locales

El celo competencial de cada una de las Administraciones Públicas a la hora de defender su ámbito estricto de actuación ha llevado al Tribunal Supremo a proclamar una serie de principios básicos en lo relativo a la legitimación de las Comunidades Autónomas para la impugnación de actos y acuerdos de las Corporaciones Locales que pueden incidir en su ámbito de competencias. Por ello resulta trascendente lo afirmado en la **STS de 2 de febrero de 2002**, Ar. 2324, al exponer de manera minuciosa el régimen de impugnación de acuerdos de las Corporaciones Locales, de la siguiente manera: “1º) Actos y acuerdos que incurran en infracción del ordenamiento jurídico, que podrán ser impugnados por los sujetos legitimados en el régimen general –artículo 63.1 de la Ley Reguladora de las Bases mencionada, en relación con el artículo 28.1.a) y b) de la Ley Jurisdiccional aquí aplicable, con la interpretación jurisprudencial que hacía equivalente el interés directo al legítimo y ampliaba la legitimación corporativa a la personal basada en ese mismo interés, hoy artículo 19.1.a) de la Ley vigente de esta Jurisdicción (RCL 1998/1741)– en el cual habrá de incluirse a las Administraciones estatal o autonómica que invoquen un interés legítimo que trascienda del mero interés en la legalidad, en el sentido de que la declaración pretendida del órgano jurisdiccional suponga para ellas un beneficio o utilidad en el más amplio sentido del término y, por ende, aunque sólo sea instrumental o indirecto. Actualmente, la mención de la nueva Ley a ‘personas físicas o jurídicas’, sin mayor especificación, permite sin dificultad alguna integrar en estas últimas a las Administraciones territoriales y, entre ellas, desde luego, a las Comunidades Autónomas. 2º) Actos y acuerdos que, asimismo, incurran en infracción del ordenamiento jurídico, que podrán ser impugnados, en lo que aquí importa, por las Administraciones autonómicas ‘en el ámbito de sus respectivas competencias’, según la doble y opcional vía a que

se refieren el artículo 65 de la tan invocada Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local y los artículos 214 y 215 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986 (RCL 1986/3812 y RCL 1987, 76): la primera, mediante requerimiento motivado, con cita de la normativa que se considere infringida, que deberá formularse dentro del plazo de quince días desde la recepción del acto o acuerdo de la Entidad Local, con la finalidad de que ésta proceda a su anulación dentro del plazo que se señale; y, la segunda, mediante impugnación directa ante la Jurisdicción contencioso-administrativa del acuerdo de que se trate. Y 3º) Actos y acuerdos en que la infracción del ordenamiento jurídico consista, específicamente, en menoscabo e interferencia en las competencias de las Comunidades Autónomas o en extralimitación respecto de las correspondientes a la propia Entidad Local (y en este caso sin que la Ley exija, al menos expresamente, vinculación con las competencias autonómicas), que podrán ser impugnados directamente ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sin necesidad de previo requerimiento y en los términos de los artículos 66 de la Ley y 216 del Reglamento antes mencionado.”

e) Carecen de legitimación los Sindicatos para impugnar la concesión de la Gran Cruz de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las víctimas del terrorismo

El concepto de “interés legítimo” elaborado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, es un concepto mucho más amplio que el del interés personal y directo, identificándose en su dimensión procesal, en lo que se ha denominado el propio círculo jurídico vital, como una forma de evitar un potencial perjuicio ilegítimo temido, ya sea de contenido material o moral. El Tribunal Constitucional ha precisado que los Sindicatos desempeñan, tanto por el reconocimiento expreso de la Constitución (artículos 7 y 28), como por obra de los Tratados Internacionales suscritos por España, una función genérica de representación y defensa de los intereses de los trabajadores que no descansa sólo en el vínculo de asociación, sino en la propia naturaleza sindical del grupo, por ello se reconoce la legitimación de los Sindicatos para accionar en cualquier proceso en que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores.

De todo ello, el **ATS de 13 de diciembre de 2001**, Ar. 3460, deduce que, si bien las causas de inadmisión deben interpretarse restrictivamente, en defensa del Derecho Constitucional a la tutela efectiva de derechos e intereses legítimos, tal y como reconoce el artículo 24.1 CE, y también aconseja el principio *pro actione*, en el presente caso no existe en un Sindicato de Trabajadores, un interés legítimo que justifique la impugnación de la concesión de la Gran Cruz de la Real Orden de Reconocimiento Civil a las víctimas del terrorismo, con el fin de evitar un potencial perjuicio material o moral que afecte al objeto y fines que institucionalmente tiene reconocidos el sindicato recurrente.

f) En los casos de apertura de farmacias no se pueden defender derechos de un tercero

La **STS de 27 de diciembre de 2001**, Ar. 4629, en un asunto relativo a apertura de oficinas de farmacia, ha declarado que la parte recurrente no está legitimada para defender

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

ni menos alegar los intereses y derechos de un tercero, pues es este el que podía y estaba obligado a hacerlo; y que no se advierte indefensión alguna, cuando dada la posición procesal, poco alteraría la de los otros farmacéuticos ya personados y que han articulado el recurso de casación.

g) Los Profesores pueden impugnar actos de la Universidad

Para la **STC 220/2001, de 31 de octubre** (BOE núm. 287, de 30 de noviembre), el artículo 28.4 LJCA (de 1956) prohíbe que los órganos de una entidad u Administración Pública (sean unipersonales o colegiados) impugnen en vía contenciosa la actividad de la misma, lo que no significa que las personas físicas que forman parte de dichos órganos, o sean sus titulares, no puedan impugnar los actos o disposiciones que afecten a sus derechos o intereses legítimos, por lo que se admite la posibilidad de que unos Profesores que integran el Consejo del Departamento puedan impugnar actos del mismo.

h) Los Sindicatos tienen legitimación por su posición institucional

La **STC 84/2001, de 26 de marzo** (BOE núm. 104, de 1 de mayo) nos recuerda que los Sindicatos, tanto por reconocimiento expreso de la Constitución, como por obras de Tratados Internacionales suscritos, tienen atribuida una función genérica de representación y defensa, no sólo de los intereses de sus afiliados, sino de los intereses colectivos de los trabajadores en general. Respecto a la legitimación procesal, esa capacidad abstracta de los Sindicatos debe concretarse en cada caso mediante un vínculo o conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, ya que la función atribuida a los Sindicatos no les convierte en guardianes abstractos de la legalidad, antes bien, en el orden contencioso-administrativo la aptitud para ser parte en un proceso concreto ha de localizarse en la noción de interés profesional o económico.

D) Objeto

a) No se puede inadmitir el recurso contencioso-administrativo por no ampliar la demanda

La **STC 231/2001, de 26 de noviembre** (BOE núm. 310, de 27 de diciembre) reconoce que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la inadmisión del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra un Decreto que impone al recurrente un total de diez años de suspensión y que fue sustituido y dejado sin efecto por otro posterior que revisó la sanción global impuesta, reduciéndola a siete meses de suspensión, resolución esta respecto de la cual el recurrente no solicitó la ampliación del recurso.

b) No son recurribles los autos de suspensión dictados en procedimientos en los que lo único que se aplica son normas autonómicas

A tenor del artículo 87.1 LJCA (de 1998) los autos de medidas cautelares sólo son susceptibles de recurso de casación “en los mismos supuestos previstos en el artículo anterior”, y

éste (artículo 86.4), a su vez, dispone que las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia sólo serán recurribles en casación si el recurso pretende fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido, siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora. De modo que, como señala la **STS de 3 de abril de 2002**, Ar. 4686, si el litigio principal versa sobre la aplicación de normativa autonómica y la sentencia que a él ponga término no tiene, por ello, acceso a la casación, tampoco lo puede tener el auto dictado en la pieza de medidas cautelares, aunque para ello se invoque la norma de la Ley Jurisdiccional (artículo 130) que concreta en qué casos ha de accederse a la tutela cautelar.

c) Es inadmisibile el recurso contencioso-administrativo contra una mera solicitud por parte de una Administración a otra para que practique una serie de actuaciones, por constituir ser acto de trámite

No toda manifestación de voluntad de una Administración Pública supone la creación, modificación o extinción de una situación jurídica tal y como se desprende de la **STS de 9 de marzo de 2002**, Ar. 2331, en que un “requerimiento practicado por la Administración se reduce a una mera solicitud a fin de que otro órgano administrativo, la Agencia Ejecutiva, practique determinadas actuaciones en un expediente de apremio. Con ser, obviamente, un acto administrativo no es, por tanto, un acto de trámite dentro del procedimiento de apremio, pues no procede de la Agencia citada, única competente para acordarlos en el expediente referido.”

d) La aprobación parcial de un Plan Especial es un acto de trámite

La **STS de 19 de abril de 2002**, Ar. 3861, considera inadmisibile el recurso contencioso formulado contra el acuerdo de aprobación provisional del Plan Especial, por ser éste en un acto de trámite. Esta conclusión no se ve alterada por la circunstancia de que dicho acto no fuese eficaz, y se supeditase su eficacia al acaecimiento de un hecho posterior. Poco importa que la eficacia del acto quede demorada al acaecimiento de un hecho posterior, pues aunque así suceda la impugnación del acto de trámite es imposible, salvo que cause indefensión o implique la terminación del procedimiento.

e) Es inadmisibile el recurso contencioso-administrativo cuando se incurre en desviación procesal

La concordancia obligada entre los escritos de interposición del recurso contencioso-administrativo y el demanda provoca, para el supuesto de incumplimiento, la inadmisibilidat del recurso contencioso-administrativo por incurrir en la denominada desviación procesal. Así, lo declara la **STS de 18 de marzo de 2002**, Ar. 2921, resolución que recoge tal exigencia en los siguientes términos “Debe existir, como señala jurisprudencia constante de esta Sala, una concordancia obligada entre los escritos de interposición y el de demanda. El escrito de interposición del recurso, al concretar los actos administrati-

vos referidos a la materia litigiosa, expresa el objeto preciso sobre el que ha de proyectarse la función revisora de este orden de jurisdicción contencioso-administrativa, ya que marca los límites del contenido sustancial del proceso (Sentencias de 22 de enero de 1994, RJ 1994/412, 2 de marzo de 1993, RJ 1993/1584, 30 de marzo de 1992, RJ 1992/4062 y 11 de septiembre de 1991, RJ 1991/6786, entre otras muchas). Si se alteran los actos impugnados en el momento procesal ulterior de la demanda se incurre en desviación procesal, que acarrea inexorablemente la inadmisibilidad del recurso frente a ellos.”

f) Las potestades graciabiles deben ser susceptibles de control jurisdiccional

El ATS de 13 de diciembre de 2001, Ar. 3460, invocando la jurisprudencia sobre el principio de legalidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos así como el derecho a la tutela judicial efectiva, ha precisado la necesidad de hacer efectivo el respeto al principio de legalidad, cualquiera que sea la naturaleza objetiva del acto realizado por el Gobierno, haciendo susceptibles de control jurisdiccional los conceptos judicialmente asequibles inherentes a todo acto del Gobierno, incluso en los que se ejerce una potestad calificada de graciable.

g) Acumulación de pretensiones: la apertura de una calle y la licencia de obras tienen una conexión evidente

La acumulación de pretensiones respecto de la impugnación de actos o disposiciones distintas procede en los casos específicos que contempla el artículo 34.2 de la LJCA (de 1998) cuando unos sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos una conexión directa, que resulte semejante a los casos que se acaban de expresar. La facultad de acumular es potestad de la Sala sentenciadora que, en el caso de la STS de 25 de mayo de 2002, Ar. 4712, es justificado debidamente al razonar que el acuerdo de la apertura de la calle beneficia en forma inmediata la licencia de obras de un edificio, puesto que la calle se ha abierto para beneficiar al proyecto al darle colindancia con una calle y no con una finca privada y, además, permite la apertura de huecos y ventanas al edificio cuya licencia se ataca.

h) Carece de objeto el recurso interpuesto cuando la norma aplicable ha sido posteriormente anulada

Según la STS de 8 de marzo de 2002, Ar. 3528, carece de sentido pretender la compatibilidad de un incentivo fiscal que es inexistente, por la nulidad de pleno derecho de la Norma, bajo cuyo amparo se pretendía su aplicación. Por dicho motivo, el recurso de casación es desestimado, no porque se rechacen los argumentos jurídicos en que se fundó el motivo casacional, sino por causas sobrevenidas, ajenas por completo al recurrente.

i) El contrato de permuta entre un Ayuntamiento y un particular reviste carácter administrativo

El artículo 3.a) de la LJCE (de 1956) establece que corresponde conocer a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, resolución y efectos de los contratos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, celebrados por la Administración Pública, cuando tuvieren por finalidad obras y servicios públicos de toda especie. El artículo 7.1.b) del Reglamento General de Contratación del Estado, de 25 de noviembre de 1975, previene que tendrán carácter administrativo los contratos de contenido patrimonial que estén directamente vinculados al desenvolvimiento regular de un servicio público. Pues bien, según la **STS de 18 de marzo de 2002**, Ar. 3476, el contrato de permuta para conseguir la adquisición de unos locales destinados a la instalación de servicios y oficinas municipales, es contrato administrativo y la sujeción de su problemática corresponde a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

j) Resolución de inadmisión del recurso contencioso-administrativo excesivamente rigorista, cuando se aprecia la inexistencia de cuestión nueva por no alteración de los hechos ni la pretensión

No se debe efectuar, por afectar a la tutela judicial efectiva, una interpretación extensiva de lo que cabe entender por cuestión nueva en su cualidad de elemento que provocara la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. Según la **STC 160/2001, de 5 de julio** (BOE núm. 178, del 26) no se ha producido en vía judicial alteración alguna de los hechos que dieron lugar al recurso administrativo precedente o de la pretensión o resultado que la litigante desea obtener; tampoco de los actos administrativos impugnados, que delimitan el objeto del proceso. Lo que indudablemente sí ha tenido lugar en el curso del proceso contencioso-administrativo es la ampliación o desarrollo del razonamiento en el que se fundamenta la petición de anulación de las liquidaciones tributarias con una nueva alegación o argumentación jurídica: la no sujeción de los expedientes de dominio al IIVT. Pero, como señalamos en la **STC 98/1992, de 22 de junio** (FJ 3º), la posibilidad de apoyar la pretensión en motivos distintos de los utilizados en la vía administrativa es algo que autoriza expresamente la literalidad del artículo 69.1 LJCA, que paradójicamente se cita para llegar a la conclusión contraria, precepto en virtud del cual en “los escritos de demanda y contestación se consignarán con la debida separación los hechos, los fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse cuantos motivos procedan, aunque no se hubieran expuesto en el previo recurso de reposición o con anterioridad a éste”.

E) Procedimiento

a) No se debe inadmitir el recurso contencioso-administrativo por haberse agotado la vía administrativa ante un órgano incompetente

Según la STC 71/2001, de 26 de marzo (BOE núm. 104, de 1 de mayo), la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por no haberse agotado debidamente la vía administrativa, en concreto por haberse realizado ante un Ministerio incompetente, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva atendidas las circunstancias del caso.

b) En el Juzgado de Guardia sólo se admiten escritos de término

La STS de 9 de abril de 2002, Ar. 3855 nos recuerda, en cuanto al régimen de presentación de escritos dirigidos a los órganos jurisdiccionales, que según la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la jurisprudencia ha declarado que la presentación de escritos judiciales debe tener lugar en la sede del órgano al que vayan dirigidos, o excepcionalmente ante el Juzgado de Guardia de la localidad, tal como se infiere del artículo 268 LOPJ, en relación con sus artículos 281 y 283, y los artículos 250 LECiv de 1881, 12 de la Orden Ministerial de 19 de junio de 1974, autorizando la presentación en los Juzgados de Guardia de Madrid y Barcelona de escritos dirigidos a Órganos judiciales de dichas poblaciones y el artículo 41 del Reglamento del Consejo General del Poder Judicial 5/1995, de 7 de junio, pero tal presentación efectuada ante el Juzgado de Guardia ha de estimarse incorrecta, cuando tales escritos se presentan antes del último día de un plazo perentorio, habida cuenta que ese Juzgado de Guardia sólo puede admitir escritos que deban presentarse el último día del plazo perentorio concedido, reputándose válida y eficaz la presentación del escrito antes del último día del plazo cuando el mismo, tiene entrada en el órgano jurisdiccional al que va dirigido, dentro del plazo legalmente concedido.

c) Inadmisibilidad: no se requiere una identidad literal entre los actos reproducción de otros

En relación con la no admisibilidad del recurso contencioso-administrativo de los actos que sean reproducción de otros anteriores que sean definitivos y firmes, la STS de 22 de mayo de 2002, Ar. 4490, entiende que esa reproducción de otro anterior no requiere la identidad literal de los actos sino la identidad sustancial de los mismos.

d) Extemporaneidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto en los supuestos de inactividad administrativa

La doctrina según la cual la Administración Pública no puede obtener ventaja alguna del incumplimiento de una de sus obligaciones principales –resolución expresa de los asuntos de los que tiene conocimiento y competencia– tiene una fiel muestra en la STS de 4 de febrero de 2002, Ar. 2731, en la que se afirma que, “No puede, en cambio, calificarse de razonable una interpretación que prima la inactividad de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de resolver y hubiera efec-

tuado una notificación con todos los requisitos legales. En estos casos pueden entenderse que el particular conoce el texto íntegro del acto –la denegación presunta por razón de la ficción legal–, pero no los demás extremos que deben constar en la notificación, dado que el legislador no estima así ni en el caso de notificación expresa en que consta el contenido íntegro del acto, en cuyo supuesto el artículo 79.3 y 4 de la Ley de Procedimiento Administrativo determina el régimen aplicable; régimen que consiste en establecer –núm. 3– que las notificaciones defectuosas surtirán, sin embargo, efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado o se interponga el recurso pertinente, y núm. 4 que, asimismo, surtirán efecto por el transcurso de seis meses las notificaciones practicadas personalmente al interesado que, conteniendo el texto íntegro del acto, hubieren omitido otros requisitos, salvo que se hubiere hecho protesta formal, dentro de este plazo, en solicitud de que la Administración rectifique la deficiencia (STC 6/1986, de 21 de enero)”.

e) Retroacción de actuaciones en el supuesto de la no práctica de una prueba admitida y que resulta relevante para la resolución del litigio

La indefensión es un concepto íntimamente ligado al derecho fundamental a un juicio justo, consagrado por el artículo 24 de la Constitución, y del que forman parte tres derechos básicos: el de formular alegaciones, el de proponer y practicar pruebas y el de recurrir las resoluciones judiciales. En la **STS de 2 de marzo de 2002**, Ar. 2329, se evidencian los efectos que sobre este derecho fundamental tiene el incumplimiento por parte de la Sala de instancia del segundo de los derechos enunciados en el sentido siguiente: “la denegación ha sido motivada por la Sala con base en un formalismo que encontramos por una parte excesivo en su formulación teórica y, por otra, desajustado al caso presente, en el que, como antes dijimos, ha habido una proposición de prueba admisible, sin que la circunstancia de que la parte hubiera detallado, sin duda innecesaria e irregularmente, el medio concreto de prueba que solicitaba, pueda ser valorado para adoptar una decisión tan grave como la privación de la prueba. Rechazada, en consecuencia, que la motivación de la denegación satisfaga las exigencias constitucionales del Derecho, nos resta examinar si la prueba era necesaria, conveniente o tenía perfiles que permitan estimar que pudiera haber sido decisiva en el enjuiciamiento. Y también en este aspecto es preciso estimar el motivo, pues como han venido reiterando los recurrentes desde la instancia, una de las tesis, sin duda la más relevante, que plantean en el recurso es la de que la Administración, cuando adoptó la resolución recurrida, carecía de las ‘nuevas pruebas’ que exige el artículo 154.b) LGT para que la Administración pueda ordenar la revisión de liquidaciones no prescritas. Para acreditarlo le era necesario demostrar la fecha en que llegaron a la Administración los nuevos datos. La decisión de la Sala privó, por tanto, a los recurrentes de una prueba coherente y que reúne las características de que en ella pudiera descansar la posibilidad de ser cierta la tesis de la demanda. Y como al propio tiempo se ha cumplido la exigencia de que la parte utilizara los remedios inmediatos, en los momentos procesales oportunos, según exige el artículo 95.2 de la Ley de la Jurisdicción citada, es manifiesto que debemos estimar el motivo, casar la sentencia recurrida y retrotraer las actuaciones al momento procesal en que se abrió el período de prueba en la instancia”.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

f) La comparecencia no válida en el acto de la vista es equiparable a la falta de comparecencia

Según la STC 205/2001, de 15 de octubre (BOE núm. 279, de 21 de noviembre), la equiparación de la comparecencia no válida al acto de la vista con la no comparecencia o incomparecencia al mismo, en modo alguno carece de fundamentación jurídica, ni resulta arbitraria, irrazonable o desproporcionada por su rigorismo.

g) La motivación es un requisito inexcusable en las sentencias que cambian el criterio

La STC 229/2001, de 26 de noviembre (BOE núm. 310 de 27 de diciembre) señala que infringe el derecho a la tutela judicial efectiva la resolución que se aparta sin explicación alguna, explícita o implícita, del criterio mantenido por el mismo órgano jurisdiccional en supuestos anteriores sustancialmente iguales, siendo la misma persona la que obtiene tales resoluciones contrapuestas, sin que medie un razonamiento que así lo justifique.

h) Requisitos que ha de observar la Administración para allanarse a las pretensiones formuladas por la parte recurrente

Una de las fórmulas anormales de terminación de un proceso contencioso-administrativo es el allanamiento por parte de la Administración Pública demandada, declaración de voluntad que ha de atenerse a una serie de condicionantes para que la misma tenga efectividad. Así la STS de 25 de marzo de 2002, Ar. 3339, explica que “La decisión de cualquier Administración pública demandada de allanarse a las pretensiones formuladas por los demandantes en un recurso contencioso-administrativo es una actuación procesal que sólo cabe controlar y examinar por el juez o tribunal que conoce de aquél, según establecía el artículo 89.2 de la anterior Ley Jurisdiccional de 1956 y ahora el artículo 75.2 de la vigente (RCL 1998/1741), y, por consiguiente, no es susceptible de impugnación en otro proceso independiente y autónomo de aquél en el que se produjo el allanamiento, por lo que la Sala de instancia no ha conculcado los preceptos invocados como infringidos en los motivos de casación aducidos al declarar, con toda corrección, que carece de jurisdicción para enjuiciar el acuerdo del Gobierno Valenciano de allanarse a las pretensiones de los demandantes en el recurso contencioso-administrativo núm. 2370/1994 (RJCA 1998/708), pues, según hemos expresado, tal acuerdo sólo puede ser revisado jurisdiccionalmente por el juez o tribunal que conoció del proceso en el que se produjo el allanamiento o el que, en su caso, deba resolver el recurso interpuesto contra la sentencia dictada.”

i) La falta de indicación de los recursos procedentes es irrelevante si se actúa asistido de Letrado

El ATS de 4 de febrero de 2002, Ar. 4064, nos recuerda que sobre la parte recurrente pesa la carga de preparar, dentro de plazo, el recurso de casación que proceda, abstracción hecha de la advertencia –meramente informativa– que dispone el artículo 248.4 LOPJ, cuando la parte está asistida de Letrado. En otras palabras, la indicación de recur-

sos, aunque preceptiva con arreglo al artículo 248.4 LOPJ es una mera información a las partes respecto de los medios de impugnación que pueden utilizarse contra una resolución judicial, información que aquéllas no están obligadas a seguir y que no las exime de la carga de interponer el recurso procedente cuando se encuentran asistidas de Letrado. Tiene asimismo declarado el Tribunal Constitucional con relación al supuesto de falta de indicación de recursos en una notificación, al que es asimilable el supuesto que dicha notificación sea errónea, que el indicado defecto puede ser salvado por el propio interesado cuando está asistido de Letrado.

j) La inejecución de sentencias se sustituye por una indemnización

Ninguna duda hay de que la ejecución de las resoluciones judiciales comporta, desde un punto de vista subjetivo, un derecho fundamental a la ejecución, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. La inejecución parcial acordada a instancia de la recurrente requiere un cumplimiento por equivalente, que la jurisprudencia constitucional admite cuando así viene establecido por la Ley “por razones atendibles” (STC 205/1987).

La STS de 11 de marzo de 2002, Ar. 4301, nos recuerda, en este sentido, que el artículo 105.2 LJCA (de 1998) determina que los Tribunales fijarán, en su caso, la indemnización que proceda por la parte de la sentencia que no pueda ser objeto de cumplimiento pleno.

F) Costas

a) El codemandado en la instancia tiene el derecho y la obligación de percibir y abonar las costas

La STS de 12 de marzo de 2002, Ar. 2490, recuerda que “carece de sentido que el coadyuvante permanezca al margen de las consecuencias, favorables o no, de la condena en costas cuando puede decidir por sí mismo sobre la impugnación a efectuar”, en cuanto que, sostiene esta doctrina, que “el artículo 131.2 de la Ley Jurisdiccional forma parte de un conjunto normativo que prácticamente ha perdido todo su significado con la entrada en vigor de la Constitución, habida cuenta que el artículo 24.1 de ésta reconoce por igual el derecho a la tutela judicial efectiva tanto a los titulares de derechos como a los que son titulares de intereses legítimos”.

b) La minuta del letrado que actúa en representación de una Comunidad Autónoma es partida comprensible del concepto de costas procesales

La STS de 15 de marzo de 2002, Ar. 3207, reitera que la “La intervención del Letrado de la Generalidad de Valencia, que asumió en autos la representación y defensa de dicha Comunidad Autónoma, se produjo por imperativo del artículo 97.1 de la Ley de la

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Jurisdicción Contencioso-Administrativa (RCL 1956/1890; NDL 18435), en la versión entonces vigente, y en uso de las potestades conferidas por el artículo 447.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985/1578, 2635; ApNDL 8375), que es precepto que ha de prevalecer por razones de especialidad, sobre el artículo 10.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, también entonces en vigor. Por lo que debe rechazarse la impugnación de la minuta del indicado Letrado de la Generalidad Valenciana por su intervención en el trámite casacional de personación, al ser la misma ineludible conforme al citado artículo 97.1 LJCA (RCL 1956/1890; NDL 18435), y ser inescindible la calidad de representante procesal que aquél asume, de la de defensor de la Comunidad Valenciana, doctrina que ha de prevalecer”.

c) No deben imponerse cuando se indica erróneamente el régimen de recursos

La imposición de costas en la instancia del proceso contencioso-administrativo regulado por la LJCA (de 1956) se rige por lo dispuesto en el artículo 131 y obedece exclusivamente a razones de temeridad o mala fe en la interposición de los recursos o en el sostenimiento de la actuación de cada una de las partes. No ha de decretarse, por tanto, por razones de simple resarcimiento, que pueden encontrar su cauce propio a través de otro tipo de pretensiones.

La doctrina jurisprudencial, recordada por la **STS de 17 de abril de 2002**, Ar. 3702, ha venido a ratificar esa conclusión, tanto en lo que se refiere a los criterios que han de primar en la imposición de las costas, siempre referidos a la conducta procesal de la parte condenada a satisfacerlas, como en cuanto a que el error en la indicación de los recursos a utilizar contra los actos administrativos de que se trate no son, de suyo, motivo bastante para sancionar con la condena a su pago.

G) Medidas cautelares

a) Pérdida de objeto del recurso de casación contra un Auto que resuelve una pieza separada de medidas cautelares, cuando ha recaído sentencia en los autos principales de instancia

La **STS de 20 de noviembre de 2001**, Ar. 2723, nos ha recordado la doctrina reiterada del Alto Tribunal, según la cual se declara sin contenido un recurso de casación interpuesto contra un Auto resolutorio de una pieza separada de suspensión, al haberse dictado sentencia en el proceso principal, ya que en este supuesto “no puede ya discutirse en vía cautelar la ejecución del acto o actos administrativos que conforman la materia cuestionada del recurso contencioso-administrativo y de la sentencia que lo ha resuelto, procediendo en su caso, únicamente, la ejecución de la sentencia o su suspensión, con arreglo al artículo 98 de la LJCA (versión del año 1992), acordada por la Sala de instancia”.

b) En las piezas separadas de medidas cautelares deben ponderarse conjuntamente varios criterios

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que según el **ATS de 26 de noviembre de 2001**, Ar. 4176, pueden resumirse en los siguientes términos:

Primero, necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica.

Segundo, imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso.

Tercero, el *periculum in mora*, el artículo 130.1 LJCA consagra el llamado *periculum in mora* como primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, para la adopción de la medida cautelar, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

Cuarto, la ponderación de intereses generales y de tercero. Conforme al artículo 130.2 LJCA, la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: “al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego”. Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada, según exige el citado artículo 130.2 LJCA. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia “cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto” (ATS de 3 de junio de 1997, entre otros muchos).

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Y quinto, la apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*), que supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar. La LJCA no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris*, cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC de 2000 que sí alude a este criterio en el artículo 728. No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho.

c) En la publicación de las sanciones del Tribunal de Defensa de la Competencia prevalece el interés público

En lo que se refiere a la publicación de la parte dispositiva de una resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia, la STS de 22 de abril de 2002, Ar. 4691, señala que para determinar si se causa o no un daño irreparable a la imagen de la empresa sancionada, ha de valorarse, más que el solo dato de la publicación, el contenido o naturaleza de la conducta que se sanciona y se hace pública. Y también que el interés público representado por hacer llegar a los consumidores el acuerdo de aquel Tribunal, en aras del beneficio del mercado, es prevalente al daño que puede ocasionarse a la empresa con la publicación, el cual, en cualquier caso, sería reparable si obtuviese sentencia favorable a su pretensión anulatoria. Añadiendo que, en su caso, tal sentencia posibilita el pleno restablecimiento de la situación jurídica conculcada y, por tanto, no se opone a una hipotética publicación de un fallo estimatorio del recurso que contrarrestara los efectos negativos de la publicación ordenada en la resolución recurrida (artículo 107 LJCA de 1998), ni al reintegro de los gastos derivados de la publicación ordenada (artículo 71 de la misma Ley).

d) En la ejecución de los planes urbanísticos existe un evidente interés público

Es jurisprudencia reiterada, oportunamente recordada por la STS de 13 de marzo de 2002, Ar. 3990, que en la ejecución de los instrumentos de planeamiento (que, en principio, encarnan las mejores aspiraciones urbanísticas de una comunidad, no sólo por provenir de la Administración urbanística, que las tiene encomendadas, sino por el cuidadoso procedimiento de elaboración a que están sometidas), existe un evidente interés público. La suspensión de Normas Subsidiarias de Planeamiento, es decir, de una disposición de carácter general que constituye un instrumento de planeamiento con vocación de regulación efectiva de la realidad urbanística, significaría una perturbación grave de un interés público.

e) La denegación de asilo no puede suspenderse, pero sí la expulsión del territorio nacional

La STS de 12 de abril de 2002, Ar. 3468, nos recuerda, en cuanto a la denegación de la concesión del asilo, que los actos de contenido negativo no admiten la suspensión de su

ejecución ya que, dado su contenido, la referida suspensión implicaría la concesión, siquiera temporal del derecho de asilo solicitado, razón esta suficiente para rechazar la suspensión solicitada del acto denegatorio del asilo o refugio, pero recuerda asimismo la doctrina a cuyo tenor, si bien aquel acto negativo no puede suspenderse, hay que tener en cuenta que dicho acto contiene el efecto positivo de la salida del territorio nacional que impone al recurrente, siendo posible, en consecuencia, suspender ese acto positivo siempre que concurran circunstancias excepcionales que así lo aconsejen.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Sujetos

a) No pueden interponer el recurso de casación los emplazados que no se personaron en la instancia

Es doctrina reiterada la que sostiene que, siendo correcta, técnicamente, la alegación referida a que la falta de su emplazamiento directo y la edictal que recogía el artículo 64 LJCA (de 1956), no servía para asegurar a los titulares de derechos e intereses legítimos la tutela que les reconoce el artículo 24 CE, desde la antigua Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 marzo 1981, no lo es menos, que tanto el Tribunal Supremo, como el propio Tribunal Constitucional, han venido matizando aquel rígido principio y que la omisión del emplazamiento puede suponer una vulneración del artículo 24 CE, cuando efectivamente ocasione una situación de indefensión del interesado y que no puede hablarse de indefensión real en el supuesto de que el interesado tuviese un conocimiento extraprocésal del correspondiente proceso contencioso-administrativo, no resultando admisible valerse de la omisión del órgano judicial para no comparecer en el proceso e invocarla posteriormente, como determinante de indefensión. Sentado lo anterior, la STS de 8 de abril de 2002, Ar. 3985, señala que las partes personadas en la instancia son las únicas que pueden impugnarla mediante el recurso de casación.

b) El incumplimiento del plazo de solicitud de justicia gratuita no puede determinar la caducidad del recurso de casación

Para la STC 213/2001, de 29 de octubre (BOE núm. 287, de 30 de noviembre), puede admitirse que el incumplimiento del requisito del plazo para efectuar la solicitud de justicia gratuita ocasione la pérdida de tal beneficio en la instancia, pero no es posible, en cambio, considerar compatible con la tutela judicial efectiva sin indefensión que dicha falta conlleve la caducidad del propio recurso de casación, por el hecho de que el actor no formalizase debidamente el recurso de casación dentro de plazo. Y ello porque resultaba razonable que el actor confiara en una respuesta a dicha solicitud que le permitiera la formalización del recurso por Procurador de oficio o bien, en caso denegatorio, por uno de su libre designación.

B) Objeto

a) No cabe recurso de casación contra auto de suspensión dictado en procedimiento en el que ya ha recaído sentencia

La jurisprudencia viene señalando de modo uniforme y reiterado que la suspensión de la ejecutoriedad de los actos objeto de recurso contencioso-administrativo es una medida precautoria establecida para garantizar la efectividad de la resolución judicial que en su día pueda recaer en el proceso principal. Por ello, y como dispone la STS de 11 de abril de 2002, Ar. 4687, en los supuestos de haberse pronunciado sentencia por la Sala de Instancia, en el asunto principal, huelga cualquier consideración o resolución sobre la suspensión o no de la ejecución del acto, por cuanto no puede discutirse ya en vía cautelar la procedencia o improcedencia de la suspensión, toda vez que las cuestiones referentes a la ejecución del acto deben resolverse acudiendo a lo ordenado en el fallo. En armonía con lo anterior, el recurso de casación pendiente contra el auto dictado en la pieza separada de medidas cautelares queda sin objeto una vez dictada sentencia, sea o no firme, en los autos principales.

b) Cabe recurso de casación contra los autos recaídos en ejecución de sentencia siempre que resuelvan cuestiones no decididas, directa o indirectamente en aquélla o que contradigan lo ejecutoriado

Con relación a los autos dictados en ejecución de sentencia, la Ley Jurisdiccional ha fijado con autonomía y sustantividad unos motivos específicos de recurso de casación, sin que les sean de aplicación los fijados con carácter general en el artículo 88.1 de la vigente Ley Jurisdiccional –artículo 95.1 de la Ley de 1956–. Ello se refrenda por la STS de 30 de enero de 2001, Ar. 2774, al afirmar que “el recurso de casación previsto en el artículo 94.1.c) de la Ley Reguladora de nuestra Jurisdicción no resulta interdependiente ni deberá o habrá de fundarse en alguno o algunos de los motivos casacionales relacionados en el artículo 95.1 del mismo texto legal, sino que tiene sustantividad propia y exclusivamente podrá fundamentarse en las concretas y particulares razones incorporadas en el propio precepto, cuales son que las resoluciones recaídas en ejecución de sentencia resuelvan cuestiones no decididas directa o indirectamente en aquélla o que contradigan lo ejecutoriado, circunstancia, la expuesta, determinante de que hayamos de limitarnos a verificar si la Sala de instancia se ha pronunciado sobre cuestiones no resueltas o contradicho lo determinado en el fallo de la sentencia, en cuanto se arguye específicamente que la interpretación dada a la Sentencia de 15 de marzo de 1996, única ejecutable, altera sustancialmente los términos de la ejecutoria”.

C) Procedimiento

a) No vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva la inadmisión de un recurso de casación por haberlo preparado sin acreditar que la infracción de normas autonómicas era determinante

La STC 230/2001, de 26 de noviembre (BOE núm. 310, de 27 de diciembre), considera que no infringe el derecho a la tutela judicial efectiva la inadmisión de un recurso

de casación en cuyo escrito de preparación no se respetan las exigencias procesales contenidas en los artículos 93.4 y 96.2 LJCA (de 1956).

b) Es inadmisibile la falta de fijación de los motivos en que se funda el recurso

Es jurisprudencia muy reiterada, recaída en interpretación y aplicación de las normas de la anterior Ley de la Jurisdicción que regulaban el recurso de casación ordinario, la que exige que el escrito de interposición, esto es, el que contemplaba el artículo 99 de aquella Ley, fije el motivo o motivos en que se fundamente el recurso, con expresión del apartado o apartados correspondientes del artículo 95 de la misma que lo o los amparen; expresando igualmente, si se articulaba el del apartado 4º, cuál es la norma jurídica o jurisprudencia que se considera infringida o inaplicada por la resolución recurrida en casación. 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 contemplaban cargas procesales que cada uno, singularmente, debían satisfacer, sin que los defectos del de interposición puedan entenderse subsanados a la vista del contenido del de preparación, ni a la inversa.

Esa jurisprudencia descansaba, con carácter general, en la idea de que la naturaleza extraordinaria del recurso de casación impone al recurrente el cumplimiento riguroso de determinados requisitos, cuya falta deben determinar su inadmisión; rigor formal que, en tanto en cuanto responda a una interpretación lógica de las normas reguladoras de aquel recurso, no ha de ser atemperado por exigencias del principio *pro actione*, pues éste no tiene en casación la intensidad con que opera cuando se trata de decidir sobre el acceso a la vía jurisdiccional. Y descansaba, ya en lo que hace a las exigencias a satisfacer en el escrito de interposición, en la interpretación del mandato que contenía aquel artículo 99, en su número 1, referido a que tal escrito había de expresar razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas.

En este mismo sentido, la **STS de 15 de febrero de 2002**, Ar. 3683, considera que, para poder dar por cumplidas las formalidades, ha de constar la expresa referencia del motivo o motivos a cuyo amparo se articulan, con cita del ordinal del artículo 95.1 LJCA (de 1956), en el escrito de interposición o en el de preparación presentado ante el órgano a quo y en último extremo, que en alguno de dichos escritos se consigne el motivo con reproducción, sensiblemente literal, del texto con que los describe el expresado precepto.

Pues bien, la **STS de 8 de mayo de 2002**, Ar. 4298, afirma que la anterior jurisprudencia resulta igualmente aplicable con la vigente Ley de la Jurisdicción, pues la norma contenida en el artículo 92.1 de ésta es idéntica a la de aquel artículo 99.1 de la anterior.

D) Motivos

a) Las sentencias de la Audiencia Nacional y de TSJ no son jurisprudencia

Según las SSTs de 4 y 27 de marzo de 2002, Ar. 4190 y 3839, las sentencias de la Audiencia Nacional y de Tribunales Superiores de Justicia no sientan doctrina que deba calificarse como jurisprudencia a efecto de poder fundamentar el recurso de casación (artículo 1.6 del Código Civil).

b) No es posible fundamentar el recurso en la infracción de normas declaradas inconstitucionales

La STS de 25 de abril de 2002, Ar. 4076, desestima los tres motivos de casación por su evidente falta de fundamento, ya que, tanto la fecha de la sentencia recurrida, como lógicamente la del escrito de interposición del recurso, son posteriores a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997 que declaró la inconstitucionalidad de gran parte de los artículos de la Ley del Suelo de 1992, y entre ellos, precisamente su artículo 247, en el que la recurrente basa exclusivamente el fundamento de su recurso, siendo ahora aplicable como integrante de la Ley Andaluza 1/1997 a través del efecto retroactivo de la misma.

A juicio del Alto Tribunal, es irrelevante a estos efectos, el reenvío que se hace en el motivo primero de la Ley Andaluza 1/1997, de 18 de junio, puesto que aparte de no precisar el artículo o artículos, que entiende infringidos de la misma, con infracción clara del artículo 99.1 de la Ley Jurisdiccional, la normativa autonómica no es susceptible de ser enjuiciada y aplicada en el recurso de casación, puesto que como reiteradamente se ha dicho, respecto de tal normativa, los Tribunales Superiores de Justicia, son los jueces supremos en su aplicación.

c) Existe indefensión cuando se enerva el principio de contradicción

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo entiende por indefensión una limitación de los medios de defensa imputable a una indebida actuación de los órganos judiciales, pues como ha reconocido la jurisprudencia constitucional (así en Sentencias 70/1984, 48/1986, 64/1986, 98/1987, entre otras), no coincide necesariamente una indefensión relevante constitucionalmente con el concepto de la misma desde el punto de vista jurídico-procesal y no se produce por cualquier infracción de las normas procesales, pues consiste, en esencia, en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos, produciéndose una privación en cuanto a alegar y justificar los derechos e intereses de la parte para que le sean reconocidos o para, en su caso, replicar dialécticamente a las posiciones contrarias.

Sobre la base de estas consideraciones, la STS de 18 de marzo de 2002, Ar. 3627, llega a la consideración de que existe indefensión cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad y se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción, no pudiéndose afirmar que se ha producido dicha indefensión cuando existe una posibili-

dad de defenderse en términos reales y efectivos, sin importar la limitación ni la trascendencia de las facultades de defensa.

d) No se puede revisar la valoración de la prueba realizada por la sala de instancia

La STS de 20 de marzo de 2002, Ar. 3419, nos recuerda la doctrina según la cual la interpretación y ponderación de la prueba, tanto en su conjunto como en la consideración aislada de los distintos medios de prueba obrantes en las actuaciones judiciales y en el expediente administrativo, es una labor que corresponde a la Sala de instancia y la revisión que de esa previa valoración de la prueba en su conjunto haga el Tribunal *a quo*, no tiene cabida objetiva en sede casacional después de la Ley 10/1992, de 30 de abril, salvo en determinados supuestos excepcionales que viene señalando la jurisprudencia, pues han de respetarse los hechos de la resolución recurrida, siendo inadmisibles la casación cuando se parte de conclusiones fácticas contrarias o distintas, pues la Sala de casación ha de atenerse al resultado probatorio apreciada por la sentencia de instancia.

e) No se puede invocar la infracción de jurisprudencia constitucional sin especificar el precepto infringido

La infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional no puede ser formulada directamente como motivo de casación por vulneración de la jurisprudencia. Las leyes procesales, cuando se refieren a la infracción de la jurisprudencia como motivo de casación, lo hacen a la del Tribunal Supremo, en los términos en que aparece reseñada en el artículo 161.1.a) de la Constitución como instrumento de interpretación de la Ley, definido en el artículo 1.6 del Código Civil como medio de complementar el ordenamiento jurídico, cuya existencia se subordina, entre otros elementos, al requisito de la reiteración de criterios.

Sobre la base de ello, la STS de 19 de enero de 2002, Ar. 4383, ha señalado que las resoluciones del Tribunal Constitucional no pueden ser asimiladas, desde el punto de vista del recurso de casación, a la jurisprudencia de este Tribunal. Sus resoluciones, sin necesidad de que concurra el requisito de la reiteración, pueden ser traídas a la casación, pues la facultad de invocarlas en este recurso resulta del artículo 5.4 LOPJ. Sin embargo, es menester que se especifique el precepto vulnerado al no respetar la interpretación del Tribunal Constitucional, pues el citado artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial afirma que los tribunales ordinarios “interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos” (apartado 1) y subraya que “En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional”. La Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa admite como motivo de casación únicamente la cita de normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que se estime infringida, refiriéndose a la de este Tribunal, con los requisitos establecidos en el Código Civil.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

f) El quebrantamiento de las formas procesales ha de referirse a la sentencia impugnada, no al acto administrativo antecedente

Cuando se invoca este motivo casacional, contemplado en el artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, debemos fijar nuestra atención impugnatoria, no en los posibles vicios que se hayan podido producir en la tramitación del procedimiento en vía administrativa, sino en los que han podido acaecer durante el proceso contencioso-administrativo. En efecto, la STS de 11 de diciembre de 2002, Ar. 2557, refleja lo antedicho de la siguiente manera; “el recurrente confunde el proceso con el procedimiento administrativo, ya que alega como infringidas normas procesales reguladoras del proceso contencioso-administrativo y sin embargo se imputa la infracción al procedimiento administrativo, al que no son aplicables los preceptos invocados”.

E) Inadmisión

a) Cuantía: El coste de la retirada de las vallas publicitarias no alcanza el límite casacional

En aplicación del artículo 1710, regla 4ª, de la LEC –aplicable supletoriamente en este orden jurisdiccional, ex Disposición Adicional Sexta de su Ley reguladora–, la STS de 15 de marzo de 2002, Ar. 3698, considera inadmisibile el recurso de casación interpuesto en un asunto cuya cuantía no es difícil colegir que no alcanza el límite mínimo establecido para el acceso a dicho recurso de casación, atendido el coste estimable de la retirada de seis vallas, sin que deban tomarse en cuenta rentabilidades de futuro derivadas del uso de las mismas.

b) Falta de fundamento

a’) El uso indebido de los motivos casacionales determina la inadmisión

Según la STS de 13 de febrero de 2002, Ar. 3889, la errónea invocación del motivo casacional determina la inadmisibilidad del recurso, si bien admite la posibilidad de que la errónea cita del apartado pudiese obedecer a un simple error material.

b’) La falta de fijación de los motivos en que se funde el recurso, con expresión del apartado correspondiente, provoca la inadmisión

De acuerdo con la STS de 18 de marzo de 2002, Ar. 2747, “la naturaleza extraordinaria del recurso de casación impone al recurrente el cumplimiento riguroso de determinados requisitos, cuya falta debe determinar su inadmisión; rigor formal que, en tanto responda a una interpretación lógica de las normas reguladoras de aquel recurso, no ha de ser atemperado por exigencias del principio *pro actione*, pues éste no tiene en casación la intensidad con que opera cuando se trata de decidir sobre el acceso a la vía jurisdiccional. Y descansa, ya en lo que hace a las exigencias a satisfacer en el escrito de interposición, en la interpretación del mandato que contenía aquel artículo 99, en su número

1, referido a que tal escrito había de expresar razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, citando las normas o la jurisprudencia que considere infringidas”.

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Requisitos

a) No se puede preparar a la vez que el recurso de casación ordinario

El ATS de 4 de febrero de 2002, Ar. 4064, nos recuerda que preparar en un mismo escrito recurso de casación ordinario y, mediante otrosí, el recurso de casación para la unificación de doctrina es contrario a la doctrina reiterada del Alto Tribunal, de conformidad con la cual el recurso de casación ordinario y el de casación para la unificación de doctrina son recursos excluyentes, resultando el segundo de ellos subsidiario del ordinario por lo que utilizado uno de ellos queda excluido el otro.

b) Certificación de las sentencias alegadas como contrarias

Uno de los requisitos formales que más provocan la inadmisión de esta modalidad de recurso casacional es la omisión de la certificación de las sentencias alegadas como contrarias. Así lo evidencia la STS de 20 de marzo de 2002, Ar. 2435, en el sentido de afirmar que no se ha hecho constar en la certificación de la sentencia considerada como contradictoria la indicación de la “firmeza” de la misma, y la carencia de tal requisito en el momento en que procedimentalmente debería figurar –como presupuesto formal necesario para la admisión de este recurso extraordinario y subsidiario de casación para la unificación de doctrina– implica, ahora, la obligatoriedad procesal de desestimarlos (según ha quedado, ya reflejado, por mor de la jurisprudencia –anterior, incluso, a las dos sentencias antes citadas– a que se ha hecho referencia, en el artículo 97.2 de la actualmente vigente LJCA 29/1998, de 13 de julio), en tanto en cuanto, además, es obvio que, así como es condición *sine qua non* para la admisión de tal recurso que la sentencia contradictoria se aporte definitivamente mediante certificación del Secretario del órgano jurisdiccional que la dictó, igual exigencia de autenticidad se impone, y debe imponerse, a la justificación de la firmeza del fallo enfrentado al de instancia (pues sólo en el caso de que las sentencias sean irrecurribles pueden esgrimirse verdaderamente como contradictorias).

c) Las sentencias de contraste han debido de ser dictadas por tribunales españoles, sin que sea procedente aducir falta de identidad con Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Las sentencias de contraste aportadas en un recurso de casación para la unificación de doctrina, base fundamental de la pretensión casacional, han debido ser dictadas con carácter ineludible por tribunales españoles. En este sentido la STS de 25 de marzo de

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

2002, Ar. 3150, especifica que la literalidad de los preceptos reguladores del recurso de casación para unificación de doctrina y la propia lógica de su sistema impiden tener en cuenta como sentencias contradictorias con la recurrida las dictadas por otros Tribunales que no sean los contemplados en los artículos 96 y 99 de la Ley de esta Jurisdicción.

B) Inadmisión: cuestión de personal

Cabe recordar, con relación a esta modalidad casacional, que para el mismo rigen las mismas causas de inadmisión que las establecidas para el recurso de casación ordinario en los apartados a, c) y d) del artículo 86.2 de la LJ. Por ello se declara por parte de la STS de 6 de febrero de 2002, Ar. 2952, que las sentencias que se refieran a cuestiones de personal están exceptuadas del recurso de casación para la unificación de doctrina, como lo están también de la casación ordinaria.

4. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY

A) Requisitos del escrito de interposición: No puede fijarse como doctrina legal la que prescribe literalmente una norma

Las SSTs de 5 y 8 de abril de 2002, Ar. 3621 y 3622, nos recuerdan que no puede fijarse como doctrina legal la que ya, textualmente, prescribe una norma con rango de Ley. El objeto de esta modalidad de casación, que versa sobre la fijación de la correcta interpretación de la Ley y la consideración de que lo prescrito en una norma con tal rango vincula a todos los Jueces y Tribunales desde el momento mismo de su entrada en vigor, es bastante para justificar aquella obviedad, es decir, que al fijar doctrina legal no cabe reproducir lo que la Ley viene a decir.

B) Inadmisión

a) Es inadmisibile el recurso contra una sentencia que resuelve un recurso indirecto

La STS de 12 de abril de 2002, Ar. 3827, nos recuerda que en los supuestos de impugnación indirecta de disposiciones de carácter general de carácter municipal y por lo tanto, incluidos en el artículo 86.3 LJCA (de 1998), al ser posible la casación ordinaria, no debe admitirse el recurso de casación en interés de la ley.

b) Cuando en un recurso anterior se ha fijado la doctrina legal se ha de declarar la inadmisión del recurso posterior

Tiene declarado de manera reiterada el Tribunal Supremo que el recurso de casación en interés de la ley no está concebido únicamente para la defensa de la Ley en sentido formal y material, sino un medio de impugnación a los solos efectos de formar jurisprudencia, en el que el legislador ha querido conjugar la defensa del ordenamiento jurídico con la del interés general implicado en el proceso, con el propósito de poner coto a

doctrinas erróneas que si llegaran a consolidarse podrían generar, en su caso, un grave quebranto a dicho interés. Dada esta finalidad, la STS de 25 de febrero de 2002, Ar. 2493, declara que carecerá de sentido en aquellos supuestos en los que ya esta Sala haya declarado en un recurso anterior la doctrina legal de que se trate. Al tener como única finalidad el recurso de casación en interés de la ley la indicada de fijar doctrina legal, ya que no se alteran las situaciones derivadas de la Sentencia objeto de impugnación, en los referidos supuestos en los que ya existe declarada doctrina forzoso es entender que no concurrirá en la parte recurrente el necesario interés para el planteamiento del recurso, y sabido es que donde no hay interés no hay acción.

5. CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

A) Concepto: Pretende la depuración de los Reglamentos ilegales en el Ordenamiento Jurídico

En vista de la relativa novedad con que en nuestro derecho se regula la cuestión de ilegalidad en los artículos 27 y 123 y siguientes de la LJCA (de 1998), la STS de 14 de marzo de 2002, Ar. 4595, ha precisado que a través de la cuestión de ilegalidad se pretende una depuración del ordenamiento jurídico en torno a disposiciones generales con rango de Reglamentos, que pudieran hallarse incursas en ilegalidad –objeto preciso de la “medida”–, habida cuenta de la experiencia de la cuestión de inconstitucionalidad prevista en el artículo 163 de la Constitución y con la significación según la Exposición de Motivos de aquella Ley, de constituir un remedio técnico tendente a reforzar la seguridad jurídica, que no impide el enjuiciamiento de las normas por el juez o Tribunal competente para decidir sobre la legalidad del acto aplicativo del reglamento cuya ilegalidad se aduce, pero que pretende alcanzar una decisión unitaria a todo eventual pronunciamiento indirecto sobre su validez, lo que supone que nos hallamos en presencia de un cauce procedimental para que los Tribunales se pronuncien sobre la ilegalidad de un precepto de disposición general que ya ha sido considerado ilegal en la sentencia –firme– que resolvía de un recurso contra un acto concreto, hallando también precedentes (relativos) no sólo en la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal constitucional sino también en el recurso prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas establecido en el artículo 177 del Tratado de la Comunidad Europea, aunque con las importantes diferencias de que en la cuestión de ilegalidad lo que se plantea es ésta en el marco de la relación entre Reglamento y Ley, de que aquélla es de obligado planteamiento por el Juez o Tribunal cuando su sentencia es estimatoria por la consideración de ilegal del contenido del precepto que aplica, de que dicha sentencia ha de ser firme, y de que no produce suspensión del procedimiento inicial dirigido contra el acto recurrido, según lo que resulta con claridad de los preceptos citados.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

JAVIER FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

JESÚS DEL OLMO ALONSO

Aspectos Jurídicos de la Edificación

[Montecorvo, Madrid, 2002, 294 páginas]

BELEN MARINA JALVO

En la presente monografía, el autor analiza el régimen jurídico de la edificación, abordando los distintos problemas y cuestiones polémicas que en este complejo ámbito se plantean, especialmente tras la entrada en vigor de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre. Entre los contenidos del trabajo destacan los relativos al concepto jurídico de edificación, a las exigencias técnicas y administrativas que deben cumplir los edificios, al nuevo sistema de recepción de las obras, y al régimen de obligaciones de los agentes (promotor, proyectista, constructor, dirección facultativa, coordinador de seguridad y salud, propietarios, etc.) que han de intervenir en toda obra de edificación. También se analizan las posibles responsabilidades civiles, penales y administrativas en que éstos pueden incurrir, con especial referencia a la responsabilidad por daños materiales causados en los edificios durante su construcción, reforma, ampliación o rehabilitación, y a su sistema de garantías que tan difícil está siendo desarrollar en la práctica. Destaca una cuidada y útil anotación a pie de página que recoge la jurisprudencia y bibliografía más actuales y la normativa estatal y autonómica vigente. También se incluye un anexo legislativo que contiene las normas más representativas. La presente obra, presidida por la síntesis y claridad expositiva, ayudará sin duda tanto a los alumnos como a los profesionales que se desenvuelven en este importante sector.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN (Dir.)

Comentarios a la Ley del Suelo de la Comunidad de Madrid

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 489 páginas]

JESÚS DEL OLMO ALONSO

Martín BASSOLS COMA, Eva DESDENTADO DAROCA, Belén MARINA JALVO, Juan Francisco MESTRE DELGADO, José María ORTEGA ANTÓN y Miguel SÁNCHEZ MORÓN analizan en esta obra la reciente Ley 9/2001, de 17 de julio, del Suelo de la Comunidad de Madrid. Esta nueva normativa da un tratamiento integral al urbanismo en la región madrileña. Muy detallista en algunos aspectos, contiene importantes novedades y plantea algunos problemas prácticos. Todo ello exige un esfuerzo de exégesis e interpretación que brillantemente llevan a cabo estos especialistas. Entre los contenidos, tratados con gran sencillez y claridad, destacan los relativos al régimen urbanístico del suelo, a la peculiar regulación de los planes urbanísticos, a la precisa regulación de la gestión urbanística, a los mecanismos de intervención en la edificación y uso del suelo, y a la disciplina urbanística. Los autores se posicionan sobre las distintas cuestiones y realizan propuestas para mejorar este complejo texto legal. Sin duda, este trabajo constituirá una valiosa ayuda para profesionales, técnicos y alumnos, pues nos encontramos ante una Ley de extraordinaria importancia práctica, para cuya comprensión y manejo resultan necesarios estos interesantes comentarios.

ANTONIO EMBID IRUJO (Dir.)

El Derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio

[Civitas, Madrid, 2002, Tomo I (401 páginas) y Tomo II (659 páginas)]

BELÉN MARINA JALVO

Nos encontramos ante un nuevo trabajo de los muchos que el Profesor Antonio EMBID IRUJO —de manera individual o asumiendo la dirección de un grupo de profesores y expertos en la materia, como ocurre en este caso— ha realizado sobre el Derecho de aguas.

Se trata de una monografía que recoge abundantes reflexiones sobre la práctica totalidad de las instituciones del régimen jurídico de las aguas de España y de numerosos países iberoamericanos, realizadas en el marco de las XI Jornadas de Derecho de Aguas (Zaragoza, 14-16 de marzo de 2001), proporcionando una visión muy completa y plural de la evolución más reciente, de la realidad actual y de las perspectivas de futuro que aguardan a la regulación de los recursos hídricos. De este modo, la obra que aquí se comenta permite apreciar y comparar las peculiaridades de los distintos regímenes estudiados.

Por otro lado, tal como destaca el título de esta obra, cambio es el término más indicado para definir la situación actual y la realidad más inmediata del Derecho de aguas. En este sentido, el ordenamiento español constituye sin duda un ejemplo paradigmático de lo que acaba de decirse. Tras algo más de un siglo de vigencia de la Ley de Aguas de 1879, en los últimos años hemos asistido a sucesivas intervenciones normativas en la materia. Muchas de estas innovaciones han venido determinadas por la

Constitución Española de 1978. La consideración del agua como un recurso que requiere un uso racional y planificado y el establecimiento de un nuevo modelo de organización territorial son disposiciones constitucionales de sobrada entidad para justificar una nueva regulación como la establecida por la Ley 29/1985, de Aguas. Más tarde, la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, ha venido a reformar algunos aspectos esenciales del régimen fijado por la Ley 29/1985, insistiendo —entre otras cosas— en la necesaria garantía del buen estado ecológico de las aguas al tiempo que introduce una nueva dimensión económica implícita en la previsión de cesión de los derechos de uso. No menos trascendente resulta la aprobación del Plan Hidrológico Nacional por la Ley 10/2001, de 5 de julio, que otorga especial protagonismo al trasvase entre cuencas hidrográficas y a las consecuentes obras hidráulicas; cuestiones estas, como es sabido, no exentas de polémica.

Asimismo, la configuración actual de nuestro Derecho de aguas es la que resulta también de la necesaria y progresiva incorporación de la normativa comunitaria europea. La Directiva 2000/60, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, aún pendiente de trasposición al ordenamiento español, establece nuevas normas cuya eficacia supone la modificación o la derogación progresiva de un importante conjunto de Directivas europeas dictadas anteriormente con el fin de garantizar las exigencias de calidad que hacen a las aguas aptas para sus distintas utilidades. Entre los objetivos de la Directiva 2000/60, pueden ser resaltados algunos de contenido ambiental y económico. En el primer caso destacan los relativos a la reducción progresiva, interrupción o supresión gradual de vertidos en el medio acuático. En el segundo, aquellos que persiguen la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua.

Todas las modificaciones apuntadas, tanto las que han sido completadas como las que aún están pendientes,

evidencian la situación de transición por la que atraviesa el ordenamiento de las aguas. Sería deseable, como señala Antonio EMBID, que esta transición no sacrifique el valor de la Ley de Aguas en su acepción de bloque normativo completo y sistemático, capaz de ofrecer soluciones ponderadas a muy diversas situaciones.

En cualquier caso, según destaca acertadamente A. EMBID, pese a las transformaciones y a la posible indefinición actual, queda fuera de toda duda la consideración del agua como un bien escaso y preciado, imprescindible para atender a múltiples demandas que deben ser satisfechas sin detrimento del estado ecológico de los propios recursos hídricos y de otros recursos naturales. A tal efecto, es preciso disponer de los instrumentos de planificación adecuados para asegurar los distintos usos del agua, así como de una organización administrativa capaz de gestionar eficazmente los recursos. Asimismo, la articulación de los diversos intereses ambientales, económicos y sociales implicados en la planificación y gestión de los recursos hídricos es requisito ineludible para el éxito de la política de aguas, de modo que es necesario garantizar la participación e implicación de ciudadanos y usuarios en las iniciativas públicas en materia de aguas. Todas estas cuestiones son analizadas con detalle en la obra que aquí se comenta.

En las líneas anteriores se han destacado ya algunos aspectos expresivos de la creciente atención que las normas han ido prestando al valor ambiental de las aguas y de los ecosistemas acuáticos. Para la conservación del buen estado ecológico de los recursos hídricos, sin perjuicio de otras medidas de protección, resulta de vital importancia una adecuada regulación de los vertidos al medio acuático, mediante la autorización y el control permanente de los mismos. Otro tanto puede decirse de la evaluación de la repercusión ambiental de determinadas actuaciones directas o indirectas sobre las aguas. En ocasiones, las repercusiones de proyectos, obras y actividades singulares pueden ser identificadas y corregidas mediante un procedimiento de evaluación de impacto

ambiental. Sin embargo, los impactos ambientales derivados de políticas, programas y planes deben ser analizados de forma global y sistemática, pues sólo una evaluación estratégica de los mismos permite valorar y moderar adecuadamente su incidencia sobre los recursos hídricos y sobre el entorno natural. Las ponencias y comunicaciones publicadas en esta monografía ponen de manifiesto los avances y los logros pendientes en la tutela ambiental de las aguas. Entre estos últimos, se ha destacado de manera especial la falta de rigor con que a veces se evalúan los impactos de obras y proyectos y, sobre todo, la necesidad de aplicar un sistema de evaluación estratégica previa a la puesta en marcha de planes (es el caso del Plan Hidrológico Nacional), programas y políticas de gestión de las aguas.

No menos relevantes son los aspectos económicos del régimen de las aguas, que también han sido estudiados minuciosamente en este trabajo. Y es que una correcta gestión de las aguas no puede prescindir de las consideraciones económicas implícitas. La vertiente económica de la gestión se manifiesta, por ejemplo, en la cesión entre particulares de la totalidad o parte de los derechos que habilitan para realizar usos privativos de las aguas. El ordenamiento español ha contemplado recientemente esta posibilidad (Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de Reforma de la Ley de Aguas). Por el contrario, en algunos ordenamientos iberoamericanos la cesión de derechos de uso consituye una práctica arraigada.

Con la incorporación al Derecho de aguas de la cesión de derechos de uso y con el consecuente beneficio económico que experimenta el usuario cedente se pretende fomentar el ahorro en el consumo y la mejor distribución de los recursos. Estos objetivos pueden lograrse siempre que la regulación aplicable impida la especulación en la cesión de derechos y garantice la protección del valor ambiental de las aguas.

En el ordenamiento español, la cesión de derechos de uso privativo, en la medida en que permite a los con-

cesionarios fijar el precio de las aguas, plantea contradicciones con los principios básicos del régimen de la concesión.

Desde una perspectiva más amplia, la consideración del valor económico del agua coadyuva también a la mejor gestión de este recurso escaso. Para aproximarse al citado valor económico es preciso tener en cuenta la rentabilidad que cada una de las funciones (ecológicas, económicas, culturales y recreativas) del agua proporciona a los sujetos que se benefician de ella. No obstante, el valor social otorgado a cada una de las funciones que cumple el agua no se mantiene inalterado con el paso del tiempo. En el momento actual, puede considerarse que los beneficios sociales derivados de la conservación del patrimonio natural adquieren mayor valor que los derivados de su explotación productiva. Ciertamente, la función ambiental de las aguas no puede ser valorada en términos económicos, pero la gestión de éstas no puede realizarse prescindiendo de dicha función. De lo contrario, se pondría en peligro esta función de las aguas que es expresiva de bienestar social.

En última instancia, la garantía de las distintas utilidades que proporciona el agua depende de la existencia de una organización administrativa capaz de planificar y gestionar adecuadamente los recursos. En la obra que se comenta no se han descuidado ninguno de los aspectos organizativos de la gestión de las aguas. Son varias las ponencias que analizan rigurosamente las características de los diversos modelos organizativos, prestando especial atención a las exigencias que plantea la gestión de cuencas transfronterizas.

En el ordenamiento español, la cuenca hidrográfica constituye el criterio de referencia a efectos organizativos. Las cuencas intracomunitarias son gestionadas por la administración hidráulica correspondiente de cada Comunidad Autónoma. Tratándose de cuencas intercomunitarias corresponde su gestión a las Confederaciones Hidrográficas, que representan la

expresión máxima de la evolución de nuestra Administración hidráulica. La representación de las distintas Administraciones territoriales y la representación de los usuarios con que cuentan las Confederaciones Hidrográficas permite a éstas gestionar y planificar con acierto las aguas de la cuenca. En esta obra se lleva a cabo un estudio pormenorizado de estos organismos, que pone de relieve las transformaciones que han experimentado y los resultados que su gestión ha permitido alcanzar, apuntando igualmente algunas de las limitaciones que deben superar.

También en América latina se ha apostado por la gestión integrada del agua en las cuencas hidrológicas. Los distintos estudios contenidos en esta monografía permiten conocer la diversidad de modelos organizativos existentes y el desigual grado de desarrollo y de consolidación de cada uno de ellos. Tal como reflejan dichos trabajos, son muchas las circunstancias que dificultan la implantación y el correcto funcionamiento de los organismos administrativos encargados de la gestión de las aguas en los países iberoamericanos.

El estudio del Derecho de aguas se completa con interesantes reflexiones sobre las funciones que los usuarios asumen en la gestión de los recursos que tienen asignados. Comunidades de Usuarios y Comunidades de Regantes constituyen peculiares fórmulas organizativas de larga tradición en el ordenamiento español de aguas. Las distintas perspectivas de análisis que recoge esta obra ponen de relieve las ventajas que presentan los modelos organizativos en que se agrupan los usuarios, aunque no por ello dejan de exponerse algunas de las carencias y de las consecuentes mejoras que harían más operativas a estas Comunidades. Acertadamente, en esta monografía se destaca la relevancia de la intervención de los usuarios en la gestión de las aguas trasvasadas y, muy especialmente, su implicación en la financiación de las obras hidráulicas necesarias para el embalse y la distribución de los recursos hídricos.

TOMÁS CANO CAMPOS

La analogía en el Derecho administrativo sancionador

[Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 113 (enero-marzo 2001)]

ANTONIO M.^e BUENO ARMILLO

El autor toma como premisa el art. 4 del Código Civil, según el cual la regla en nuestro Derecho es la admisibilidad de la analogía, para indicar a continuación su principal excepción: su no aplicación en el ámbito sancionador. Pero ¿a qué se está haciendo referencia exactamente al hablar de analogía?

Cano Campos desciende a los entresijos mismos del término “analogía” para encontrar los tres conceptos que en ella se encierran: analogía como proporción (A es a B lo que B es a C), como argumento o razonamiento (A es B, C es como A, C es B) y como concepto (el concepto analógico o difuso se contrapone al determinado y cierto). Una vez diferenciados, Cano Campos se centra en primer lugar en la analogía como razonamiento, comúnmente manifestada a través del razonamiento *a simili*, cuya estructura es la siguiente: junto a un supuesto de hecho para el que el ordenamiento jurídico prevé determinadas consecuencias, encontramos un supuesto de hecho distinto, no previsto por el ordenamiento, pero que comparte una “identidad de razón” o unas “características esenciales” con el primero, de donde el aplicador del derecho concluye atribuirle las mismas consecuencias que a aquél.

Se trata por tanto de un caso de creación normativa, pues efectivamente se hace aparecer en el ordenamiento una norma que antes no existía para anudar determinadas consecuencias a un supuesto de hecho huérfano de regulación. Por ello, esta operación, válida en cualquier otro ámbito del Derecho, tiene que

ser sin embargo forzosamente prohibida para el Derecho Administrativo Sancionador. Y, muy acertadamente, al señalar los motivos que justifican esta prohibición, el autor no se queda en el consabido recurso al principio de legalidad (formal y material) del art. 25 CE y al adagio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, sino que se remonta a la base misma de nuestro sistema, a la teoría de la separación de poderes, según la cual no puede reconocerse al Poder Judicial ni a la Administración capacidad normativa creativa alguna. No obstante, el autor quizá pasa por alto que esta teoría negaría la admisibilidad de cualquier analogía, incluida la *in bonam partem*, generalmente admitida en Derecho Administrativo Sancionador.

Delimitado el ámbito de la analogía, pasa Cano Campos a ocuparse de una figura afin, la interpretación extensiva, frecuentemente confundida con la analogía incluso por la mejor doctrina. La interpretación extensiva se mueve dentro de los límites del “sentido literal posible” de la norma, haciéndola aplicable a supuestos que no estaban incluidos en ella de forma clara y tajante pero que tampoco quedaban racionalmente excluidos. La interpretación extensiva recurre a distintas técnicas en su aplicación, como el argumento sistemático, o las interpretaciones conforme, histórica o evolutiva, técnicas con las que se mueve exclusivamente entre los márgenes de la interpretación y eludiendo la actividad creativa, siendo entonces perfectamente aceptable por nuestro ordenamiento. El problema surge del uso de una técnica distinta a las anteriores, el llamado argumento *a simili* o analógico. En este supuesto no se trata tanto de interpretación como de auténtica creación, y de ahí la lógica confusión doctrinal y el motivo de que se pretenda extender la prohibición de la analogía a la interpretación extensiva. Pero lo cierto es que, salvo esta excepción, tiene plena cabida en nuestro ordenamiento, pues, en suma, la de la interpretación extensiva no es una actividad generativa de nuevas normas, sino expansiva de las ya existentes.

Frente a tan impecable argumentación, y aunque no sea señalado expresamente por el autor, probable-

mente influya también en el ánimo de quienes pretenden la inadmisión de la interpretación extensiva la difusa existencia de un genérico *favor rei* (del que, según la STC 63/1993, serían manifestación el derecho a la presunción de inocencia y el principio *in dubio pro reo*) posible informador de todo el proceso sancionador y oponible, tal vez, a una interpretación extensiva de las normas sancionadoras.

En último lugar, y retomando la clasificación que de los tipos de analogía hizo al comienzo de su trabajo, Cano Campos aborda la “analogía como concepto”, o, lo que es lo mismo, las “cláusulas legales de analogía” (añadidas a las normas tipificadoras frecuentemente con expresiones como “y cualquier otra circunstancia análoga”). El autor desenmascara tales

cláusulas como simples conceptos jurídicos indeterminados formados a partir de un término de referencia. Por tanto, la admisibilidad o no de las “cláusulas de analogía” en derecho sancionador se rige por lo que al respecto se establece genéricamente para los conceptos jurídicos indeterminados: el uso de éstos es no sólo posible sino inevitable si el legislador pretende aprehender en la norma la complejidad de la realidad. No obstante, y como excepción, no pueden ser admitidas las “cláusulas omnicomprendivas”, por una parte, ni, por otra, aquellas “cláusulas de analogía” que tomen como términos de referencia, a su vez, otros conceptos jurídicos indeterminados, pues se generaría “un verdadero galimatías” en el que, probablemente, “se vulnera el mandato de tipicidad y taxatividad”.