



*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 2002

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

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

## Sumario:

### DOCTRINA:

[5] **Sobre los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y su funcionalidad operativa**  
ALBERTO PALOMAR OLMEDA

[27] **El derecho de acceso a la documentación pública en la Administración Local**  
SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS

### CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



# Sobre los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y su funcionalidad operativa<sup>1</sup>

ALBERTO PALOMAR OLMEDA

Magistrado de lo  
Contencioso-Administrativo

## Sumario:

**1. Balance del funcionamiento de una institución polémica en su instauración.** A) La demo-  
ra de los procesos. B) Las dificultades de ejecución de sentencias. C) Dificultades de conjunto  
para el enjuiciamiento de los temas cuya cuantía no era relevante. a) La resolución en tiem-  
pos aceptables reduce de forma notable la presión sobre las medidas cautelares.

b) El verdadero sentido del control. c) Potencial reducción del número de asuntos.

**2. Algunos apuntes sobre el sistema competencial diseñado para los órganos unipersonales.**

A) Un apunte previo sobre la distribución competencial. B) Una breve reflexión sobre algu-  
nos de los problemas suscitados en la aplicación práctica. a) Problemas de carácter general.

b) Problemas de carácter específico. **3. Algunos aspectos pendientes de reforma en el ámbito**

**contencioso-administrativo.** A) La Disposición Adicional Quinta de la LRJCA. B) El fuero  
jurisdiccional competente para conocer de las impugnaciones de la actual Sociedad Estatal

Correos y Telégrafos. C) Las costas del proceso. **4. Reconcepción del esquema competencial y  
la generalización de la competencia de los órganos unipersonales.**

## 1. BALANCE DEL FUNCIONAMIENTO DE UNA INSTITUCIÓN POLÉMICA EN SU INSTAURACIÓN

La instauración efectiva de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo que realiza la LRJCA de 1998<sup>2</sup> fue, inicialmente, cuestionada por parte de la doctrina y analizada con cierta precaución por parte del sistema judicial. Muchas de estas dificultades tenían su

(1) El texto del presente trabajo se corresponde con la conferencia pronunciada en Toledo el día 17 de abril de 2002 en el marco del Seminario de Estudios Autonómicos dirigido por el profesor Luis ORTEGA.

(2) Los Juzgados estaban previstos en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y en la propia Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial.

fundamento en la inexperiencia y falta de tradición del tránsito del enjuiciamiento colegiado de los asuntos contencioso-administrativo al enjuiciamiento unipersonal, en principio, más propicio a la desigualdad de doctrina y de criterio. Probablemente este criterio es el que lleva al legislador de 1998 a instaurar un reparto competencial que sitúa estos órganos jurisdiccionales ante lo que aparentemente eran temas de menor importancia y, por esencia, bastante repetitivos. Como más tarde se analizará el diseño de esta posición residual no fue del todo correcto porque por la vía del artículo 8.3 de la LRJCA se produce una ampliación asimétrica de las competencias en relación con la Administración Territorial de las Comunidades Autónomas que les coloca fuera de la concepción residual y menor que parece inspiraba su regulación.

Pasados ya algunos años desde esta creación podemos indicar que gran parte de las retenciones de origen han desaparecido y han quedado reducidas a problemas prácticos concretos de funcionamiento y de reparto competencial. Probablemente el hecho de que sea ésta la discusión y no otra (la de su necesidad y existencia misma) demuestra que aquellas retenciones no estaban justificadas y, probablemente, respondían a una visión estereotipada de otros ámbitos jurisdiccionales que parecían proyectar una imagen no deseada para el contencioso-administrativo.

Pero antes de efectuar un balance de este orden es necesario recordar cuáles eran las circunstancias de hecho que justificaban la creación de órganos unipersonales. Podemos resumirlas en las siguientes:

### **A) La demora de los procesos<sup>3</sup>**

Los datos en relación con el enjuiciamiento de los asuntos contencioso-administrativo que han sido analizado por SÁNCHEZ MORÓN nos permiten indicar que, aun siendo un problema real de la justicia en España el de la demora temporal en su aplicación, el orden contencioso-administrativo estaba especialmente influido en su aplicación por este problema<sup>4</sup>.

La cuestión no es sólo de operatividad del apartado judicial y de satisfacción más o menos inmediata de los agentes que se relacionan con el mismo sino de fondo. La jurisdicción contencioso-administrativa tiene por finalidad la de controlar el ejercicio de la función ejecutiva por parte de la Administración y si este control no tiene un horizonte temporal razonable la Administración, o para ser más exactos sus agentes, se sienten aje-

(3) Un aspecto de esta cuestión puede verse en el estudio de COBREROS MENDAZONA, E. "La violación del 'plazo razonable' por la jurisdicción constitucional", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16, enero 2002, págs. 13 a 24.

(4) SÁNCHEZ MORÓN, M., "Sobre la situación de la justicia administrativa en los albores del siglo XXI", *Revista de Administración Pública*, núm. 154, enero-abril 2001.

## Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

nos al control y probablemente influenciados con la seguridad de que las decisiones judiciales van a producirse en momentos en los que ya no ocupen estas responsabilidades<sup>5</sup>.

Desde esta perspectiva el problema no es de forma (más o menos lentitud) sino de fondo: la que estaba y está en juego es la esencial de la revisión y su verdadera operatividad.

### B) Las dificultades de ejecución de sentencias<sup>6</sup>

Ligado a lo anterior se planteaba la cuestión de la ejecución de sentencias. La demora en los procesos hace que muchas de las soluciones judiciales adoptadas sean realmente inejecutables porque el tiempo transcurrido desde que los hechos se cometieron hasta que se intentan reparar han propiciado tal suerte de cambios y transformaciones posteriores en el que la reconstrucción del tracto sucesivo como consecuencia de la sentencias era, a veces, verdaderamente inviable en razón de las situaciones creadas en la situación intermedia.

Esta situación que era especialmente perceptible en el contencioso especial en materia de personal propicia un clima de inejecución de sentencias que no es reparable ni siquiera con medidas sustitutivas de carácter indemnizatorio.

Si a lo anterior se le unen las dificultades de carácter presupuestario y el condicionamiento real de las ejecuciones por la inexistencia de créditos presupuestarios específicos o simplemente idóneos resulta que la mayor parte de la doctrina acaba poniendo énfasis en este tema y señalándolo como un elemento central de la crisis del contencioso-administrativo.

### C) Dificultades de conjunto para el enjuiciamiento de los temas cuya cuantía no era relevante

La demora en la resolución de los temas y las dificultades de ejecución, unido a las dificultades comunes de acceso al siste-

**LA DEMORA EN LOS  
PROCESOS HACE QUE  
MUCHAS DE LAS SOLUCIONES  
JUDICIALES ADOPTADAS  
SEAN REALMENTE  
INEJECUTABLES DEBIDO AL  
TIEMPO TRANSCURRIDO  
DESDE QUE SE COMETIERON  
LOS HECHOS HASTA QUE  
SE INTENTAN REPARAR  
ESAS SITUACIONES**

(5) Ya desde 1993 venían indicando GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. T.R. que la situación de la justicia administrativa implicaba un supuesto de auténtica denegación que podría ser contrario al derecho a obtener la tutela judicial sin dilaciones indebidas a que se refieren nuestro Texto Constitucional y los artículos 24 y 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. (*Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 4ª ed., Madrid, 1993, pág. 557).

(6) Sobre este tema y la problemática que estaba planteada puede verse el número monográfico 209 de la *Revista Documentación-Administrativa*, enero-abril, 1987.

ma judicial como es la necesidad de contar con profesionales habilitados cuya retribución debe, cuando menos, “adelantarse” por el recurrente genera *de facto* un cierto ámbito de impunidad de la Administración ya que se generaliza la creencia de que por encima de determinados niveles de sanción (por ejemplo) no merece la pena el recurso. Por decirlo en otras palabras el recurso pierde aquí su finalidad reparadora de la legalidad conculcada ya que la reparación cuesta, a menudo, más que lo que se obtiene.

En este estado de cosas la aparición de los órganos unipersonales, con competencias muy limitadas y, en muchos casos sin un volumen de asuntos excesivos, cambia el panorama y la perspectiva de la jurisdicción.

Este cambio puede identificarse con tres temas que constituyen el lógico correlato de las dificultades a las que trababa de subvenirse con su creación. De esta forma, la aparición de estos órganos e, incluso, su planta territorial de carácter provincial genera la posibilidad de recuperar la pequeña justicia, la de las cosas menores, las pequeñas multas, los asuntos de personal menores, las liquidaciones tributarias. La proximidad del órgano jurisdiccional unida al tiempo de la resolución (segundo elemento a resaltar) y al pronunciamiento en algunos casos en única instancia, generan una situación de recuperación del papel central de control. Este papel se refuerza, en último término, con la referencia a unos términos de ejecución razonables en tiempo y en las medidas susceptibles de ser adoptadas por el órgano.

Esta situación en la que puede decirse que existe una cierta coincidencia generalizada genera, a su vez, otros elementos de “recomposición del sistema”.

Esta recomposición podemos sistematizarla en torno a los siguientes puntos:

### **a) La resolución en tiempos aceptables reduce de forma notable la presión sobre las medidas cautelares**

En este punto no cabe negar que en la jurisdicción contencioso-administrativa se ha producido, en los últimos tiempos, un amplio proceso de reflexión sobre la tutela cautelar<sup>7</sup>. Una parte de este debate es puramente teórico (de la suspensión tradicional al *fumus bonis iuris*) pero no cabe negar que otra parte de este debate y, sobre todo, su aplicación real estaba seriamente condicionada por el debate sobre los “tiempos de la jurisdicción”, hasta el punto de poderse detectar un amplio proceso de aproximación a la justicia cautelar como forma para la resolución de aquella cuestión.

En el momento actual y, al menos en estos órganos jurisdiccionales de carácter unipersonal, se ha producido una reconcepción de la figura a sus verdaderos términos. Las

(7) Como resumen de este debate puede verse el libro de GARCÍA DE ENTERRÍA. E., *La batalla por las medidas cautelares*, 2ª ed., Madrid, 1995.

medidas cautelares tratan de asegurar el resultado final del proceso y no sus consecuencias, esto es, el tiempo de tramitación del propio proceso que por sus propias ratios ya no se convierte en un problema en sí mismo.

### **b) El verdadero sentido del control**

El control sobre el proceso del órgano jurisdiccional produce *de facto* un verdadero control sobre el órgano administrativo. Los plazos se cumplen y esto evita dilaciones en períodos clave para el proceso como son el de remisión del expediente administrativo, el de tramitación de pruebas y, sobre todo, el de ejecución de sentencias.

Cuando la Administración siente que sus decisiones son realmente fiscalizables en tiempo real tiende a una actuación más justificada, más razonable y, sobre todo, más fundada en Derecho. En consecuencia es una Administración que se ajusta más, o con mayor intensidad, a su propio estatus constitucional previsto en el artículo 103 de la Constitución. Por decirlo en otras palabras la Administración no se sirve de los efectos del proceso sino que realmente siente el proceso como un mecanismo real de control judicial sobre sus decisiones, sus formas y su actuación.

### **c) Potencial reducción del número de asuntos**

La reducción de tiempos y el ajuste a las formas supone realmente una posibilidad de conocimiento de la posición jurisdiccional sobre los temas de forma que muchos de estos procesos se evitará porque realmente se conoce la postura y la viabilidad de muchas controversias<sup>8</sup>. Al aludir aquí a la eliminación no se quiere indicar únicamente que los ciudadanos no inicien los procesos sino también que muchos sean reconducidos al proceso de extensión de sentencias al que se refiere el artículo 110 de la LRJCA.

En este estado de cosas, sucintamente descrito, debe entenderse que la experiencia no es negativa y que frente a lo que se pensó, los efectos de dispersión doctrinal no son de mayor entidad que los *inputs* positivos del tiempo y de la actuación de los mismos. Es probable, precisamente, que lo anterior deba conducir en un plazo razonable a la modificación de las competencias y la reconstrucción de la planta territorial para conseguir que no se produzcan efectos perversos por la desigual carga de trabajo de unos y otros.

(8) Sobre el tema puede verse el trabajo de SÁNCHEZ-MORÓN, M., "Sobre la situación de la justicia administrativa en los albores del siglo XXI", *Revista de Administración Pública*, núm. 154, enero-abril, 2001, págs. 293 y ss.

## 2. ALGUNOS APUNTES SOBRE EL SISTEMA COMPETENCIAL DISEÑADO PARA LOS ÓRGANOS UNIPERSONALES

### A) Un apunte previo sobre la distribución competencial<sup>9</sup>

En el contexto al que inmediatamente nos acabamos de referir se produce una atribución competencial a favor de los órganos unipersonales del ámbito del contencioso-administrativo del que puede decirse que establece un tratamiento asimétrico de las distintas Administraciones territoriales que dilucidan sus cuestiones ante los mismos. Esta asimetría es consecuencia, probablemente, del desconocimiento de la realidad de la descentralización autonómica en sus órganos territoriales cuyo alcance es muy superior al previsto y produce, desde una perspectiva competencial, un tratamiento no demasiado correcto.

A los efectos de demostrar la afirmación indicada podemos recordar que la atribución competencial de estos órganos responde a un triple criterio en razón de la Administración a la que se refiera. De esta forma:

a) En el ámbito de la Administración local, se produce una atribución de las cuestiones de personal, de los actos de gestión, inspección y recaudación de tributos, las licencias de edificación y apertura, declaraciones de ruina y sanciones en función de la materia con limitación de cuantía (10 millones de pesetas) y del alcance de la limitación de derechos (seis meses).

b) En el ámbito de las Comunidades Autónomas se produce una escisión en función de que se trate de la Administración centralizada y la descentralizada. Así mientras en el primer supuesto se produce una atribución conforme a las reglas generales (personal y sanciones –con limitación de materias y cuantías–) en el segundo se produce una extensión jurisdiccional universalizada ya que de conformidad con el apartado 3 del artículo 8 les corresponde conocer de cualquier asunto material cualquiera que sea su cuantía y alcance.

(9) Sobre este tema puede verse el trabajo de CHAMORRO GONZÁLEZ, J.M., “Las competencias de los juzgados de lo contencioso-administrativo”, En *Cuadernos de Derecho Judicial. Cuestiones de competencia surgidas con la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Madrid, 2000.

Asimismo y con carácter general pueden verse los trabajos de:

– DELGADO PIQUERAS, F., “Los órganos de la jurisdicción y sus competencias”, en la obra *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa* (Dir. Leguina Villa, J. y Sánchez Morón, M.)

– AYALA MUÑOZ y otros, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Navarra, 1998.

– *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Navarra, 1998.

Igualmente nuestro propio comentario en el *Tratado de Derecho Administrativo*, de GARRIDO FALLA, F., PALOMAR OLMEDA, A., y LOSADA GONZÁLEZ, H., Madrid, 2001.

## Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

c) Por lo que se refiere a la Administración General del Estado la idea esencial es que no es fiscalizada en este ámbito salvo en lo que se refiere a la Administración Instrumental –cuando su competencia no alcance a todo el territorio nacional– y siempre que no se refiera a propiedades especiales y la cuantía del proceso no sea superior a 10 millones de pesetas.

Este esquema se completa con la atribución a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo de la competencia para fiscalizar lo actos de los ministros y de los secretarios de Estado en materia de personal (y siempre que no se refieran al nacimiento y extinción de la relación de funcionario), en materia de derecho sancionador cuando hayan sido dictados por los mismos órganos y siempre que se cumplan las reglas generales sobre limitación de materias y cuantías. En último término, les corresponde el conocimiento en única o primera instancia de los recursos que se planteen contra disposiciones generales y contra actos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en el letra i) del apartado 1 del artículo 10 de la LRJCA, esto es los que se refieren a personal, propiedades especiales y expropiación forzosa.

A esto debemos añadir las facultades de ejecución material, esto es, la autorización material de entrada en domicilio a que se refiere el artículo 8.5 de la Ley Jurisdiccional y las de ejecución de los actos firmes en vía administrativa a que se refiere el artículo 29.2 de la misma.

### **B) Una breve reflexión sobre algunos de los problemas suscitados en la aplicación práctica**

Los problemas suscitados en el desarrollo del esquema de distribución competencial pueden sistematizarse distinguiendo entre los que son de carácter general y los de carácter específico.

#### **a) Problemas de carácter general**

– El fuero electivo del artículo 14 y su limitación por razón de la jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia primigeniamente competente.

El esquema de fuero territorial previsto en el artículo 14 de la Ley Jurisdiccional admite que cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones Públicas en materia de

**SEGÚN LA STS DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2000 EL FUERO ELECTIVO DEL ARTÍCULO 14.2ª LJCA ÚNICAMENTE PUEDE TENER LUGAR ENTRE AQUELLOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CUYA COMPETENCIA ESTÉ COMPRENDIDA DENTRO DEL ÁMBITO TERRITORIAL DE UN MISMO TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA**

personal, propiedades especiales y sanciones será competente a elección del demandante, el Juzgado o el Tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio no se halle la sede del órgano autor del acto originario.

Este fuero electivo, pensado –sin duda– para el esquema de la personalidad jurídica única de la Administración General del Estado que realmente no plantea inconvenientes en su demanda ante órganos territoriales diferenciados, resultó más que complejo ya que, sobre todo, las Comunidades Autónomas podían ser desplazadas de su ámbito natural de enjuiciamiento (el que se corresponde con la jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia al que se encuentran vinculadas).

Esta cuestión está, en el momento actual, resuelta en la STS de 26 de septiembre de 2000 y posteriormente en la de 6 de octubre de 2000 en la que se afirma que “(...) la opción que el artículo 14.1, regla 2ª, reconoce al demandante en relación con los Juzgados de lo Contencioso-administrativo competentes, conforme al artículo 8.2.a) de la Ley Jurisdiccional, únicamente puede tener lugar entre aquellos cuya competencia esté comprendida dentro del ámbito territorial de un mismo Tribunal Superior de Justicia, a cuya Sala de lo Contencioso-administrativo corresponderá, por vía de los recursos procedentes, unificar la interpretación del derecho autonómico, propio de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial radique el correspondiente Tribunal Superior de Justicia (...)”.

– *Las reglas de atribución de competencias en relación con los órganos públicos*<sup>10</sup>.

El conocimiento de los asuntos relativos a los organismos públicos era y es ciertamente compleja. Se han tenido que acudir a reglas tales como el rango del superior que preside el mismo o la existencia o no de instancias territoriales. Ambos, como más tarde se verá, son criterios complejos ya que, por lo que se refiere al primero de los criterios se produce un punto de confusión entre la presidencia del organismo y el rango del máximo órgano ejecutivo<sup>11</sup>.

La organización y estructura de los organismos públicos es ciertamente una cuestión heterogénea en la que, algunas veces, la presidencia tiene verdaderas funciones ejecutivas mientras que en, en otros casos, la función ejecutiva se reserva para instancias propias cuyo rango orgánico es inferior.

(10) En relación con esta cuestión y con la estructuración de la Administración Instrumental puede verse nuestro libro, *La organización administrativa. Tendencias y situación actual*, Granada, 1998.

(11) La STS de 19 de octubre de 2000 se refiere al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas para reconocer que se trata de un órgano administrativo con competencia en todo el territorio nacional; la STS de 6 de octubre de 2000 se refiere a la Entidad Pública Correos y Telégrafos para declarar que en materia de provisión de un puesto de trabajo corresponde a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia. La STS de 16 de octubre de 2000 declara la competencia de los Juzgados Centrales de lo contencioso-administrativo para conocer de la Resolución del Consejero-Director General sobre sanciones a un funcionario (en el mismo sentido las SSTS de 6, 21 y 25 de octubre de 2000). La STS de 30 de junio de 2000 se refiere a la Oficina de Patentes y Marcas para declarar que la competencia corresponde a la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia (en el mismo sentido se pronuncian las SSTS de 30 de junio y 1 de julio de 2000).

## Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

Con carácter general podemos establecer las siguientes resoluciones respecto de cuestiones puntuales:

### a) Agencia Estatal de Administración Tributaria

La organización y funcionamiento de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria ha sido una de las cuestiones que han planteado mayores dudas competenciales. Por este motivo analizamos los mismos en un apartado específico al que necesariamente hay que remitirse en este momento.

### b) Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social

Se refiere a esta cuestión la STS de 23 de abril de 2001 cuando señala que “la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Delegación Provincial de Madrid, de la TGSS corresponde al Juzgado de lo contencioso, al no aparecer dato alguno en las actuaciones remitidas que ponga de manifiesto que la deuda o deudas apremiadas superen la cifra de diez millones de pesetas...Por más que la TGSS tenga personalidad jurídica diferenciada y su competencia se extienda a todo el territorio nacional, no se puede desconocer que se trata de un ente dotado de órganos periféricos ...que tienen sus competencias recaudatorias territorialmente limitadas, lo que conlleva a la Sala a inclinarse por la aplicación del artículo 8.3 de la LJCA (...)”. (STS de 1 y 29 de marzo de 2001).

Por su parte, la STS de 30 de marzo de 2001 se refiere al enjuiciamiento de los actos dictados por el Coordinador provincial de la Inspección de Servicios Sanitarios del Insalud que atribuye al Juzgado de lo contencioso-administrativo conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 8 de la LJCA

– *Las acumulaciones de pretensiones y la ruptura de la unidad de la causa.*

El artículo 34 de la LRJCA establece las reglas generales para la acumulación de asuntos indicando que la misma procede cuando la impugnación se realiza contra un mismo acto, disposición o actuación o cuando refiriéndose a varios actos, disposiciones o actuaciones sean reproducción, confirmación o ejecución de otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa.

A partir de ahí se admite la acumulación inicial (art. 35), sucesiva (art. 36) de actos, o la inicial o sucesiva de procesos (art. 37).

La LRJCA no indica, sin embargo, reglas de carácter procesal por lo que una interpretación concordada de dichos preceptos con el resto de la LRJCA indica que además de la conexión material a la que nos acabamos de referir debe darse un requisito adicional: los actos o disposiciones respecto de los cuales se propone la acumulación deben corresponder al mismo órgano jurisdiccional por razón de la distribución competencial establecida en los artículos 10 a 13 de la propia LRJCA.

Este requisito adicional resulta, en la práctica, de alguna complejidad cuando la acumulación no es sólo una decisión procesal de las partes sino una exigencia derivada de la necesidad de mantener la unidad de la causa. Esto ocurre a menudo en el ámbito de la potestad sancionadora en el ámbito laboral y las consecuencias derivadas o adyacentes a la misma como son las actas de liquidación y, eventualmente, de recaudación derivadas de un mismo hecho (por ejemplo, la falta de afiliación, alta y cotización de un trabajador). En este supuesto la aplicación de las reglas de competencia, unida a la dispersión competencial de Administraciones y órganos dentro de las mismas que realizan sus actuaciones producen o pueden llegar a producir una dispersión real de la causa en la que los resultados finales sean incongruentes y se acabe retirando la sanción donde simultáneamente se confirman los actos de ejecución que derivan de la aceptación del incumplimiento posteriormente anulado.

En muchos de estos supuestos es preciso que la acumulación de oficio a la que refiere el artículo 37 de la LRJCA opere realmente aunque para ello sería necesario establecer una regla competencial común para el conocimiento del asunto. En pura lógica lo correcto sería indicar que la acumulación debería producirse en el órgano de mayor rango que a menudo (aunque no siempre) estará conociendo la situación de cabecera del grupo que se analiza.

— El litisconsorcio pasivo en un esquema asimétrico.

La misma reflexión que acaba de hacerse en el apartado anterior puede extenderse, aunque ahora referida a un mismo proceso, cuando las Administraciones demandadas bien por ser autoras del mismo acto, bien por haberse sucedido en el ejercicio de la competencia, bien por ser indeterminada la vía de hecho o la verdadera competencia respecto de la situación de inactividad objeto del recurso. La Ley, tampoco aquí, no prevé las reglas para resolver la incontinencia y la ruptura de fuero que se produce en este supuesto. Mientras en el supuesto anterior la cuestión se planteaba en términos de “conveniencia” en el presente supuesto se plantea en términos de necesidad y, sin embargo, existe, igualmente una insuficiencia real de las soluciones previstas en la LRJCA.

La solución admisible sería de nuevo la de considerar que es el órgano superior al que corresponde el conocimiento íntegro del proceso o, simultáneamente, la solución podría pasar por permitir que ante el órgano inferior sea demandado aquel que inicialmente no podría ser fiscalizado en dicho fuero cuando el acto, actuación o vía de hecho, corresponda —esencialmente— al órgano jurisdiccional bien por ser el autor del acto, bien por que lo que se dilucida es la responsabilidad principal mientras que la que corresponde a otras Administraciones es la subsidiaria o derivada. Se trata, por tanto, de un doble criterio de atribución competencial, bien el de órgano jurisdiccional que puede fiscalizar a la Administración superior, bien la de admitir el criterio de “principalidad” en la pretensión como elemento determinante de la atribución competencial. Ambas soluciones podrían solventar la cuestión de la inoperatividad actual de los fueros para resolver problemas de concurrencia litisconsorcial pasivos.

## Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

– La cuantía como eje central de la competencia y de otras decisiones judiciales como la posibilidad del recurso.

No parece necesario abundar en la idea de que el elemento cuantía como eje del proceso contencioso-administrativo no tiene en éste el alcance ni la tradición que el resto de procesos. Su instauración con reglas más rígidas en la LRJCA no ha producido el efecto previsto sobre todo porque rápidamente se ha generalizado el carácter indeterminado de muchas pretensiones.

Es esta circunstancia la que lleva al Tribunal Supremo a indicar que “las prevenciones legales en materia de cuantía deben ser aplicadas en función de la real entidad material de la cuestión litigiosa, siendo irrelevante a efectos de la inadmisibilidad del recurso de casación que se haya tenido por preparado el recurso en la instancia o el ofrecimiento del mismo al notificarse la resolución impugnada, siempre naturalmente que la cuantía sea estimable o inferior al límite legalmente establecido (...)” (ATS de 29 de noviembre de 1999 o de 4 de octubre de 1999. STSJ de Castilla y León, Burgos, de 12 de abril de 2002).

Esta posición, muy pensada y concebida para la fase de recurso es lo cierto, sin embargo proyecta un elemento central de incertidumbre sobre las reglas de fijación de cuantía como elemento central para la decisión competencial que, debemos recordarlo, se produce –tentativamente– en unos momentos del proceso en los que ni siquiera se tienen claras las posiciones de las partes y del órgano jurisdiccional sobre el tema.

El criterio de fijación de reglas competenciales en función de la cuantía dentro del ámbito contencioso-administrativo no parece un criterio llamado a tener la repercusión y la entidad procesal que pudiera tener en otros órdenes jurisdiccionales y proyecta un elemento de incertidumbre que realmente se acaba proyectando sobre su capacidad real de ser determinante del esquema de distribución competencial.

### b) Problemas de carácter específico

Incluimos dentro de los mismos la problemática referida a determinadas organizaciones públicas cuya relevancia en el número de asuntos de los que conoce la jurisdicción contencioso-administrativa ha generado rápidamente una serie de pronunciamientos jurisdiccionales que podemos sistematizar en la forma que seguidamente se expone.

**LA ACUMULACIÓN DE ASUNTOS PROCEDE CUANDO LA IMPUGNACIÓN SE REALIZA CONTRA UN MISMO ACTO, DISPOSICIÓN O ACTUACIÓN O CUANDO SEAN REPRODUCCIÓN, CONFIRMACIÓN O EJECUCIÓN DE OTROS Y CORRESPONDAN AL MISMO ÓRGANO JURISDICCIONAL POR RAZÓN DE LA DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL**

– *La Agencia Estatal de Administración Tributaria.*

Como se indicaba anteriormente es una de las cuestiones que ha generado una jurisprudencia que a estas alturas puede considerarse como más consolidada. En este sentido las SSTS de 18 de septiembre, y 1 y 9 de octubre de 2001 han venido a indicar que la competencia para conocer de los asuntos de personal de la misma corresponde a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo (con excepción, claro está, de los supuestos que se refieran al nacimiento o extinción de la relación funcional de carrera) y de las disposiciones generales<sup>12</sup> que pudiesen dictar a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

La STS de 29 de marzo de 2001 intenta la justificación de este planteamiento indicando que “la AEAT es un organismo público perteneciente al sector estatal con competencia en todo el territorio nacional, en el presente caso el acto administrativo en cuestión ha sido dictado por un órgano periférico de dicha Agencia, con una competencia territorial, por tanto, limitada, lo que obliga a entender que la competencia discutida corresponde al TSJ, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8.3 en relación con el artículo 10.1.j) de la Ley Jurisdiccional, si se tiene en cuenta, además, que la cuantía del acto de referencia es superior a 10 millones de pesetas.

– *La denominada Administración de la Seguridad Social*<sup>13</sup>.

Se refiere a esta cuestión la STS de 9 de octubre de 2000 que afecta al órgano gestor del desempleo y en la que se señala que corresponde al Juzgado Contencioso-administrativo de carácter provincial el conocimiento de los asuntos cuando su cuantía es inferior a 10 millones de pesetas<sup>14</sup>. Este criterio se completa con lo indicado en la STS de 16 de octubre de 2000 que declara la competencia de los Juzgados Centrales para conocer de los recursos que se dirijan contra los actos de los órganos centrales de la misma Entidad.

Por su parte, la STS de 11 de abril de 2000 analiza la competencia para conocer de los actos de la Tesorería General de la Seguridad Social.

– *Correos y telégrafos.*

La Entidad Pública Correos y Telégrafos han dejado paso, tras la publicación de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social

(12) La STS de 27 de septiembre de 2001 incluye en este concepto a las relaciones de puestos de trabajo en el seno de la relación de empleo público.

(13) El concepto de Administración que es utilizado incluso en las propias leyes es realmente incorrecto ya que, en realidad, se trata de organismos públicos vinculados o dependientes de la propia Administración General del Estado.

(14) En el supuesto analizado por la STS se trataba de una resolución sobre denegación de la solicitud de devolución de cuotas de desempleo. Esta misma doctrina se establece en la STS de 10 de abril de 2000. Por su parte, la STS de 21 de julio de 2000 se refiere a la devolución de cuotas de formación profesional por valor inferior a 10 millones de pesetas. En el mismo sentido las SSTS de 28 de septiembre y 16 y 18 de octubre de 2000.

## Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

(arts. 58 y siguientes), a la Sociedad Mercantil del mismo nombre. La transformación de este régimen jurídico plantea, como más adelante se indica, una problemática novedosa tanto para el concepto de partes procesales en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa como para la fiscalización en el ámbito del orden social si ésta fuese la resolución final en cuanto al enjuiciamiento de sus actos.

Pero al margen de esta problemática que exige de alguna reforma normativa la propia configuración histórica como Entidad Pública empresarial planteó ya cuestiones referentes a la competencia para el conocimiento de los asuntos de la misma.

La STS de 9 de mayo de 2001 aborda la cuestión como igualmente lo hace la STS de 23 de abril de 2001. En síntesis se trata de indicar que “la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución dictada por el Consejero-Director General de la entidad Empresarial Correos y Telégrafos en virtud de delegación del presidente de dicha Entidad corresponde al Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo (...) tratándose de un acto en materia de personal que no afecta al nacimiento ni a la extinción de la relación de servicio del funcionario y que por ministerio de la ley debe considerarse dictado por el Ministro de Fomento, la competencia objetiva para conocer el recurso corresponde, a tenor de lo establecido en el artículo 9.a) de la LJCA a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo (...)”

– Oficina Española de Patentes y Marcas.

A este tema se refiere la STS de 23 de abril de 2001 cuando señala que “la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia (...) El recurso se ha deducido frente a un acto en materia de propiedades especiales, entre las que se encuentra comprendida la propiedad industrial (...)”

### 3. ALGUNOS ASPECTOS PENDIENTES DE REFORMA EN EL ÁMBITO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El modelo actual del contencioso-administrativo tiene pendientes algunos puntos de reforma sobre los que conviene establecer algunas reflexiones en este momento antes de que dichas reformas lleguen a ver la luz.

#### A) La Disposición Adicional Quinta de la LRJCA<sup>15</sup>

La Disposición Adicional Quinta de la LRJCA establece un nuevo régimen competencial en diversas materias que podemos sistematizar desde el texto de la propia norma que se

(15) En relación con este tema puede verse el trabajo que sobre la LRJCA publicó DESDENTADO BONETE, A., “La nueva jurisdicción contencioso-administrativa y el orden social ¿una reforma frustrada?”, en *Cuadernos de Derecho Judicial y Competencias del orden social tras la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Madrid, 1999, págs. 17 a 46; asimismo, dentro de la misma obra el trabajo de TOLOSA TRIBIÑO, C., “Las consecuencias de la asunción por el orden social de la jurisdicción

refiere a la modificación del artículo 3 del texto refundido de la Ley de Procedimiento Laboral que queda redactado como sigue:

“(…) 1. No conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social:

a) De la tutela de los derechos de libertad sindical y del derecho de huelga relativa a los funcionarios públicos y al personal laboral a que se refiere el artículo 1.3.a) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores<sup>16</sup>.

b) De las resoluciones dictadas por la Tesorería General de la Seguridad Social en materia de gestión recaudatoria o, en su caso, por las Entidades Gestoras en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta así como de las relativas a las actas de liquidación y de infracción.

c) De las pretensiones que versen sobre la impugnación de las disposiciones generales y actos de las Administraciones Públicas en materia laboral, salvo los que se expresan en el apartado siguiente.

2. Los órganos jurisdiccionales del orden social conocerán, en todo caso, y previa reclamación en los términos previstos en los artículos 69 a 73 del presente texto refundido, ante la Administración Pública correspondiente, de las pretensiones sobre:

a) Las resoluciones administrativas relativas a la imposición de cualesquiera sanciones de todo tipo de infracciones de orden social, con la excepción prevista en la letra b) del apartado 1 de este artículo.

b) Las resoluciones administrativas relativas a regulación de empleo y actuación administrativa en materia de traslados colectivos (...)”<sup>17</sup>”.

del conocimiento de la impugnación de los actos administrativos en materia laboral anteriormente atribuidos al orden contencioso-administrativo: procedimiento, recursos, ejecución”, págs. 103 a 143; y, el de FERNÁNDEZ MONTALVO, R., “La impugnación de infracciones administrativas en materia laboral. Problemas de enjuiciamiento. La experiencia del orden contencioso-administrativo”, págs. 203 a 326.

(16) Probablemente esta prescripción debería haberse completado con la recuperación del fuero contencioso-administrativo de las impugnaciones en materia electoral en el ámbito de la Administración Pública que, la Ley 9/1987, en la redacción dada por la Ley de 1994, atribuye en el artículo 28 de la misma a la jurisdicción social cuando indica que “1.- Las impugnaciones en materia electoral se tramitarán conforme al procedimiento arbitral regulado en este artículo, con excepción de las reclamaciones contra las denegaciones de inscripción, en las cuales podrá optarse entre la promoción de dicho arbitraje o el planteamiento directo de la impugnación ante la jurisdicción social (...)”. La justificación última de la laboralización del fuero procesal se fundó, en su momento, en la rapidez de la actuación de los órganos jurisdiccionales del ámbito social frente a la tradicional lentitud del ámbito contencioso. Fuera de esta justificación de oportunidad es lo cierto que se trata de una ruptura no justificada del fuero jurisdiccional de los funcionarios públicos que carece de justificación teórica y de razonabilidad en el momento actual.

(17) Al tema se refiere el trabajo de MAURANDI GUILLÉN, N. “La impugnación de las autorizaciones administrativas en expedientes de regulación de empleo. Problemas de enjuiciamiento: la experiencia del orden contencioso-administrativo”, Cuadernos de Derecho judicial, Madrid, 1999.

## Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

Este Precepto ha sido objeto de una modificación puntual en la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. En concreto dicha modificación consiste en añadir un apartado 3 a la Disposición Adicional Quinta y, por ende, al artículo 3 de la Ley de Procedimiento Laboral según la cual “en el plazo de nueve meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un Proyecto de Ley para incorporar a la Ley de Procedimiento Laboral las modalidades y especialidades procesales correspondientes a los supuestos del anterior número 2. Dicha Ley determinada la fecha de entrada en vigor de la atribución a la Jurisdicción del Orden Social de las materias comprendidas en el número 2 de este artículo (...)”.

Desde esta perspectiva podemos indicar que, en la actualidad, se encuentra en suspenso la parte de la LRJCA que atribuye a la jurisdicción social el conocimiento de la potestad sancionadora en materia laboral.

No cabe negar que la atribución de esta competencia, como en general, el complicado entramado de órganos, competencias y resoluciones en este ámbito hace bastante tiempo que deambula entre la jurisdicción social y la laboral<sup>18</sup>. El hecho, por tanto, de que el legislador quiera poner fin al peregrinaje procesal es algo que no puede extrañar y que, por tanto, no puede sino ser objeto de elogio. El hecho de que haya parado en la remisión a la jurisdicción social debe entenderse vinculado a que la misma es la que conoce, simultáneamente, de los actos y resoluciones de la Administración de la Seguridad Social ligados a aquellos elementos que a menudo coinciden materialmente con el ejercicio de la potestad sancionadora.

Es lo cierto que, al margen de esta reunificación, el hecho de la gestión recaudatoria y la liquidatoria previa se mantengan

**EN LA ACTUALIDAD SE  
ENCUENTRA EN SUSPENSO  
LA PARTE DE LA LRJCA  
QUE ATRIBUYE A LA  
JURISDICCIÓN SOCIAL EL  
CONOCIMIENTO DE LA  
POTESTAD SANCIONADORA  
EN MATERIA LABORAL**

(18) La STC 158/1985, de 26 de noviembre, indica que este reparto “obedece en gran medida a razones históricas y convencionales y no a un principio general...”. La STS de 27 de enero de 1997 indica, en el mismo sentido, que “es doctrina reiterada de esta Sala –por todas– la Sentencia de 20 de octubre de 1995, que la delimitación de órdenes jurisdiccionales –social y contencioso-administrativo– en materia laboral reviste una conocida dificultad, como consecuencia de la coexistencia de normas de distinta naturaleza dentro del Derecho del Trabajo. Dificultad que resulta incluso acrecentada porque el reparto competencial entre ambas jurisdicciones obedece en gran medida, no a la diversa naturaleza normativa sino a razones meramente históricas y convencionales que impiden encontrar un principio general delimitador (STC 158/1985). No existe, por tanto, un criterio dogmático o principio teórico que, con precisión y coherencia, delimite el respectivo ámbito de la jurisdicción social y contencioso-administrativa ante la presencia de la Administración Pública en las relaciones laborales o de la Seguridad Social que puede responder a su posición de empleadora o al ejercicio de típicas potestades administrativas. Incluso, puede decirse que la inclusión de una materia o clase de asuntos que uno u otro orden jurisdiccional ha podido variar con el tiempo (...)”.

en el ámbito del contencioso-administrativo restan eficacia práctica a la medida y obligan a la jurisdicción social a la adaptación de criterios que han formado parte de su tradición revisora. Desde esta consideración el conocimiento de la potestad sancionadora de la Administración exigirá la revisión de algunos planteamientos como la subsanación de las reclamaciones y recursos, la operatividad real del acto consentido, el rigor procedimental en materia de notificaciones y traslados y algunas otras cuestiones similares que, en el marco del proceso laboral y de seguridad social, habían tenido un tratamiento diferencial por razón de la finalidad última que tiene el proceso social.

### **B) El fuero jurisdiccional competente para conocer de las impugnaciones de la actual Sociedad Estatal Correos y Telégrafos**

Al margen de las consideraciones que anteriormente se han hecho sobre la Entidad Empresarial Correos y Telégrafos es lo cierto que, como sucintamente se ha indicado en el apartado anterior, la publicación de los artículos 58 y siguientes de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social ha complicado la situación, desde una perspectiva procesal, con la creación –mediante transformación de la Entidad preexistente– de una Sociedad de las previstas en el artículo 6.1.a) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1988 que obtiene la denominación “Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima”, cuyo capital pertenecerá íntegramente a la Administración del Estado<sup>19</sup>.

De esta norma resulta ciertamente polémica, por inusual, por rupturista y por no tener una coherencia conceptual lo previsto en el apartado 7 del citado artículo 58 cuando referido al personal señala que: “1.– Los funcionarios que presten servicios en situación de activo en la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos en el momento de la inscripción de la constitución de la ‘Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, Sociedad Anónima’, pasarán a prestar servicios para dicha sociedad sin solución de continuidad, en la misma situación, conservando su condición de funcionarios de la Administración del Estado en sus Cuerpos y Escalas, antigüedad, retribuciones que tuvieran consolidadas y con pleno respeto a sus derechos adquiridos con arreglo a lo previsto en este artículo (...)”. Conforme a esta determinación conocemos una situación inédita en el Derecho Administrativo que consiste en que existan funcionarios en entidades mercantiles públicas en situación de activo en sus cuerpos de origen y, en segundo término, y como consecuencia de lo anterior que los asuntos que se planteen puedan ser conocidos por la jurisdicción contencioso-administrativa en cuyo ámbito de aplicación no tienen cabida, o por la jurisdicción social que tampoco ha conocido (después de la derogación del artículo 45.2 de la Ley General de Seguridad Social) de regímenes funcionariales o estatutarios de derecho público.

Esta transformación en la que no se tuvo en cuenta las consecuencias procesales de la determinación organizativa deja subsistente un problema novedoso cual es el de deter-

(19) El apartado 1.1 del citado artículo 58 establece que “(...) cualquier acto de disposición sobre el capital social o de adquisición, directa o indirecta, de participaciones sociales de la sociedad por personas o entidades ajenas a la Administración del Estado, exigirá autorización a través de norma con rango de ley (...)”.

## Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

minar el fuero jurisdiccional revisor de los asuntos que se planteen en el ámbito del derecho público funcional. Como se acaba de apuntar la atribución al orden contencioso-administrativo supone una ruptura del ámbito subjetivo de aplicación de la misma o la atribución al orden social supone una decisión más coherente desde la perspectiva del orden jurisdiccional pero, supone, a su vez una complicación respecto del régimen aplicable y de los esquemas conforme a los que realizar el propio enjuiciamiento que debe ser el Derecho Público.

Es cierto, además, que esta atribución deja subsistente, además, otras cuestiones como el agotamiento de la vía administrativa, los recursos previos, etc., que demuestran las dificultades de la decisión organizativa adoptada y en la que claramente puede indicarse que no se trata de una solución pensada en términos generales y con todas las consecuencias que de la misma se derivan.

### C) Las costas del proceso

En la tramitación de la vigente LJCA se planteó el establecimiento de un nuevo sistema de costas procesales centrado en la aproximación a la legislación civil convencional, esto es, a imputar las costas del proceso, como regla, al perdedor del proceso.

Los debates parlamentarios concluyeron con un régimen diferente cual es el previsto en el artículo 139 de la LRJCA cuando señala que en primera o única instancia, el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas, razonándolo debidamente, a la parte que sostuviere su acción o interpusiese los recursos con mala fe o temeridad. Este esquema se completa con lo indicado en el apartado 2 según el cual “en las demás instancias o grados se impondrán al recurrente si se desestima totalmente el recurso, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, aprecie la concurrencia que justifique su no imposición (...)”.

Este esquema resulta fuertemente impugnado en su aplicación y se reclama que el esquema previsto para la segunda instancia sea el que se generalice. Se quiere con ello establecer y encontrar un equilibrio entre el derecho al recurso de los ciudadanos y la posible evitación de recursos masivos que generen una situación de colapso de los órganos jurisdiccionales.

Esta tensión entre la utilización masiva y posiblemente no justificada o abusiva del recurso contencioso-administrativo y el pago de las costas procesales a quienes la realizan presenta una situación que necesariamente debe ser ponderada.

En este punto debemos plantearnos que el acceso a la justicia aparece muy a menudo vinculado a dos tipos de elementos estructurales.

Por un lado, la pericia técnica de quienes se aproximan a un mundo complejo con normas nada simples cuyo conocimiento y destreza en su manejo supone un elemento definitivo en el éxito final.

A fin de avanzar en este tema y conseguir una teórica pericia institucional los sistemas jurídicos tienden a imponer la necesidad de acudir a los juzgados y tribunales asistidos por profesionales del derecho e, incluso, a veces, también, representados por los mismos. Este esquema, qué duda cabe, puede contribuir a solucionar algunos de los elementos capitales del sistema pero produce otros que no son menores: el acceso económico a los profesionales acaba siendo un problema de acceso a la justicia.

El extremo final de esta situación pasa por establecer sistemas de asistencia jurídica gratuita con los que conseguir paliar alguno de los elementos esenciales del sistema descrito. Es lo cierto, sin embargo, que estos sistemas de asistencia gratuita plantean una problemática que no es menor.

Así podemos indicar que se plantean numerosas insuficiencias en el establecimiento de un límite admisible de acceso a los sistemas de gratuidad. Las referencias personales y sociales de cada persona y de cada familia hacen difícil la fijación de este límite de aplicación general.

En otro orden de cosas es lo cierto que, como estos sistemas se vinculan a turnos de profesionales específicos con una fuerte referencia a la voluntariedad en la prestación, se genera, muy a menudo, una problemática sobre la suficiencia técnica general de los mismos. En un mundo de normas profundamente especializado las listas de voluntarios no se corresponden a menudo con el mismo grado de especialización.

Desde otra perspectiva el acceso a la justicia está condicionado por la existencia o no de tasas o retornos económicos como consecuencia de la utilización del servicio. Los sistemas contemporáneos han tenido una fuerte tendencia a la gratuidad de la justicia, en cuanto servicio esencial de la comunidad. En el momento actual este esquema deja paulatinamente paso a otros en los que existe algún tipo de prestación individualizada por la utilización del servicio.

Estas fórmulas se articulan de forma diferente ya que unas veces toman como referencia las tasas procesales (auténticos tributos especiales), otras las costas (el servicio pagado por el que es condenado) y otras se articulan mediante fórmulas diversas.

En la medida que dicha figuras existen el acceso a la justicia resulta condicionado seriamente como consecuencia de la disponibilidad presente o demorada de medios económicos con los que subvenir el servicio utilizado. En la medida en que no existen estos elementos de “distracción” se puede llegar a producir una utilización abusiva del servicio que, en términos económicos y de servicio, acaban condicionando su propia operatividad.

Sin embargo, su establecimiento y las dificultades de acceso suponen, desde otra perspectiva, un elemento clave desde la perspectiva de la justicia: se generaliza un cierto clima de impunidad. Por debajo de determinadas cantidades y cuantías de recursos los ciudadanos

## Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

no ejercitan sus derechos ante los tribunales. En la medida que esto es así se puede llegar a producir un círculo de impunidad que identifica la justicia con los grandes temas.

La perfección de los sistemas judiciales está en función de su capacidad de resolver eficazmente los grandes temas sin merma ni preterición de los pequeños en la medida, precisamente, en que éstos son los que afectan a la mayor parte de los ciudadanos que no se ven involucrados nunca en los grandes temas. Si en su círculo admisible la justicia es cara e inaccesible, en términos económicos, propicia que se instaure un ámbito de impunidad por debajo del cual el delito, la contravención o la revisión de la actuación administrativa no es conveniente ni procedente ejercitarla.

Esta cuestión es especialmente significativa en el ámbito de la jurisdicción administrativa que es la que, con mayor frecuencia, afecta a los ciudadanos. Si existe un círculo económico o personal de impunidad no será posible entender que los Poderes Públicos se encuentran sometidos al Ordenamiento Jurídico en su conjunto. La impunidad de los Poderes Públicos (cualquiera que sea la repercusión económica de la impunidad) es un tema de tanta gravedad para la complitud del sistema que su instauración, consentimiento o tolerancia se representan como elementos que atacan la funcionalidad en su conjunto del propio sistema.

Desde esta perspectiva podría decirse que uno de los efectos más beneficiosos y probablemente más llamativos de la implantación de los juzgados unipersonales en el ámbito contencioso-administrativo, el que pudiéramos identificar con la idea del control real, efectivo, extensivo y puntual, puede resultar claramente afectado por el establecimiento de sistemas que condicionen o impliquen, de forma directa (tasa) o indirecta (costas) un determinado nivel económico para poder litigar. La existencia de sistemas de asistencia gratuita no es un remedio suficiente porque se sitúa en un nivel de supervivencia que no es el que habitualmente concurre en supuestos como los que pueden plantearse en este ámbito.

El control de los Poderes Públicos mediante la acción jurisdiccional tiene unas connotaciones propias y enlaza en el plano teórico de una forma directa e inmediata con la consolidación del sistema jurídico y democrático. Su inserción dentro de las pautas convencionales y la consideración del mismo como un

**POR DEBAJO DE  
DETERMINADAS CANTIDADES  
Y CUANTÍAS DE RECURSOS  
LOS CIUDADANOS NO  
EJERCITAN SUS DERECHOS  
ANTE LOS TRIBUNALES  
LLEGANDO A PRODUCIR UN  
CÍRCULO DE IMPUNIDAD  
QUE IDENTIFICA LA  
JUSTICIA CON LOS  
GRANDES TEMAS**

elemento central del servicio público de la justicia justifican, a nuestro juicio, que se mantenga el sistema actual con las adaptaciones aplicativas que los propios jueces y tribunales vayan haciendo con la interpretación cotidiana. La conversión del sistema en otro de imposición automática o de control en el acceso puede descongestionar la Administración de justicia y el funcionamiento de los Tribunales de este orden pero a buen seguro que determinan un control menor, una fiscalización de menor intensidad que la que existe en la actualidad. Ganarían la Justicia pero perderían el Derecho Público que establecería un ámbito de inmunidad o impunidad de los poderes públicos que debería repensarse.

#### **4. RECONCEPCIÓN DEL ESQUEMA COMPETENCIAL Y LA GENERALIZACIÓN DE LA COMPETENCIA DE LOS ÓRGANOS UNIPERSONALES**

Al margen de las reformas puntuales fruto de las modificaciones puntuales que se han ido introduciendo es el momento de plantearse la reconcepción del sistema de distribución competencial.

En este punto y con las consideraciones que se han hecho ya sobre el funcionamiento y operatividad de los órganos unipersonales resulta preciso indicar que la reconcepción pasa por ruptura de la situación actual de compartir las competencias de primera instancia entre los órganos unipersonales y los órganos colegiados. Parece llegado el momento de establecer la competencia universal para los actos de los órganos unipersonales y acabar con la diferenciación por razón de la materia o la cuantía como establece la Ley actual. Este esquema convertiría a los tribunales en órganos de segunda instancia y de primera en el enjuiciamiento de las disposiciones generales.

Esta conclusión responde a un doble orden de razones. Por un lado, las puramente operativas y que se centran en la aproximación de la jurisdicción contencioso-administrativa al esquema convencional de enjuiciamiento de asuntos que parte, en la mayor parte de los casos, del enjuiciamiento unipersonal. La situación actual en lo que se refiere al número de asuntos y la forma de resolución de los mismos, con las adecuaciones de planta que eventualmente se juzguen necesarias, avalan que dicha extensión no redunde en perjuicio de la resolución de los asuntos.

Por otro y, al margen de este planteamiento en el que puede existir una coincidencia clara entre los operadores jurídicos de este ámbito, es lo cierto, igualmente, que con ello se devolvería algo de racionalidad al sistema al configurar los tribunales como órganos tendencialmente de segunda instancia y los órganos unipersonales como los de primera. Con independencia de esto se trata de restablecer una cierta simetría en el enjuiciamiento entre las distintas Administraciones evitando los efectos de la situación actual debida, probablemente, al desconocimiento real de la situación organizativa de las Comunidades Autónomas, pero que hace a las mismas de “peor condición” (si esto es lo que entiende

## Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo

el enjuiciamiento por un órgano unipersonal) frente a la Administración Local o frente a la Administración General del Estado.

Este esquema resulta innecesario en los momentos actuales y la propuesta que aquí se realiza tiene la virtud de establecer un marco homogéneo donde ahora existe un marco heterogéneo y complejo.

Es evidente que cualquier decisión de este orden debe venir acompañada de las modificaciones de planta judicial correspondiente pero esta cuestión organizativa no debe impedir la racionalidad del sistema que en su implementación final puede producir el efecto de “reconcebir” la situación general y aproximarla a los valores positivos que se han traducido y materializado en la jurisdicción contencioso-administrativa como consecuencia de la inédita implantación del enjuiciamiento unipersonal de los asuntos contencioso-administrativos que presentan la característica de haber conseguido implantar un efecto de proximidad que era realmente desconocido.

Las consideraciones anteriores nos permiten indicar a modo de resumen que las dificultades iniciales sobre la operatividad funcional de estos órganos jurisdiccionales pueden entenderse deshechas y superadas. Precisamente esto es lo que justifica la necesidad de realizar algunas adaptaciones que consoliden el modelo y que mejoren algunas de las dificultades aplicativas que se han puesto de manifiesto en la aplicación del sistema diseñado.



# El derecho de acceso a la documentación pública en la Administración Local

**SEVERIANO FERNÁNDEZ RAMOS**

Profesor Titular de Derecho  
Administrativo  
Universidad de Cádiz

## Sumario:

**1. La ordenación legal del derecho de acceso a la documentación local. 2. Los sujetos del derecho.** 2.1. Sujetos titulares del derecho. 2.2. Legitimación para el ejercicio del derecho. 2.3. Sujetos pasivos del derecho de acceso. **3. El objeto del derecho: la noción de documento administrativo.** 3.1. El documento como objeto del derecho de acceso. 3.2. La existencia previa del documento. 3.3. Pérdida y destrucción del documento. 3.4. Los añadidos de la Ley 30/1992: documentos que formen parte de un expediente que corresponda a un procedimiento terminado y obren en un archivo administrativo. **4. Los límites del derecho de acceso.** 4.1. Aspectos generales. 4.2. Límites por razones de interés público. 4.3. Límites por razones de interés privado: especial referencia al derecho a la intimidad. 4.4. Los documentos nominativos: el interés directo y personal. **5. El procedimiento de ejercicio del derecho.** 5.1. La solicitud de acceso. 5.2. Competencia para tramitar y decidir el acceso. 5.3. Tramitación del procedimiento. **6. Modalidades de ejercicio del derecho: acceso directo y obtención de copias. 7. Denegación y limitación del ejercicio del derecho.** 7.1. La exigencia de la motivación. 7.2. El silencio administrativo. **8. Las garantías precontenciosas del derecho de acceso. 9. La protección penal del derecho de acceso.**

## 1. LA ORDENACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA DOCUMENTACIÓN LOCAL

El derecho de acceso a los documentos públicos, entendido como derecho ciudadano cuyo ejercicio no requiere, con carácter general, de una específica legitimación, es un derecho rigurosamente novedoso en términos históricos. Sin embargo, este aserto presenta una notable excepción en el ámbito de la Administración Local. En efecto, la legislación de régimen local del siglo XIX, aun con importantes oscilaciones en función del signo político del Gobierno<sup>1</sup>, introdujo la publicidad de las sesiones plenarias de los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales, lo cual constituyó un factor, ausente en el ámbito de la Administración del Estado, que incidió decisivamente en el reconocimiento de un incipiente derecho ciudadano de acceso a los documentos administrativos; derecho que evidentemente quedaría cercenado en la legislación local del Régimen franquista<sup>2</sup>.

En todo caso, como es sobradamente conocido, la Constitución de 1978 reconoce de un modo explícito el acceso a los archivos y registros administrativos –art. 105.b)–, encomendando expresamente al legislador su regulación. Ahora bien, los preceptos contenidos en la Ley 7/1985 Básica de Régimen Local –arts. 18.1.e) y 70.3– constituyen normas de reenvío –“en los términos que disponga la legislación de desarrollo del art. 105.b) de la Constitución”–, de modo que la regulación sustancial del derecho de acceso se encuentra en el art. 37 de la Ley 30/1992 (en adelante LPAC), como norma general aplicable a todas las Administraciones Públicas –art. 2 LPAC–.

Y, en efecto, debe admitirse la competencia del Estado ex art. 149.1.18 CE –“bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas”– para establecer una ordenación básica del derecho de acceso común a todas las Administraciones Públicas, pues el derecho de acceso, desde la perspectiva de los ciudadanos, supone garantizar un derecho constitucional definitorio de las relaciones entre los ciudadanos y las Administraciones Públicas, y, desde la perspectiva de la Administración, el derecho de acceso a la documentación constituye una pieza fundamental para la plasmación del principio de transparencia administrativa, llamado a constituir –junto a los principios de legalidad y eficacia– uno de los tres ejes del moderno sistema administrativo<sup>3</sup>.

(1) En síntesis, los períodos liberales o progresistas acentuarán la publicidad de la actividad de las Corporaciones Locales, mientras que los Gobiernos moderados o conservadores tenderán justamente a lo contrario, a partir de la concepción doctrinaria de los Ayuntamientos como instituciones meramente “administrativas” y en ningún caso políticas. Vid., más extensamente, S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 295 y ss.

(2) El reconocimiento de este derecho en la legislación local es un fenómeno común a otros países de nuestro entorno, como Francia o Italia, y vinculado al control por parte de los vecinos, como contribuyentes, de la gestión económica de la Corporación Local.

(3) Así, el Tribunal Supremo –STS de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999/3246)– ha declarado que el artículo 105.b) de la Constitución “Refleja una concepción de la información que obra en manos del poder público acorde con los principios inherentes al Estado democrático (en cuanto el acceso a los archivos y registros públicos implica una potestad de participación del ciudadano y facilita el ejercicio de la crítica del poder) y al Estado de derecho (en cuanto dicho acceso constituye un procedimiento indirecto de fiscalizar la sumisión de la Administración a la ley y de permitir con más eficacia el control de su actuación por la jurisdicción contencioso-administrativa)”.

Ahora bien, este criterio implica reconocer que la competencia estatal sobre esta materia no es plena, sino compartida con las Comunidades Autónomas, a las que corresponde una competencia de desarrollo legislativo, si bien hasta el momento ninguna Comunidad Autónoma ha aprobado Ley alguna sobre el derecho de acceso como tal, de modo que las únicas disposiciones autonómicas que inciden sobre esta materia son las referentes a la información y participación ciudadanas contenidas en algunas Leyes autonómicas sobre régimen local, y que presentan –como se señalará– algunos reparos de constitucionalidad.

Y, por último, tampoco cabe desconocer la competencia de los Municipios (y otras Entidades Locales) para la aprobación de reglamentos o estatutos específicos, en los que se discipline de un modo adaptado a las estructuras y circunstancias de cada entidad las condiciones de ejercicio del derecho de acceso a la información. Estas normas se suelen incluir en los llamados Reglamentos de Participación Ciudadana, que –en mi opinión– debe entenderse que forman parte del Reglamento Orgánico Local, con la consiguiente reserva procedimental<sup>4</sup>.

## 2. LOS SUJETOS DEL DERECHO

### 2.1 Sujetos titulares del derecho

Tanto la LBRL –art. 70.3– como la LPAC –art. 37.1– atribuyen este derecho a los “ciudadanos”, noción empleada por la propia Constitución –art. 105.b)– y cuya amplitud ha sido objeto de controversia<sup>5</sup>. En todo caso, debe observarse que la LBRL, en su art. 18.1.e), reconoce este derecho a los “vecinos”, y, de acuerdo con la propia LBRL –art. 15–, son vecinos de un Municipio todos los inscritos en el Padrón Municipal, incluidos los extranjeros<sup>6</sup>. Además, la Ley Orgánica 4/2000 de

**DESDE LA PERSPECTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN EL DERECHO DE ACCESO A LA DOCUMENTACIÓN CONSTITUYE UNA PIEZA FUNDAMENTAL PARA LA PLASMACIÓN DEL PRINCIPIO DE TRANSPARENCIA ADMINISTRATIVA**

(4) Esta comprensión sustancialista del Reglamento orgánico está presente en el propio ROF, cuando refiriéndose a un tipo de órganos complementarios –las Juntas Municipales de Distrito– declara que deben ser constituidas a través de un “Reglamento de Juntas Municipales de Distrito”, para después precisar que dicho Reglamento “se considerará, a todos los efectos, parte integrante del Reglamento orgánico” –ROF, art. 129.3–. Vid. J.L. RIVERO YSERN, *Manual de Derecho Local*, Civitas, 3ª ed., 1999, Madrid, pp. 80 y ss.; así como E. SÁNCHEZ GOYANES, *La potestad normativa del municipio español*, El Consultor, Madrid, 2000, pp. 113 y ss. donde se considera que la doctrina constitucional de la STC 214/1989 supone la ablación de la potestad reglamentaria organizativa de las Entidades Locales.

(5) Sobre las nociones de vecino y ciudadano en la LBRL, a estos efectos, L.A. POMED SÁNCHEZ, “El acceso a los archivos administrativos: el marco jurídico y la práctica administrativa”, núm. 142, 1997, p. 449.

(6) Así, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 1999 (RJCA 1999/3433), que reconoce el derecho de un investigador extranjero –en el caso de autos un alemán– a acceder a determinados documentos del archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Derecho y Libertades de los Extranjeros en España, tras la reforma de la Ley Orgánica 8/2000, establece que los extranjeros residentes, empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local –art. 6.2–, entre los cuales estaría el derecho del art. 18.1.e)<sup>7</sup>. Incluso es discutible que la inscripción en el Padrón constituya una condición necesaria para ejercer este derecho, tal como admitía expresamente el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924 –art. 137–. A nuestro modo de ver, el punto de partida ha de ser un principio de universalidad subjetiva del derecho de acceso, puesto que no se trata de un derecho de participación política –que deba vincularse al *status activae civitatis*– sino de una manifestación específica del derecho a la información. Más aun, este derecho puede ser ejercitado incluso por una Entidad Pública diversa a la que detente la información, tal como ha reconocido ya algún tribunal precisamente en un asunto relativo al acceso a la documentación municipal<sup>8</sup>.

## 2.2 Legitimación para el ejercicio del derecho

Como todo derecho informativo, el derecho de acceso a la documentación pública es esencialmente un derecho instrumental, esto es, se ejercita el derecho no como una finalidad en sí misma, sino para otros fines de los más variados: desde finalidades altruistas como la protección de intereses públicos –el medio ambiente, el patrimonio cultural (...), a intereses estrictamente personales –como preservar el derecho a la intimidad–, incluidos los intereses patrimoniales como los comerciales. Ahora bien, el derecho de acceso es un derecho con sustantividad propia, de modo que no deben invertirse los papeles: es decir, la Administración no debe entrar a prejuzgar los eventuales fines del sujeto interesado para condicionar el acceso. Y así lo ha declarado magistralmente el Tribunal Supremo en la Sentencia de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999/3246)<sup>9</sup>: *El Abogado del Estado pretende, en síntesis, que condicionemos el reconocimiento del derecho a obtener el acceso al expediente a la real existencia de los presupuestos necesarios para el ejercicio del derecho de reversión sobre cuya procedencia el recu-*

(7) En este sentido, la Ley 38/1995 de Acceso a la Información en materia Ambiental reconoce el derecho de acceso a los nacionales de los Estados que integran el Espacio Económico Europeo “o que tengan su domicilio en uno de ellos” –art. 1–.

(8) Así, en la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de enero de 2000, *Actualidad Administrativa*, BDE 1998/2001, se reconoce el derecho de acceder a determinada documentación municipal a un Colegio de Arquitectos. Asimismo, en el caso planteado en la SAN de 4 de abril de 2001 (RJCA 2001/1231), en el cual un Ayuntamiento solicitó a la Administración del Estado acceder a determinada documentación, aun cuando el recurso fue desestimado por otras razones –art. 37.7. LPAC–, en ningún momento se planteó un problema de falta de legitimación de la Corporación Local para ejercitar el derecho de acceso.

(9) En este caso, el interesado solicitó a la Gerencia de Infraestructuras del Ministerio de Defensa el acceso al expediente relativo a la adquisición por el Estado por vía de expropiatoria de unos terrenos que eran propiedad de sus causantes, y a efectos de la posibilidad de ejercer el derecho de reversión, por haber tenido conocimiento de su desafectación para los fines por los que fueron expropiados. Por su parte, la Administración rechazó la petición alegando la inexistencia de un posible derecho de reversión de los terrenos en cuestión, puesto que fueron adquiridos por el Estado mediante una compraventa civil, y no mediante un preexistente procedimiento administrativo de expropiación forzosa.

rente precisamente pretende informarse. Si accediéramos a esta pretensión estaríamos vinculando, del modo que hemos considerado incompatible con el principio constitucional de acceso a los registros públicos, la posibilidad de obtener la información útil para ponderar las posibilidades jurídicas de ejercicio de una pretensión al parecer administrativo sobre la efectiva titularidad del derecho o del interés legítimo hacia el conocimiento de cuyos presupuestos van dirigidas las averiguaciones. Con ello resultaría sacrificada la función instrumental de la información en aras del criterio de fondo de la Administración sobre el objeto a que la misma se refiere y, de este modo, al privar al interesado de los elementos para tomar por sí mismo su decisión y devenir así inútil el derecho de acceso a los archivos y registros públicos (suplantado por el parecer de la Administración sobre la posible utilidad de su resultado), se vulneraría su núcleo esencial, no dependiente de la configuración legal de su ejercicio<sup>10</sup>.

Más aun, si la Administración no debe prejuzgar los eventuales fines del solicitante, cabe cuestionar la exigencia misma de una específica legitimación. Y de aquí la regla común en los distintos países —con la salvedad del modelo italiano— en virtud de la cual el solicitante no debe estar obligado a justificar una posición subjetiva cualificada, ni por tanto a motivar su solicitud, exigencia esta que vaciaría la potencialidad y sustantividad de la institución. De hecho, lo característico en un sistema de transparencia administrativa es que la Ley descarta, con carácter general, la consideración anticipada de los intereses o motivaciones del solicitante, de modo que la simple curiosidad del administrado es suficiente para fundamentar la comunicación de los documentos, y las eventuales consideraciones de la Administración sobre los móviles del solicitante son perfectamente superfluas.

En nuestro ordenamiento, ya con anterioridad a la LPAC, la LBRL —art. 18.1.e)— reconoció a los vecinos el derecho a “ser informados, previa petición razonada, y dirigir solicitudes a la Administración municipal con relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el art. 105 de la Constitución”. De este modo, la LBRL no estableció ninguna restricción inicial: en principio, y a salvo de los límites propios de esta institución, toda la documentación local es accesible al conjunto de la ciudadanía, sin necesidad de mayor cualificación. Así, el Tribunal Supremo —STS de 1 de septiembre de 1987, Ar. 7713— declaró que el art. 70.3 LBRL supone “reconocer la existencia de una acción pública para hacer efectiva tal publicidad. Acción pública, ésta, implícita en el sistema y que contribuye, en último término, a hacer posible la participación ciudadana —art. 9.2 de la Constitución— y a facilitar la puesta en marcha, en su caso, del control judicial de la Administración (...)”.

(10) Un supuesto similar ya se había suscitado en la STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de octubre de 1996 (RJCA 1996/1306). En este caso se solicitó a un Ayuntamiento información sobre la existencia de una póliza de seguro de responsabilidad civil concertada por el Ayuntamiento. La Administración denegó la solicitud por considerar que el Ayuntamiento no podía cubrir los daños que los vecinos pudieran sufrir en las vías o recintos municipales. Por su parte, el Tribunal declaró que la resolución dictada por el Ayuntamiento no respondía a la solicitud de información cursada por el interesado. De nuevo, otro supuesto similar fue el reflejado por el Defensor del Pueblo en su Informe anual a las Cortes Generales correspondiente a 1999 —pp. 1.034 y ss.—. En este caso un ciudadano nacido en 1955 en la entonces provincia española del Sahara solicitó acceder a los libros cheránicos custodiados por la Subdirección General de Nacionalidad y Estado Civil, la cual alegó que las inscripciones contenidas en tales libros tenían un escaso valor probatorio para la obtención de la nacionalidad española. Por su parte, el Comisionado parlamentario tuvo que señalar que, aunque la Administración cuestione la utilidad de los datos demandados, no debería limitar el acceso al contenido de dichos libros.

Y, en todo caso, el art. 37.1 LPAC establece claramente un derecho ciudadano, ligado al estatuto de ciudadanía, *uti cives*, y no *uti singuli*, como partes o interesados en un procedimiento; y, en consecuencia, la Ley no exige la motivación de la solicitud de acceso<sup>11</sup>. De hecho, el sistema ideado por la LPAC –arts. 35.a) y 37.1– descansa en la distinción entre procedimientos en curso de tramitación, cuyo acceso se reserva a los interesados, y procedimientos terminados, cuyo acceso se abre al conjunto de los ciudadanos<sup>12</sup>.

Sin embargo, en el ámbito de la Administración Local algunas disposiciones plantean serios problemas de conformidad con la LPAC. En concreto, la Ley 8/1987 Municipal y de Régimen Local de Cataluña –art. 140.2–, tras reconocer el derecho a consultar los documentos, archivos y registros de la corporación, establece que “para ejercer este derecho será necesario que la documentación tenga la condición de pública o se acredite un interés directo en el asunto. No será necesario este requisito si se trata de documentación histórica, de conformidad con lo establecido por la Ley de Archivos de Cataluña”. Asimismo, para ejercer el derecho a la obtención de copias y certificaciones de los acuerdos y sus antecedentes, es “necesario que el solicitante acredite su condición de interesado en el procedimiento, de conformidad con lo dispuesto en la legislación sobre procedimiento administrativo”. Y disposiciones similares se contienen en otras Leyes autonómicas<sup>13</sup>.

Si por documentación “pública” se entiende, como parece, aquélla sobre la que exista una precisa declaración formal en tal sentido –caso de los libros de actas del Pleno–, la

(11) El propio Consejo de Estado, en su dictamen de 31 de octubre de 1991, prevenía contra lo que consideraba un exceso “pues tal orientación podría introducir considerables disfunciones en la actuación de los órganos administrativos ante la necesidad de atender demandas indiscriminadas de información formuladas por cualquier ciudadano”. Lamentablemente el alto órgano consultivo manifestaba aquí desconocer la dimensión democrática de este derecho. Por su parte, durante la tramitación del Proyecto de Ley, el Grupo Parlamentario Catalán formuló una enmienda –la núm. 275– en virtud de la cual el derecho de acceso debía limitarse “a los registros y documentos que sean públicos o a aquellos en los que, ostentando un interés legítimo y formando parte de un expediente, obren en los archivos...”. Es decir, se venía a aplicar las exigencias presentes –como se verá– en la Ley de Cataluña 8/1987 Municipal y de Régimen Local –art. 140.2–. Afortunadamente, esta enmienda no fue aceptada, de modo que está claro que el ejercicio del derecho no exige, como regla general, nada añadido a la condición de ciudadano.

(12) Sin embargo, sorprende el hecho de que los tribunales no dejen de exigir la acreditación de un interés legítimo en las solicitudes de acceso. Así, en la STSJ de Cataluña de 22 de noviembre de 1999 (RJCA 1999/3897) un guardia civil, que había solicitado un pabellón en un concreto acuartelamiento, pidió copia certificada de las solicitudes de mejora relativas al pabellón sito en un concreto acuartelamiento de la Guardia Civil y producidas en unas fechas concretas. Por su parte, el Tribunal, tras recordar la doctrina del Supremo sobre la noción de interesado, considera que, habiendo solicitado pabellón y existiendo constancia de dicha solicitud, debe considerarse interesado al solicitante de la documentación.

(13) En este sentido, la Ley 14/1990, de 26 de julio, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de Canarias –aplicable no sólo a los Ayuntamientos y Cabildos sino también a la propia Administración autonómica– establece –art. 156– que “constituyen derechos de todo ciudadano, entre otros, el de recibir una amplia información sobre los asuntos municipales y el acceso a los expedientes y documentos municipales que les afecten personalmente o en los que estén interesados, siempre que no se vulnere el derecho de terceros”. Y la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de Administración Local tras establecer que las “corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local” –art. 92.1–, dispone que “tendrán asimismo los ciudadanos derecho a consultar la documentación, archivos y registros de la corporación, si la documentación tiene la condición de pública”.

norma es superflua<sup>14</sup>. En cuanto a las exigencias de acreditación de un interés específico, está claro que son limitaciones frontalmente opuestas, no ya a los postulados de la LPAC, sino incluso de la LBRL<sup>15</sup>. Y a este respecto, es modélica la STSJ de Cataluña de 7 de marzo de 1991, por tanto, anterior incluso a la LPAC. En el caso de autos, el Ayuntamiento demandado dispuso en su Reglamento Orgánico el acceso a la documentación municipal pública a los que estén “directamente interesados”. Frente a ello, el Tribunal declaró: “(...) la cuestión a determinar es la legitimidad de haber utilizado la expresión ‘interés directo’, que aparece como fundamento del acceso a la documentación municipal, o bien como límite a esa fuente de información; es evidente que la Administración Pública demandada *no puede ir más allá que la propia ley* a la que debe desarrollar, y ello es así por cuanto la existencia de ‘interés directo’ para acceder a un registro público resulta una contradicción con la naturaleza de los documentos que obran en un registro, archivo o documentación pública, constituyendo el interés directo, más que una causa justificativa que permita el acceso a la información o documentación municipal, un verdadero límite que condicionará de forma negativa el posible acceso de los ciudadanos a los registros públicos –art. 105 CE–; de este modo no se fomenta la participación de los ciudadanos, sino que se limita, convirtiéndose la Administración demandada en órgano decisor de quién tiene interés directo, lo que puede dar lugar a una arbitrariedad en el uso de criterio tan amplio y general; por ello no aparece justificada tal exigencia limitativa, por lo que debe ser declarado nulo el precepto impugnado en lo relativo a la exigencia de interés directo”.

Y, en todo caso, si a la documentación objeto de acceso es de aplicación la Ley 38/1995 de Acceso a la Información Ambiental, debe destacarse que expresamente se establece, de acuerdo con la Directiva 90/313/CEE, que no existe obligación de acreditar un interés determinado –art. 1–<sup>16</sup>.

(14) La STS de 1 de mayo de 1994 (Ar. 1322), ante la petición de libramiento de una serie de certificaciones, declaró que, en el supuesto de autos, el Letrado recurrente estaba activamente legitimado para la petición formulada por la naturaleza intrínseca de los documentos a que la misma se refiere –constituidos por unas Tablas o Índices de carácter reglamentario a efectos del Impuesto Municipal sobre el Valor de los Terrenos– y, por tanto, “públicos”, y por una serie de datos, propuestas, informes y otros elementos que constan en sus previos expedientes procedimentales–. No obstante, tal conclusión se apoyaba también en el hecho de que la propia Corporación había ya librado al interesado parte de las certificaciones instadas, de modo que era contradictorio con tal conducta plantear la cuestión de la concurrencia de dicho requisito procesal.

(15) En este sentido, J. MATAS I BALAGUER, “El dret d’accés a la documentació pública: una proposta de regulació”, *Ligall*, 1991, 3, p. 108, ya señaló el error de la Ley Municipal y de Régimen Local catalana al seguir hablando de interesado a la hora de referirse a quien tiene derecho para acceder a la documentación, ignorando el cambio cualitativo introducido por el art. 105.b) CE.

(16) STSJ de Castilla y León (Burgos) de 26 de marzo de 1999, (RJCA 1999/2416).

**SE RECONOCE ESTE  
DERECHO A LOS “VECINOS”,  
ENTENDIENDO QUE SON  
VECINOS DE UN MUNICIPIO  
TODOS LOS INSCRITOS EN  
EL PADRÓN MUNICIPAL  
INCLUIDOS LOS  
EXTRANJEROS**

### 2.3 Sujetos pasivos del derecho de acceso

Para delimitar el sujeto pasivo en este ámbito, la LPAC –art. 2.1.c)– se refiere a las “Entidades que integran la Administración Local”, y, por su parte, la LBRL –art. 70.3– emplea la expresión Corporaciones Locales. De este modo, deben incluirse entre los sujetos pasivos del derecho a Ayuntamientos, Diputaciones Provinciales –u otras Corporaciones de carácter representativo–, Cabildos y Consejos Insulares, Mancomunidades, Áreas Metropolitanas, Comarcas y Entidades Locales Menores. Pero debe entenderse que el derecho de acceso alcanza, no sólo a las Corporaciones Locales en sentido estricto, sino también a las Administraciones especializadas o institucionales de ellas dependientes. Y, a este respecto, debe observarse que las Entidades Locales, a diferencia del Estado y de las Comunidades Autónomas, carecen de la facultad de crear Entidades de Derecho Público sometidas al Derecho Privado. Las únicas Administraciones instrumentales que pueden fundar las Corporaciones Locales son los Organismos Autónomos locales –art. 85.2 LBRL–, los cuales están sometidos íntegramente al Derecho Administrativo. E, igualmente, debe entenderse que los Consorcios se rigen por el Derecho Administrativo<sup>17</sup>.

Además, en el caso de que sea de aplicación la Ley 38/1995, relativa al derecho de Acceso a la Información en materia de Medio Ambiente, debe recordarse que esta norma, de nuevo por mandato de la Directiva 90/313/CEE –art. 6–, establece que “Los empresarios, individuales o sociales, que gestionen servicios públicos relacionados con el medio ambiente bajo cualquiera de las modalidades establecidas en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, están obligados a facilitar la información relativa al medio ambiente que la Administración Pública titular del servicio les solicite, a los efectos de que ésta pueda cumplir con las obligaciones determinadas por esta Ley” –art. 2.2–. Este precepto alcanza, por ejemplo, a los concesionarios de servicios municipales de tratamiento y depuración de aguas residuales, o de recogida y tratamiento de residuos sólidos urbanos, los cuales constituyen inequívocos servicios públicos locales de carácter ambiental –art. 26.1 LBRL en relación con el art. 85.1 del mismo texto legal–. Ahora bien, debe reconocerse que tales sujetos privados no son propiamente sujetos pasivos del derecho, sino que únicamente se reconoce la titularidad jurídica de la Administración responsable del servicio sobre la documentación en cuestión<sup>18</sup>.

(17) La naturaleza de los consorcios es controvertida. Un sector de la doctrina postula su carácter de entidades locales, y cuenta para ello con el apoyo expreso de alguna norma autonómica, como es el caso de la Ley de Galicia 5/1997 de Administración Local –art. 149.2–; en cambio, otro sector considera que a partir de la Ley 30/1992 se ha producido la “deslocalización” de esta figura. Vid. J.L. RIVERO YSERN, “Los consorcios locales. Evolución histórica”, en *Jornadas de estudio sobre los Consorcios Locales*, Temas de Administración Local, CEMCI, 1995, pp. 136 y ss.; F.A. CASTILLO BLANCO, “Los consorcios administrativos: especial referencia a los consorcios de entidades locales en la legislación andaluza”, RAAP, núm. 42, 2001, pp. 111 y ss. En todo caso, alguna norma declara su sujeción al Derecho Administrativo: Ley de Andalucía 7/1993 de Demarcación Municipal –art. 35–, y así se propuso en la enmienda núm. 103 del GP Socialista durante la tramitación de la Ley 4/1999 de reforma de la Ley 32/1992.

(18) Así, A. CERRILLO i MARTÍNEZ, *L'aplicació del dret d'accés a la documentació administrativa de la Generalitat de Catalunya*, Escola d'Administració Pública de Catalunya, Barcelona, 2000, p. 65. No obstante, debe señalarse que la Directiva 90/313/CEE, sobre la libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, contempló –art. 6– la posibilidad de someter al acceso directamente a los propios organismos gestores, tal como ha procedido la Ley del País Vasco 3/1998 de Protección del Medio Ambiente –art. 16–, siguiendo el ejemplo del ordenamiento francés.

### 3. EL OBJETO DEL DERECHO: LA NOCIÓN DE DOCUMENTO ADMINISTRATIVO

#### 3.1 El documento como objeto del derecho de acceso

Lo que diferencia a este derecho de acceso a la información de otros derechos informativos es que tiene por objeto, no ya una actividad informativa realizada por la Administración, que actúa como intermediaria entre la fuente de información y el ciudadano, sino el acceso directo a la fuente de información misma —en este caso, al documento—.

Asimismo, la noción de documento empleada por la LPAC —art. 37.1—, comprensiva de “cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren”, es suficientemente amplia para comprender cualquier soporte que incorpore un mensaje. De este modo, y dado que no se expresa lo contrario, la información contenida en los documentos susceptibles de comunicación puede, en principio, consistir en cualquier tipo de información relativa a la actividad de las Administraciones Públicas, tales como resoluciones, providencias, informes, memorandos, órdenes escritas, instrucciones, circulares, respuestas de la Administración que contengan una interpretación de derecho o la descripción de algún procedimiento, oficios, certificaciones, contratos, actas de inspección, actas de sesiones de órganos colegiados, etc. Y, en este sentido, existe ya algún interesante pronunciamiento judicial referente a la documentación municipal<sup>19</sup>. Más aún, el Tribunal Supremo —STS de 5 de diciembre de 1995, Ar. 9365— ha precisado que no es óbice al derecho de acceso que los documentos solicitados —en el caso los llamados “partes de caja”— no tengan existencia legal o reglamentaria. Y lo cierto es que el sometimiento del acceso a una tipificación legal de los documentos, permitiría burlar fácilmente el derecho de acceso.

#### 3.2 La existencia previa del documento

En todo caso, esta delimitación del objeto del derecho de acceso conlleva una serie de consecuencias institucionales que no consisten propiamente en límites del derecho, sino en presupuestos del derecho mismo. A este respecto, destaca el requisito, aparentemente obvio, de la existencia del documento, pues no constituye objeto del derecho de acceso la información en “bruto”, no materializada o reproducida en un documento en sentido amplio. Por esta razón, las Leyes de Acceso a la Información no autorizan para que se

(19) En concreto, ante una solicitud de acceso el Ayuntamiento demandado se opuso a la entrega de la copia de los documentos solicitados, no ya por considerar que concurría causa alguna de limitación, sino por entender que los mismos eran simples “formularios”. Frente a esta objeción, el Tribunal —STSJ de Castilla y León (Burgos) de 10 de diciembre de 1999 (RJCA 1999/4230)— consideró que “si por formulario se entiende según el Diccionario de la Lengua todo modelo o patrón impreso con espacios blancos para rellenar en la realización de trámites es evidente, que de la lectura de los documentos que se relacionan en el suplico de la demanda: (...) Es evidente que los mismos no se corresponden con simples formularios y que se refieren a un expediente finalizado como lo atestigua la declaración por vía de informe del Ayuntamiento de Cantalejo en la posición 7 que reconoce que son dichos documentos los solicitados por los recurrentes, aunque se reitera que se trata de impresos, aunque tal acepción no podamos compartir y entre de lleno por contra, dentro de la posibilidad de acceso a la información y sin que concurra causa de restricción de la misma, además el artículo 37, núm. 1, de la Ley 30/1992 no exige que dichos documentos incorporen una actuación determinada, sino que se refiere de la forma más amplia a los documentos sin más especificación que se encuentren, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren, siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados en la fecha de la solicitud”.

pueda exigir a la Administración la producción de nuevas informaciones o documentos –informes, evaluaciones, análisis (...)–.

En este sentido, cabe citar la STS de 2 de junio de 2000 (RJ 2000/6733), en la que ante una solicitud a un municipio de certificación de los habitantes empadronados en el mismo, refiriéndose exclusivamente a la población de cierta sección de determinado distrito, y que fue denegada por el Ayuntamiento por no encontrarse desagregada la información solicitada, el Supremo afirma que la pretensión indicada no suponía el ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros, sino un intento de obtener información que no consta en esos registros, sin que ninguna norma obligue a tal elaboración<sup>20</sup>. Aparentemente éste era el problema que subyacía en la STSJ de Madrid de 12 de abril de 2000, AA, BD119427/2001, cuando declara que del art. 105.b) no se desprende un derecho a obtener por escrito la información solicitada, “sobre todo cuando ello exija una urgente labor sólo abordable paralizando otras labores administrativas.” En realidad, claro está que el derecho de acceso comporta la entrega de una copia del documento, pero sólo cuando el documento exista como tal, mas no cuando debe ser generado *ad hoc*.

Asimismo, forma parte de este elemento la exigencia de que se trate de un documento concluso –art. 3.3 de la Ley 38/1995 de Acceso a la Información Ambiental–. Si bien la jurisprudencia ha precisado ya que un Proyecto de Plan de Ordenación de Recursos Naturales, aun cuando no haya sido sometido aún a información pública, no puede ser asimilado a un documento inconcluso<sup>21</sup>. O que unas actas de inspección de una central nuclear es un acto inicial de un expediente, pero no un acto inconcluso, sino que está concluido por su propia naturaleza, y el art. 3.3 de la Ley 38/1995 no se refiere a la totalidad del expediente sino a documentos o datos, mientras que las actas, consideradas en sí mismas, ni son inconclusas ni afectan a deliberaciones internas de la Administración –STS de 2 de marzo de 1999–.

### 3.3 Pérdida y destrucción del documento

Diferente del caso de inexistencia del documento solicitado, es el hecho de que, aun cuando se admita la existencia previa del documento, se alega su destrucción o bien su pérdida. En ambos casos, la destrucción del documento o su falta de localización inciden sobre el presupuesto de ejercicio del derecho de acceso, esto es, la existencia y disposición del documento por la Administración, pero su valoración jurídica no debería limitarse, como el caso de inexistencia del documento, a constatar sin más la imposibilidad material de ejercitar el derecho, puesto que este tipo de alegación puede implicar una actuación irregular o negligente por parte de la Administración, de la que al fin y al cabo

(20) En cambio, ante una petición similar, el Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe al Parlamento 1997*, p. 953, consideró que no existía inconveniente alguno en facilitar información oficial sobre los residentes en una zona concreta o calles de un municipio.

(21) STSJ de Castilla y León (Burgos) de 26 de marzo de 1999 (RJCA 1999/2416).

obtendría un beneficio, en contra de los principios generales del Derecho —*allegans propiam turpitudinem non liquet*—.

A este respecto, en el ámbito de la Administración Local, debe recordarse que el ROF establece diversas reglas de conservación de los expedientes: el art. 170 ordena que cuando se hayan de desglosar documentos de los expedientes, se hará constar el hecho y se dejará copia autorizada por el Jefe de la unidad administrativa correspondiente, en sustitución de aquéllos; y el art. 171 tipifica los únicos supuestos en los cuales los documentos originales podrán salir de las oficinas, añadiendo que de todo documento original que se remita deberá dejarse fotocopia o copia autorizada. De este modo, la Corporación está siempre obligada a conservar de cada documento, al menos, una copia o fotocopia autorizada. Y, por último, el art. 148 del ROF establece —reproduciendo el art. 262 del ROF de 1952— que las Entidades Locales deben velar por la custodia, ordenación, clasificación y catalogación de los documentos y expedientes<sup>22</sup>.

No obstante, debe reconocerse que el deber de conservación de los documentos públicos, como parte del patrimonio cultural no puede ser, evidentemente, absoluto. Las Administraciones generan una masa ingente de documentos, que hace imposible —e innecesaria— su indiscriminada conservación. Tal masa documental que, a pesar de la implementación de las nuevas tecnologías de la información, siguen generando las Administraciones precisa de un esfuerzo valorador que haga conservar de modo adecuado los documentos que haya que preservar por incorporar valores culturales, científicos, históricos o de otro tipo, y destruir el resto de la documentación que haya perdido vigencia administrativa<sup>23</sup>.

### **3.4 Los añadidos de la Ley 30/1992: documentos que formen parte de un expediente que corresponda a un procedimiento terminado y obren en un archivo administrativo**

Junto al requisito de la existencia del documento, que constituye una exigencia dogmática ineludible del derecho de acce-

**EL SOLICITANTE NO ESTÁ OBLIGADO A MOTIVAR SU SOLICITUD YA QUE ES UN DERECHO INSTRUMENTAL QUE SE EJERCITA NO COMO UNA FINALIDAD EN SÍ MISMA SINO PARA OTROS FINES EN LOS QUE LA ADMINISTRACIÓN NO PUEDE ENTRAR A PREJUZGAR**

(22) Puede señalarse que ante un caso de pérdida de un documento —una carta de pago— por parte de un Ayuntamiento (de Cullera, Valencia), el Defensor del Pueblo —Informe anual a las Cortes Generales 1994, p. 976— declaró que, aunque el documento por el que se interesó el formulante de la queja era muy antiguo, al estar perfectamente identificado, debería haberse evitado su extravío.

(23) Como señala con acierto la Exposición de Motivos de la Ley 4/1993 de Archivos y Patrimonio Documental de la Comunidad de Madrid.

so, la Ley española añade hasta tres requisitos adicionales —no presentes en el resto de los ordenamientos, ni en la Ley 38/1995 de acceso a la información ambiental—, consistentes en que los documentos formen parte de un expediente, que obren en los archivos administrativos y que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados, exigencias adicionales que han pasado tal cual a la Ley 1/1998 de Derechos y Garantías de los Contribuyentes —art. 18—.

En relación con el primer requisito, esto es, que los documentos formen parte de un expediente, debe observarse que el Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales de 1986 —art. 164— dispone que: “Constituye expediente el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla”<sup>24</sup>. De este modo, la integración del documento en su correspondiente expediente constituye una obligación legal de la Administración, de tal modo que deberá aplicarse la regla antes señalada según la cual no es lícito beneficiarse de los errores o torpezas propios. Y todo ello sin tener en cuenta, además, que el propio ordenamiento contempla la posibilidad de que en los archivos administrativos puedan depositarse documentos que no forman parte de expediente alguno en sentido propio —por ejemplo, denuncias y otras actuaciones previas que no originan el inicio de un procedimiento—.

De otro lado, en relación con el segundo requisito, es decir, que los documentos obren en los archivos administrativos, difícilmente puede hablarse de un incumplimiento de un deber legal, pues el propio ordenamiento faculta a las unidades administrativas a conservar prácticamente por tiempo indefinido una parte sustancial de su documentación, sin pasarla a los correspondientes archivos. Así, el ROF —art. 179— establece que “Los expedientes tramitados pasarán periódicamente al archivo, y tendrán índice alfabético duplicado en que se exprese el asunto, número de folios y cuantos detalles se estimen convenientes”<sup>25</sup>. Ante esta situación, debe postularse una interpretación funcional, no sustan-

(24) El precepto es una reproducción literal del art. 278 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de 1952. Este hecho, es decir, que el precepto del ROF tenga su origen en la versión de 1952, por tanto anterior a la LPA de 1958, explica probablemente la subsistencia de esta definición. Por su parte, la noción de expediente del Reglamento de organización y funcionamiento de 1952 es claramente tributaria de la del Reglamento de Gobernación de 1947.

(25) Como observara F. SAINZ MORENO “Secreto e información en Derecho Público”, *Estudios en homenaje a García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, p. 2.928, no se establece de modo taxativo la obligación de ingreso de los expedientes en el archivo, una vez terminados, sino que se utiliza la fórmula flexible de su envío “periódico” al archivo. En este sentido, F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho Administrativo Español*, t. II, Navarra, 1987, p. 568, y “El procedimiento administrativo de las Corporaciones Locales”, en *Tratado de Derecho Municipal*, tomo I, Civitas, Madrid, 1988, p. 471— llamó la atención sobre los términos excesivamente generales del precepto, por lo demás tomado también textualmente del Reglamento de Organización y Funcionamiento de 1952 —art. 294—. Asimismo, la doctrina archivística ha denunciado el carácter irregular de las transferencias de fondos. Vid. D. DE OCAÑA LACAL, “Ignorancia, ilegalidad y otros males: panorámica del derecho de acceso a los archivos públicos en España”, en *Actas del VII Congreso Nacional de ANABAD*, Boletín XLXIX, 1999, 3-4, p. 179.

tiva, de la expresión “archivos administrativos”, en el sentido de que basta que obren en poder de la Administración, independientemente de donde quiera que se encuentren, es decir, se custodien o no en un centro de archivo propiamente dicho<sup>26</sup>. Y, en este sentido, debe subrayarse que la Ley de Cataluña 10/2001 de Archivos y Documentos –art. 34.2– establece que el hecho de que un documento no esté en un archivo no lo excluye de consulta pública.

Mayores dificultades presenta, en cambio, la polémica exigencia de que se trate de documentos relativos “procedimientos terminados”, y que supone la exclusión de los llamados documentos preparatorios. Por su parte, la jurisprudencia ya ha tenido ocasión de interpretar esta exigencia de terminación del procedimiento de un modo amplio. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 10 de diciembre de 1999 (RJCA 1999/4230), enfrentándose a una solicitud de unos documentos relativos a un expediente municipal de licencia de obra que, al parecer no fue finalmente resuelto (los documentos solicitados databan de febrero de 1994 y la solicitud se formuló en 1998), el Tribunal presume la terminación del procedimiento: “*resulta patente que nos encontramos ante un procedimiento que de una u otra forma ha finalizado*”. Y este criterio es importante puesto que determinadas formas de terminación del procedimiento, como la caducidad del mismo, parecen requerir la emisión por parte de la Administración de una resolución formal –arts. 92.1 y 2 y 44.2–, de tal modo que la falta de emisión por parte de la Administración de dicha resolución formal obstaculizaría *sine die* el acceso por parte de terceros al expediente administrativo, de modo que estaría en manos de la Administración la efectividad del derecho.

En todo caso, esta exigencia está ausente, de nuevo por imperativo de la Directiva 90/313/CEE, en el caso de que sea de aplicación la Ley 38/1995 de acceso a la información ambiental. Y, en este sentido, los tribunales han destacado que esta Ley, a diferencia de la Ley 30/1992, no exige que la solicitud verse sobre un procedimiento terminado, admitiendo el acceso en relación con un Proyecto de Plan de Ordenación de Recursos Naturales<sup>27</sup>. Y, asimismo, también debe entenderse que dicha exigencia no sería de aplicación en aquellos ámbitos en relación con los cuales se reconoce una acción pública, de tal modo que el simple interés por la legalidad constituye el substrato jurídico de la legitimación, tal como sucede en materia de urbanismo –art. 304 TR Ley del Suelo, Real Decreto Legislativo 1/1992–<sup>28</sup>.

(26) Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, op. cit., pp. 435 y ss. En esta línea, vid. D. DE OCAÑA LACAL, “El archivero y la aplicación de la legislación sobre acceso”, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Toledo, 2001, p. 166.

(27) STSJ de Castilla y León (Burgos) de 26 de marzo de 1999 (RJCA 1999/2416).

(28) En este sentido, la STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de enero de 2000, *Actualidad Administrativa*, BDE 1998/2001, reconoció la legitimación de un Colegio de Arquitectos para examinar diversos expedientes administrativos de naturaleza urbanística, con objeto de comprobar si se habían cometido irregularidades.

## 4. LOS LÍMITES DEL DERECHO DE ACCESO

### 4.1 Aspectos generales

Para que el derecho de acceso sea efectivo es indispensable que el sistema descansa en la premisa según la cual la publicidad de la acción administrativa debe constituir el principio y el secreto la excepción, lo cual exige la enumeración taxativa de las excepciones al derecho, de modo que sean objeto de una interpretación estricta, pues el criterio hermenéutico que debe presidir la interpretación del dispositivo ha de ser el principio *favor publicitatis*. En cuanto a la determinación de cuáles han de ser las concretas excepciones al derecho de acceso, su delimitación debe estar sujeta a los requisitos generales comúnmente establecidos para la limitación de los derechos fundamentales: primero, la excepción ha de estar contenida en una norma con rango de Ley; segundo, la limitación misma debe estar justificada en la protección de otro derecho o bien constitucionalmente relevante; tercero, debe existir una congruencia o proporcionalidad entre el alcance de la excepción y la protección del derecho o bien así garantizado, pues en otro caso la limitación del derecho incurriría en arbitrariedad; y cuarto, aun teniendo un fundamento constitucional y resultando proporcionadas las limitaciones del derecho, éstas pueden ser ilegítimas si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y en su modo de aplicación, pues en tal caso la efectividad del derecho quedaría en manos de la voluntad del aplicador de la Ley<sup>29</sup>.

Estas exigencias plantean la conveniencia de que la definición de los límites del derecho de acceso en la Ley se realice, no en términos absolutos, de exclusión apriorística, sino en términos flexibles, de contraste o valoración de los intereses en presencia. Sin embargo, la Ley 30/1992 presenta en este punto múltiples y serias deficiencias de cara al principio de proporcionalidad.

De un lado, la Ley –art. 37.5– al declarar que “El derecho de acceso no podrá ser ejercido respecto a los siguientes expedientes”, parece imponer una “exclusión” en bloque del derecho de acceso a toda suerte de documentos que contengan información sobre las materias previstas por la Ley, cuando de la propia Constitución –“salvo en lo que afecte”– se infiere claramente que no basta que la información contenida en el documento se refiera a una de las materias tipificadas legalmente, sino que es necesario, además, que la comunicación del documento sea susceptible de causar un perjuicio efectivo a los intereses protegidos.

Frente a este tenor de la Ley, debe subrayarse que el principio de proporcionalidad exige que para que prospere la salvaguarda del secreto ante la presencia de un interés constitucionalmente apreciable es necesario que la lesión de este bien se presente como factor real y no meramente potencial, lo cual comporta la necesaria ponderación entre los intereses en presencia.

(29) Sobre la existencia de una reserva de ley en esta materia, y los requisitos de los límites del derecho, vid. J. PEÑARRUBIA IZA, *El derecho de acceso a los archivos y documentos de la Administración militar*, Civitas, 1999, pp. 26 y 28.

Y, de otro lado, la Ley desconoce por completo la técnica de la fragmentación o comunicación parcial del documento, de enorme importancia práctica, ni fija límites temporales ciertos para la aplicación de las excepciones al derecho de acceso, si bien existe ya algún pronunciamiento que aplica correctamente esta técnica<sup>30</sup>.

En todo caso, la comunicación parcial sí está reconocida expresamente en la Ley 38/1995 de Acceso a la Información Ambiental –art. 3.2–, de nuevo por imposición de la Directiva comunitaria. Y, sobre todo, debe destacarse su incorporación, con carácter general, a la Ley de Cataluña 10/2001 de Archivos y Documentos –art. 35.2–, según la cual “La Administración ha de permitir el acceso parcial a los documentos que contengan datos que, de acuerdo con la Ley, deban mantenerse reservados, siempre que sea posible someter los documentos a procesos técnicos que garanticen la imposibilidad de acceso a los datos reservados y de reconstrucción de estos datos a partir de la información facilitada”.

### 4.2 Límites por razones de interés público

En relación con las concretas exclusiones previstas en la LPAC por razones de interés público, la Ley introduce como singularidad la exclusión relativa a los documentos que contengan información sobre las actuaciones de los Gobiernos estatal y regional “en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo”. Es decir, se excluyen del derecho de acceso a todos los documentos en los que se plasmen los llamados “actos políticos”. Ciertamente, la LPAC no se refiere a los actos de gobierno de las Corporaciones Locales, pero si el fundamento que subyace en esta exclusión del derecho de acceso es la producción de un acto político o de Gobierno en sentido estricto, hoy en día no hay duda que los Gobiernos Locales dictan, en determinados supuestos, verdaderos actos políticos. Así, debe subrayarse que la Ley 38/1995 de

**SE EXIGE QUE LOS DOCUMENTOS FORMEN PARTE DE UN EXPEDIENTE, QUE OBREN EN LOS ARCHIVOS ADMINISTRATIVOS Y QUE TALES EXPEDIENTES CORRESPONDAN A PROCEDIMIENTOS TERMINADOS AUNQUE SEA POR CADUCIDAD O PRESCRIPCIÓN DE LOS MISMOS**

(30) STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 1996, recurrida en casación ante el Supremo –STS de 6 de abril de 2001, AA, 538/2001–. En este caso un periodista solicitó acceder a una causa penal fenecida dos décadas antes, en el marco de un trabajo de investigación sobre los hechos que precedieron a la imposición y ejecución de una pena capital. La Sala concluyó que la autoridad judicial militar, “en el ejercicio de sus funciones gubernativas de custodia del archivo de causas penales, debió, para no sacrificar indebida y *desproporcionadamente* el ejercicio del derecho a la libertad de información del solicitante, discriminar de entre la información solicitada aquellos documentos o datos obrantes que por su carácter de públicos y no privados, por no afectar al derecho a la intimidad del directamente afectado o de terceros particulares, podían ser objeto de consulta, reconociendo el derecho del peticionario al examen parcial de los citados expedientes procesales de modo pertinente y con las adecuadas prevenciones y cautelas”. Sin embargo, el Supremo denegó dicho acceso parcial, por entender que no era aplicable el art. 57.1.a) LPHE.

Acceso a la Información Ambiental –art. 3.1.a)– incluyó expresamente a las Entidades Locales en esta excepción al derecho de acceso<sup>31</sup>.

En todo caso, entiendo que se trata de un planteamiento erróneo, pues la cuestión del límite entre la publicidad o secreto no debe plantearse en términos dogmáticos –en función de si se trata de actos sometidos a Derecho Constitucional o Administrativo– sino desde la perspectiva concreta y modulable en cada caso del principio de eficacia de la acción administrativa, plasmada en la tradicional regla del secreto de las deliberaciones de los órganos de Gobierno, con objeto de garantizar la apariencia de unidad y cohesión del colegio, y evitar que las posibles diferencias o discrepancias que puedan existir en el seno del órgano de Gobierno trasciendan a la opinión pública, restando firmeza y fuerza a dichos actos. A este respecto, debe recordarse que la LBRL –art. 70.1– establece que “No son públicas las sesiones de la Comisión de Gobierno”, y en igual sentido se expresa el ROF –art. 227.2–. Pero debe advertirse de inmediato que ello no significa que dichas sesiones tengan necesariamente un carácter secreto. Simplemente, tales las sesiones serán a puerta cerrada, con el objeto de que los miembros puedan deliberar y adoptar acuerdos libres de presión<sup>32</sup>. De hecho, el propio ROF –art. 229.2– dispone que la Corporación dará publicidad resumida de todos los acuerdos de la Comisión de Gobierno, y las actas de estas sesiones deben entenderse que están sujetas al derecho de acceso, con los límites generales.

De otra parte, en relación con la exclusión de las “materias clasificadas”, aun cuando se trata de una excepción incuestionable, es un límite de excepcional aplicación en ámbito local, puesto que no es ordinario que documentación susceptible de afectar a la Seguridad del Estado se encuentre en poder de una Administración Local, aplicándose en caso contrario la llamada “regla de autor”, utilizada también por la jurisprudencia comunitaria. Y, en todo caso, debe subrayarse que el Alcalde-Presidente no está legitimado para aplicar, por sí mismo, dicha excepción, potestad que –como es notorio– está reservada en exclusiva al Gobierno de la Nación.

Por último, la cláusula genérica de denegación del derecho de acceso “cuando prevalezcan razones de interés público” –art. 37.4– supone prácticamente atribuir a la Administración una potestad discrecional, que es frontalmente contradictoria al carácter tasado que han de tener para la Administración las excepciones al ejercicio del derecho de acceso como derecho fundamental. A este respecto, debe observarse que frente a una

(31) La eventualidad de actos políticos producidos por los órganos de gobierno de las Entidades Locales fue ya apuntada expresamente por A. EMBID IRUJO, “La actividad de gobierno de las Entidades Locales y su control jurisdiccional”, *REALA*, núm. 258, 1993, pp. 251 y ss. Posteriormente, vid. J. BARATA MIR, *Los actos de gobierno en el ámbito municipal*, Barcelona, 1999.

(32) Así el Tribunal Supremo –STS de 21 de junio de 1983, Ar. 3616–, refiriéndose a la normativa anterior a la LBRL, declaró que no es obstáculo a la posibilidad de intervención de otras personas o entidades en el procedimiento establecida en un Reglamento municipal de participación ciudadana, lo dispuesto en el art. 213 del ROF de 1952, a cuyo tenor las sesiones de la Comisión Permanente no serán públicas, “pues una cosa es que no tengan tal carácter, como derecho público subjetivo de los vecinos y otra muy distinta que sean secretas, lo que, evidentemente, no establece el citado precepto y en definitiva ello vale también para la presencia de estas entidades en el Pleno...”.

cláusula idéntica contenida en la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de los Datos Personales, para excepcionar el derecho de acceso a los ficheros que contengan datos personales por parte de los interesados, el Tribunal Constitucional –STC 292/2000– la ha reputado anticonstitucional, por suponer una defraudación a la reserva de Ley, al constituir una cesión en blanco del poner normativo, carente de certeza y previsibilidad. No obstante, debe subrayarse que el derecho de acceso a los datos personales por parte de los afectados tiene un inequívoco rango de derecho fundamental –vinculado al derecho a la intimidad–, mientras que ese rango es negado comúnmente al derecho ciudadano de acceso a la información, razón por la que probablemente no sería trasladable esta solución a la Ley 30/1992<sup>33</sup>.

### 4.3 Límites por razones de interés privado: el derecho a la intimidad

La LPAC –art. 37.2– establece que el acceso a los documentos que contengan datos referentes a la intimidad de las personas está reservado a éstas. Y, en todo caso, el derecho a la intimidad es un límite expresamente previsto en la Constitución –y no sólo a la vista del art. 105.b), sino principalmente de los arts. 18.1 y 20.4–. Asimismo, sobre este límite presenta particular relevancia lo estipulado en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPDP), la cual, a diferencia de la precedente LORTAD de 1992, no se limita a disciplinar los ficheros automatizados, sino que incluye dentro de su ámbito de aplicación a todos los ficheros que contengan datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma de o modalidad de su creación, almacenamiento y organización –art. 3.b)–<sup>34</sup>, si bien no se ha corregido la descoordinación existente entre esta Ley y la LPAC<sup>35</sup>.

Ahora bien, si la protección de la intimidad es incuestionable, el problema surge, de inmediato, debido a la relativa indeterminación del derecho a la intimidad en nuestro ordenamiento. Ciertamente, existe una serie de datos e informaciones que, en virtud de diversas Leyes, puede convenirse que integran el ámbito de la intimidad personal y familiar. Así, la LOPDP –art. 7– dota de especial protección a los datos que revelen la ideología, religión o creencias, o los que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual de las personas (necesariamente físicas), y que constituyen datos hipersensibles, de carácter inderogable. Por su parte, la LBRL –art. 16.3– establece que los datos del Padrón Municipal de Habitantes, entre los que se incluyen los referentes al lugar y

(33) En el fondo el art. 37.4 no deja de ser un precepto superfluo, pues si efectivamente existen derechos o intereses dignos de tutela lo serán por sí mismos, por su relevancia constitucional e ilegítima afeción, y no por derivación de dicho precepto, que finalmente se revela gratuito y perturbador. *Vid.*, en similar sentido, J.F. MESTRE DELGADO, *El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1998, p. 188.

(34) Esta ampliación de la LOPDP, en relación con la LORTAD, obedece a las exigencias derivadas de la Directiva 95/46/CE. No obstante, debe recordarse que la Disposición Adicional Primera de la LOPDP demora la adecuación a la Ley de los ficheros no automatizados preexistentes hasta el año 2007.

(35) El propio Tribunal Supremo ha denunciado que ambas leyes se desconocieron recíprocamente. STS de 31 de octubre de 2000 (RJ 2000/9119).

fecha de nacimiento, domicilio habitual, número de DNI y titulación académica, son confidenciales<sup>36</sup>.

No obstante, a partir de estas informaciones se extiende una zona harto brumosa de informaciones en relación con las cuales es en extremo difícil delimitar hasta dónde están protegidas por el derecho a la intimidad, con el riesgo cierto de conceder a este derecho una amplitud desmesurada que puede vaciar de contenido el derecho de acceso<sup>37</sup>. Y, en todo caso, esta indefinición de los confines del derecho a la intimidad es presumible que dé lugar a una rica casuística. Así, pueden ya señalarse algunos pronunciamientos jurisprudenciales.

Uno de los ámbitos en los que suscita mayores dudas es en relación con las informaciones tributarias, respecto de las cuales la Ley General Tributaria (en adelante LGT) —art. 113.1—, tras la modificación por Ley 25/1995, declara la reserva de todos los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria en el desempeño de sus funciones<sup>38</sup>, y que aplicada en su literalidad supondría la práctica exclusión de este relevante sector de la actividad administrativa del ámbito de aplicación del derecho de acceso. Por el contrario, la jurisprudencia se ha mostrado más modulada.

A este respecto, cabe citar la STSJ de Cataluña de 15 de mayo de 1996 (RJCA 1996/797). En este caso, un particular solicitó a un Ayuntamiento acceder a diversos expedientes de liquidaciones por el impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de determinadas fincas. Tras ser requerido por el Ayuntamiento para que expusiera el interés que le asistía para solicitar la información, el interesado manifestó que no era otro que el de una posible adquisición de alguna de las fincas, por lo que deseaba conocer si estaban correctamente liquidados los impuestos municipales derivados de las anteriores transmisiones.

(36) Igualmente, la Ley 2/1991, sobre derechos de información de los representantes de los trabajadores en materia de contratación comprende expresamente en el derecho a la intimidad a los datos referentes al estado civil, DNI, e, incluso, domicilio.

(37) Sería el caso de la queja 98/1717 tramitada por el Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe al Parlamento 1998*, pp. 278 y ss. En este caso se solicitó a la Delegación Provincial de Cultura de la Junta de Andalucía en Sevilla que les permitiera acceder a una serie de expedientes tramitados por la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico, relativos a licencias de obras a realizar en edificios catalogados de la capital sevillana. La Administración denegó la consulta por entender que afectaba al derecho a la intimidad, al “no poder deslindar lo personal, toda vez que una casa lo es con fachada, patio, escaleras y demás dependencias, conformando todo ello una opción, una manera de vivir, que sólo es asunto de los que van a habitarla”. El propio Defensor del Pueblo Andaluz manifestó su disconformidad, al entender que se realizaba una delimitación del ámbito de la intimidad personal tan amplia y extensiva que en la práctica podría servir para impedir toda posibilidad de acceso de los ciudadanos a expedientes administrativos donde se sustanciase aspectos relacionados, aunque fuera muy indirectamente, con la “manera de vivir” de una persona. Concepto este que, por su indefinición, podría abarcar a un número elevadísimo de expedientes administrativos, como por ejemplo, la inmensa mayoría de los tramitados por cualquier Gerencia de Urbanismo, que quedarían así excluidos de cualquier posibilidad de conocimiento público.

(38) En el mismo sentido, la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías de los Contribuyentes —art. 18—, establece que los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración tributaria tienen carácter reservado sin que puedan ser cedidos o comunicados a terceros, salvo en los supuestos previstos en las leyes. Sobre estas cuestiones, vid. J.M. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, “La confidencialidad de los datos tributarios y el derecho de acceso de los contribuyentes”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 1995, 226.

Sin embargo, el Ayuntamiento opuso el art. 111.6 LGT por entender que se trataba de datos referentes a la intimidad de las personas. Frente a ello, el Tribunal entendió que los datos relativos al pago de los tributos mencionados en nada afectan a las facetas reservadas a la vida íntima de las personas.

De modo similar, ante una petición de expedición de certificación acreditativa de la situación de alta en el Registro del Impuesto sobre Actividades Económicas de determinados sujetos deudores del solicitante, frente a la denegación de la petición por parte de la Agencia Estatal de Administración Tributaria por considerar que los datos solicitados afectaban a la intimidad de terceros así como al deber de confidencialidad ordenado en el art. 111.6 de la Ley General Tributaria, el Tribunal declaró que “Tales datos no pueden entenderse como pertenecientes a la intimidad de las personas, pues no tiene tal carácter la realización de las actividades que grava (el Impuesto sobre Actividades Económicas), cuya finalidad ha de ser la de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios –art. 80 de la Ley de Haciendas Locales–. Y acreditando interés legítimo para la obtención de tal certificación, la Administración demandada debió expedirla. No obstante a ello, el art. 111.6 LGT, pues el mismo se refiere a la confidencialidad de los datos, informes o antecedentes obtenidos por la Administración, entre lo que no se encuentran los precedentes de la declaración de alta a efectos de un impuesto y que accede a un registro público”<sup>39</sup>.

Más interesante aún es el caso de la STSJ de Galicia de 28 de abril de 1998 (RJCA 1998/1717). En este asunto, el propietario de un local comercial que tenía arrendado solicitó al INSS certificación acreditativa de si la arrendataria de su local estaba en situación de activo o, en su caso, la fecha de su jubilación. El sujeto fundamentaba su demanda en el art. 37.8 LPAC, y alegaba como interés el hecho de que si la arrendataria estaba en situación de jubilada ello determinaba la extinción del contrato de arrendamiento con amparo en la Ley de

**UNA EXCEPCIÓN A ESTE DERECHO SON LOS DOCUMENTOS QUE CONTIENEN INFORMACIÓN SOBRE LAS ACTUACIONES DEL GOBIERNO ESTATAL O REGIONAL EN EL EJERCICIO DE SUS COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES NO SUJETAS A DERECHO ADMINISTRATIVO, ES DECIR, LOS LLAMADOS ACTOS POLÍTICOS**

(39) STSJ de Valencia de 7 de noviembre de 1995, a 55/1996, Marginal 135. Debe recordarse que la Ley reguladora de las Haciendas Locales –art. 91– establece que el Impuesto sobre Actividades Económicas se gestiona a partir de la Matrícula del mismo, la cual estará a disposición del público en los respectivos Ayuntamientos. Tal matrícula tiene por tanto el carácter de registro público, sin que la Ley restrinja su examen a cada uno de los interesados individualmente. Así, en un caso anterior en el cual se había solicitado al Ayuntamiento de Barcelona una certificación acreditativa de las Tablas de Valoración del Suelo a efectos del Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos, el Tribunal Supremo –STS de 15 de enero de 1994, Ar. 1322– apoyó la pretensión al declarar que tales Tablas o índices tienen un carácter reglamentario y, por tanto, son documentos públicos, en el sentido del art. 104.2 de la Ley Municipal de Régimen Local de Cataluña, así como los informes, propuestas y otros datos que constan en sus previos expedientes procedimentales.

Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994. La Administración rechazó la petición por considerar que suponía una invasión de la intimidad de la persona afectada, en aplicación tanto de la entonces vigente LORTAD –art. 11– como de la LPAC –art. 37–. En cambio, con excelente criterio, el Tribunal declaró que “el estar en activo una persona o incluso jubilada son situaciones que no forman parte del ámbito exclusivamente privado de la persona en un principio, aparte de que la naturaleza mercantil del local que está arrendado conlleva que la actividad que en él se realice sea habitual y profesional, constituyendo una obligación jurídica la publicidad tanto de la actividad como del empresario que la realice a tenor del art. 30 del Código de Comercio, y en lo que concierne a la situación de hallarse jubilada la persona arrendataria, por haber alcanzado la edad que la motive o verse afectada por un padecimiento que pudiese determinar su cese definitivo para el trabajo, tampoco ha de sustraerse al público conocimiento de los demás, pues una cosa es el derecho a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso clínico, y otra muy distinta es que sea beneficiaria de la acción protectora en situaciones que deriven de tal proceso, la cual sí es susceptible de conocerse, máxime por quien tenga interés en ello”. A nuestro modo de ver, desde el punto de vista del art. 37, estaríamos ante un caso claro de documento nominativo, en relación con el cual existe un inequívoco interés legítimo y directo.

Por otra parte parte, la relación entre la LPAC y la LOPDP está llamada a ser una fuente de conflictos. Sobre todo si se repara la amplísima noción de “datos de carácter personal” definida en el art. 3.a) LOPDP, y que alcanza a “cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”–. Con la consecuencia de que los datos que se consideren de “carácter personal” únicamente podrán ser objeto de comunicación (expresión más correcta que la de “cesión” que empleaba la LORTAD) en los casos contemplados en el art. 11 de la LOPDP, que parte, en principio, del previo consentimiento del interesado. Y ya existe alguna resolución que concede un carácter amplísimo a la referida noción de “datos de carácter personal”<sup>40</sup>.

De otro lado, debe subrayarse que, aun cuando los documentos solicitados contengan informaciones que atañen a la intimidad de un tercero, pueden prevalecer otros derechos e intereses que reclamen la comunicación del mismo. Un caso paradigmático es el que suscita las demandas formuladas por personas adoptadas de acceso a la documentación referente al origen e identidad de los padres naturales. A este respecto existe ya alguna resolución de interés, en la que se declara que “los datos e informaciones paterno-filiales a que se remite la solicitud de la interesada no pueden concebirse como integrantes exclusivamente de los derechos de la personalidad de tales progenitores, sino como comunes a la relación entre padres e hijos, e integrantes asimismo, y principalmente, del haz de dere-

(40) Se trata de la STS de 31 de octubre de 2000 (RJ 2000/9119). En este caso, una empresa solicitó a la Jefatura Provincial de Tráfico, invocando el art. 37 LPAC, que le expidiera “nota informativa sobre la titularidad y cargas de todos los vehículos registrados, según expedientes de matriculación ya terminados, a nombre de dos sujetos, respecto de los cuales se facilitaba DNI y dirección. Por su parte, el Supremo considera que los datos solicitados son de carácter personal, a los efectos y no son accesibles al público –art. 11 LOPDP–, pues la Dirección General de Tráfico no tiene entre sus fines (como cedente de los datos) el de servir los intereses particulares de la empresa solicitante.

chos de la personalidad del hijo. De este modo, el acceso a tales datos se veda a quienes son terceros a dicha relación o vínculo biológico de trascendentales consecuencias jurídico-familiares, pero no puede serle sustraído a quienes son sus integrantes”. Y, de acuerdo con la doctrina constitucional recaída sobre el art. 39.2 CE, relativo a la investigación de la paternidad, en caso de colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas, no hay duda de que, en los supuestos de filiación, prevalece el interés social y de orden público que subyace en las declaraciones de paternidad<sup>41</sup>.

Otra categoría de supuestos que suscitan serios problemas son las solicitudes de acceso a la documentación formuladas en el marco de procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva. En el caso particular de procedimientos de selección de empleados públicos existe un criterio extendido en virtud del cual se aplica el art. 37.2 LPAC para denegar el acceso a la documentación presentada por los competidores por considerar que “pueden afectar a la intimidad de la persona la revelación de datos relativos a su expediente académico, currículum vitae, etc., siendo el resultado de la valoración de esos datos, con la puntuación de los méritos generales y específicos y la total obtenida por los concursantes, la información más aproximada que podría comunicarse sin afectar a la esfera privada de los concursantes (...)”<sup>42</sup>. Sin embargo, se trata de un criterio cuestionable, pues en un procedimiento de concurrencia competitiva, por su propia naturaleza, la viabilidad de la pretensión depende del contraste con el resto de los aspirantes<sup>43</sup>.

Más clara, en cambio, es la denegación del acceso en aquellos casos en los se solicita el acceso a informaciones que atañen a la intimidad de terceros únicamente para obtener un parámetro de referencia en relación con una pretensión individual a plantear en otro procedimiento<sup>44</sup>.

(41) STSJ del País Vasco de 14 de julio de 2000, (RJCA 2000/2669). En cambio, en la STSJ de Cataluña de 3 de mayo de 2000 (*Actualidad Administrativa*, BD168363/2001) se sigue un criterio diverso, al entender que, si no existe consentimiento de la persona afectada en su intimidad por la comunicación del documento, la Administración no puede por sí sola suplir la voluntad expresa o presunta de la persona cuya intimidad es susceptible de afectar, pues se trata de un derecho personalísimo, de modo que el tribunal se inhibe a favor del orden jurisdiccional civil. En mi opinión, se trata de un criterio erróneo, pues hace depender la competencia jurisdiccional de cuál sea el orden competente ante una eventual actuación posterior: en este caso el reconocimiento del estado civil de las personas. Entiendo que se trata de cuestiones perfectamente deslindables, y la competencia contencioso-administrativa es plena.

(42) STSJ de Madrid de 2 de octubre de 1998, citada en la STSJ de Cantabria de 2 de febrero de 2000, (RJCA 2000/473), y que comparte el criterio. Y también STSJ de Madrid de 12 de abril de 2000, AA, BD119427/2001, sobre concurso de méritos entre funcionarios para la provisión de puestos de trabajo.

(43) En este sentido, el Defensor del Pueblo, en su *Informe anual a las Cortes Generales correspondiente a 1999* –p. 1.189–, estimó que los expedientes relativos a la selección de personal no se encuentran comprendidos en las excepciones contempladas en los apartados 5 y 6 del art. 37 LPAC. Y, en idéntico sentido, el Defensor del Pueblo Andaluz –*Informe al Parlamento 1998*, p. 106– ha señalado que la puntuación individual en cualquier proceso selectivo no tiene un carácter absoluto, sino relativo, en relación con las puntuaciones del resto de los participantes, de modo que la Administración estaría obligada a permitir el acceso a exámenes de terceros a todos aquellos que acrediten un interés legítimo y directo, por ser a su vez participantes en el mismo proceso.

(44) Así, la STSJ de Andalucía de 23 de diciembre de 1999 niega el derecho de acceso de un pensionista a cierta información relativa a lesiones, enfermedades o posibles deformidades de otros pensionistas, que el recurrente estimaba términos necesarios de comparación a los efectos de tramitación de su propio expediente sobre el importe a percibir en concepto de pensión con cargo al sistema de clases pasivas.

Por último, debe entenderse que, independientemente de donde se encuentre el documento —en un archivo administrativo, histórico o en una oficina de gestión—<sup>45</sup>, el documento será accesible una vez vencidos los plazos que marca el art. 57.1.c) de la LPHE —veinticinco años desde el fallecimiento del afectado, si su fecha es conocida o, en otro caso, de cincuenta años a partir de la fecha de los documentos—, o los plazos fijados en la legislación autonómica correspondiente. Precepto que a pesar de su certeza, que difícilmente se presta a interpretaciones, ha debido ser declarada su aplicación por los tribunales<sup>46</sup>.

#### 4.4 Los documentos nominativos: el interés directo y personal

En un precepto de redacción harto confusa la LPAC —art. 37.3— establece el “acceso a los documentos de carácter nominativo que sin incluir otros datos pertenecientes a la intimidad de las personas figuren en los procedimientos de aplicación del derecho, salvo los de carácter sancionador o disciplinario, y que, en consideración a su contenido, puedan hacerse valer para el ejercicio de los derechos de los ciudadanos, podrá ser ejercido, además, de por sus titulares, por terceros que acrediten un interés legítimo y directo”. En un esfuerzo de comprensión positiva y haciendo abstracción de los problemas interpretativos, puede convenirse que el objeto de este precepto parece consistir en flexibilizar la regla de la reserva absoluta a las personas afectadas del acceso de los documentos que contienen datos relativos a su intimidad. No obstante, en general, se considera excesivamente restrictiva la exigencia de acreditar un interés “directo”, de modo que tendría que ser suficiente ostentar un interés legítimo para acceder a estos documentos. En todo caso, esta exigencia de acreditar un interés legítimo y directo es contraria a la Directiva 90/313/CEE, y así fue omitida en la Ley 38/1995 de Acceso a la Información en materia Ambiental.

A este respecto es de sumo interés la STSJ de Andalucía de 24 de enero de 2001 (RJCA 2001/12). En este caso, una asociación taurina solicitó a la Delegación Provincial en Málaga de la Consejería de Gobernación una serie de documentos en relación con las corridas de toros celebradas en 1998 en la plaza de Málaga, concretamente informes de los veterinarios sobre reconocimiento de las reses lidiadas. La Administración, aun cuando admitió que se trataba de procedimientos terminados, denegó el acceso por considerar que se trataba de documentos nominativos (se supone que de los propietarios de las reses) y la solicitante carecía de interés legítimo y directo, tal como exige el art. 37 LPAC.

Por su parte, el Tribunal, con muy buen sentido, declaró que el canon hermenéutico fundamental en esta materia es el favorecimiento del principio de transparencia y la interpre-

(45) Vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS, “El derecho de acceso a los documentos públicos en el marco del sistema archivístico”, en *El derecho de acceso de los ciudadanos a la información contenida en los archivos*, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, Toledo, 2001, p. 98. En cambio, debe señalarse que no lo ha entendido así el Supremo en la STS de 6 de abril de 2001, AA, 538/2001, en la que ha exigido, de un modo literal, que la documentación se halle depositada en los Archivos centrales correspondientes, mientras que en el caso en cuestión se encontraba depositada en la Secretaría de un Tribunal.

(46) SAN de 10 de febrero de 1999 (RJCA 1999/3433); STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 1999 (RJCA 1999/4779).

tación restrictiva de las exclusiones. Y siguiendo este criterio “y ante la confusa redacción del art. 37.3, no podemos entender que los documentos solicitados puedan calificarse de nominativos por el simple hecho de que contengan referencias precisas a determinadas personas, concretamente los propietarios de las reses, pues raro será el documento administrativo que no resulte nominativo siguiendo esta restrictiva interpretación contraria a los principios expuestos. Es claro que los documentos en cuestión no tienen un destinatario específico y determinado, lo que debe resultar suficiente para excluir ese carácter que supone una limitación del derecho del art. 37.1. A mayor abundamiento y aunque pueda predicarse ese carácter nominativo de los documentos, y atendiendo a la configuración del interés legítimo (a partir de la Constitución), la Asociación como tercero con tal interés, tendría acceso a los mismos”. Es decir, el Tribunal desmonta la exigencia de la Ley de que se haga valer una interés legítimo y directo, pues basta la exigencia de interés legítimo, como todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, más allá del simple interés por la legalidad.

En cambio, en otra resolución sí se admite y se utiliza la exigencia de un interés “directo”. En este caso un funcionario solicitó certificación o copia compulsada de las cantidades cobradas en concepto de complemento de productividad durante cuatro años por los funcionarios de su propio cuerpo y especialidad, argumentando la pretensión en el hecho de que en los concursos de provisión de puestos de trabajo dirigidos a ese cuerpo y especialidad se valora como mérito la cantidad percibida por cada funcionario por dicho concepto retributivo en los cuatro años previos al concurso. En cambio, el Tribunal consideró que los datos solicitados encajaban en la noción de “datos nominativos” del art. 37.3 LPAC, de tal modo que “no basta que el interesado ostente un interés legítimo en la obtención de la información que solicita sino que, además, ese interés debe de (sic) ser directo. En el caso que analizamos cuando el recurrente solicitó la información no existía ningún procedimiento abierto en el que pudiera surtir efecto la información solicitada (...)”<sup>47</sup>.

(47) STSJ de Madrid de 12 de abril de 2000, AA BD 119427/2001, la cual añade que “al recurrente sólo, razonablemente, le puede interesar los datos relativos a aquellos concursantes que puedan, por disponer de meritorias condiciones para ello, resultar adjudicatarios de la plaza o plazas en concreto por el interesadas. Existen, por tanto, una serie de factores aleatorios y de futuro que no permiten calificar de directo el interés del recurrente en la obtención de los datos solicitados”. En mi opinión, la sentencia no valora adecuadamente el carácter público que expresamente asigna la Ley 30/1984 de Medidas Urgentes de Reforma de la Función Pública –art. 23.3.c)– a las cantidades percibidas por los funcionarios en concepto de complemento de productividad.

**SE CONSIDERA  
EXCESIVAMENTE  
RESTRICTIVA LA EXIGENCIA  
DE ACREDITAR UN INTERÉS  
“DIRECTO” PARA ACCEDER  
A LOS DOCUMENTOS DE  
CARÁCTER NOMINATIVO,  
DE MODO QUE TENDRÍA  
QUE SER SUFICIENTE CON  
OSTENTAR UN INTERÉS  
“LEGÍTIMO”**

Pero, además, debe significarse que existen diversas normas que imponen la acreditación de un interés legítimo “y directo” para acceder a determinadas informaciones<sup>48</sup>. Un caso significativo es el Real Decreto 1485/1994, de 1 de julio, por el que se aprueban las normas que han de regir para el acceso y la distribución pública de información catastral cartográfica y alfanumérica. De acuerdo con dicha normativa –art. 3–, para acceder al valor catastral de un inmueble hay que ostentar la condición de titular de la finca o acreditar su consentimiento o, en su defecto, tener un *interés legítimo y directo* o tener la condición de investigador que demuestre el interés histórico, científico o cultural de ese dato. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto el propio Defensor del Pueblo, “el valor catastral de las fincas individualizadas supone un dato objetivo y ajeno al titular de la finca, que únicamente afecta a la intimidad de las personas en su relación con el titular no en sí mismo, pues aisladamente supone un dato única y exclusivamente de carácter económico. La intimidad o privacidad hace referencia a las personas y en este caso a la relación que las mismas tienen con los inmuebles, pero no se refiere al inmueble en sí mismo”. Por esta razón, el Comisionado parlamentario entiende que la exigencia de un interés legítimo y directo, al ser éste un concepto jurídico indeterminado, constituye una interpretación restrictiva<sup>49</sup>.

Finalmente, de la aplicación conjunta de la LPAC –art. 37.3–, LOPDP –art. 7.5– y Ley 38/1995 de Acceso a la Información Ambiental, tras la modificación efectuada por la Ley 55/1999 –art. 3.1.e)–, parece desprenderse la confidencialidad de los expedientes relativos a procedimientos administrativos sancionadores, incluidos los ya tramitados.

## 5. EL PROCEDIMIENTO DE EJERCICIO DEL DERECHO

### 5.1 La solicitud de acceso

En nuestro ordenamiento, la LPAC no impone, acertadamente, el deber de motivar las solicitudes, en coherencia con la ausencia de exigibilidad general de un específico interés para ejercitar el derecho de acceso –salvo lo ya mencionado en relación con los procedimientos en curso de tramitación y los documentos nominativos–. Sin embargo, determinados preceptos de la legislación local, principalmente anteriores a la LPAC, contemplan la exigencia de motivación de la solicitud. En efecto, la LBRL –art. 18.1.e)– reconoce a los vecinos el derecho a “ser informados, previa *petición razonada*, y dirigir solitu-

(48) Por ejemplo, el Reglamento del Registro de Establecimientos Industriales de ámbito estatal, Real Decreto 697/1995, de 28 de abril, establece que “a los datos de carácter personal sólo tendrán acceso, además de los respectivos titulares de las industrias, los terceros que acrediten un *interés legítimo y directo*” –art. 14.1–.

(49) Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales correspondiente al año 2000*, BOCG, Serie A, núm. 201, de 8 de octubre de 2001, p. 156. Así, el Defensor del Pueblo añade: “Del mismo modo que el arrendatario, acreedor hipotecario, etc., pueden precisar conocer el valor catastral de una finca, otro ciudadano también puede solicitar ese dato para aportar un elemento de prueba que apoye su disconformidad con el valor catastral dado a otra finca que sí sea de su propiedad”. Estos razonamientos llevaron a la institución a formular una recomendación sobre la modificación del Real Decreto 1485/1994, que finalmente se ha llevado a cabo por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

des a la Administración municipal en relación a todos los expedientes y documentación municipal, de acuerdo con lo previsto en el art. 105 de la Constitución”. Y, en este sentido, según el ROF –art. 230.4–, “Las peticiones de información deberán ser razonadas, salvo que se refieran a la obtención de certificaciones de acuerdos o resoluciones (...)”<sup>50</sup>. A partir de estas disposiciones, alguna jurisprudencia viene exigiendo con cierto rigor el razonamiento o motivación de la petición cuando los documentos solicitados no tengan el carácter estricto de acuerdos de la Corporación Local<sup>51</sup>.

Con objeto de salvar estas disposiciones, puede interpretarse que la obligación de motivar la solicitud viene referida a las peticiones de prestación de un servicio de información, pero no respecto al derecho a “dirigir solicitudes a la Administración municipal” –sin más precisión– con relación a todos los expedientes documentación municipal<sup>52</sup>. O, en todo caso, que este razonamiento que exige la Ley se refiere a la necesaria identificación del documento, a la que nos referiremos seguidamente.

En efecto, la principal carga del solicitante consiste en identificar el documento objeto de acceso. Sin embargo, la LPAC –art. 37.7– plantea esta cuestión en términos excesivamente defensivos para la Administración, al establecer que “el derecho de acceso será ejercido por los particulares de forma que no se vea afectada la eficacia del funcionamiento de los servicios debiéndose, a tal fin, formular petición individualizada de los documentos que se desee consultar”. Con objeto de no vaciar aún más el derecho de acceso, esta referencia al buen funcionamiento de los servicios públicos contenida en la Ley española debe interpretarse en el sentido de que no constituye un límite adicional al derecho, sino un parámetro para interpretar la suficiencia de la identificación del documento realizada por el peticionario, en el sentido de que será suficiente mientras la labor de búsqueda no perjudique –gravemente– el buen funcionamiento del servicio<sup>53</sup>.

(50) En el mismo sentido, el Reglamento de Población y Demarcación Territorial de las Entidades Locales, Real Decreto 1690/1986 –art. 61.1.e)–, así como la Ley 8/1987 Municipal y de Régimen Local de Cataluña –art. 41.1.e)–.

(51) STSJ de Cantabria de 18 de noviembre de 1996, (RJCA 1996/2015).

(52) Éste sería probablemente el caso resuelto en la STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de diciembre de 1999 (RJCA 1999/4216). En este caso el secretario de un Ayuntamiento en situación de baja por enfermedad solicitó una certificación comprensiva de la identidad y cargos de los miembros de la corporación que votaron afirmativamente un concreto acuerdo en una sesión determinada, con objeto de ejercer las acciones precisas para restablecer su honor. Por su parte, el Tribunal ratificó la legalidad de la denegación de la solicitud por entender que, conforme al art. 230.4 ROF, las peticiones de información deben ser razonadas, puesto que no pretendía una certificación de un acuerdo, sino una mayor información relacionada con las personas que votaron el acuerdo colegiado. Si bien lo cierto es que se habían expresado suficientemente las razones.

(53) En este sentido, la Ley 6/1990 Foral de Administración Local –art. 95.3– establece que el ejercicio de este derecho se realizará “conforme a criterios de racionalidad” y de forma que “no cause perturbación grave en los servicios”. Nótese que el precepto requiere que se trate de una perturbación grave, pues lo cierto es que toda solicitud de acceso supone siempre alguna suerte de perturbación.

A este respecto, existen ya algunos casos en los que se ha planteado la cuestión de la “individualización” de la solicitud de acceso<sup>54</sup>. Aun cuando ciertamente debe reconocerse que habrá que ponderar en cada caso la capacidad efectiva de los pequeños municipios para atender este tipo de peticiones sin que ello repercuta negativamente en el funcionamiento de sus, en ocasiones, exiguos servicios administrativos, no puede compartirse el restrictivo criterio seguido ya en alguna resolución<sup>55</sup>.

## 5.2 Competencia para tramitar y decidir el acceso

En el caso de documentos o expedientes producidos por una Administración local y remitidos a la Administración del Estado o una Administración Autonómica, en el marco de las relaciones interadministrativas de colaboración o de control –como las previstas en el art. 56.1 LBRL–, puede suscitarse la cuestión de si esta segunda Administración es competente para comunicar a un ciudadano dichos documentos. A este respecto, puede entenderse que la Administración competente para decidir el acceso a estos documentos no es la Administración de control sino la Administración activa, pues la función de control no desposee a la Administración controlada de la titularidad de las competencias ejercidas.

Por otra parte, cabe cuestionarse cuál es el órgano competente para decidir el acceso. En lo que a la Administración Local se refiere, debe entenderse que la competencia corresponde, en principio, al Alcalde o Presidente de la Corporación Local, en virtud de la cláusula residual atributiva de competencias –arts. 21.1.s) y 34.1.o) LBRL–. No obstante, dado que no se trata de una competencia expresamente excluida de la delegación –art. 21.3 LBRL–, puede admitirse que el Alcalde o Presidente delegue la misma en los miembros corporativos que ostenten delegación sobre un sector de la actividad local, lo que les permite dirigir los servicios correspondientes, incluida también la facultad de resolver actos administrativos que afecten a terceros –art. 43.3 ROF–. Ahora bien, como es

(54) En la STSJ de Cataluña de 22 de noviembre de 1999 (RJCA 1999/3897) el Tribunal entendió que dicha exigencia es “razonable siempre y cuando la misma no sea interpretada con excesivo rigor”. En el caso de autos, se había solicitado copia certificada de las solicitudes de mejora relativas al pabellón sito en un concreto acuartelamiento de la Guardia Civil y producidas en unas fechas concretas. Por tanto, la identificación de la información era satisfactoria. Pero sobre todo cabe citar sobre este punto el insatisfactorio criterio seguido en la STS de 14 de noviembre de 2000. En este caso, la Asociación Narconon solicitó al Ministerio de Interior acceder a cuantos expedientes obrantes en el mismo aludán directa o indirectamente a la Iglesia de la Cienciología y pudieran afectarles, y cuya existencia infiere la entidad de la actuación administrativa en su contra en determinado proceso penal. Por su parte, el Supremo entiende que se trata de una petición injustificadamente genérica o opaca, y no es incompatible con el principio de transparencia exigir a la entidad que especifique los datos concretos en virtud de los cuales puede producirse un perjuicio a su honor asociativo. En cambio, el voto particular considera incompatible con el mismo principio de transparencia exigirles a las entidades que especifiquen los datos concretos en virtud de los cuales puede producirse ese perjuicio, “pues tal cosa equivale a dar por supuesto que conocen el contenido o al menos el alcance de los documentos en poder de la Administración, cuando lo que pretenden precisamente es averiguarlo o confirmarlo”.

(55) Se trata de la STSJ de Cantabria de 18 de noviembre de 1996, RJCA 1996/2015. En este caso, se consideró que la solicitud referente a los “acuerdos suscritos por la Junta (Vecinal) con el Ayuntamiento y otras Juntas vecinales respecto al vertido de basuras” estaba formulada de forma genérica, aplicando el art. 37.7 LPAC. Sin embargo, a nuestro modo de ver, el objeto de la petición aun cuando pudiera ser múltiple estaba suficientemente delimitado.

sabido, las certificaciones, como actos de fe pública, deben expedirse siempre por el Secretario de la Corporación, por orden del Presidente y con su visto bueno –arts. 204 y 205 ROF–<sup>56</sup>.

### 5.3 Tramitación

Es vital garantizar la máxima celeridad posible en la tramitación de las solicitudes de acceso, dada la extrema caducidad del valor de la información en nuestra sociedad actual, así como la sencillez de la sustanciación de estos procedimientos<sup>57</sup>. Sin embargo, la falta de fijación de un plazo específico para este procedimiento en la LPAC determina la necesidad de acudir al plazo supletorio de la Ley de tres meses –art. 42.3–, que supone como mínimo triplicar el plazo fijado en los modelos comparados. Por ello, es más razonable el criterio de la Ley de Cataluña 10/2001 de Archivos y Documentos –art. 35.1–, que fija en dos meses el plazo para resolver (y notificar) las solicitudes de acceso a los documentos públicos, plazo que coincide con el establecido en la Ley 38/1995 de Acceso a la Información Ambiental –art. 4.1–, modificado por Ley 55/1999.

En lo que se refiere al ámbito local, no existe obstáculo legal alguno que impida a las Corporaciones Locales fijar un plazo más breve al de los tres meses de la LPAC, si bien tampoco es aconsejable un plazo excesivamente breve, tal como enseña la experiencia del acceso de los concejales a la documentación local, respecto del cual la LBRL –art. 77– impone un plazo fugaz de cinco días.

En otro orden, dado el marcado carácter técnico de los procedimientos de acceso a la documentación, que se resuelven en una ponderación de derechos e intereses en presencia, parece aconsejable que el órgano competente decida a la vista de un informe técnico, en principio a cargo del jefe del archivo –adminis-

**EN LOS SUPUESTOS DE SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO, Y COMO MODO DE PENALIZAR LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN QUE BLOQUEA EL ACCESO, SE HA DE CONSIDERAR QUE NO PRECLUYE EL PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DE RECURSOS**

(56) También art. 2 del Real Decreto 1174/1987 sobre régimen jurídico de los Funcionarios de Administración Local con habilitación nacional.

(57) En relación con la tramitación de la solicitud, debe recordarse que el ROF –art. 230.1– establece que existirá en la organización administrativa de cada Entidad Local una Oficina de Información que canalizará toda la actividad relacionada con la publicidad e información que facilite la Entidad. La obtención de copias y certificaciones acreditativas de acuerdos municipales o antecedentes de los mismos, así como la consulta de archivos y registros, se solicitarán a la citada Oficina que, de oficio, realizará las gestiones que sean precisas para que el solicitante obtenga la información requerida en el plazo más breve posible y sin que ello suponga entorpecimiento de las tareas de los servicios municipales. Asimismo, se admite expresamente que la Oficina de Información pueda estructurarse de forma desconcentrada si así lo exige la eficacia de su función.

trativo o histórico— en el cual se encuentre depositado el documento o, en otro caso, a cargo del jefe de la unidad administrativa que haya generado o recibido el documento.

## 6. MODALIDADES DE EJERCICIO DEL DERECHO: ACCESO DIRECTO Y OBTENCIÓN DE COPIAS

Tradicionalmente, las modalidades de acceso o comunicación del documento se han limitado a dos: la consulta *in situ* del documento y la expedición de copia del mismo. Por su parte, la LPAC —art. 37.8— establece que “El derecho de acceso conlleva el de obtener copias o certificaciones de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración”. Sin embargo, a pesar de la claridad del precepto, no faltan sentencias que han antepuesto a la Ley el tenor literal de normas de rango inferior. Éste es el caso del ROF —art. 204— que se refiere a “certificaciones de actos, resoluciones y acuerdos de órganos de gobierno de la Entidad, así como a copias y certificados de los libros y documentos”. Y a partir de esta disposición se ha llegado a denegar la expedición de copias de libro de actas de la Corporación Local<sup>58</sup>.

La inclusión de la obtención de certificaciones constituye una singularidad del ordenamiento español. En todo caso, debe observarse que la LPAC se refiere a “certificaciones de los documentos cuyo examen sea autorizado por la Administración”, es decir, en relación con los que exista un derecho de acceso. Por el contrario, el derecho del art. 37.8 no se extendería a otro tipo de certificaciones, por ejemplo, de hechos que no consten en un documento previamente existente. En tales casos, la obtención de la certificación deberá fundamentarse en otros apoyos legales. Esta precisión es importante, pues se observa en la jurisprudencia una cierta confusión<sup>59</sup>. En cambio, otras resoluciones, de un modo más correcto, discriminan entre solicitudes de certificación de documentos que existen en la Administración y certificaciones sobre hechos, que suponen la prestación de una actividad informativa<sup>60</sup>.

Por lo demás, en cuanto a la práctica de la consulta de los expedientes y documentos, el ROF —art. 16— establece, en relación con el acceso de los concejales, ciertas cautelas rela-

(58) STSJ de Cantabria de 18 de noviembre de 1996, (RJCA 1996/2015).

(59) Así, cabe citar la STSJ de Andalucía (Sala de Granada) de 28 de junio de 1999 (RJCA 1999/1585). En este caso una persona que había prestado determinados servicios de auxiliar administrativo en la Universidad de Granada solicitó a ésta certificación acreditativa de las concretas tareas que había llevado a cabo. Sobre la base de un testimonio emitido en la práctica de la prueba, el Tribunal entendió que la Universidad debía emitir la certificación solicitada, “en cuanto manifestación del derecho de todo ciudadano de acceder a los archivos administrativos, en las condiciones que detalla el artículo 37 de la Ley 30/1992”. Sin embargo, lo cierto es que, técnicamente, la solicitud formulada no era reconducible al derecho de acceso del art. 37, pues no se trataba de certificar un documento ya existente. Más sencillamente, se trataría de un derecho a la certificación de servicios prestados.

(60) STSJ de Castilla y León (Burgos) de 25 de junio de 1998 (RJCA 1998/3833).

cionadas con el lugar de exhibición, y que, por mayor razón, deben entenderse parcialmente aplicables respecto al acceso general<sup>61</sup>. Ahora bien, se echa en falta la posibilidad de obtener la comunicación del documento en soporte informático e, incluso, de acceder al mismo a través de medios electrónicos, si bien nada impide que la normativa propia de la Entidad Local contemple dichas modalidades de acceso, en la línea de las más recientes normas<sup>62</sup>.

## 7. DENEGACIÓN Y LIMITACIÓN DEL EJERCICIO DEL DERECHO

### 7.1 La exigencia de la motivación

De la aplicación conjunta del ordenamiento –art. 54.1.a) LPAC, art. 70.3 LBRL, art. 4.2 Ley 38/1995–, es claro que deben motivarse las resoluciones que denieguen total o parcialmente la información solicitada, o, en general, limiten el ejercicio del derecho. Ahora bien, el verdadero problema que suscita en la práctica este deber de motivación es el de su nivel de exigencia. Las Leyes –art. 54.1 LPAC y art. 4.2 Ley 38/1995– exigen una “sucinta referencia a hechos y fundamentos de derecho”. A este respecto, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 1999, enfrentada a la impugnación de una resolución por la que se denegaba el acceso a determinados documentos del archivo del Ministerio de Asuntos Exteriores, motivando la decisión en la transcripción de los preceptos legales considerados aplicables –art. 57.1.a) de la Ley del Patrimonio Histórico Español–, el tribunal declara: “el término sucinto, concepto jurídico indeterminado, cuya concreción habrá de hacerse caso por caso, es sinónimo de suficiente o bastante para que se logre la finalidad propuesta, sin necesidad de complejos análisis. Basta el examen de la Resolución impugnada para verificar que es ajustada a derecho desde el momento que expone la causa de su decisión, aunque esta exposición no sea todo lo exhaustiva que la parte recurrente hubiera deseado”.

A nuestro modo de ver, el Tribunal enjuicia la cuestión de la motivación desde los tradicionales parámetros formales seguidos por nuestra jurisprudencia contencioso-administrativa. Sin embargo, como viene enseñando la mejor doctrina, la motivación del acto no es un simple requisito formal, sino de fondo, en el sentido de que debe dar razón plena al proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión. Lo que significa en los contenciosos del derecho de acceso que la motivación de la resolución debe contener refe-

(61) En concreto, la consulta podrá realizarse, bien en el archivo general o en la dependencia donde se encuentre, sin que en ningún caso puedan salir los expedientes de las correspondientes dependencias y oficinas locales. Y, en todo caso, la consulta de los libros de actas y de resoluciones del Presidente debe efectuarse en el archivo o en la Secretaría General. Además, debe entenderse que no cabe la posibilidad, prevista para los corporativos, de entrega de la documentación, con la obligación de devolverla en un término máximo de 48 horas, puesto que esta posibilidad sólo tiene sentido en relación con sujetos, como los concejales, vinculados a la Corporación, pero no en relación con los ciudadanos en general.

(62) Ley francesa de 12 de abril de 2000, relativa a los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas; Reglamento (CE) núm. 1049/2001 –art. 12–.

rencia específica no sólo a la legislación vigente, y a la clase de límite aplicado, sino también a las circunstancias de hecho en virtud de las cuales la solicitud no puede ser autorizada<sup>63</sup>.

## 7.2 El silencio administrativo

En todo procedimiento administrativo que se inicia a solicitud de interesado, como es el caso que nos ocupa, cabe plantearse cuál es el sentido que debe otorgarse al silencio administrativo, esto es, en caso de que venza el plazo sin que la Administración dicte —y notifique— la resolución del mismo. Aparentemente sería más favorable para los ciudadanos la opción por el silencio positivo, es decir, vencido el plazo para resolver, el solicitante pudiera entender concedido el acceso<sup>64</sup>. Sin embargo, lo cierto es que la técnica del silencio administrativo positivo presenta unos límites estructurales que impiden su extensión a todo tipo de procedimientos. Desconocer estos límites institucionales, por muy insatisfactorio que pudiera parecer, supone incurrir en un voluntarismo normativo generador de desconcierto para aquellos sujetos a los que se pretende favorecer<sup>65</sup>.

Y, a este respecto, es aleccionadora la experiencia acontecida en relación con el acceso de los concejales a la documentación local. Como es sabido, el ROF —art. 14.2— explicitó que la falta de resolución en plazo de la solicitud de acceso se entenderá como aprobatoria de la petición. Sin embargo, esta asignación del sentido estimatorio al silencio en este procedimiento, lejos de resultar beneficiosa para el ejercicio del derecho de acceso de los concejales, está causando efectos perturbadores. En la práctica, a pesar del supuesto silencio positivo, los concejales se ven obligados a acudir a la tutela judicial para satisfacer su pretensión sin contar con una resolución expresa que motive la denegación del ejercicio del derecho, e incluso si se plantea el correspondiente recurso contencioso-administrativo pueden encontrarse con la sorpresa de que el juzgador les reproche que nada se les ha denegado, sino que debieron entender concedida la autorización por silencio administrativo positivo<sup>66</sup>.

(63) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, 1995, p. 543. Como señala FERNANDO PABLO, *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 188 y ss., la justificación jurídica de una decisión no puede realizarse únicamente por la generalidad de la norma, sino que debe completarse por la adecuación del contenido de la decisión a las peculiaridades del caso, según una racional ponderación de los hechos que constituyen la causa del acto.

(64) Así parece defenderlo, J. PEÑARRUBIA IZA, *El derecho de acceso a los archivos y documentos de la Administración militar*, op. cit., pp. 52 y ss.

(65) Vid., por todos, J.I. MORILLO-VELARDE PÉREZ, “El silencio administrativo”, en *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Barnés Vázquez (coord.), Civitas, 1993, pp. 169 y ss.

(66) Sobre ello, vid. S. FERNÁNDEZ RAMOS, *Los concejales y el acceso a la información*, Comares, Granada, 2001, pp. 162 y ss.

Con todo, debido a la indefinición de la LPAC sobre este punto es controvertido cuál es el sentido que deba asignarse al silencio en este tipo de procedimientos<sup>67</sup>. Y debe advertirse que, tras la reforma de la LPAC llevada a cabo por la Ley 4/1999, las Corporaciones Locales se han visto despojadas de la facultad de decidir el sentido estimatorio o desestimatorio del silencio administrativo en los procedimientos locales, dado que —como es conocido— el vigente art. 43.2 LPAC impone una reserva formal de Ley para la aplicación del silencio negativo, si bien no se aplica con carácter retroactivo, de modo que no alcanza a las determinaciones contenidas en los Reglamentos Orgánicos en vigor a la fecha de promulgación de la Ley 4/1999<sup>68</sup>. En cualquier caso, en la práctica, se observa que se actúa como si fuese aplicable el silencio desestimatorio<sup>69</sup>.

En todo caso, si no existe más opción que acudir al silencio negativo, debe contemplarse algún mecanismo que penalice la actuación de la Administración que bloquea el acceso incumpliendo sus deberes legales de resolver de modo expreso y motivado. Y este mecanismo no puede ser otro que considerar que en los casos de mero silencio negativo no precluye el plazo para la interposición de recursos, pues no sería de aplicación a este tipo de contenciosos la excepción de acto confirmatorio o de reproducción de otros anteriores firmes, puesto que en puridad la Administración no ha emitido acto alguno<sup>70</sup>.

**PARA LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE ESTE DERECHO, DEBE ACUDIRSE AL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO ORDINARIO, CON TODO LO QUE ELLO SIGNIFICA DE LENTITUD Y COSTE EN LA RESOLUCIÓN DEL CONFLICTO**

(67) Para mayor confusión, la Ley 38/1995 sobre Acceso a la Información Ambiental, en su versión original, había optado expresamente por el silencio administrativo desestimatorio. Pero la reforma de esta Ley llevada a cabo por la Ley 55/1999 suprimió esta mención expresa, sin establecer tampoco lo contrario. ¿Debe entenderse aplicable la cláusula supletoria a favor del silencio estimatorio del art. 43.2 LPAC? Así, M. FERNÁNDEZ SALMERÓN, “El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos”, en *Administración, archivos y ciudadanos. El derecho de acceso al documento administrativo*, Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Murcia, 2001, p. 30, señala que tal solución resulta incomprensible, dada su escasa virtualidad.

(68) Aunque sea de pasada, no puede dejar de observarse que la reserva formal de Ley dispuesta por la LPAC, aun cuando pueda considerarse bien intencionada, olvida —como tantas otras Leyes estatales— la peculiar posición de las Entidades Locales, desprovistas de potestad legislativa, pero con una autonomía política constitucionalmente garantizada, y una potestad normativa de la que es titular un órgano democráticamente representativo. No deja de ser paradójico que se admita por la propia doctrina constitucional la capacidad normativa de los Municipios para dictar normas en materias de su competencia propia, incluso colaborando en la ordenación de materias con reserva material de Ley —como la tributaria—, y, en cambio, se impida de plano a las Entidades Locales decidir sobre un aspecto concreto de sus procedimientos administrativos —como es la determinación del sentido del silencio—, cuando el Tribunal Constitucional —STC 227/1988— tiene declarado que la competencia para dictar normas sobre procedimientos administrativos especiales es una competencia adjetiva de la competencia sustantiva referente a la materia, sector o actividad de que se trate.

(69) Así, el caso de la STSJ de Cantabria de 18 de noviembre de 1996 (RJCA 1996/2015), se refiere a una desestimación “tácita” de la solicitud por una Junta Vecinal.

(70) Así lo ha defendido un sector de la doctrina desde hace ya años: E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, 1983, p. 553; J.I. MORILLO-VELARDE, “Hacia una nueva configuración del silencio admi-

## 8. LAS GARANTÍAS PRECONTENCIOSAS DEL DERECHO DE ACCESO

En última instancia, la función de garantía jurídica del derecho de acceso, como cualquier otro derecho subjetivo e interés legítimo, corresponde, por mandato constitucional –art. 24.1 CE–, a los órganos judiciales competentes. Sin embargo, este tipo de contenciosos se presta especialmente a la articulación de garantías administrativas previas al contencioso, máxime si se repara en la circunstancia de que la jurisprudencia ha excluido la protección jurisdiccional del derecho de acceso por el proceso especial de tutela de los derechos fundamentales<sup>71</sup>. De este modo, debe acudir al proceso contencioso-administrativo ordinario, con todo lo que ello significa de lentitud y coste en la resolución del conflicto. Asimismo, la necesidad de articular garantías precontenciosas se ve corroborada por las relativamente abundantes quejas que se formulan sobre la aplicación de este derecho al Defensor del Pueblo y figuras autonómicas similares, de actuación inmediata y carácter gratuito<sup>72</sup>.

Pero, una vez más, la Ley 30/1992 no contiene la más mínima preocupación en tal sentido, de modo que se aplicarán los recursos administrativos ordinarios de alzada y reposición, en función de que el acto agote la vía administrativa. Y, en concreto, en el ámbito de la Administración local, dado que la inmensa mayoría de sus actos ponen fin a la vía administrativa –art. 52.2 LBRL–, el interesado únicamente tendrá a su disposición el recurso potestativo de reposición –art. 52.1 LBRL y art. 116 LPAC–, recurso que podrá desempeñar una –legítima– función de autocontrol interno de la Administración sobre

nistrativo”, RGD, 1986, p. 3.371. Así lo defendimos también en nuestra obra, *El derecho de acceso a los documentos administrativos*, op. cit., p. 560. Y a esta opinión se han sumado los autores que más recientemente han tratado esta temática: J.M. BAÑO LEÓN, “El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica”, *Estudios en homenaje a Martín Mateo*, Tirant lo blanch, Valencia, pp. 1.355 y ss.; S. FERNÁNDEZ POLANCO, “La nueva regulación del silencio administrativo”, *Justicia Administrativa*, 2000, p. 44; M<sup>a</sup>. EUGENIA GUILLÉN PÉREZ, “La reforma del silencio administrativo en la Ley 4/1999, de modificación de la Ley 30/1992”, *AA*, 2000, núm. 4, pp. 144 y 145; R. BOCANEGRA SIERRA, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, 2002, pp. 100 y 101. Y, sobre todo, parece existir una precedente judicial en esta línea: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, “La inexistencia de plazo para recurrir el silencio administrativo en vía contencioso-administrativa”, *REDA*, núm. 105, 2000.

(71) Así lo declaró la STS de 30 de enero de 1989 (RJ 1989/405), en la que una organización sindical reclamaba el acceso al Archivo de Alcalá de Henares para examinar determinados documentos con objeto de fundamentar la pretensión de devolución de bienes incautados al finalizar la Guerra Civil. El Supremo se limitó a declarar que el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos no está incluido en los preceptos constitucionales que abarca la tutela judicial mediante un proceso preferente y sumario, como tampoco lo está el derecho a la devolución del patrimonio sindical incautado, descartando que la libertad sindical del art. 28 CE integre un derecho a la información. Y, en este sentido, la STS de 30 de marzo de 1999 (RJ 1999/3246) dirá que el artículo 105.b) de la Constitución “remite expresamente a la configuración legal el ejercicio del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, como derecho no fundamental, aunque relacionado con el derecho de participación política, con el de libertad de información y con el de tutela judicial efectiva”.

(72) Defensor del Pueblo, *Informe a las Cortes Generales correspondiente al año 2000*, BOCG, Serie A, núm. 201, de 8 de octubre de 2001, p. 192, donde se indica que son abundantes las quejas de los vecinos referidas al ejercicio del derecho de acceso a la información sobre las actuaciones municipales. E, igualmente, Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe al Parlamento 1997*, pp. 952 y ss.; *Informe al Parlamento 1999*, pp. 856 y 857; *Informe al Parlamento 2000*, pp. 893-895.

sus actos, pero que no puede considerarse, desde la perspectiva del ciudadano, como una verdadera garantía jurídica<sup>73</sup>.

En todo caso, debe recordarse la posibilidad que la propia LPAC –art. 107.2– brinda para la sustitución del recurso de reposición mediante otros procedimientos de impugnación “en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique”. Ciertamente, dicho precepto parece exigir una cobertura legal expresa<sup>74</sup>, pero si se interpreta conjuntamente con el límite según el cual “La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos en la Ley”, puede entenderse que las Entidades Locales están facultadas para crear, a través del Reglamento Orgánico, comisiones funcionalmente independientes y de composición eminentemente técnica –principalmente desde el Derecho y la archivística, típicamente el propio Secretario General de la Corporación y el Archivero jefe–, facultadas para intervenir en los procedimientos de recurso de reposición, si bien han de limitarse siempre a la formulación de meras propuestas no vinculantes al órgano competente<sup>75</sup>.

Más aún, cabe plantear si las Comunidades Autónomas están facultadas para crear, mediante Ley, comisiones de calificación o acceso a la documentación competentes para intervenir en los recursos contra actos dictados por las Corporaciones Locales. Debe observarse que, con relación a la Agencia de Protección de Datos, la Ley Orgánica 5/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, a diferencia de su predecesora la LORTAD de 1992, extiende expresamente a las Administraciones locales el ámbito de la actuación de las Agencias que puedan crear las Comunidades Autónomas –art. 41.1–, criterio que ha sido admitido por el Tribunal Constitucional –STC 290/2000–<sup>76</sup>. Y, en este sentido, cabe

(73) Sobre los recursos administrativos en la Administración Local tras la reforma de la Ley 4/1999, vid. C. HORGUÉ BAENA, “Los recursos administrativos en la Administración Local”, *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario sobre “Recursos Administrativos”, 2000, pp. 113 y ss.; T. COBO OLVERA, “Los recursos administrativos contra los actos de las entidades locales tras la reforma de la Ley 30/1992 y Ley 39/1988”, *Actualidad Administrativa*, 1999, núm. 25, pp. 739 y ss.

(74) Por su parte, J. PERDIGO SOLA, “El nuevo régimen de los recursos administrativos en la Administración Local”, *Administración Pública y procedimiento administrativo*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 463 y ss., defiende la innecesariedad de una Ley sectorial previa para la implantación de procedimientos alternativos de impugnación en el ámbito local, siempre y cuando las comisiones facultadas para intervenir en los procedimientos de recurso no invadan las competencias resolutorias de los órganos de gobierno.

(75) Vid. E. MONTOYA MARTÍN, “Medios alternativos de resolución de conflictos en la Administración Local”, *Justicia Administrativa*, núm. extraordinario sobre “Recursos Administrativos”, 2000, p. 142. Por lo demás, este precepto de la LPAC es una desafortunada extrapolación de la regla contenida en la LBRL –art. 69.2–, según la cual las formas, medios y procedimientos de participación que las Corporaciones Locales establezcan en ejercicio de su potestad de autorganización no podrán en ningún caso menoscabar las facultades de decisión que corresponden a los órganos representativos regulados en la LBRL. Vid. J.L. RIVERO YSERN, *Manual de Derecho Local*, Civitas, Madrid, 1999, p. 453.

(76) Como ha señalado M. SÁNCHEZ MORÓN, *La autonomía local*, Civitas, Madrid, 1990, p. 221: “El problema del control administrativo de la legalidad de las Corporaciones Locales no debe abordarse hoy en día como un problema de centralización o descentralización. Ni siquiera prioritariamente como un problema de relación entre las Administraciones locales y otras Administraciones superiores (...) El problema de control administrativo debe enfocarse, por el contrario, desde la perspectiva de los derechos del ciudadano y la garantía del respeto de la legalidad”.

señalar que la Ley de Cataluña 10/2001 –art. 19.2– prevé que en caso de reclamación (debe entenderse que se refiere a un recurso) por parte de las personas que consideren vulnerado su derecho de acceso a los documentos, corresponderá a la llamada “Comisión Nacional de Acceso, Evaluación y Selección Documental”, emitir un informe, que parece debe entenderse como preceptivo y no vinculante.

## 9. LA PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO DE ACCESO

Por último, uno de los medios indirectos para lograr la efectividad del derecho de acceso a la documentación por parte de los ciudadanos consiste en establecer mecanismos sancionadores que depuren las actuaciones de ejercicio abusivo por parte de las autoridades y funcionarios públicos de su posición para autorizar y hacer efectivo el ejercicio de este derecho, impidiendo indebidamente el ejercicio de este derecho. Y, a este respecto, como es conocido, el Código Penal –art. 542– tipifica como delito la actuación de la autoridad o el funcionario público que, a sabiendas, impida a una persona el ejercicio de los derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes<sup>77</sup>.

Asimismo, el propio Tribunal Supremo –STS de 20 de febrero de 1992, Sala de lo Penal (RJ 1992/1218) ha admitido expresamente, aún antes de la Ley 30/1992 y en relación con el precedente tipo delictivo del Código Penal de 1973 –art. 194–, que entre los derechos cívicos en las leyes están, “no sólo los fundamentales recogidos en la Constitución promulgada en 1978 y los jurídicamente protegidos en otros preceptos del Código Penal de modo específico, sino también los otorgados en disposiciones de rango puramente administrativo, cualquiera que sea su soporte legal, como el acceso a las bibliotecas y archivos del Estado, de las Comunidades Autónomas, de la Provincia o el Municipio con fines de consulta y de investigación cuando la norma legal no lo prohíba o lo restrinja”<sup>78</sup>.

Ahora bien, el principal problema práctico que presenta la aplicación de este delito al derecho de acceso es que exige un elemento subjetivo de intencionalidad, de dolo, lo cual requiere que el sujeto actúe a sabiendas de su ilegalidad<sup>79</sup>. Sin embargo, dado que la

(77) Sobre la legitimación de la garantía penal en este tipo delictivo, vid. STS de 15 de octubre de 1995, Sala de lo Penal, Ar. 7611.

(78) No obstante, esta postura de la STS de 20 de febrero de 1992 de admitir la protección del tipo penal de derechos reconocidos en simples disposiciones administrativas, es objeto de revisión a partir del CP de 1995. Así, el Auto de la Audiencia Provincial de Girona, de 10 de febrero de 1999 (ARP 1999/166) entiende que esta interpretación expansiva debe ser reconsiderada, pues aunque el art. 542 se encuentre en una sección que comprende de modo genérico los delitos contra “otros derechos individuales”, la rúbrica del Capítulo se refiere a “derechos fundamentales y libertades públicas”, todo ello en el marco de los “delitos contra la Constitución”. En todo caso, debe recordarse que el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos es un inequívoco derecho constitucional –art. 105.b) CE– y legal –art. 37 LPAC–.

(79) Así lo entiende el Auto de la Audiencia Provincial de Girona de 10 de febrero de 1999 (ARP 1999/166); así como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 11 de octubre de 1999 (ARP 1999/4180). En este sentido, también J. LANDA GOROSTIZA, “Impedimento de derechos cívicos y otros delitos de funcionarios contra las garantías constitucionales”, en *Delitos contra la Administración Pública*, IVAP, Oñati, 1997, p. 357.

redacción de la Ley 30/1992 está plagada de conceptos jurídicos indeterminados, de vaguedades, requisitos, limitaciones, condiciones (...), es realmente difícil acreditar tal actuación dolosa, puesto que siempre se podrá alegar la creencia –errónea– de que se obraba correctamente –error vencible o invencible–, de acuerdo con la Ley, e, incluso, en defensa de derechos de terceros, de tal modo que la comunicación del documento sí que podía ser constitutiva de un delito, esta vez perfectamente tipificado, como es el delito de revelación de secretos en sus distintas variantes –arts. 415, 417, 601 CP<sup>80</sup>. La única posibilidad real de aplicar el tipo delictivo en cuestión sería en aquellos casos (ya extremos) en los que son de aplicación los plazos ciertos de acceso ordenados en la legislación, estatal y autonómica, de archivos y patrimonio documental.

De hecho, esa débil protección penal del derecho de acceso frente a la inequívoca protección penal de múltiples y variados secretos sitúa a las autoridades y funcionarios públicos ante una disyuntiva, en la que es previsible una actitud cautelosa, cuando no “defensiva”, en el sentido de que es preferible equivocarse por no permitir el acceso que por comunicar indebidamente el documento. Así, debe observarse que la Ley de Cataluña 10/2001 de Archivos y Documentos –art. 38.3– califica como infracción grave la “difusión no autorizada de documentos sometidos a un período de exclusión de consulta”, pero no tipifica ningún supuesto de denegación o restricción abusiva del derecho de acceso.

(80) El único caso conocido en el cual se ha aplicado efectivamente el tipo delictivo contra los derechos cívicos al derecho ciudadano de acceso a los archivos y registro administrativos (no así a otros derechos de acceso cualificados, como el de los miembros de las Corporaciones Locales) es el de la STS de 20 de febrero de 1992, antes citada, en el cual un Alcalde denegó el acceso a los fondos de archivo y libros de enterramientos del cementerio de “San Francisco” de Orense, solicitado con la finalidad de investigar los enterramientos realizados entre 1936 y 1941, esto es en época de la Guerra Civil. Pero debe subrayarse que se trataba de un caso excepcional, puesto que tanto el secretario del Ayuntamiento de Orense –en dos ocasiones–, el jefe del negociado de cementerios, y la Comisión municipal de sanidad y asistencia social habían expresado sus pareceres en el sentido de que no existía obstáculo alguno a la concesión del permiso solicitado, de modo que el Alcalde no podía alegar la existencia de un error, vencible o invencible, “imposible de vislumbrar en el supuesto de autos por los asesoramientos que tuvo a su alcance y de que dispuso sin prestarles atención”.



**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**

Son numerosos los principios generales del Derecho invocados por los Estados y por las instituciones comunitarias en sus recursos ante el Tribunal Europeo de Justicia. En el asunto C-133/99 (Países Bajos y Francia contra Comisión, asunto resuelto por la STJCE de 6 de junio de 2002), el Gobierno neerlandés sostuvo que la Comisión había violado los principios de colaboración leal, de consulta y del planteamiento preventivo convenido entre la Comisión y los Estados miembros, en el procedimiento seguido tras los controles efectuados por la Unidad de coordinación de la lucha contra el fraude de la Comisión a la empresa neerlandesa DMV Campina en relación con la fabricación y la venta de determinados tipos de caseinatos susceptibles de recibir la ayuda a la producción de leche en el marco del Reglamento 2921/1990.

Los Países Bajos argumentaron que la Comisión violó esos principios, que resultan del artículo 5, apartado 2, letra c), del Reglamento 729/1970, en su versión modificada por el Reglamento 1287/1995, porque no tuvo en cuenta el informe crítico del órgano de

conciliación ni procuró entablar un diálogo leal con las autoridades neerlandesas, sino que guardó silencio sobre los argumentos expuestos por dichas autoridades. Asimismo, invocaron una violación del principio de seguridad jurídica, al reprochar a la Comisión la falta de diálogo alegando que las autoridades neerlandesas competentes ya habían informado a la Comisión, en particular mediante un escrito de 2 de febrero de 1993, de su interpretación del Reglamento 2921/1990 y que la Comisión, en un primer momento, no había formulado objeciones al respecto. Por último, el Gobierno neerlandés sostuvo que la Comisión había incumplido la obligación de motivación de la Decisión impugnada, en la medida en que resultaba imposible determinar, a partir de los fundamentos jurídicos de dicha decisión, cuáles eran las razones que habían hecho que la Comisión adoptara su Decisión.

Sin embargo, el TJCE rechazó estos motivos de impugnación. En su Sentencia de 6 de junio de 2002 examinó conjuntamente estos motivos para concluir señalando que la importancia de la correspondencia intercambiada y la utilización del procedimiento de conciliación demuestran que las partes estaban bien informadas de sus respectivas posiciones y que procuraban conciliar sus puntos de vista divergentes. No se puede acusar a la Comisión de que al final no se llegara a ningún consenso, en la medida en que el planteamiento de la cuestión al órgano de conciliación no la priva del derecho a adoptar la Decisión definitiva relativa a la liquidación de cuentas; “por dicho motivo y por las razones aducidas detalladamente en los puntos 119 a 121 y 123 a 127 de las conclusiones del Abogado General, no se puede acusar a la Comisión de haber violado los principios de colaboración leal, consulta, planteamiento preventivo convenido y seguridad jurídica, ni tampoco de haber incumplido la obligación de motivación”.

### 3. FUENTES

En cuanto al tema que nos concierne, esto es, las fuentes del Derecho Comunitario, no hay que destacar ninguna novedad importante en la línea jurisprudencial seguida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas hasta la fecha.

Con todo, las SSTJCE de 16 de mayo de 2002, As. C-372/01, Comisión c. Gran Ducado de Luxemburgo; de 30 de mayo de 2002, As. C-376/01, Comisión c. Irlanda y de 30 de mayo de 2002, As. C-323/01, Comisión c. República Italiana confirman la jurisprudencia del Alto Tribunal relativa a la no adopción por parte de un Estado miembro, en el plazo señalado por una Directiva, de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la misma:

“(…) 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”.

Añadiendo la tercera de las Sentencias mencionadas que:

“(…) los cambios ocurridos posteriormente no pueden ser tomados en cuenta por el Tribunal de Justicia”.

### 4. RECURSOS

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

Durante el tiempo al cual se suscribe la presente crónica el número de sentencias recaídas en recursos de anulación y de omisión aumenta sin cesar, todo ello síntoma de la actividad de ambos tribunales y de la efectividad de la justicia comunitaria. A diferencia del período anterior de estudio no existe ninguna sentencia que modifique los presupuestos objetivos de ambos recursos. No obstante, hay que reseñar algunas sentencias tales como la STPI (Sala Cuarta ampliada) de 4 de julio de 2002, recaída en el Asunto T-340/99, en la cual el Tribunal recordó que en el ámbito de las medidas de defensa comercial, las instituciones comunitarias disponen de una amplia facultad discrecional debido a la complejidad de las situaciones económicas, políticas y jurídicas que deben examinar de tal forma que el control de esta facultad discrecional se plantea respecto la comprobación del respeto de las normas de procedimiento, de la exactitud material de los hechos tenidos en cuenta para adoptar la resolución impugnada, y finalmente de la falta de error manifiesto en la apreciación de estos hechos o de la falta de desviación de poder (FFJJ 53° y 54°). Igualmente el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 4 de junio de 2002, Asunto C-503/99, ha sostenido que los Estados miembros no pueden alegar los regímenes de propiedad, contemplados en el artículo 295 del Tratado CE, para justificar obstáculos a las libertades previstas por el Tratado que sean consecuencia de privilegios que se les atribuyan en su condición de accionistas de una empresa privatizada. Y así de conformidad con la línea jurisprudencial establecida en la Sentencia de 1 de junio de 1999, Konle, Asunto C-302/97, estableció en el fundamento jurídico cuadragésimo cuarto de esta Sentencia que el artículo 295 del Tratado CE no sustrae los regímenes de la propiedad existentes en los Estados miembros a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado. Sobre los plazos del recurso de anulación y su extemporaneidad bien puede acudir al Auto del Tribunal de Justicia de 17 de mayo de 2002 recaído en el Asunto C-406/01. Respecto un recurso de omisión, el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 18 de junio de 2002, recaída en el Asunto C-398/00, nuevamente ha vuelto a recordar que un requerimiento para que la Comisión actúe dirigido a la Comisión por fax es perfectamente admisible siempre y cuando el contenido de dicho requerimiento sea suficiente. Igualmente en la STPI de 11 de junio de 2002, Asunto T-365/00, el Tribunal de Primera Instancia ha recordado en el fundamento jurídico trigésimo que “es inadmisibles un recurso de anulación dirigido contra una decisión meramente confirmatoria de una decisión anterior. Una decisión es meramente confirmatoria de una decisión anterior si no introduce ningún elemento nuevo en relación con un acto anterior y no ha sido precedida de una reconsideración de la situación del destinatario de dicho acto anterior”. Y ya para finalizar este apartado, respecto del Reino de España hay que resaltar su reciente condena por las ayudas concedidas a las empresas del grupo Magefesa en la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de julio de 2002, Asunto C-499/99.

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

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

**D) Cuestiones prejudiciales**

Tres son las conclusiones más importantes que podemos extraer de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, respecto a las cuestiones prejudiciales y las medidas cautelares, en este período. En primer lugar, el hecho de que el Tribunal de Justicia no ha variado de forma significativa, ni su jurisprudencia sobre la materia objeto de análisis, ni los contenidos de la misma. En segundo, la inexistencia de pronunciamiento interpretativo alguno de validez. Y tercera y última, la importancia de los temas tratados por el Abogado General en algunas de sus conclusiones, previas a la elaboración de futuras sentencias y que, como tendremos ocasión de constatar, pueden afectar de manera directa al Gobierno español.

La labor del Tribunal de Justicia en la relación con las cuestiones prejudiciales ha girado en torno a materias ya de todos conocidas. Sin embargo, no por ello el análisis de los pronunciamientos prejudiciales de este período pierde un ápice de su interés.

Los motivos de inadmisibilidad, así como todas las ramificaciones que de ellos resultan, siguen ocupando la mayor parte del tiempo del Tribunal. En este período, y convertida ya en una constante jurisprudencial, el Tribunal de Justicia se ha visto obligado a repasar de nuevo, las condiciones que un órgano jurisdiccional debe reunir, simultáneamente, para ser considerado como tal por el Derecho comunitario (recordemos ahora que, el concepto de “órgano jurisdiccional”, es un concepto que pertenece al ámbito exclusivo de aquel ordenamiento). Éstos son: origen legal del órgano, permanencia, carácter obligatorio de su jurisdicción, carácter contradictorio del procedimiento, aplicación por parte del órgano de normas jurídicas e independencia. Pues bien, las **Sentencias de 30 de mayo de 2002, Schmid, As. C-516/99** y de **18 de junio de 2002, HI Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik PlanungsgesmbH, As. C-92/00**, constituyen dos claros ejemplos.

La **Sentencia de 30 de mayo de 2002, Schmid, As. C-516/99**, constituye uno de esos escasos supuestos en los que, el Tribunal, después de analizar si concurren todas y cada una de las condiciones a las que antes nos hemos referido, constata la no-presencia en el órgano de remisión, de una de ellas: la independencia. Una independencia de la que cabe decir que, como condición de atribución de la cualidad de “órganos jurisdiccional” a los efectos del Derecho comunitario, es la más tardía en su aparición y compleja en su apre-

ciación. En el caso concreto, esa falta de independencia a la que alude el Tribunal, lo es respecto de las Salas de Recurso de las Direcciones Regionales de Hacienda austriacas.

Los motivos en virtud de los cuales, y a juicio del Tribunal de Justicia, dichas Salas de Recurso adolecen de independencia, y por tanto, de la condición de “órgano jurisdiccional”, quedan recogidos en los apartados 36 a 43 de la Sentencia, y que a continuación reproducimos:

“A este respecto, hay que recordar que el concepto de órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE sólo puede designar a una autoridad que tenga la cualidad de tercero en relación con la que adoptó la decisión impugnada (Sentencia de 30 de marzo de 1993, Corbiau, C-24/92, Rec. p. I-1277, apartado 15).

No puede considerarse que el órgano ante el que se interpone un recurso contra una resolución adoptada por los servicios de una administración sea un tercero en relación con estos servicios ni, por consiguiente, que sea un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, cuando presente un vínculo orgánico con dicha administración (véase, en este sentido, la sentencia Corbiau, antes citada, apartado 16), salvo que el contexto jurídico nacional pueda garantizar la separación funcional entre, por una parte, los servicios de la administración cuyas resoluciones se impugnan y, por otra parte, la autoridad que resuelve las reclamaciones presentadas contra las resoluciones de dichos servicios sin recibir instrucción alguna de la administración de cuyos servicios dependen (véase, en este sentido, la sentencia Gabalfrisa y otros, antes citada, apartado 39).

Pues bien, procede hacer constar que una Sala de Recurso tiene un vínculo orgánico y funcional con la Dirección regional tributaria de la que emanan las resoluciones impugnadas ante ella, que se opone a que se le reconozca la cualidad de tercero en relación con dicha administración.

En primer lugar, por lo que respecta a la existencia de un vínculo orgánico, consta que dos de los cinco miembros de la Sala de Recurso pertenecen a la administración tributaria. A este respecto, es significativo que el presidente de la Dirección regional de Hacienda sea legalmente miembro de la Sala de Recurso, en la que ejerce las funciones de presidente, al menos según la Ley.

En segundo lugar, por lo que respecta a la existencia de un vínculo funcional, procede recordar ante todo que, el funcionario de la Dirección regional de Hacienda que es el segundo miembro de la Sala de Recurso procedente de la administración tributaria continúa ejerciendo sus actividades en el seno de dicha administración y, por lo tanto, está sujeto a las instrucciones de sus superiores jerárquicos.

En tercer lugar, del artículo 270, apartado 1, de la BAO resulta que el presidente de la Dirección regional de Hacienda tiene la facultad de designar a los miembros de las Salas de Recurso a partir de las listas de los miembros de la comisión de recurso. Ninguna disposición legal le impide modificar discrecionalmente la composición de una Sala de Recurso para la instrucción de cada reclamación, incluso en el curso de la instrucción de una recla-

mación. A falta de disposición legal expresa que determine la duración del mandato de los miembros de las Salas de Recurso y que precise los casos de revocación, no puede considerarse que estos últimos dispongan de garantías suficientes contra intervenciones o presiones indebidas por parte del poder ejecutivo (véase, en este sentido, la Sentencia de 4 de febrero de 1999, Köllensperger y Atzwanger, C-103/97, Rec. p. I-551, apartado 21).

Por último y sobre todo, el presidente de la Dirección regional de Hacienda –al estar sujeto a posibles instrucciones del Ministro de Hacienda– puede recurrir contra una resolución de una Sala de Recurso (artículo 292 de la BAO) y defender en ese momento un punto de vista diferente del de la Sala que él preside.

En tales circunstancias, ni la prohibición establecida por el artículo 271, apartado 1, de la BAO de recibir instrucciones en el ejercicio de las funciones de miembro de una Sala de Recurso, ni la circunstancia de que, en la práctica, el presidente de la Dirección regional de Hacienda renuncie a ejercer él mismo las funciones de presidente de la Sala de Recurso que se le atribuye legalmente y designe para ello a otro miembro de la administración tributaria, ni el hecho de que el segundo miembro de la Sala procedente de la administración tributaria no intervenga en las cuestiones y en los procedimientos de los que se ocupa normalmente en el seno de dicha administración, bastan para garantizar la independencia de una Sala de Recurso”.

La conclusión a la que va a llegar el Tribunal no puede ser otra que la antes anticipada (apdo. 44 de la sentencia):

“De las consideraciones que anteceden resulta que una Sala de Recurso no constituye un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE y que, por consiguiente, el Tribunal de Justicia no es competente para responder a las cuestiones remitidas por la Sala Quinta de Recurso.”

En la **Sentencia de 18 de junio de 2002, HI Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik PlanungsgesmbH, As. C-92/00**, el Tribunal, al contrario que en el supuesto anterior pero siguiendo los mismos pasos, aprecia la existencia de todos y cada uno de los requisitos necesarios para atribuir al órgano de remisión la calificación de “órgano jurisdiccional”. Recorremos ahora el camino seguido por el Tribunal para llegar a esta conclusión (apdos. 24 a 28 de la Sentencia):

“Con carácter preliminar, procede examinar si el *Vergabekontrollsenat des Landes Wien* constituye un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE y, por lo tanto, si procede admitir sus cuestiones.

Según una reiterada jurisprudencia, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio

## I. Derecho Comunitario

de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (véanse, en particular, las Sentencias de 17 de septiembre de 1997, Dorsch Consult, C-54/96, Rec. p. I-4961, apartado 23, y de 4 de febrero de 1999, Köllensperger y Atzwanger, C-103/97, Rec. p. I-551, apartado 17).

A este respecto, ha de señalarse, por una parte, que el artículo 94 de la *WLVergG* revela de manera evidente que el *Vergabekontrollsenat* responde a los criterios relativos al origen legal, al carácter obligatorio de su jurisdicción, al carácter contradictorio del procedimiento y a la aplicación de normas jurídicas.

Por otra parte, procede indicar que el artículo 95 de la *WLVergG*, que regula la composición y el funcionamiento de dicho órgano, garantiza su carácter permanente y, en relación con el artículo 94, apartado 3, de dicha Ley, su independencia.”

De lo anterior se deriva que debe considerarse al *Vergabekontrollsenat des Landes Wien* como un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, por lo que sus cuestiones son admisibles.

Pero tratándose de la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales, el Tribunal también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre otros requisitos de la misma. Así por ejemplo, en la **Sentencia de 30 de mayo de 2002, Carbone, As. C-296/00**, se nos recuerda cómo, para inadmitir la cuestión prejudicial planteada por faltas o carencias en el contenido del escrito de remisión, las carencias formales o de contenido de dicho escrito tienen que ser de tal entidad, que imposibiliten al Tribunal tener un conocimiento “suficiente (...) y reglamentario” del supuesto de hecho y del marco normativo del litigio principal (apdo. 25 de la sentencia), circunstancia que no es de apreciar en este caso concreto. En la **Sentencia de 25 de junio de 2002, Bigi, As. C-66/00**, una de las partes en el litigio (el Gobierno Alemán) alega, como eventual causa de inadmisión, la innecesariedad de la respuesta (si la denominación “parmesan” ha pasado a ser genérica o no) para resolver el asunto que es objeto del procedimiento principal. Tampoco en este caso el Tribunal aprecia tal innecesariedad (apdo. 20 de la sentencia), por lo que (apdo. 21 de la misma): “(...) procede admitir la petición de decisión prejudicial”. Por último, y todavía dentro de los motivos de inadmisibilidad examinados por el Tribunal en este período, debemos señalar la **Sentencia de 9 de julio de 2002, Flightline, As. C-181/00**, en la que Transportes Aéreos Portugueses (TAP), alega como causa de inadmisión: a) la innecesariedad de la respuesta prejudicial –como en el caso anterior–, y b) la falta de competencia del Tribunal de Justicia para decidir sobre el asunto concreto. El Tribunal rechaza dicha alegación, rebatiendo cada uno de los motivos de inadmisión invocados: a) estableciendo una clara distinción entre, decidir sobre el supuesto concreto (para lo cual, efectivamente, carece de competencia), y lo que en realidad hace el Tribunal, que es “(...) proporcionar al órgano jurisdiccional nacional los elementos de interpretación del Derecho comunitario que pudieran ser útiles para la valoración de los efectos de las disposiciones del mismo (...)” (apdo. 20 de la sentencia, *in fine*), y b) recordando que, salvo las excepciones de todas conocidas, el Tribunal tiene la obligación de pronunciarse (apdo. 21 de la sentencia). Se pone así de manifiesto, una vez más, la predisposición del Tribunal a cumplir con su labor de intérprete supremo del Derecho comunitario.

Pero no sólo de la admisibilidad se ha ocupado el Tribunal, también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre dos argumentos de indudable trascendencia: el reparto de competencias entre juez nacional y Tribunal de Justicia, y el análisis de la obligación de requerimiento prejudicial, en el caso de tratarse de un órgano cuya decisión no es susceptible de posterior recurso. Sin lugar a dudas, el segundo de los argumentos propuestos tiene mayor interés que el primero.

Es en la **Sentencia de 4 de junio de 2002, Lyckeskog, As. C-99/00**, donde el Tribunal de Justicia enfrenta la cuestión de la obligación de requerimiento prejudicial cuando el pronunciamiento del órgano encargado de decidir sobre el procedimiento principal, no sea susceptible de posterior recurso. Es una sentencia de gran interés, puesto que el problema a resolver es bastante complejo: ¿debe considerarse al órgano jurisdiccional remitente (el *Hovrätten för Västra Sverige*) incluido en la definición comunitaria de lo que son “órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no son susceptibles de ulterior recurso”, por el mero hecho de que sus decisiones, aun posteriormente recurribles, necesitan que el recurso sea admitido por el Tribunal Supremo correspondiente? En realidad se trata de una cuestión muy importante, más aun, si pensamos que en España se puede dar esta misma situación.

En otras palabras, se trata de dilucidar, si el requisito de admisión del recurso por parte del órgano jurisdiccional jerárquico y superior determina, por sí solo, que el órgano jurisdiccional inferior entre dentro de la categoría de órgano jurisdiccional cuya decisión no es susceptible de ulterior recurso, y por tanto, estaría obligado a plantear cuantas cuestiones prejudiciales se le planteen en un supuesto concreto. La opinión del Tribunal a este respecto es negativa. La expresión “no susceptible de ulterior recurso” debe interpretarse en sentido estricto.

El Tribunal de Justicia entiende que el requisito para transformar la facultad de interposición prejudicial en obligación, no deriva del requisito de admisibilidad o no del recurso, sino de la propia posibilidad de recurrir. Basta que la decisión del órgano jurisdiccional nacional pueda ser recurrible para que la facultad que tiene el órgano remitente sea eso, una facultad, y no una obligación. El requisito de la admisibilidad no priva a las partes del recurso.

La argumentación del Tribunal es la siguiente. La remisión prejudicial como obligación sólo se aplica: a los tribunales supremos nacionales y a cualesquiera órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso (apdo. 15 de la sentencia). El órgano jurisdiccional sobre el que se interpela (el *Hovrätten för Västra Sverige*), es un órgano de apelación y sus sentencias pueden ser recurridas ante el Tribunal Supremo sueco (apdo. 16 de la sentencia), el hecho de que este recurso pueda ser luego inadmitido, resulta irrelevante a los efectos que aquí se discute (apdo. 16, *in fine*, de la sentencia):

## I. Derecho Comunitario

“La circunstancia de que el examen del fondo de estas impugnaciones quede supeditado a una previa declaración de admisibilidad por el Tribunal Supremo no tiene por efecto privar a las partes de recurso.”

Por último, y en cuanto a la determinación del reparto de competencias entre juez nacional y juez comunitario, la **Sentencia de 6 de junio de 2002, Sapod Audic, As. C-159/00** y la **Sentencia de 13 de junio de 2002, Sea-Land Service, As. ac. C-430/99 y C-431/99**, se ocupan de recordarnos cuáles son las tareas que corresponde desempeñar al Tribunal de Justicia, y cuáles las que les toca ejercer al juez nacional, utilizando la conocida fórmula tantas veces empleada:

“A este respecto, es necesario recordar que, según reiterada jurisprudencia, corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia (...) No obstante, el Tribunal de Justicia ha estimado que no puede pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional cuando resulta evidente que la interpretación o la apreciación de la validez de una norma comunitaria, solicitada por el órgano jurisdiccional nacional, no tienen relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas.”

Pero, sin lugar a dudas, lo más sorprendente de este período han sido los importantes contenidos que hemos encontrado en las conclusiones del Abogado General, previas a pronunciamientos prejudiciales todavía no dictados. Unos contenidos de los que, en algunos casos, se podrían llegar a derivar importantes consecuencias para el Gobierno Español.

En sus **Conclusiones de 4 de julio de 2002, Bourrasse, As. ac. C-228/01 y C-289/01**, el Abogado General pone de manifiesto la posibilidad de la que dispone el Tribunal de Justicia, para entrar a valorar disposiciones de Derecho comunitario que no hayan sido mencionadas por el órgano jurisdiccional remitente. Se trata en todo caso de una facultad condicionada a que con ello se pueda dar una respuesta adecuada a órgano de remisión. El Abogado General afirma (apdo. 24 de las Conclusiones):

“(…) aunque así fuese [esto es, aunque el órgano remitente no determinase con precisión la normativa comunitaria que se debe interpretar en el caso concreto], ello no privaría al Tribunal de Justicia de la posibilidad de responder a la cuestión planteada, dado que, como ha precisado la jurisprudencia comunitaria, ‘para dar una respuesta adecuada al órgano jurisdiccional que le plantea una cuestión prejudicial, el Tribunal de Justicia puede verse obligado a tomar en consideración normas de Derecho comunitario a las que el juez nacional no se haya referido en su cuestión’ (...)”

Pero es en las **Conclusiones de 6 de junio de 2002, Barreira Pérez, As. C-347/00**, al abordar la cuestión de la regla de la retroactividad de los pronunciamientos prejudiciales, cuando se pone de manifiesto los importantes trastornos económicos que este tipo de pronunciamientos pueden producir en un país, y más en concreto y en este caso, en España.

Así es, el asunto Barreira Pérez (sobre el que, obviamente, todavía no ha recaído sentencia prejudicial), puede provocar un fuerte desequilibrio económico en las arcas del Estado español, de cumplirse dos condiciones: que el pronunciamiento definitivo en sentencia sea favorable al Sr. Barreira Pérez; y que dicha sentencia tenga efectos retroactivos.

Se trata de un supuesto en el que un particular (Sr. Barreira Pérez), que ha trabajado y cotizado a la Seguridad Social en dos países distintos por períodos de tiempo consecutivos y está reclamando del estado español la pensión de jubilación, en su variedad de “prestación prorrateada”, que entiende le pertenece. De vencer en el litigio, y puesto que el pronunciamiento prejudicial tendría carácter retroactivo, ello podría suponer la eventual reapertura y asignación de la pensión correspondiente en cientos de casos similares, lo que provocarían un grave desequilibrio económico, a juicio siempre del Gobierno español (apdos. 72 y 73 de la sentencia).

El Abogado General señala en sus conclusiones que, a su juicio, no se dan en este caso los requisitos necesarios para excepcionar la regla de la retroactividad (apdos. 77 y 85). En opinión del Abogado General, la futura sentencia prejudicial debería tener efectos retroactivos, ya que, no ha existido buena fe, ni por parte del Gobierno español, ni del INSS y, aunque los trastornos económicos que dicha hipotética sentencia puede producir (caso siempre de acoger las pretensiones del Sr. Barreira Pérez) son evidentes, es necesario no olvidar que, según el propio Tribunal: “(...) las consecuencias financieras que podrían derivar para un Estado de un sentencia dictada con carácter prejudicial no justifican, por sí solas, la limitación de los efectos en el tiempo de esta sentencia”.

En otras palabras, el Gobierno español, en virtud del contenido de un futuro y próximo pronunciamiento prejudicial, puede ver seriamente comprometida su capacidad económica de cobertura social por virtud de lo resuelto por sentencia prejudicial. Por supuesto habrá que esperar a conocer el contenido y la orientación definitiva de dicha sentencia prejudicial, pero el estudio de las Conclusiones del Abogado General en este asunto concreto, ha servido para ponernos sobre la pista de una importante cuestión: los efectos en el tiempo de los pronunciamientos prejudiciales y las importantes consecuencias que de ello pueden llegar a derivarse. El Abogado General a este respecto, expresa su opinión de forma concluyente.

Pienso que las circunstancias del caso de autos no justifican que se establezcan excepciones al principio de la retroactividad de las sentencias interpretativas.

### E) Medidas cautelares

Nada ha cambiado en el escenario jurisprudencial reciente, en lo que respecta a la posible adopción de medidas cautelares por parte de los jueces nacionales, en el marco de un proceso prejudicial.

Ahora bien, no podemos por menos que dar noticia ahora, del Recurso por incumplimiento al que se enfrenta España en el As. C-214/00, y en que se dilucidan entre otros aspectos, la falta de acomodo de la normativa española al contenido de la Directiva 89/665/CEE, que prevé la posibilidad de ordenar todo tipo de medidas cautelares útiles, en relación con las decisiones adoptadas por las entidades adjudicadoras. A buen seguro sobre esta cuestión tendremos oportunidad de volver en el futuro una vez se haya dictado la sentencia correspondiente.

## 5. MERCADO INTERIOR

### A) Libre circulación de mercancías

La única sentencia que hemos recogido sobre esta materia se ha generado en el período estudiado es la **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) de 3 de julio de 2002, A. Menarini-Industrie Farmaceutiche Riunite Srl, contra Comisión Europea**. El asunto, en apariencia sencillo, fue la negativa de la Comisión a que el logotipo de la demandante (una empresa farmacéutica italiana) figurase en el cuadro azul del embalaje de un producto farmacéutico para el cual rige un procedimiento centralizado de autorización. A este respecto es preciso aclarar que la comercialización de medicamentos dentro de la Unión Europea está sujeta a la concesión de una autorización de comercialización. El Reglamento (CEE) 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 y por el que se crea la Agencia Europea para la Evaluación de Medicamentos (DO L 214, p. 1), establece un procedimiento denominado “centralizado” para la autorización de los medicamentos, muy exigente en lo que respecta al prospecto y al envasado del medicamento. La demandante es una sociedad italiana que realiza su actividad en el sector de la investigación farmacéutica, del desarrollo y de la comercialización de medicamentos, que concedió licencias para comercializar su medicamento en otros Estados, pretendiendo que su logotipo figurase en ellos.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, si bien la decisión administrativa es el resultado de apreciaciones complejas pertenecientes al ámbito médico-farmacológico, tales apreciaciones son objeto de un control judicial restringido [véanse la **Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de enero de 1999, Upjohn, C-120/97, Rec. p. I-223**, apartados 33 y 34, y el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 11 de abril de 2001, **Comisión/Trenker, C-459/00 P(R), Rec. p. I-2823**, apartados 82 y 83)].

En el caso de autos, la decisión que la Comisión debió adoptar no implicaba apreciaciones complejas pertenecientes al ámbito médico-farmacológico, tales como, por ejemplo, las apreciaciones relativas a la eficacia, seguridad y calidad de un medicamento (Auto Comisión/Trenker, antes citado, apartado 82). En efecto, a la luz del artículo 2, apartado 2, de la Directiva 92/27/CE, la posibilidad de incluir en el embalaje exterior de un medicamento el logotipo del representante local depende, en particular, de si tal elemento es o no útil para la educación sanitaria. Pues bien, la apreciación de la utilidad de dicho logotipo para la educación sanitaria no reviste ninguna complejidad que pueda justificar una limitación del alcance del control judicial, sobre todo habida cuenta de que no exige ninguna pericia ni conocimientos técnicos especiales.

El Tribunal de Primera Instancia anuló la decisión de la Comisión por la que se desestimaba la solicitud de la demandante de que su logotipo figurase en el cuadro azul del embalaje del producto farmacéutico por ella comercializado, autorizado conforme al procedimiento centralizado de autorización.

### **B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento**

En el período comentado tan sólo contamos con una sentencia sobre libre prestación de servicios, **STJCE (Sala Tercera) de 13 de junio de 2002: Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa; Asunto C-286/01**.

El objeto de esta sentencia era que se declarase que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 32 de la Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo (DO L 101, p. 24), y 249 CE, al no haber puesto en vigor, dentro del plazo señalado, la totalidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para adaptar su Derecho interno a dicha Directiva.

El TJCE declaró que la República Francesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 32 de la Directiva 98/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 1998, sobre la aplicación de la oferta de red abierta (ONP) a la telefonía vocal y sobre el servicio universal de telecomunicaciones en un entorno competitivo, al no haber puesto en vigor, dentro del plazo señalado, la totalidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para adaptar su Derecho interno a la citada Directiva. En la argumentación del Tribunal se precisa que, según reiterada jurisprudencia, un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una directiva (en particular, **Sentencia de 17 de enero de 2002, Comisión/Bélgica, C-423/00**, apartado 16).

En cuanto a Derecho de establecimiento, contamos con dos sentencias dictadas durante el período que se analiza; la primera de ellas referida al Estado español, enjuició indirectamente

## I. Derecho Comunitario

tamente el sistema MIR como requisito exigible a médicos provenientes de otros Estados. Se trata de la **Sentencia (Sala Quinta) de 16 de mayo de 2002; Asunto C-232/99, Comisión contra Reino de España**. El objeto de esta sentencia era que se que el Reino de España, al no haber incorporado correctamente dentro del plazo fijado el artículo 8 de la Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos (DO L 165, p. 1). El TJCE acogió favorablemente únicamente esta pretensión.

Concretamente el artículo 8 de la Directiva 93/16/CE dispone:

“1. Cada Estado miembro de acogida podrá exigir a los nacionales de los Estados miembros que deseen obtener uno de los diplomas, certificados u otros títulos de formación de médico especialista no mencionados en los artículos 4 y 6, o que, aunque mencionados en el artículo 6, no se expidan en un Estado miembro de origen o de procedencia, que reúnan las condiciones de formación previstas a este respecto por sus propias disposiciones legales, reglamentarias y administrativas.

2. El Estado miembro de acogida tendrá en cuenta sin embargo, en todo o en parte, los períodos de formación realizados por los nacionales mencionados en el apartado 1 y sancionados por un diploma, certificado u otro título de formación expedido por las autoridades competentes del Estado miembro de origen o de procedencia, cuando dichos períodos correspondan a los exigidos en el Estado miembro de acogida para la formación especializada de que se trate.

3. Las autoridades u organismos competentes del Estado miembro de acogida, tras haber verificado el contenido y la duración de la formación especializada del interesado que demuestren los diplomas, certificados y otros títulos presentados, le informarán del período de formación complementaria necesario, así como de las materias incluidas en éste.”

El Derecho español se adaptó al artículo 8 de la Directiva 93/16/CE mediante el artículo 12 bis del Real Decreto 1691/1989, de 29 de diciembre, por el que se regulan el reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos de Médico y de Médico Especialista de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios (BOE 13, de 15 de enero de 1990, p. 1.267; en lo sucesivo, “Real Decreto 1691/1989”), introducido mediante el Real Decreto 2072/1995, de 22 de diciembre (BOE 20, de 23 de enero de 1996, p. 1.962; en lo sucesivo, “Real Decreto 2072/1995”). A tenor del mencionado artículo 12 bis:

“1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 93/16/CEE, lo establecido en este artículo será aplicable a los nacionales de los Estados miembros que pretendan obtener los títulos españoles de médicos especialistas, cuando aporten certificados, diplomas u otros títulos de formación médica especializada, que no figuren en el anexo II de este Real Decreto.

2. La Dirección General de Investigación Científica y Enseñanza Superior del Ministerio de Educación y Ciencia valorará los períodos formativos realizados por el interesado, a efec-

tos de reconocer los que en su caso corresponda, y previo informe, cuando proceda, de la Comisión Nacional de la especialidad correspondiente, determinará el tiempo de formación complementario, así como las materias incluidas en éste, que el interesado deberá cursar para la obtención del título español de médico especialista.

3. La formación que acrediten los solicitantes, que previamente habrán de tener reconocido el título de médico, será valorada en función de su carácter oficial en el Estado de origen y de su adecuación a los contenidos formativos establecidos en España para la correspondiente especialidad. El período formativo complementario, que en su caso deban desarrollar los interesados, se llevará a cabo en una plaza acreditada para la formación en la especialidad correspondiente. Salvo en el supuesto contemplado en el apartado 4 de este mismo artículo, los interesados deberán solicitar a tal efecto la admisión a la plaza formativa tras someterse al procedimiento ordinario, que incluye la prueba de carácter estatal, establecido en el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, y demás disposiciones vigentes, en igualdad de condiciones con los demás aspirantes del citado procedimiento.

4. Cuando los interesados acrediten haber superado una prueba nacional selectiva para acceder a la formación realizada en el Estado de origen quedarán exentos de la prueba prevista en el artículo 5.1 del Real Decreto 127/1984, que se menciona en el apartado anterior. En estos casos, el período de formación complementario se desarrollará en la plaza acreditada para la formación especializada que determine la Comisión Internacional a que hace referencia el artículo 5 del Real Decreto 127/1984, y de acuerdo con lo establecido en el mismo y en sus normas de desarrollo.”

Para el TJCE, el artículo 8 de la Directiva 93/16/CE forma parte de las medidas de Derecho comunitario dirigidas a facilitar la movilidad profesional de los médicos comunitarios que hayan recibido una formación médica especializada. El artículo 8, apartado 1, de la Directiva 93/16/CE prevé que el interesado obtendrá un nuevo diploma en el Estado miembro de acogida tras haber recibido, en su caso, una formación complementaria. Gracias a este diploma podrá ejercer posteriormente la especialidad médica de que se trate. El apartado 2 de dicho artículo obliga al Estado miembro de acogida a tener en cuenta, a la hora de determinar la formación complementaria necesaria, la cualificación profesional pertinente del interesado conforme a principios análogos a los desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales.

Según dicha jurisprudencia, cuyos principios se concretan en la **Sentencia de 7 de mayo de 1991, Vlassopoulou (C-340/89, Rec. p. I-2357)**, apartado 16, las autoridades de un Estado miembro están obligadas, cuando examinen una solicitud de habilitación para ejercer una profesión regulada presentada por un nacional de otro Estado miembro, a tomar en consideración la cualificación profesional del interesado efectuando una comparación entre, por una parte, las aptitudes acreditadas por sus diplomas, certificados y otros títulos, así como por su experiencia profesional pertinente, y, por otra, la capacitación profesional exigida por la legislación nacional para el ejercicio de la profesión de

## I. Derecho Comunitario

que se trate (véase la reciente **Sentencia de 22 de enero de 2002, Dreesen, C-31/00**, aún no publicada en la Recopilación, apartado 31).

Esta obligación se extiende a todos los diplomas, certificados y otros títulos, así como a la experiencia pertinente del interesado, con independencia de que se hayan adquirido en un Estado miembro o en un país tercero, y no desaparece por el hecho de que se adopten directivas relativas al reconocimiento mutuo de diplomas (véase la **Sentencia de 14 de septiembre de 2000, Hocsman, C-238/98, Rec. p. I-6623**, apartados 23 y 31).

En este contexto, el objeto principal de directivas como la Directiva 93/16/CE es el establecimiento de regímenes de reconocimiento automático e incondicional de determinados diplomas, certificados y otros títulos.

Éste es el contexto general que lleva a la Directiva 93/16/CE a distinguir tres supuestos de hecho para el reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos de los médicos comunitarios que hayan recibido una formación médica especializada.

1) El primer supuesto se refiere a los médicos migrantes que dispongan de un diploma, de un certificado o de otro título acreditativo de una especialidad médica que, por un lado, forme parte de las especialidades comunes a todos los Estados miembros y, por otro lado, esté incluida en la enumeración del artículo 5, apartado 2, de la Directiva 93/16/CE. Conforme al artículo 4 de esta Directiva, el reconocimiento de dichos diplomas, certificados y otros títulos es automático e incondicional en todos los Estados miembros.

2) El segundo supuesto se refiere a los médicos migrantes que dispongan de un diploma, de un certificado o de otro título acreditativo de una especialidad médica que no forme parte de las especialidades comunes a todos los Estados miembros, pero que se encuentre incluida en la lista de especialidades propias de dos o más Estados miembros contemplada en el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 93/16/CE. Conforme al artículo 6 de dicha Directiva, el reconocimiento de tales diplomas, certificados y otros títulos es automático e incondicional entre los Estados miembros de que se trate, pero sólo entre ellos.

3) El tercer supuesto se refiere a los médicos migrantes que deseen ejercer una especialidad médica en un Estado miembro y hayan recibido, en otro Estado miembro, una formación médica sancionada por un diploma, un certificado u otro título que no dé acceso al ejercicio de la especialidad médica de que se trate en el primer Estado miembro con arreglo al artículo 4 o al artículo 6 de la Directiva 93/16/CE. En tal caso, el artículo 8 de dicha Directiva tiene por objeto facilitar la libre circulación de estos médicos, permitiéndoles completar, en el Estado miembro de acogida y conforme a la normativa interna de éste, la formación necesaria para el ejercicio de dicha especialidad médica.

Por consiguiente, el artículo 8 de la Directiva 93/16/CE se aplica, en primer lugar, a las especialidades médicas que existan tanto en el Estado miembro de acogida como en el Estado miembro de origen o de procedencia, pero que, por cualquier motivo, no hayan sido incluidas en las listas contempladas en los artículos 5 y 7 de dicha Directiva. También

se aplica a las formaciones especializadas que, si bien no se consideran especialidad médica en el Estado miembro de origen o de procedencia, dan acceso en dicho Estado miembro al ejercicio de una actividad médica que constituye una especialidad médica en el Estado miembro de acogida. Y por último, en tercer lugar, el artículo 8 de la Directiva 93/16/CE se aplica a los casos en que el médico migrante dispone de un diploma relativo a una especialidad médica para la que el Estado miembro de acogida no prevé una especialidad correspondiente, sino una especialidad conexas, de forma que el ejercicio de esta última en el Estado miembro de acogida requiere una formación complementaria previa.

El Reino de España hace constar que su sistema de acceso a la formación médica especializada puede ser objeto de un uso fraudulento si se interpreta que el artículo 8 de la Directiva 93/16 CE se aplica también a los médicos migrantes que posean un diploma, un certificado u otro título de formación médica especializada que sólo acredite una breve formación y que no permita el acceso al ejercicio de una actividad médica especializada en el Estado miembro de origen o de procedencia. Una interpretación de este tipo llevaría, en particular, a permitir que los médicos españoles eludieran la prueba MIR recibiendo simplemente una breve formación en otro Estado miembro.

La Comisión reconoce que el interés en impedir abusos de este tipo es legítimo. Sin embargo, reitera que no es necesario ni proporcionado someter a la oposición MIR a los médicos migrantes que dispongan de una formación médica especializada y completa en el Estado miembro de origen o de procedencia. A este respecto, de las observaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia se desprende que el Reino de España exige, en principio, la superación del examen MIR a todos los médicos migrantes del mismo modo que a los médicos que desean recibir una primera formación que les permita obtener un diploma, un certificado u otro título de médico especialista. La circunstancia de que las autoridades españolas eximan en la práctica de la superación de dicha prueba a quienes demuestren haber superado un procedimiento de selección análogo en su Estado miembro de origen o de procedencia no es más que una confirmación de que existe una regla conforme a la cual la participación en dicho examen es en principio obligatoria para todos los médicos migrantes.

El segundo pronunciamiento del TJCE sobre esta materia lo tenemos en la **Sentencia de 4 de junio de 2002, Comisión contra República francesa; Asunto C-483-99**, donde el Tribunal declaró que Francia había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud tanto de los artículos 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) a 58 del Tratado CE (actualmente artículo 48 CE), como del artículo 73.B del Tratado CE (actualmente artículo 56 CE), al mantener en vigor un Decreto de 1993, por el que se crea una acción específica del Estado en la *Société nationale Elf-Aquitaine*, con arreglo al cual la acción específica de la República Francesa en dicha sociedad conllevaba una serie de derechos:

## I. Derecho Comunitario

a) toda operación por la que una persona física o jurídica, actuando a título individual o de concierto con otras, rebase, con su participación directa o indirecta, la décima, la quinta o la tercera parte del capital social o de los derechos de voto de la sociedad debe contar con la aprobación previa del ministro de Economía;

b) el titular puede oponerse a todo acuerdo de enajenación o pignoración de los activos que figuran en el anexo al Decreto, a saber, la mayoría del capital de las cuatro filiales de dicha sociedad (*Elf-Aquitaine Production, Elf-Antar France, Elf-Gabon SA y Elf-Congo SA*).

En la Sentencia el Tribunal tan sólo entró a analizar el art. 73.B del Tratado, procede entrar a valorar el resto. Aunque el Tratado no define los conceptos de movimientos de capitales y de pagos, es sabido que la Directiva 88/361/CE, junto a la nomenclatura que figura en ella como anexo, tiene un valor indicativo para definir el concepto de movimientos de capitales (véase la **Sentencia de 16 de marzo de 1999, Trummer y Mayer, C-222/97, Rec. p. I-1661**, apartados 20 y 21). El artículo 73.B del Tratado prohíbe de manera general las restricciones a los movimientos de capitales entre Estados miembros. Dicha prohibición va más allá de la eliminación de toda desigualdad de trato de los operadores en los mercados financieros basada en su nacionalidad.

Aunque no da lugar a un trato desigual, la normativa controvertida puede impedir la adquisición de acciones en las empresas afectadas y disuadir a los inversores de otros Estados miembros de invertir en el capital de dichas empresas. En consecuencia, dicha normativa puede, por este motivo, hacer que la libre circulación de capitales sea ilusoria (véanse, a este respecto, las **Sentencias de 14 de diciembre de 1995, Sanz de Lera y otros, Asuntos acumulados C-163/94, C-165/94 y C-250/94, Rec. p. I-4821**, apartado 25, y de 1 de junio de 1999, *Konle*, C-302/97, Rec. p. I-3099, apartado 44).

En tales circunstancias, debe considerarse que la normativa controvertida constituye una restricción a los movimientos de capitales en el sentido del artículo 73.B del Tratado. Por consiguiente, procede examinar si es posible admitir dicha restricción y con qué requisitos.

Como se desprende igualmente de la Comunicación de 1997, no es posible ignorar las preocupaciones que pueden, en función de las circunstancias, justificar que los Estados miembros conserven cierta influencia en las empresas inicialmente públicas que se privatizan posteriormente, cuando dichas empresas actúen en el ámbito de los servicios estratégicos o de interés general (véanse las **Sentencias de este mismo día, Comisión/Portugal, aún no publicada en la Recopilación, C-367/98**, apartado 47, y **Comisión/Bélgica, aún no publicada en la Recopilación, C-503/99**, apartado 43).

Tales preocupaciones no autorizan, sin embargo, a los Estados miembros a alegar sus regímenes de la propiedad, contemplados en el artículo 222 del Tratado, para justificar obstáculos a las libertades previstas por el Tratado que sean consecuencia de privilegios que se les atribuyan en su condición de accionistas de una empresa privatizada. En efecto, como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (*Sentencia Konle*), dicho artículo no sustrae los regímenes de la propiedad existentes en los Estados miembros a la aplicación de las normas fundamentales del Tratado. En el caso de autos, no puede

negarse que el objetivo perseguido por la normativa controvertida, a saber, garantizar la seguridad del abastecimiento de productos petrolíferos en caso de crisis, responde a un interés público legítimo. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha reconocido, entre las razones de seguridad pública que pueden justificar un obstáculo a la libre circulación de mercancías, el objetivo que consiste en garantizar, en todo momento, un abastecimiento mínimo de productos petrolíferos (Sentencia *Campus Oil* y otros). El mismo razonamiento puede aplicarse a los obstáculos a la libre circulación de capitales, en la medida en que la seguridad pública figura igualmente entre las justificaciones enumeradas en el artículo 73.D, apartado 1, letra b), del Tratado.

No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado también que las exigencias impuestas por la seguridad pública deben, en particular por constituir una excepción al principio fundamental de libre circulación de capitales, interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Comunidad. Por tanto, la seguridad pública sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad (véase, en particular, la Sentencia *Église de scientologie*).

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

El único pronunciamiento jurisprudencial de interés que se ha producido durante el período analizado está relacionado con el principio de igualdad de trato. En efecto, la **STJCE de 11 de julio de 2002, D’Hoop, As. C-224/98** —en el marco de un reenvío prejudicial— considera que el Derecho comunitario se opone a que un Estado miembro deniegue a uno de sus nacionales, estudiante en busca de un primer empleo, la concesión de los subsidios de espera por el mero hecho de que dicho estudiante haya terminado sus estudios secundarios en otro Estado miembro. Así, según el TJCE, “en la medida en que debe reconocerse a cualquier ciudadano de la Unión en todos los Estados miembros el mismo trato jurídico que se otorga a los nacionales de dichos Estados miembros que se encuentran en la misma situación, sería incompatible con el derecho de libre circulación que pudiese aplicársele en el Estado miembro del que es nacional un trato menos favorable del que disfrutaría si no hubiera hecho uso de las facilidades concedidas por el Tratado en materia de circulación” (apartado 30). En el supuesto de hecho que da lugar al procedimiento nacional, la normativa nacional introduce una diferencia de trato entre los nacionales belgas que han realizado todos sus estudios secundarios en Bélgica y aquellos que, habiendo ejercido su libertad de circulación, hayan obtenido un diploma de fin de estudios secundarios en otro Estado miembro, pues sólo a aquellos se les concedía los subsidios de espera. Por ello el TJCE considera que al vincular la concesión de los subsidios en espera al requisito de haber obtenido el diploma exigido en Bélgica, la normativa nacional perjudica a determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercido su libertad de circulación con el fin de cursar estudios en otro Estado miembro, siendo tal desigualdad de trato contraria a los principios que inspiran el estatuto de ciudadano de la Unión, a saber, la garantía de un mismo trato jurídico en ejercicio de su libertad de circulación (apartado 35).

### D) Libre circulación de capitales

En el ámbito de esta libertad comunitaria, el TJCE ha dictado dos importantes sentencias relacionadas con las conocidas vulgarmente como “acciones de oro” (*golden shares*), o, en otros términos, con las facultades especiales de intervención en la estructura accionarial y en la gestión de empresas privatizadas pertenecientes al ámbito de la economía estratégica que los regímenes nacionales reservan al ejecutivo. Como es sabido, estas prerrogativas adoptan formas diversas (expedientes de autorización administrativa, acciones privilegiadas, nombramiento de miembros de los órganos sociales) y presentan distintos contenidos (poder de oposición a la entrada en el capital, derechos de intervención en la gestión de los activos). El TJCE ya se había ocupado de un supuesto de “acciones de oro” en la STJCE de 23 de mayo 2000, Comisión/República Italiana, As. C-58/99, pero, dado que en aquella ocasión el Estado se allanó a las pretensiones de la Comisión, el TJCE, siguiendo la recomendación de las conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer, no toma en cuenta este precedente jurisprudencial.

En primer lugar, la **STJCE de 4 de junio de 2002, Comisión/República Portuguesa, As. C-367/98**, analiza si es contraria al Derecho comunitario cierta legislación portuguesa que, por un lado, prohíbe a los inversores de otro Estado miembro adquirir acciones en ciertas empresas portuguesas por encima de determinado límite y, por otra parte, condiciona a la autorización previa de la República Portuguesa la adquisición de una participación que supere cierto nivel en una empresa portuguesa. En relación con la primera regla, el Gobierno portugués se limitó a alegar que se había comprometido políticamente a no utilizar los poderes que le confieren las disposiciones controvertidas y que, en cualquier caso, como consecuencia del efecto directo y de la primacía del Derecho comunitario, dichas disposiciones deben interpretarse en el sentido de que se refieren únicamente a los inversores que no son nacionales de la Comunidad. Esta alegación no es acogida por el TJCE, pues es jurisprudencia reiterada que la incompatibilidad de disposiciones nacionales con las disposiciones del Tratado, aun cuando sean directamente aplicables, sólo puede eliminarse definitivamente por medio de disposiciones internas de carácter obligatorio que tengan el mismo rango jurídico que las que deban modificarse (vid. SSTJCE de 26 de octubre de 1995, Comisión/Luxemburgo, As. C-151/94 y de 9 de marzo de 2000, Comisión/Italia, As. C-358/98).

En cuanto a la obligación de obtener una autorización previa de la República Portuguesa para adquirir una participación que supere determinado nivel en ciertas empresas portuguesas, no implica un trato discriminatorio a los nacionales de otros Estados miembros, pues dicha normativa se aplica indistintamente a los accionistas nacionales y a los accionistas de otros Estados miembros. No obstante, el TJCE señala que el art. 52.B CE prohíbe de manera general las restricciones a los movimientos de capitales entre los Estados miembros, prohibición que va más allá de la eliminación de toda desigualdad de trato de los operadores en los mercados financieros basada en su nacionalidad. Constatado de este modo que la normativa controvertida constituye una restricción a los movimientos de capitales en el sentido del art. 52.B del Tratado, se comprueba que esta restricción no está justificada por razones contempladas en el art. 52.C del Tratado o por razones imperiosas de interés general que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad

en el territorio del Estado miembro de acogida (apartado 49). Así, frente a la justificación invocada por el Gobierno portugués, la protección del interés financiero de la República Portuguesa, se argumenta que, a excepción de las razones enumeradas en el art. 52.D, apartado 1, del Tratado, que se refieren esencialmente al Derecho fiscal, no puede admitirse una justificación basada en un interés financiero general del Estado miembro, siendo jurisprudencia reiterada que motivos de naturaleza económica no pueden en ningún caso servir de justificación a obstáculos prohibidos por el Tratado (apartado 52).

Por su parte, la **STJCE de 4 de junio de 2002, Comisión/Reino de Bélgica, As. C-503/99**, examina si constituye una restricción a los movimientos de capitales entre Estados miembros cierta normativa belga que creó acciones específicas del Reino de Bélgica en SNTC y Distrigaz, que preveían, por una parte, el derecho de dicho Estado miembro a oponerse a toda cesión, pignoración o cambio de destino de canalizaciones y de algunos otros activos estratégicos y, por otra parte, el derecho del mismo Estado miembro a oponerse a ciertas decisiones de gestión que se consideren contrarias a las directrices de la política energética del país. Pues bien, el TJCE comprueba que dicha normativa restringe la libre circulación de capitales, pero, a diferencia del supuesto de la sentencia reseñada anteriormente, considera dicha restricción justificada. Así, reitera que la libre circulación de capitales, como principio fundamental del Tratado, sólo puede limitarse mediante una normativa nacional justificada por razones contempladas en el art. 73.D, apartado 1, del Tratado o por razones imperiosas de interés general que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del estado miembro de acogida (apartado 45). En este sentido, se considera que el objetivo perseguido por la normativa controvertida, garantizar la seguridad del abastecimiento energético en caso de crisis, responde a un interés público legítimo. No obstante, para que la medida no sea contraria al Derecho comunitario, la normativa controvertida ha de garantizar en el caso de amenaza real y grave un abastecimiento energético mínimo y no debe ir más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (apartado 48). La legislación belga controvertida supera este test, pues en primer lugar, el sistema controvertido —que es un sistema de veto—, reposa sobre el principio de autonomía de decisión de la empresa, dependiendo el control que el ministro de tutela puede ejercer en cada caso particular de una iniciativa de las autoridades gubernamentales (apartado 49). Por otro lado, el sistema se limita a ciertas decisiones que afectan a los activos estratégicos de las sociedades, así como a decisiones de gestión específicas relativas a tales activos, que pueden cuestionarse puntualmente (apartado 50). Finalmente, las intervenciones del ministro sólo pueden producirse en el supuesto de que peligran los objetivos de política energética (apartado 51).

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

LUIS F. MAESO SECO

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA

JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

**II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL: PROCESOS Y COMPETENCIAS****Sumario:**

**1. Introducción. 2. Procesos constitucionales.** A) Recurso de amparo. a) Plazo de la acción (artículos 43.2 y 44.2 LOTC): el mes de agosto es inhábil por Acuerdo del Pleno de 1999. b) Agotamiento de la vía judicial previa [artículos 44.1.a) y 50.1.a) LOTC] y recursos razonablemente exigibles: obligación de intentar el incidente de nulidad de actuaciones (artículo 240.3 LOPJ) tras la reforma de 1999 por cualesquiera irregularidades formales. c) Agotamiento de la vía judicial previa [artículos 44.1.a) y 50.1.a) LOTC]: amparo prematuro y resoluciones penales interlocutorias. d) Contenido y efectos de la Sentencia: nulidad de la resolución judicial recurrida [artículo 55.1.a) LOTC] y Sentencia penal absolutoria: ¿procede una sentencia constitucional declarativa? B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley. a) Vicios en el procedimiento legislativo: ni veto ni enmiendas del Senado (artículo 90.2 CE), pero se rechaza el Dictamen de Comisión, y la Mesa del Congreso, no el Pleno, eleva la proposición de ley a la sanción regia. C) Controversias competenciales. a) Objeto de conflicto positivo (artículo 63.1 LOTC): un acuerdo tripartito en materia laboral. b) Efectos temporales de la Sentencia: nulidad de la ley estatal de declaración de una reserva natural sin necesidad de dictar una nulidad diferida al ya existir medidas autonómicas de protección ambiental. **3. Criterios de distribución de competencias.** A) Ejecución en materia laboral cuando la legislación estatal ha sido sustituida por instrumentos de negociación de ámbito nacional. Fondos nacionales de empleo: La creación de entes paritarios estatales para la gestión de los fondos destinados a la formación continua no constituye creación de fondos nacionales de empleo. B) Ejecución de normas comunitarias por las Comunidades Autónomas: ¿continúa el Tribunal negándose a valorar la ejecución de tales normas por los entes autonómicos? C) Unidad de mercado y normas forales tributarias: al Estado le corresponde una posición de garante de la que no puede abdicar. D) Subvenciones: concesión de ayudas para la gestión de residuos. La competencia estatal alcanza sólo hasta donde llegan sus competencias genéricas sin que exista una competencia de subvención específica de los poderes centrales. E) Reservas Naturales: competencia autonómica respecto a declaración y gestión.

## 1. INTRODUCCIÓN

Se reseñan las sentencias dictadas el segundo trimestre de 2002, desde la STC 69/2002, de 21 de marzo, a la STC 140/2002, de 3 de junio. Tiene interés constitucional en materia de vicios en el procedimiento legislativo el curioso caso que la STC 97/2002, de 25 de abril, contempla respecto de las posibilidades de intervención del Senado ex art. 99.2 CE. Y es importante, en relación con los criterios de distribución de competencias, la STC 95/2002, de 25 de abril, sobre las competencias autonómicas de ejecución de la legislación laboral y la concertación social de ámbito nacional entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales.

## 2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

### A) Recurso de amparo

#### a) Plazo de la acción (artículos 43.2 y 44.2 LOTC): el mes de agosto es inhábil por Acuerdo del Pleno de 1999

La STC 69/2002, de 21 de marzo, rechaza una excepción a la admisibilidad del amparo formulada por el Abogado del Estado y recuerda que el Acuerdo del Pleno del Tribunal Constitucional de 17 de junio de 1999 (BOE del 22) dio una redacción al art. 2 del Acuerdo de 15 de junio de 1982 conforme a la cual no corre el plazo de veinte días hábiles para la interposición del recurso de amparo (artículos 43.2 y 44. 2 LOTC) durante el mes de agosto, que ha de considerarse inhábil.

#### b) Agotamiento de la vía judicial previa [artículos 44.1.a) y 50.1.a) LOTC] y recursos razonablemente exigibles: obligación de intentar el incidente de nulidad de actuaciones (artículo 240.3 LOPJ) tras la reforma de 1999 por cualesquiera irregularidades formales

Se ocupan del asunto bastantes Sentencias, entre ellas, las siguientes. La STC 85/2002, de 22 de abril, inadmite un recurso de amparo por no haberse intentado un incidente de nulidad de actuaciones (vigente el art. 240.3 LOPJ tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/1997, de 4 de diciembre y luego la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo), fundado en vicios formales causantes de indefensión o en la incongruencia del fallo, para permitir al órgano judicial subsanar ellos mismos los defectos procesales. Reitera doctrina precedente. A este óbice procesal no puede oponerse que la demanda de amparo fuera inicialmente admitida.

La STC 87/2002, de 22 de abril, modula esta exigencia para el período de tiempo que va desde la introducción del incidente en la reforma de 1997 hasta su ampliación en 1999 para el defecto procesal consistente en la falta de emplazamiento personal. Invoca

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

la doctrina elaborada en el ATC 218/2000, de 26 de septiembre, que aduce que no era entonces una carga razonablemente exigible.

La **STC 93/2002, de 22 de abril**, inadmite una demanda de amparo al haber sido declarado extemporáneo el incidente de nulidad de actuaciones por dejar transcurrir el plazo de caducidad de veinte días que establece el art. 240.3 LOPJ, insistiendo en que la deficiente utilización de los recursos utilizables equivale a su no utilización.

La **STC 108/2002, de 6 de mayo**, hace evidente, no obstante, que este incidente constituye “un remedio excepcional” (FJ 2º) que sólo puede utilizarse en los casos que la ley determina “defecto de forma que hubiere causado indefensión” o “incongruencia del fallo”, pero no para discutir una decisión judicial de inadmisión de un recurso.

### **c) Agotamiento de la vía judicial previa [artículos 44.1.a) y 50.1.a) LOTC]: amparo prematuro y resoluciones penales interlocutorias**

La **STC 102/2002, de 6 de mayo**, analiza un recurso de amparo promovido por los Señores Sáez de Santamaría y Corcuera frente a un Auto de la Audiencia Nacional que acordó la prórroga del secreto de sumario por delitos de asesinato y otros. El Tribunal Constitucional inadmite el amparo por tratarse de resoluciones judiciales interlocutorias, en un procedimiento penal aún no concluido y en el que todavía no se había celebrado el juicio oral, recordando (FJ 3º) jurisprudencia previa sobre el alcance del principio de subsidiariedad que configura el amparo constitucional.

### **d) Contenido y efectos de la Sentencia: nulidad de la resolución judicial recurrida [artículo 55.1.a) LOTC] y Sentencia penal absolutoria: ¿procede una sentencia constitucional declarativa?**

La **STC 81/2002, de 22 de abril**, otorga el amparo ante una situación inconstitucional de indefensión, anula una Sentencia penal absolutoria de una Audiencia Provincial, y retrotrae para que se practique una prueba propuesta por el demandante de amparo, quien fue querellante y acusador particular en la vía previa.

Un Voto Particular del Magistrado Cachón Villar discrepa del fallo y estima que debió dictarse una Sentencia constitucional meramente declaratoria de una indefensión inconstitucional proscrita. Manifiesta su oposición con la doctrina de que, mediando la vulneración de derechos fundamentales de naturaleza procesal, quepa la anulación de Sentencias absolutorias firmes dictadas por los órganos judiciales penales. Tal pronunciamiento –afirma– no es posible siquiera en vía de amparo, pues viola la seguridad jurídica de quien se halla sometido a un proceso penal como acusado, y el derecho a un proceso con todas las garantías, que debe comportar la previsibilidad del final del proceso y, con mayor razón, cuando lo acaecido se debe a la inoperancia o el error del órgano judicial al omitir dar respuesta a una petición de prueba.

**B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley****a) Vicios en el procedimiento legislativo: ni veto ni enmiendas del Senado (artículo 90.2 CE), pero se rechaza el Dictamen de Comisión, y la Mesa del Congreso, no el Pleno, eleva la proposición de ley a la sanción regia**

Muy interesante desde la perspectiva de los vicios de procedimiento en la tramitación de las leyes es la **STC 97/2002, de 25 de abril**. Una Comisión del Congreso de los Diputados aprueba una proposición de ley sobre la declaración de una reserva natural en las Islas Baleares. Recibida en el Senado, se formula una propuesta de veto en la respectiva Comisión, pero que no alcanzó mayoría absoluta en el Pleno, debiendo entenderse rechazado. Pero al tiempo tampoco se aprobó el Dictamen elevado por la Comisión de la Cámara alta. La Mesa del Congreso, a tenor de la literalidad del art. 90.2 CE, acordó dar traslado del texto de la proposición de ley al Presidente del Gobierno para la sanción real. El Parlamento de las Islas Baleares entendió que la tramitación de la ley adolecía de vicios determinantes de la nulidad de la ley dado que no se tuvo en cuenta la voluntad del Senado que era enmendar de totalidad. Una opinión de la que participó el Senado. En sentido contrario se manifestó el Congreso que adujo además que el Senado no planteó conflicto de atribuciones ni recurso de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional entiende ajustada al art. 90.2 CE la decisión adoptada por la Mesa del Congreso de los Diputados –aunque acabe por declarar inconstitucional la ley por motivos competenciales– en virtud de las siguientes razones. La Constitución y los Reglamentos de ambas Cámaras contemplan dos únicas discrepancias del Senado respecto del Congreso: la oposición de veto por mayoría absoluta o la introducción de enmiendas. No cabe ampliar los supuestos de discrepancias. Y el veto o lo que es prácticamente lo mismo, la enmienda a la totalidad del Senado, reclama una mayoría absoluta que no puede rebajarse en fraude a la ley fundamental (art. 90.2 CE).

**C) Controversias competenciales****a) Objeto de conflicto positivo (artículo 63.1 LOTC): un acuerdo tripartito en materia laboral**

La **STC 94/2002, de 25 de abril**, enjuicia un recurso de inconstitucionalidad y un conflicto, respectivamente, contra la Ley de Presupuesto para 1993 y, en lo que ahora interesa un Acuerdo tripartito en materia de formación continua de los trabajadores ocupados, suscrito entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales. Se afirma (FJ 4º) que este acuerdo, pese a su formal carácter contractual, es un objeto idóneo para trabar un conflicto, ya que lo decisivo es la reivindicación competencial de la gestión de esa formación realizada por la Generalidad de Cataluña; una competencia de ejecución de la legislación laboral.

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

### b) Efectos temporales de la Sentencia: nulidad de la ley estatal de declaración de una reserva natural sin necesidad de dictar una nulidad diferida al ya existir medidas autonómicas de protección ambiental

La citada STC 97/2002, de 25 de abril, el caso de las Salinas de Ibiza, Islas des Freus y Salinas de Formentera, ya mencionado al hablar de los vicios en el procedimiento legislativo, plantea también un interesante problema procesal. Se aparta de la pauta sentada en la conocida STC 195/1998, marismas de Santoña y Noja, al resultar diferentes los supuestos de hecho. En efecto, mientras en ésta se dictó la inconstitucionalidad de la ley estatal viciada de incompetencia, pero con efectos diferidos hasta que se aprobara una ley autonómica que la sustituyera en la declaración de la reserva natural, ahora el Tribunal Constitucional entiende que la Comunidad Autónoma había ya adoptado medidas suficientes de protección ambiental de la zona afectada algunas de las cuales hasta anteriores a la promoción de los recursos de inconstitucionalidad (por cierto en 1995). “Teniendo en cuenta la protección otorgada por estas leyes autonómicas, es claro que ninguna razón aparece para modular los efectos temporales de la nulidad de la ley” (FJ 11º).

### 3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

En este período sólo se han dictado cuatro Sentencias sobre distribución de competencias. De ellas, presentan un cierto interés, por los motivos apuntados en la introducción de la presente crónica, la STC 95/2002, de 25 de abril y, por lo discutible de alguna de sus afirmaciones, la STC 96/2002, de idéntica fecha.

#### A) Ejecución en materia laboral cuando la legislación estatal ha sido sustituida por instrumentos de negociación de ámbito nacional. Fondos nacionales de empleo: La creación de entes paritarios estatales para la gestión de los fondos destinados a la formación continua no constituye creación de fondos nacionales de empleo

En la STC 95/2002, de 25 de abril, se plantea una interesante cuestión en materia laboral (en la que la legislación corresponde al poder central y la ejecución a la comunidad Autónoma recurrente), en concreto en lo referente a la formación ocupacional continua para trabajadores asalariados. En esta materia se han suscrito varios acuerdos (uno de ellos es el recurrido) entre el gobierno de la nación y los diversos agentes sociales, para cuya ejecución se aprobó la Disposición Adicional impugnada. Los Acuerdos diseñan un sistema de formación continua para los trabajadores asalariados que desconoce las competencias ejecutivas en materia laboral correspondientes a la Comunidad Autónoma. El asunto se centra en si tal sistema es encuadrable en las competencias estatales (especialmente en legislación laboral) o si encontraría su acomodo en la excepción a las competencias autonómicas en materia de ejecución laboral cuando se trate de la regulación de fondos nacionales de empleo (segundo inciso del art. 11.2 EAC).

El Tribunal concluye la integración de las medidas adoptadas en tales acuerdos y en la disposición legislativa impugnada en la materia laboral, pues tales medidas no pueden

incluirse ni en la competencia estatal de ordenación general de economía, ni en educación. En tal sentido, continúa el Tribunal, estas medidas se sitúan en el ámbito de la legislación laboral porque concierne a la regulación de un concreto derecho de los trabajadores [reconocido en los arts. 4.2.b) y 23 del Estatuto de los Trabajadores] y se inserta, pues, plenamente en el seno de la relación laboral (FJ 8º).

Respecto a la alegación de que se trata de un fondo nacional de empleo que permite la reserva estatal de competencias ejecutivas, el Tribunal entiende que la regulación impugnada no constituye un verdadero fondo nacional de empleo pues sólo es una dotación de recursos presupuestarios para financiar acciones formativas recogidas en el Acuerdo Nacional sobre formación continua que no puede compararse con otros fondos creados con anterioridad y que se referían a concretos sectores económicos. Además, tales fondos necesariamente adoptaban la forma de persona jurídica asociativa que en ningún caso adopta ente paritario estatal (FORCEM) encargado de la gestión de los mismos (FF JJ 12º y 13º). De esta manera, se ha pasado de un sistema de gestión descentralizado de la formación continua de los trabajadores asalariados a un sistema centralizado desconociendo las competencias autonómicas en materia de ejecución laboral por lo que el Tribunal procede a declarar la titularidad autonómica de diversas competencias.

Esta decisión es fuertemente contestada por varios votos particulares. Uno de ellos (suscrito por dos magistrados) aunque concurrente con la decisión adoptada, sostiene que la definición de los fondos nacionales de empleo requería no sólo un concepto formal, sino también material porque puede significar un apoderamiento excesivo a las competencias estatales. Mucho más largos y problemáticos son los tres votos disidentes que sostienen la constitucionalidad del sistema por diversos motivos como son la limitación excesiva a la capacidad de negociación colectiva derivada de la Sentencia y por la insuficiencia de la definición formal del concepto de fondo nacional de empleo. A su juicio, pues, habría sido aplicable la excepción a las competencias autonómicas de ejecución contenida en el art. 11.2 EAC.

### **B) Ejecución de normas comunitarias por las Comunidades Autónomas: ¿continúa el Tribunal negándose a valorar la ejecución de tales normas por los entes autonómicos?**

La STC 96/2002, de 25 de abril, comentada en la crónica relativa a derechos fundamentales en este mismo número de *Justicia Administrativa*, plantea algunas cuestiones interesantes desde el punto de vista competencial. Una de ellas es la relativa a las relaciones entre el derecho comunitario y la distribución de competencias. En esta decisión se enjuicia la constitucionalidad de la Disposición Adicional Octava de la Ley 42/1994. Se trata de una norma, a juicio del Tribunal, discriminatoria al establecer una serie de medidas fiscales para los residentes en la Unión Europea y no residentes en España que operen económicamente en los territorios forales. Con esta medida se pretendía hacer frente a una Decisión de la Comisión europea que había exigido la adopción por parte de España de medidas tendentes a evitar las disfunciones en la unidad del mercado europeo como consecuencia de los incentivos fiscales adoptados por los territorios forales en 1988.

## II. Justicia Constitucional: Procesos y Competencias

El Tribunal, tras considerar la medida discriminatoria, entiende que el cumplimiento de las exigencias de la Comisión implicaba que las Comunidades Autónomas afectadas modificaran su normativa en los términos exigidos pues eran éstas las que habían incumplido la normativa europea. En tal sentido considera que eran éstas las únicas que podían haber corregido el error cometido y, de hecho, así ocurrió cuando tales normas fueron derogadas en el año 2000 (FJ 10º).

Esta afirmación es fuertemente contestada en los votos particulares. Así, en el voto suscrito por cuatro magistrados se entiende que ésta es una excepción no debidamente justificada a la doctrina constitucional relativa al no enjuiciamiento de la ejecución del derecho comunitario pues, a su juicio, se pronuncia sobre el sistema correcto que debería haberse seguido en el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la citada Decisión de la Comisión. Así, consideran que el Tribunal nada debe decir sobre cómo el poder central o los autonómicos deben cumplir con las obligaciones europeas.

Tras este problema competencial subyace un problema que seguirá planteando conflictos en el futuro como es el de la compatibilidad con las exigencias derivadas de la creación de un mercado único europeo de las medidas fiscales que, constitucionalmente, pueden adoptar los territorios forales.

### **C) Unidad de mercado y normas forales tributarias: al Estado le corresponde una posición de garante de la que no puede abdicar**

La otra cuestión competencial relevante, desde la perspectiva competencial, de la citada **STC 96/2002, de 25 de abril**, es la relativa a la unidad de mercado. El Tribunal entiende que la unidad de mercado es una de las manifestaciones fundamentales de la unidad del Estado, correspondiendo a los poderes centrales su garantía. Éste ha sido un argumento tradicionalmente utilizado para justificar la constitucionalidad de la intervención de los poderes centrales en competencias de contenido económico de los entes autonómicos. Lo curioso es que en este caso el Tribunal reprueba la actuación del Estado en la medida en que la Disposición Adicional impugnada, a su juicio, rompe tal unidad y lesiona las libertades de empresa y libertad e igualdad en el ejercicio de las actividades económicas, motivos por los que es inconstitucional al contradecir diversos preceptos constitucionales, además de ser contraria al art. 14 CE.

Nuevamente los Votos Particulares se oponen a esta construcción al considerar que la mayoría ha desconocido las peculiaridades en materia fiscal derivadas de la vigencia de la Disposición Adicional Primera de la Constitución y diseñar una doctrina que impone al legislador una determinada concepción de los sistemas forales.

### **D) Subvenciones: concesión de ayudas para la gestión de residuos. La competencia estatal alcanza sólo hasta donde llegan sus competencias genéricas sin que exista una competencia de subvención específica de los poderes centrales**

En la **STC 126/2002, de 23 de mayo**, se aborda la constitucionalidad de diversos preceptos de una Orden Ministerial reguladora de ayudas para el desarrollo del Plan Nacional

de Residuos. En esta decisión, a la que hay que agradecer su claridad en comparación con las dos que componen el núcleo de esta crónica, se aplica una jurisprudencia ya consolidada e iniciada en la STC 13/1992 en la que se declaraba la inexistencia de una competencia subvencional general de los poderes centrales de forma que la regulación de toda subvención ha de tener en cuenta las competencias autonómicas.

Aplica esta doctrina a la materia objeto de debate (la competencia compartida en materia de medio ambiente) tras afirmar el cumplimiento de los requisitos formales de la normativa básica por el tipo de medidas a adoptar. Concluye considerando inconstitucionales diversos preceptos que excedían del ámbito material de la normativa básica que el poder central puede ocupar en el ejercicio de sus competencias en medio ambiente.

### **E) Reservas Naturales: competencia autonómica respecto a declaración y gestión**

La STC 97/2002, de 25 de abril, no hace sino reiterar una jurisprudencia ya asentada en materia de reservas naturales y en concreto en las SSTC 102/1995 y, sobre todo, 195/1998 (caso Santoña) por lo que sólo parece necesario mencionar su existencia sin realizar un examen específico de un contenido ya plenamente conocido por los lectores de esta revista.

JAVIER GARCÍA ROCA

ISABEL PERELLÓ

PABLO SANTOLAYA

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

IGNACIO GARCÍA VITORIA

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

**Humanos.** A) Introducción. B) Inexistencia del derecho a la eutanasia (arts. 2, 3, 8, y 9).

C) Inviolabilidad del domicilio de las sociedades comerciales (art. 8). D) Condena a periodistas por injurias a un Jefe del Estado extranjero contraria al artículo 10 del Convenio. E) Distintos aspectos del derecho de propiedad (art. 1, Protocolo 1°).

F) Derecho a elecciones libres (art. 3, Protocolo 1°). G) Medidas restrictivas de la libertad de circulación no contrarias al artículo 2 del Protocolo 4°.

**3. Jurisprudencia del**

**Tribunal Constitucional.** A) Tutela judicial efectiva. a) Tutela judicial efectiva, caducidad de las acciones y derecho de opción entre las vías civil y penal de tutela de los derechos al honor, la imagen y la intimidad. b) Tutela judicial y acceso al recurso: interpretación excesivamente formalista que da prioridad a un recurso especial de protección de derechos frente al ordinario contencioso-administrativo y lo declara extemporáneo.

c) Tutela judicial sin indefensión. Emplazamiento edictal cuando había constancia de que los demandantes conocían el domicilio. d) Autorización de entrada en lugar por un juzgado penal que interfiere con un contencioso-administrativo pendiente. e) Tutela judicial y resolución fundada en un error patente. f) Tutela judicial sin indefensión: vulneración del derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE).

B) Igualdad.

a) Vulneración de la igualdad tributaria, territorial y unidad de mercado. C). Derechos

sustantivos. a) Imagen e intimidad de personajes públicos. Publicación periódica de fotografías íntimas (art. 18.1 CE). b) Publicación de insinuaciones insidiosas lesivas del derecho al honor (art. 18.1 CE). c) Libertad de información. Reportaje neutral [art.

20.1.d) CE]. d) Expresiones vejatorias en artículo periodístico [arts. 18.1 y 20.1.a) y d)].

e) Libertad de expresión del Abogado y sanciones disciplinarias contra él (arts. 20.1 a) y 24.2 CE). f) Criterios de legitimidad de la intervención telefónica (art. 18.3 CE).

g) Seguridad jurídica electoral: Perentoriedad de los plazos en el proceso electoral y falta de diligencia de sus protagonistas (art. 23.2 CE). h) Discrecionalidad de la

Administración para retirar el permiso de conducir (art. 25.1 CE). i) Derecho a la lega-

lidad modificada por el Derecho comunitario (art. 25.1 CE). j) La imposición de ciertas tareas a los reclusos, fundadas en la relación de sujeción especial, no infringe la prohibición constitucional de trabajos forzados (art. 25.2 CE). k) Uso de ordenador portátil en las celdas y derecho a la educación de los reclusos (art. 27.1 CE). l) Invocación de las necesidades del servicio, por parte de una Administración pública, para traslado forzoso de representante sindical (art. 28.1 CE). **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

A) Derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). a) Tutela frente a ruidos intensos.

B) Derecho a la intimidad (art. 18.1 CE). a) Grabación y difusión de conversaciones telefónicas. b) Requerimiento a personas jurídicas de datos personales de sus socios.

C) Libertad de información (art. 20 CE). a) Falta de veracidad de la información facilitada por un Secretario de Estado y lesión del derecho al honor de funcionarios.

D) Derecho a participar en asuntos públicos: cargos públicos representativos (art. 23.2 CE). a) Alcance constitucional: no incluye la participación efectiva de un Ayuntamiento en una Mancomunidad. E) Derecho de huelga (art. 28.2 CE). a) Vulneración del derecho de huelga: firma de un pacto para que se desconvoque la huelga cuando no existe intención de cumplirlo. b) Servicios mínimos: el Rector no es competente para fijarlos al no ser autoridad gubernativa.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica se analizan sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del segundo trimestre de 2002 y del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 78/2002 hasta las aprobadas el 30 de junio de este año. Destacar por su importancia la Sentencia 96/2002 relativa a la vulneración de la igualdad de la Disposición Adicional Octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales que dispone el reembolso tributario estatal a residentes de la Unión Europea que operan en el País Vasco o Navarra.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

### A) Introducción

Entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2002 el TEDH resolvió un total de 147 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, en torno a 65 se refieren a vulneraciones del artículo 6.1. De las restantes y siguiendo como siempre el orden del Convenio, merece la pena destacar las siguientes:

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

**Pretty contra el Reino Unido, de 29 de abril**, un asunto de gran repercusión en los medios de comunicación en el que el Tribunal analiza la supuesta obligación de los Estados a no perseguir el auxilio a la eutanasia desde el punto de vista de los artículos 2,3,8 y 9 del Convenio.

**Stes Colas Est y otros contra Francia, de 16 de abril**, en el que, aparentemente por primera vez, el Tribunal se pronuncia a favor de la inviolabilidad del domicilio de sociedades comerciales (art. 8).

**Colombani y otros contra Francia, de 25 de junio**, en el que se declara que la condena del editor y de un periodista de *Le Monde* por injurias a un jefe del Estado extranjero como consecuencia de la publicación de un artículo sobre el tráfico de drogas en Marruecos es contraria al artículo 8 del Convenio.

Un grupo de sentencias en las que se analizan distintos aspectos del derecho de propiedad (art. 1, Protocolo 1º).

Dos interesantes supuestos de violaciones al derecho a elecciones libres (art. 3, Protocolo 1º) como consecuencia de la pérdida de la condición de diputados consiguiente a la disolución de un partido **Selim Sadak y otros contra Turquía de 11 de junio** y la no proclamación de una candidata por razones lingüísticas **Podkolzina contra Letonia, de 9 de abril**.

Dos casos muy parecidos, **Landvreugd y Oliveira** ambos contra los Países Bajos, en los que se analiza la licitud de medidas de prohibición de entrada en una parte de la ciudad de Ámsterdam impuestas por el Alcalde desde el punto de vista del artículo 2 del Protocolo 4º (libertad de circulación).

#### **B) Inexistencia del derecho a la eutanasia. Pretty contra el Reino Unido de 29 de abril (arts. 2, 3, 8 y 9)**

La recurrente es una parapléjica con una enfermedad degenerativa incurable (de hecho la prensa ha informado de su muerte con anterioridad a la redacción de esta crónica) e incapacitada para quitarse la vida, que alega la vulneración de varios preceptos derivada de la negativa del Ministerio Fiscal británico a garantizar la inmunidad de su marido si le asistía activamente en la eutanasia. Se plantea por tanto si la normativa inglesa que persigue penalmente la ayuda para cometer suicidio es o no compatible con el Convenio. Hay que recalcar que el tribunal adopta todas sus decisiones por unanimidad.

Analiza en primer lugar el problema desde las exigencias del derecho a la vida (art. 2) y, tras recordar su jurisprudencia señala que en todos los casos se ha puesto el énfasis en la obligación de los Estados de proteger la vida y que no está persuadida de que el derecho a la vida pueda ser interpretado en sentido negativo como lo puede ser, por ejemplo, el derecho de asociación, sino que por el contrario considera, “que el derecho a la muerte ni a manos de una tercera persona ni con la asistencia de una autoridad pública puede ser derivado del artículo 2”.

A continuación se aborda el problema desde la óptica del artículo 3 y las obligaciones positivas del estado al respecto, concluyendo que entre ellas no se encuentra la de “garantizar la no persecución penal del marido de la recurrente si le ayuda a suicidarse o la de proveer otra forma legal de suicidio asistido”.

Se refiere después al asunto desde el artículo 8, derecho a la vida familiar, que considera también afectado, admitiendo que estamos ante una interferencia por parte del Estado, pero que esa interferencia –la persecución penal de los que auxilian al suicidio– es proporcionada a la finalidad propuesta y que puede ser considerada “necesaria en una sociedad democrática para la protección de los derechos de los otros, y que en consecuencia tampoco existe vulneración de este precepto. Es curioso resaltar que en su razonamiento el TEDH utiliza jurisprudencia canadiense, en concreto *Rodríguez v. the Attorney General of Canada* [(1994) 2 LRC 136].

Por último y ante la alegación de vulneración de la libertad de pensamiento conciencia y religión, la Corte señala que no duda de la firmeza de las creencias de la recurrente con relación al suicidio, pero que no toda opinión constituye “creencia” en el sentido protegido por el artículo 9, y que el término “práctica” de ese precepto tampoco cubre cualquier hecho motivado o influenciado por una religión o creencia”.

**C) Inviolabilidad del domicilio de las sociedades comerciales (art. 8). *Stes Colas Est y otros contra Francia*, de 16 de abril**

Se trata de problema de inviolabilidad del domicilio de varias sociedades como consecuencia de la intervención de autoridades fiscales sin orden judicial. Para su resolución la Corte repasa la jurisprudencia existente sobre la aplicación del artículo 8 a las personas jurídicas y afirma de manera solemne que:

“prolongando una interpretación dinámica del Convenio, el tribunal considera que ha llegado el momento de reconocer que, en determinadas circunstancias, los derechos garantizados por el artículo 8 del Convenio pueden ser interpretados en el sentido de incluir para una sociedad el respeto a su sede social, sus agencias y locales profesionales”.

En lo que parece ser la primera afirmación expresa en tal sentido en la jurisprudencia del TEDH y considera vulnerado el artículo 8 del Convenio por la acción de las autoridades fiscales francesas realizada sin autorización judicial en el domicilio de las empresas recurrentes.

**D) Condena a periodistas por injurias a un Jefe del Estado extranjero contraria al artículo 10 del Convenio. *Colombani y otros contra Francia*, de 25 de junio**

Los recurrentes son el director y un periodista de *Le Monde* que publicaron un artículo sobre el tráfico de drogas en Marruecos en el que se señalaba al entorno del rey Hassan. El artículo tenía como fuente un informe confidencial del observatorio geopolítico de las

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Drogas de la Unión Europea. El Rey se dirige al Ministro de Asuntos exteriores francés y le solicita que se abra un procedimiento penal por ofensas contra un Jefe del Estado extranjero (...) por el que fueron condenados a una multa de 5.000 francos, así como a la publicación en el diario de la sentencia.

El Tribunal considera que la opinión pública tiene un interés legítimo en conocer la apreciación de la Comisión de la CE sobre el problema del tráfico de drogas en Marruecos... y que la información publicada provenía de fuentes fidedignas por lo que no hay ningún motivo para dudar de la buena fe de los recurrentes... y que “no puede admitirse una norma que confiere a los Jefes de Estado extranjeros un estatus exorbitante que les sustrae de la crítica por su función sin tener en cuenta el interés de la propia crítica” de manera que estamos ante un privilegio que no puede basarse en el interés de los Estados en mantener relaciones amistosas entre sí, y que en definitiva no puede actuar como límite frente a la libertad de expresión.

#### **E) Distintos aspectos del derecho de propiedad (art. 1, Protocolo 1º)**

En el Trimestre que estamos considerando el TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones y en distintos aspectos sobre el contenido del derecho de propiedad sancionado por el artículo 1 del Protocolo 1º. La jurisprudencia puede ser clasificada de la siguiente forma:

Dos casos de igualdad por razón de sexo con relación al derecho de propiedad de signo distinto; **Wessels-Bergervoet contra Países Bajos, de 4 de junio** y **Willis contra el Reino Unido, de 11 de junio**. En el primero de ellos el Tribunal declara la discriminación contraria a la mujer en el tratamiento de un tipo de pensiones en Holanda al estar obligada a una jubilación –menos beneficiosa– si su marido la tenía, sin que existiera la misma norma en sentido contrario. En el segundo se declara, sin embargo, la discriminación de los viudos frente a las viudas en el disfrute de determinadas ayudas sociales en el Reino Unido.

**Dangeville S.A. contra Francia, de 16 de abril**. En la que se declara la vulneración del derecho de propiedad como consecuencia de la imposición del IVA a una actividad comercial que se encontraba exenta de acuerdo a una Directiva europea. Es interesante desde el doble punto de vista de que la vulneración proviene de la no adecuación del derecho francés a esa directiva y porque considera que forma parte del derecho de propiedad “una creencia cierta y exigible”, la derivada de la necesidad de que Francia adaptara su derecho a la Directiva comunitaria.

Tres sentencias en las que declara la vulneración del derecho de propiedad en procesos expropiatorios por no valorar determinados factores en la fijación del justiprecio, en concreto que el bien expropiado era el instrumento de trabajo del recurrente, lo que rompe el “justo equilibrio entre las exigencias del interés general de la comunidad y los imperativos derivados de la salvaguardia de los derechos fundamentales del individuo” (**Lallement contra Francia, de 11 de abril**), por la ausencia de criterios razonables para

explicar la distinta valoración de los terrenos expropiados (**Jokela contra Finlandia, de 21 de mayo**) o por el retraso en la entrega de la indemnización (**Hatzitakis contra Grecia, de 11 de abril**).

**Azinas contra Chipre, de 20 de junio**, en la que analiza la pérdida de la pensión de jubilación como consecuencia de un expediente disciplinario. El Tribunal afirma que si bien el derecho a la pensión como tal no está en el Convenio, sin embargo si está basada en una relación de empleo puede, en ciertas circunstancias, ser asimilado al derecho de propiedad, y considera que en el caso concreto la medida es desproporcionada y ha vulnerado el artículo 1 del Protocolo 1º.

Por fin, un conjunto de sentencias iguales entre sí derivadas de la realización de un proceso expropiatorio para la construcción de una presa en Turquía, al que ya hemos hecho referencia en números anteriores de esta revista. Pertenecen a este grupo las sentencias **Mahmut Sen, Kemal Sen, Mehmet Tasdemir, Ismet Sen, Günal, Canli, Münir Bilgin, Leyli Bilgin, Burhan Bilgin**, todas ellas de **20 de junio** y como ya hemos señalado contra Turquía.

### **F) Derecho a elecciones libres (art. 3, Protocolo 1º)**

En el período considerado el Tribunal ha dictado dos sentencias sobre el derecho a participar en elecciones libres.

En la primera de ellas **Selim Sadak y Otros contra Turquía, de 11 de junio**, se pronuncia una vez más sobre las consecuencias de la disolución de un partido político por el Tribunal Constitucional de Turquía (problema al que ya hemos hecho referencia en estas crónicas al hilo de las sentencias sobre la disolución del Partido Comunista de Turquía y del Partido de la Prosperidad). En esta ocasión considera que la pérdida de la condición de Diputados de los recurrentes como consecuencia de la ilegalización de la formación política es contraria al Convenio por desproporcionada.

La segunda, sin embargo, analiza un problema nuevo en la jurisprudencia, la exclusión de una candidata de las listas electorales por no acreditar el conocimiento suficiente de la lengua nacional. En **Podkolzina contra Letonia, de 9 de abril**, la recurrente había presentado junto a su candidatura el certificado de conocimiento suficiente de la lengua letona, de acuerdo a lo exigido por la normativa nacional. A pesar de ello –y al contrario de lo que ocurre con otros candidatos que han presentado el mismo certificado– recibe la visita de una Inspectora del Centro Nacional lingüístico que examina sus conocimientos mediante una entrevista oral en la que le pregunta sobre todo por las razones de la elección de su concreta opción política. Como consecuencia de su informe se rechaza la candidatura. La Corte considera en primer lugar que la exigencia de que el candidato a un Parlamento nacional tenga un conocimiento suficiente de la lengua que se va a emplear en él persigue un fin legítimo y es razonable, sin embargo, considera que:

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

“En ausencia de toda garantía de objetividad y cualquiera que haya sido el objetivo perseguido por este segundo examen, el procedimiento aplicado a la recurrente es incompatible con las condiciones de equidad procedimental y de seguridad jurídica exigidas en materia de elegibilidad de candidatos, por lo que (...) la medida no puede considerarse proporcionada al fin legítimo invocado por el gobierno y ha existido vulneración del artículo 3 del Protocolo 1º.”

#### G) Medidas restrictivas de la libertad de circulación no contrarias al artículo 2 del Protocolo 4º

Las sentencias *Landvreugd* y *Olivieira* ambas contra los Países Bajos y de 4 de junio, resuelven dos supuestos muy similares de prohibición de entrada durante cuarenta días en una zona de la ciudad de Ámsterdam en la que se desarrolla el tráfico de drogas para dos consumidores habituales, por parte del Alcalde. En ambos casos se alega vulneración de la libertad de circulación así como que la limitación no podía considerarse prevista por la ley. En este último sentido el Tribunal afirma que las ordenanzas municipales pueden ser consideradas ley y analiza si reúnen las notas de accesibilidad y previsibilidad resolviendo en sentido positivo... Señala igualmente que la medida puede considerarse “necesaria en una sociedad democrática” y que en definitiva no ha existido vulneración del Convenio.

### 3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### A) Tutela judicial efectiva

##### a) Tutela judicial efectiva, caducidad de las acciones y derecho de opción entre las vías civil y penal de tutela de los derechos al honor, la imagen y la intimidad

La STC 77/2002, de 8 de abril, Sala Segunda, deniega amparo contra Sentencia de la Sala de lo Civil del TS que interpreta las normas que regulan el derecho de opción civil y penal por vulneración del derecho fundamental al honor en el sentido de hacer imposible el ejercicio de la subsiguiente acción civil por utilización previa de la penal y determinando, además, una interpretación acerca del cómputo de la caducidad. El TC considera que el caso que nos ocupa (*I. Preysler c. Periodistas del programa “Protagonistas”*) supera el canon exigible de racionalidad, arbitrariedad y error patente, porque se ventila es un mero juicio acerca de la interpretación de legalidad ordinario en el derecho al acceso al recurso. En su FJ 3º, entiende, en acuerdo con su reiterada doctrina, que “las interpretaciones de legalidad ordinaria distintas de las que en el caso sometido a su consideración se hicieron, acaso hubieran respondido más plenamente a los valores incorporados a los preceptos constitucionales y, muy en particular, a los relativos a los derechos fundamentales (...) pero una cosa es la garantía de los derechos fundamentales y otra, muy distinta, la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y en cada uno de los supuestos de interpretación de la legalidad, esto último puede no ocurrir sin que ello implique siempre la vulneración de un derecho fundamental”. En este caso, el derecho de opción goza de una jurisprudencia constante en el TS a la que se acomoda la Sentencia recurrida, en relación a las consecuencias del ejercicio de la acción penal que

se pudiera derivar en orden a la subsistencia de la acción civil (FJ 4º) y, de igual manera, en relación al plazo de caducidad de la acción penal (FJ 5º).

**b) Tutela judicial y acceso al recurso: interpretación excesivamente formalista que da prioridad a un recurso especial de protección de derechos frente al ordinario contencioso-administrativo y lo declara extemporáneo**

La STC 72/2002, de 8 de abril, Sala Segunda, otorga recurso de amparo contra Auto de la Sala de lo C-A del TSJ de Madrid al inadmitir recurso C-A por extemporaneidad al tratarse de un recurso especial de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales al amparo de la Ley 62/1978. El recurrente alega que la privación de la tutela judicial en su vertiente de acceso al recurso se manifiesta en que el recurso interpuesto era ordinario, no incurriendo en extemporaneidad, con carácter principal y, subsidiariamente, el del cauce procesal establecido en la referida ley. El TC no aprecia, siguiendo los criterios de su reiterada doctrina, ni error patente ni decisión arbitraria, irrazonable o carente de motivación del órgano judicial. Sin embargo, considera la interpretación del mismo excesivamente formalista, pues del escrito de interposición no se puede inferir tajantemente que el recurso principal interpuesto sea el de protección de derechos fundamentales. Así, entre otras razones expuestas en el FJ 3º, el TC observa que en el referido escrito de interposición se invocan además otras alegaciones de estricta legalidad, siendo especialmente relevante que haya interpuesto la comunicación previa que establecía el art. 110.3 de la Ley 30/1992, por lo que el recurso principal que se deriva de dicha exigencia de comunicación previa es el ordinario y no el especial de la Ley 62/1978.

**c) Tutela judicial sin indefensión. Emplazamiento edictal cuando había constancia de que los demandantes conocían el domicilio**

La STC 87/2002, de 22 de abril, Sala Segunda, otorga amparo contra Sentencia de la Sala de lo C-A de la Audiencia Nacional. La recurrente, profesional odontóloga debidamente colegiada, tenía derecho a ser llamada en el proceso al ostentar un evidente interés directo en el mismo, ya que se trataba de un recurso tendente a la anulación de la homologación del título que la habilitaba para ejercer su actual profesión. Para el TC (FJ 4º), el órgano jurisdiccional no debió de conformarse con el emplazamiento edictal, sino que debió intentar la práctica de diligenciar ante el Consejo General de los Colegios Oficiales de Odontólogos, pues era verosímil pensar que conocía el domicilio personal de la interesada. El TC, en el mismo FJ, recuerda la STC 126/1999 donde “el deber de emplazar pesa sobre el tribunal siempre que sepa que existen personas legitimadas cuyo emplazamiento resulta factible, sin perjuicio de la colaboración que las partes están obligadas a prestarle para asegurar el cumplimiento efectivo de este deber judicial de emplazar, lo cual refuerza la responsabilidad de lealtad, colaboración y buena fe que pesaba en este caso sobre quien actuaba como demandante.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### **d) Autorización de entrada en lugar por un juzgado penal que interfiere con un contencioso-administrativo pendiente**

La STC 92/2002, de 22 de abril, Sala Segunda, se estima amparo contra Autos de la Audiencia Nacional y de un juzgado de instrucción de Orense. En este caso, se vulnera la tutela judicial efectiva por haber acordado los tribunales penales, con base al art. 87.2 LOPJ, la autorización de entrada en el domicilio del recurrente para la ejecución forzosa (demolición de una construcción) de una resolución administrativa cuando estaba pendiente un recurso contencioso-administrativo interpuesto por aquél, en el cual se solicitaba la suspensión cautelar de dicha resolución. Una vez iniciado un pleito contencioso-administrativo en el que se discuta la legalidad o la ejecutividad de un acto administrativo que implique la entrada en el domicilio, los tribunales penales han perdido la habilitación que les otorgaba el art. 87.2 LOPJ, derogado por la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, por lo que es a todas luces evidente que no tuvo en cuenta la resolución de la Audiencia Provincial tal derogación (FJ 3º).

#### **e) Tutela judicial y resolución fundada en un error patente**

La STC 107/2002, de 6 de mayo, Sala Segunda, otorga amparo contra Sentencia de la Sala de lo C-A de la Audiencia Nacional que resuelve recurso contra la resolución de un concurso para la provisión de puestos de trabajo donde se alegaba la concurrencia de un error matemático en el otorgamiento de puntos por méritos. En dicha Sentencia, según la recurrente, se hace una lectura errónea del tenor literal de la convocatoria que no es un mero error de interpretación y, además, un error matemático que se añade al padecido en el proceso de selección. Para el TC, la Audiencia Nacional, lejos de advertir y reparar el error planteado por la actora en el recurso C-A confirmó el mismo razonamiento, teniendo que descartar que nos hallamos ante una interpretación, pues su fundamentación incurrió en un error fáctico y manifiesto. Para ello, en el FJ 3º el TC referencia la doctrina sentada acerca del error patente. A saber: a) Que el error no sea imputable a la negligencia de la parte, sino atribuible a órgano judicial. b) Que se trate de un yerro predominantemente de carácter fáctico que sea patente, esto es, verificable de forma incontrovertible a partir de las propias actuaciones judiciales. c) Que sea un error determinante de la decisión adoptada, constituyendo el soporte único o básico (*ratio decidendi*) de la resolución, de forma que no pueda saberse cuál hubiera sido el criterio del órgano judicial de no haber incurrido en dicho error.

#### **f) Tutela judicial sin indefensión: vulneración del derecho a ser informado de la acusación (art. 24.2 CE)**

La STC 117/2002, de 20 de mayo, Sala Segunda, deniega el amparo solicitado contra Sentencia de la Sala de lo C-A del TS desestimatoria de recurso C-A formulado frente al Acuerdo de Consejo de Ministros que impone sanción por infracción de la Ley de Carreteras (instalación publicitaria muy próxima a la zona de dominio público). Para el recurrente, el Consejo de Ministros triplicó la sanción de la propuesta de resolución sin notificarlo al inculpado para que aportara cuantas alegaciones estimara convenientes (Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora), trámite de

audiencia al interesado ignorado por la Sentencia del TS. Para el TC (FJ 2º) se plantea el sempiterno problema de no haberse invocado en vía judicial previa los derechos fundamentales para cuya preservación se postula la concesión de procedibilidad, ya que sólo hay en la demanda C-A genéricas e imprecisas alusiones a la indefensión y al principio de presunción de inocencia, por lo que se plantea un problema de procedibilidad por el carácter subsidiario del recurso de amparo, entendiéndose que sí está cumplido dicho requisito. En relación al derecho a ser informado de la acusación porque no se dio traslado de la propuesta de resolución que el Ministro competente presente a la decisión del Consejo, el TC entiende (FJ 7º) que, en este caso, no se vulnera. Aplicando la doctrina consolidada del Alto Tribunal (FFJJ 5º y 6º) en el sentido de que el derecho fundamental a ser informado de la acusación impide una modificación de la calificación jurídica de la falta efectuada en la fase de resolución del expediente y sin brindar al afectado la posibilidad de ejercer el derecho de defensa, en este caso no hay una alteración del relato de los hechos; ni la elevación de la cuantía vulnera el derecho a ser informado, pues, en este último aspecto, no hay una distinta calificación jurídica del hecho, sino de la aplicación de los criterios de individualización de la sanción recogidos en la referida Ley de Carreteras, criterios que en el procedimiento administrativo corresponde concretar al órgano decisorio (FJ 7º).

## **B) Igualdad**

### **a) Vulneración de la igualdad tributaria, territorial y unidad de mercado**

En la **STC 96/2002, de 25 de abril**, Pleno, se estima Recurso de Inconstitucionalidad promovido por el Consejo de Gobierno de la CA de La Rioja contra la DA Octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales que dispone el reembolso tributario estatal a residentes en la Unión Europea que operan en el País Vasco o Navarra. Dicha normativa incide en el llamado “efecto frontera” y que deriva en una serie de discriminaciones para las CCAA limítrofes con territorios históricos y con las consecuencias de las medidas tributarias en ellos establecidas (ayudas a la inversión, bonificaciones, vacaciones fiscales, etc.) con el aparente objeto de paliar la crisis económica mediante una política fiscal de estímulo a la inversión. La DA Octava recurrida dispone textualmente que “los residentes en la Unión Europea que no lo sean en España y que por su condición de tales, deban someterse a la legislación tributaria del Estado, sin que por esta circunstancia puedan acogerse a la de la CA o territorio histórico del país Vasco o Navarra en el que operen, tendrán derecho en el marco de la normativa comunitaria al reembolso por la Administración Tributaria del Estado de las cantidades que hubieran pagado efectivamente en exceso con respecto al supuesto de haberse podido acoger a la legislación propia de dichas CCAA o territorios históricos en los términos que reglamentariamente se establezcan”.

Para la CA recurrente, se vulnera el derecho a la igualdad (entre otros) en tres vertientes: 1.– Elemento subjetivo, ya que se excluye expresamente a los españoles residentes en España, por lo que se discrimina a la inmensa mayoría de españoles y, desde luego, a los

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

que estatutariamente tienen la condición de riojanos, sin tener en cuenta que todos ellos son ciudadanos de la UE. 2.— Elemento objetivo, en su aspecto espacial, pues al referirse a personas prescinde de la residencia como punto de conexión, pues opta por uno arbitrario como es el de la no residencia, es decir, que el punto de conexión en vez de ser un elemento que conecta con el territorio en el que rige el ordenamiento jurídico impositor, es precisamente un elemento que desconecta del mismo, como es la no residencia en dicho territorio. 3.— Elemento formal: No deben existir diferencias tributarias en España, aunque algunas CCAA gocen de potestades legislativas al respecto, y la diferencia se produce cuando los españoles que no residen en las CCAA o forales referidas no pueden beneficiarse de tales compensaciones, las cuales se ofrecen sólo a los no residentes en la totalidad del territorio español, afectando fundamentalmente a los territorios limítrofes con los forales.

El TC, en relación a si la legislación recurrida introduce alguna clase de desigualdad en cualquiera de las manifestaciones propias (arts. 31.1, 38 y 139 CE), en su FJ 8º, considera que nos encontramos ante una medida que sólo beneficia a los no residentes —residentes en la UE— y no así a los restantes sujetos que, igualmente, operan en aquellos territorios bien siendo residentes en territorio común o bien siéndolo en territorio foral. Es decir, estamos en presencia de una medida que introduce una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas. Y, en segundo lugar, que los términos de comparación deben considerarse homogéneos, pues se trata en todos los supuestos de personas que “operan” económicamente en los territorios forales citados, cuya única diferencia es la cualidad con la que se presentan en el mercado autonómico como residentes en España o como no residentes en España, siéndolo en un país miembro de la Unión Europea. En suma, estando en presencia de situaciones equiparables que son objeto de una diferencia de trato por el legislador, el juicio de igualdad a realizar exige la comprobación de la concurrencia de la doble garantía a la que se hizo referencia con anterioridad, la de la razonabilidad y la de la proporcionalidad de la medida adoptada conforme a la finalidad perseguida.

Así, desde la perspectiva del art. 31.1 CE, no se puede justificar un trato dispar para un sector o un grupo de sujetos que implique un beneficio tributario sin una justificación plausible que haga quebrar el genérico principio del deber de sostenimiento del gasto público sobre los objetivos de redistribución de la riqueza (art. 131.1 C) y de solidaridad (art. 138.1 CE) la ayuda carece de justificación alguna, pues no responde a ninguna clase de política sectorial tendente a paliar situaciones de crisis o de deterioro industrial, por lo que el medio utilizado en la DA Octava no es razonable ni proporcionado.

En su **Voto particular**, los Magistrados Vives Antón y Casas Bahamonde manifiestan su discrepancia pues la norma estatal se limita a igualar a los residentes en la Unión Europea que no lo sean en España con los residentes del País Vasco o Navarra, de modo que la desigualdad que la Sentencia imputa a la ley estatal no está en ella, sino haciéndola derivar al Ordenamiento de las CCAA al que la normativa remite, que está previsto en nuestra Constitución y que no puede ser enjuiciado en este proceso. A similar conclusión llega en su **Voto particular** el Magistrado Gay Montalvo, al considerar que, por muchas declaraciones de principio que el TC haga en un intento de autocontrolarse, la Sentencia ter-

mina por realizar consideraciones excesivamente vinculadas con las normas forales que pretendía no cuestionar.

### **C) Derechos sustantivos**

#### **a) Imagen e intimidad de personajes públicos. Publicación periodística de fotografías íntimas (art. 18.1 CE)**

STC 83/2002, de 22 de abril, Sala Primera. Caso típico de contraamparo interpuesto contra la STS que estimó recurso de casación. El demandante, el financiero Don Alberto Alcocer, entiende que el TS, al casar la sentencia anterior que estimó intromisión ilegítima, vino a lesionar los derechos a la intimidad y a la propia imagen. El TC estima el amparo pues considera que las fotografías publicadas en una revista eran documento personal de carácter estrictamente privado y familiar, fueron tomadas por un amigo de los fotografiados y estaban destinadas al recuerdo íntimo. Nunca fue aclarado cómo llegaron las fotografías a manos de los responsables de la revista, pero es claro que ésta ni indagó su procedencia ni obtuvo consentimiento del demandante. Hubo en este caso, de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del TC, invasión ilegítima de la esfera de la intimidad personal y familiar del demandante y lesión de su derecho a la propia imagen.

Para el TC hay noticia, y estaría entonces “(...) amparada la publicación de las fotografías en un interés público constitucionalmente prevalente si lo que se comunica es relevante para la comunidad, lo cual justifica que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia” (FJ 5°).

Ni siquiera la notoriedad pública del demandante le priva de mantener un ámbito reservado de su vida como el que atañe a sus relaciones afectivas. Por todo ello, la revelación de las relaciones afectivas carece de cualquier interés público “(...) porque no afecta al conjunto de los ciudadanos ni a la vida económica o política del país, al margen de la mera curiosidad generada por la propia revista” (FJ 5°).

#### **b) Publicación de insinuaciones insidiosas lesivas del derecho al honor (art. 18.1 CE)**

STC 121/2002, de 20 de mayo, Sala Segunda. Típico recurso de amparo interpuesto por un periodista contra las sentencias que le condenaron por intromisión ilegítima. El TC desestima el recurso al considerar que la información publicada en la revista *Cambio 16*, en 1987, contenía insinuaciones insidiosas acerca de la víctima de un crimen a quien se vinculaba con el ejercicio de la prostitución y se relacionaba, además, homosexualmente con su asesina. Para el TC la libertad de comunicar información veraz no cubre estas insinuaciones irrelevantes e innecesarias para el interés público de la información pues se trata de hechos que afectan al honor y a la intimidad de personas privadas.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### c) Libertad de información. Reportaje neutral [art. 20.1. d) CE]

STC 76/2002, de 8 de abril, Sala Segunda. El TC otorga el amparo a un periodista, condenado por injurias leves, por causa de un artículo periodístico donde, al dar cuenta de un crimen, informaba de los sospechosos de la familia de la víctima. El TC recuerda su doctrina según la cual, en la publicación de declaraciones que imputan hechos lesivos del honor ha de identificarse a quienes las hacen; sólo entonces el reportaje será neutral, limitándose el medio informativo a ser mero transmisor de tales declaraciones, narrándolas y sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (FJ 5º). Así se hace en el artículo controvertido cuyo subtítulo fue: “La familia sospecha del hermano de otro pistolero de D’Amico”.

Por lo demás la atribución errada de que el sospechoso de la familia tenía antecedentes penales fue rectificada prontamente, prueba de la diligencia del periodista en la búsqueda de la verdad de la información.

#### d) Expresiones vejatorias en artículo periodístico [arts. 18.1 y 20.1.a) y d)]

Otro caso de conflicto entre las libertades de expresión e información y los derechos al honor y a la intimidad lo hallamos en la **STC 99/2002, de 6 de mayo**, Sala Primera. Don Jaime Campmany, autor de un reportaje periodístico sobre Doña Marta Chavarri, fue condenado por intromisión ilegítima. Para el recurrente la sentencia condenatoria vulnera sus derechos a la libertad de expresión e información. El TC examina el contenido de los dos artículos que formaron el reportaje y llega a la conclusión de que la expresión del segundo de ellos: “no se debe andar por ahí sin bragas y en adulterio flagrante”, reitera la publicación de elementos incluidos en el ámbito reservado de la intimidad (que fueron en su día declarados ilícitos por el TS). La expresión empleada, ateniéndose a los valores y criterios sociales vigentes, en su tono sarcástico y contenido vejatorio atenta contra la dignidad de la aludida dañando su imagen social y su reputación. La frase citada resultaba además innecesaria para los fines del comentario periodístico.

#### e) Libertad de expresión del Abogado y sanciones disciplinarias contra él [arts. 20.1.a) y 24.2 CE]

STC 79/2002, de 8 de abril, Sala Primera. Ya son varias las sentencias del TC, comentadas en números anteriores de esta revista, en las que recientemente se aborda esta cuestión. En este caso recuerda el TC que la cualificada libertad de expresión en el ejercicio del derecho de defensa ha de cohonestarse con el respeto por parte del abogado de las demás partes y sujetos procesales. La letrada demandante de amparo fue sancionada de conformidad con el art. 449 LOPJ. Tras ser advertida de que no interrumpiera la declaración que estaba prestando en prueba de confesión judicial uno de sus patrocinados, por persistir en su actitud y pretender que se reflejara en el acta explicaciones que el confesante por sí mismo no agregaba, y también por intentar escribir en el acta de prueba su disconformidad con su contenido.

Para el TC se trató de una conducta procesalmente incorrecta con incumplimiento de las leyes procesales (el abogado debe firmar el acta y nada más). Por lo demás, la conducta de la letrada era innecesaria pues el Juez sólo podía tener en cuenta para valorar las declaraciones del confesante. Deniega el amparo.

El voto particular de la magistrada Casas Bahamonde, al que se adhiere el magistrado Garrido Falla, está en línea con lo expuesto por el Ministerio Fiscal. Entienden los discrepantes que la pretensión de la letrada de que las explicaciones y matizaciones del confesante a las preguntas formuladas por la parte contraria fueran incluidas en el acta se encuadra perfectamente en la función de defensa. La mayoría ha interpretado la libertad de expresión del Abogado desde la legalidad infraconstitucional y no ésta desde la Constitución.

Además, en ningún momento la letrada se condujo de forma irrespetuosa con el órgano judicial. Por último, la lesión de la libertad de expresión implica paralelamente la del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 CE).

#### **f) Criterios de legitimidad de la intervención telefónica (art. 18.3 CE)**

STC 82/2002, de 22 de abril, Sala Primera. El TC desestima el amparo de quienes fueron condenados en base, entre otras, a pruebas obtenidas mediante intervención telefónica. Reprochan los recurrentes falta de proporcionalidad y de motivación en la intervención. Lo niega el TC pues la proporcionalidad de una intervención no viene determinada exclusivamente por la pena con la que se sanciona el delito sino en atención, asimismo, al bien jurídico protegido y a la relevancia social de los hechos. En este caso había una organización de considerables dimensiones dedicada al contrabando de tabaco (FJ 4º).

Tampoco el TC atiende el reproche de falta de motivación pues ha venido considerando en anteriores sentencias que hay motivación si la resolución judicial se integra con la solicitud de la autoridad (en este caso el Servicio de Vigilancia Aduanera) y contiene así todos los elementos necesarios para considerar satisfechas las exigencias para poder luego llevar a cabo la ponderación de la restricción de derechos que la proporcionalidad de la medida supone. También fue suficiente, en contra de la opinión de los recurrentes, el control judicial de la medida durante la ejecución del acto limitativo (FJ 6º).

#### **g) Seguridad jurídica electoral: Perentoriedad de los plazos en el proceso electoral y falta de diligencia de sus protagonistas (art. 23.2 CE)**

STC 80/2002, de 8 de abril, Sala Primera. El TC desestima un recurso de amparo interpuesto por un candidato, Don Álvaro de la Cuesta, y por su partido (PSOE) tras las elecciones generales del año 2000. Se trata de un asunto complejo en el que los demandantes adujeron lesión de sus derechos a la tutela judicial efectiva y de acceso a cargo público representativo. El TC desestima el recurso a pesar de considerar que en efecto, como alegaron

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

los recurrentes, se produjo un error material en la transcripción de los resultados electorales en los soportes informáticos: se atribuyeron a una candidatura (Plataforma España 2000) votos que no había obtenido según se desprendía de las actas de las mesas electorales. Hubo pues discordancia entre lo realmente acaecido –la voluntad del electorado– y lo reflejado en el soporte informático que sirvió para calcular la distribución de los puestos representativos.

Los demandantes en amparo no actuaron, sin embargo, con la debida diligencia, especialmente exigible de los protagonistas del proceso electoral, y dejaron pasar los plazos para este tipo de impugnaciones previstos en la legislación electoral (arts. 108.2 y 112.1 LOREG). Acudieron a la jurisdicción contencioso-administrativa casi un mes después de efectuado el escrutinio general, invocando el art. 105.5 LPC con la pretensión de que se rectificasen los errores materiales advertidos en el soporte informático del escrutinio.

Para el TC, los argumentos dados por los órganos judiciales para no atender las pretensiones de los demandantes en amparo son acertados porque, en efecto, hubo extemporaneidad e inadecuación del procedimiento ya que la LOREG regula exhaustivamente los procedimientos para asegurar a los interesados la depuración de los errores o vicios acontecidos durante el proceso electoral. No acepta el TC la aplicación supletoria de la LPC, exigida en su día por los recurrentes, por la exhaustividad de la propia LOREG y por la reserva material ex art. 81.1 CE que implica la imposibilidad de aplicar a la materia reservada ley no orgánica.

A juicio del TC, no se produjo lesión del derecho a la tutela judicial efectiva por parte del órgano judicial sino que la situación a la que se llegó es imputable a la falta de diligencia del candidato y de su partido. El procedimiento electoral exige para su correcto funcionamiento plazos fugaces, perentorios y preclusivos. No obstante y dado que el error fue patente, abre el TC la puerta a que, con carácter extraordinario, pueda revisarse si tal error fue lesivo del derecho sustantivo reconocido en el art. 23.2 CE. Y aquí el TC trae a colación la seguridad jurídica electoral (FJ 6º) que, en su criterio, se vería distorsionada si se abriera indefinidamente la determinación de los resultados electorales y pudieran anularse situaciones ya creadas y acarrear entonces perjuicios no justificados por la comprobación indudable de la conexión entre los votos emitidos y la distribución de los sufragios. Y aunque en este caso el cambio del escaño en liza no supondría alteración sustancial de la composición del Congreso (mayoría absoluta de un partido), en otras circunstancias podía ser radical. Por ello el carácter perentorio de los plazos y la citada seguridad jurídica electoral obligan a la especial diligencia de los actores del proceso electoral. De tal suerte que:

“Sólo en circunstancias realmente extraordinarias que impidiesen o distorsionasen el conocimiento por los interesados o por la Administración electoral de los datos habidos en los comicios dentro de los plazos que la LOREG marca (así por ejemplo, si tal impedimento o distorsión fuese un resultado intencionadamente buscado) podría llegarse a la revisión de los resultados si se demostrase la vulneración de derechos recogidos en el art. 23 CE” (FJ 7º).

### **h) Discrecionalidad de la Administración para retirar el permiso de conducir (art. 25.1 CE)**

STC 113/2002, de 9 de mayo, Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad contra el art. 67.1, párrafo 1, inciso segundo, del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, texto articulado de la Ley de Seguridad Vial (LSV). El citado precepto (modificado con posterioridad) establecía:

“En el caso de infracciones graves o muy graves podrá imponerse además la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducir hasta tres meses.”

El TC parte de su conocida doctrina, según la cual se incorpora la regla *nullum crimen nulla poena sine lege* al ámbito sancionador administrativo con su doble garantía: la material (predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes), y la formal (rango de las normas tipificadoras). No obstante recuerda el TC que en este ámbito no puede suprimirse la potestad reglamentaria, pero excluyendo que la ley se vacíe en beneficio del reglamento. Tampoco puede pretenderse un total automatismo en la imposición de sanciones lo que hace necesario dejar un cierto margen a la discrecionalidad de la Administración.

En este caso se trata de dilucidar si la configuración legal de la libertad de apreciación discrecional de la Administración (art. 67.1.1, inciso 2 LSV) resulta constitucionalmente admisible –por estar debidamente delimitada– o si presenta una amplitud tal que la hacen incompatible con las exigencias de *lex certa* y *lex previa* impuestas por el art. 25.1 CE. Para comenzar, en el precepto cuestionado hay una acotación al restringir la posibilidad de sanción a las faltas graves o muy graves y sólo por un plazo máximo de tres meses. Además, el precepto cuestionado ha de cohererse con el art. 69.1 de la misma ley en el que se establecen, para todos los supuestos previstos en la ley, los criterios para graduar las sanciones (gravedad, trascendencia del hecho, antecedentes del infractor, peligro potencial creado). De esta conexión entre preceptos se infiere que no es absoluta la discrecionalidad de la Administración cuya actuación se halla condicionada, por una parte, por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave o muy grave, y por otra, por la concurrencia de criterios preestablecidos en el art. 69.1 LSV (FJ 7º).

### **i) Derecho a la legalidad modificada por el Derecho comunitario (art. 25.1 CE)**

STC 75/2002, de 8 de abril, Sala Primera. Se trata de un caso de evasión de capitales, intentada en 1992 (cuando todavía esa conducta era sancionada penalmente). La defensa del evasor invocó la Directiva comunitaria 88/361 a lo que respondió el órgano judicial penal planteando cuestión prejudicial ante el TJCE. Éste consideró incompatible con la directiva toda sanción penal y toda autorización previa para el movimiento de capitales entre Estados de la Comunidad, pero no detecta esa incompatibilidad con la obligación de declarar esos movimientos. A la vista de la decisión del TJCE la Audiencia Nacional absolvió al evasor pero remitió el dinero intervenido (49.870.000 pesetas) a la

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Dirección General de Transacciones Exteriores del Ministerio de Economía y Hacienda. Este organismo abrió expediente sancionador por intento de exportación de la cantidad citada y dictó resolución imponiendo al evasor una multa de 4.900.000 pesetas como autor de infracción leve prevista en el art. 10.2 y 3 de la Ley 40/1979 y arts. 4.1 y 10.1 del Real Decreto 1816/1991.

El TC parte de su consolidada doctrina acerca de los principios de legalidad y tipicidad en materia sancionadora y de su extensión al ordenamiento administrativo sancionador, y concluye, a la vista de los datos del caso, que, a pesar de la sentencia del TJCE, subsistió luego de ella la obligación de previa declaración para exportar cantidades superiores a 1.000.000 de pesetas aunque hubiese desaparecido la sanción penal y la previa autorización para exportar.

#### **j) La imposición de ciertas tareas a los reclusos, fundadas en la relación de sujeción especial, no infringe la prohibición constitucional de trabajos forzados (art. 25.2 CE)**

STC 116/2002, de 20 de mayo, Sala Primera. El recurrente en amparo fue sancionado disciplinariamente por la dirección del centro penitenciario donde cumplía condena por negarse a llevar a cabo las labores de limpieza que por turno le correspondían. Confirmada judicialmente la sanción el recluso acude al amparo al entender que se le obligaba a realizar trabajos forzados proscritos por el art. 25.2 CE. A su juicio el derecho al trabajo que establece la legislación penitenciaria no puede entenderse como deber; además las tareas que se le encomendaban no eran remuneradas ni servían para redimir condena.

Para el TC no se ha producido ninguna lesión pues la obligación de contribuir a la salubridad de la cárcel está prevista en la LOGP, y resulta ser:

“(…) una prestación personal obligatoria, justificada por la especial intensidad con la que opera la relación de sujeción del interno de la que se deduce su deber de colaboración en las tareas comunes del centro penitenciario” (FJ 5º).

Asimilar esas tareas comunes con trabajos forzados (cuyo rasgo característico es su naturaleza punitiva y a menudo su inutilidad) repugna el buen sentido. Desestima el amparo.

#### **k) Uso de ordenador portátil en las celdas y derecho a la educación de los reclusos (art. 27.1 CE)**

STC 140/2002, de 3 de junio, Sala Primera. El TC desestima un recurso de amparo interpuesto por un interno del penal de El Dueso al que no se le permitió utilizar su ordenador portátil en la celda. Para el TC no hay lesión del derecho a la educación puesto que el interno puede hacer uso de su ordenador pero, tal y como marcan las normas de régimen interior, en los lugares habilitados al efecto. La limitación se justifica en la relación de sujeción especial entre la Administración penitenciaria y los internos. El precedente invocado por el recurrente (STC 67/1997) no es definidor del status de los internos sino que se fundaba en hechos o motivos circunstanciales relacionados con el centro peni-

tenciario de Daroca donde cumplía condena el interno beneficiado (a quien se autorizó el uso de un ordenador en su celda) por aquella sentencia.

### **l) Invocación de las necesidades del servicio, por parte de una Administración pública, para traslado forzoso de representante sindical (art. 28.1 CE)**

STC 114/2002, de 20 de mayo, Sala Primera. Se trata de un típico caso de inversión de la carga de la prueba que hace recaer en el empleador, en este caso, sobre un ente público la obligación de probar que el traslado de un trabajador –alejándolo de sus compañeros de los que es representante sindical– no es lesivo de la libertad sindical. Lo relevante del presente caso es que el empleador es una Administración Pública. Parte el TC de su conocida jurisprudencia y concluye en que la genérica invocación de las necesidades del servicio no es suficiente cuando, aun ejerciendo su discrecionalidad de autoorganización, sobre un acto del empleador (en este caso una Administración pública), pesa un panorama indiciario de vulneración de la libertad sindical. Estima el amparo.

## **4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

En este número se han seleccionado las Sentencias más destacadas dictadas por el Tribunal Supremo sobre Derechos Fundamentales entre septiembre de 2001 y enero de 2002.

### **A) Derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)**

#### **a) Tutela frente a ruidos intensos**

La STS de 21 de noviembre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima (ponente D. Manuel Goded Miranda), resuelve el recurso interpuesto por dos vecinos contra la concesión a un bar de la licencia municipal de apertura. Se trata de un recurso mixto contra el acto administrativo y contra la sentencia de primera instancia, el TS estima el recurso contra la sentencia por incongruencia omisiva pero desestima el recurso contra la licencia de apertura. Respecto a esta última, los recurrentes alegan que el nivel de ruido producido por el establecimiento lesiona su integridad física y moral, así como la de sus familias. El TS rechaza que el derecho que protege el artículo 15 CE alcance al hecho de soportar unos niveles de ruidos excesivos y considera que por graves que sean las molestias causadas por los ruidos no pueden llegar a calificarse como ataque a la integridad física o moral de las personas. Esta argumentación parece no tener en cuenta la importante STC 119/2001, de 24 de mayo (comentada en el número 13) que extiende la protección de los artículos 15 y 18 CE a la tutela frente a ruidos intensos.

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

#### B) Derecho a la intimidad (art. 18.1 CE)

##### a) Grabación y difusión de conversaciones telefónicas

La STS de 13 de noviembre de 2001 (ponente D. José Almagro Nosete) consolida la jurisprudencia de la Sala de lo Civil sobre difusión de conversaciones telefónicas (ver SSTS de 22 de diciembre de 2000 y 14 de mayo de 2001, comentadas respectivamente en los números 8 y 15 de esta revista). El TS condena por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad a una revista que difunde sin consentimiento del recurrente una conversación privada. Al igual que en las dos sentencias anteriores, la Sala protege la privacidad de la conversación telefónica con independencia de su contenido, que en este caso se refiere a un asunto de recalificación inmobiliaria.

##### b) Requerimiento a personas jurídicas de datos personales de sus socios

La Sección Séptima de la Sala Tercera del TS ha dictado en este período dos sentencias idénticas que tienen por objeto fijar los límites a la solicitud de información por parte de la Administración a entidades dedicadas a la gestión de derechos de propiedad intelectual. En la STS de 26 de octubre de 2001 (ponente D. Enrique Cancr Lalanne) el recurrente es la Sociedad General de autores y Editores (SGAE), mientras que la STS de 29 de octubre de 2001 (ponente D. Manuel Goded Miranda) examina el recurso presentado por el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO). En ambos casos, el recurso de casación se dirige contra el acto administrativo que reclama la entrega de los datos y contra la sentencia de primera instancia que desestima el recurso por falta de legitimación.

En cuanto a la cuestión de la legitimación, el TS enmienda la decisión del tribunal a quo y sostiene que CEDRO y la SGAE están legitimados procesalmente para impulsar la acción por vulneración del derecho a la intimidad contra el acto administrativo. Aunque niega que estas entidades sean titulares del derecho a la intimidad, afirma que son portadoras de un interés legítimo que les permite reaccionar frente al requerimiento de datos personales de sus socios.

En el plano material, el TS somete a una serie escalonada de controles la solicitud de certificación de los rendimientos de los derechos de propiedad intelectual percibidos durante los últimos ejercicios por los miembros de las entidades recurrentes. En primer lugar, comprueba que la Ley de Propiedad Intelectual habilita a la Administración para solicitar información a las entidades de gestión para vigilar que éstas repartan de forma adecuada los derechos obtenidos por la explotación de las obras registradas. Tras examinar la cobertura legal del acto administrativo, analiza si existe proporción entre la medida y el fin perseguido. El TS pondera el derecho a la intimidad y el deber de información analizando si el acto administrativo respeta los requisitos de “utilidad”, “necesidad” y “congruencia”. Después de superar estos controles, el TS resuelve que no se ha vulnerado el derecho a la intimidad.

**C) Libertad de información (art. 20 CE)****a) Falta de veracidad de la información facilitada por un Secretario de Estado y lesión del derecho al honor de funcionarios**

En marzo de 1988 el Secretario de Estado de Hacienda convocó una rueda de prensa en la que informó de la apertura de un expediente disciplinario a dos funcionarios por “presuntas relaciones connivenciales” con algunas constructoras para modificar fraudulentamente los valores catastrales de varios inmuebles. La STS de 20 de diciembre de 2001, Sala Primera (ponente D. Antonio Gullón Ballesteros), condena al Secretario de Estado por vulneración del derecho al honor. El TS argumenta que a pesar de las facilidades para acceder a la verdad con las que contaba el demandado por razón de su cargo, la información ofrecida por éste no era veraz puesto que el expediente se refería a irregularidades en la resolución de un concurso. En consecuencia, el TS considera que el Secretario de Estado no cumplió el deber de averiguar la verdad y añade que la utilización del “calificativo ritual de presunta” no impide la lesión del honor de los dos funcionarios.

**D) Derecho a participar en asuntos públicos: cargos públicos representativos (art. 23.2 CE)****a) Alcance constitucional: no incluye la participación efectiva de un Ayuntamiento en una Mancomunidad**

La STS de 26 de octubre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima (ponente D. Juan José González Rivas) resuelve el recurso de casación interpuesto por la Teniente de Alcalde y Concejal de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Sevilla contra la Mancomunidad de Municipios Guadalquivir para la gestión de residuos sólidos urbanos. La recurrente solicita el reconocimiento del ejercicio de su cargo de vocal representante del Ayuntamiento de Sevilla en dicha Mancomunidad y alega que la denegación de su solicitud vulnera su derecho de participación política. El TS desestima el recurso por tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria sin relevancia constitucional, considera que la facultad que la Concejal cree tener a participar en las reuniones de la Mancomunidad carece de incidencia desde el punto de vista del art. 23 CE porque no se discute el voto individual o personal de la demandante sino la participación institucional del Ayuntamiento en la Mancomunidad, cuestión esta que debe resolverse según las normas estatutarias de la Mancomunidad.

**E) Derecho de huelga (art. 28.2 CE)****a) Vulneración del derecho de huelga: firma de un pacto para que se desconvoque la huelga cuando no existe intención de cumplirlo**

La STS de 4 de diciembre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima (ponente D. Ramón Trillo) resuelve el recurso que interpone un sindicato de enfermería contra la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana por vulnerar el derecho de huelga. Los hechos

### III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

se remontan a mayo de 1995, cuando el sindicato convocó una huelga debido a que no conseguía alcanzar un acuerdo con la consejería sobre la asignación de un complemento retributivo al personal de enfermería. Posteriormente, ambas partes suscribieron un pacto en el que acordaban constituir un grupo de trabajo que debía elevar unas conclusiones a la Mesa Sectorial de Sanidad y el sindicato desconvocó la huelga. Cuando transcurrió el plazo pactado y la Administración convocó la mesa sectorial sin incluir en el orden del día la cuestión del complemento salarial, el sindicato impugnó la convocatoria alegando que la consejería había violado el derecho de huelga.

El TS da la razón al sindicato y anula la reunión de la mesa celebrada sin tener en cuenta el complemento salarial. La sentencia considera que la Administración vulneró el derecho de huelga porque nunca tuvo “intención real” de cumplir lo pactado, sino que actuó de forma “sibilina” para frustrar la celebración de la huelga.

La construcción jurisprudencial es, pues, bien curiosa ya que parece introducir entre los contenidos del derecho de huelga el derecho al cumplimiento de lo pactado para evitar estos conflictos.

#### **b) Servicios mínimos: el Rector no es competente para fijarlos al no ser autoridad gubernativa**

La STS de 16 de octubre de 2001, Sección Tercera, Sala Séptima (ponente D. Nicolás Maurandi Guillén), anula los servicios mínimos establecidos por el Rector de la UNED por vulnerar el derecho de huelga a instancias de una central sindical. El razonamiento utilizado en la sentencia recurrida para llegar consistió en considerar que el Rector no tenía el carácter de “autoridad gubernativa”, y por ello carecía de la competencia para fijar esos servicios mínimos que se establece en el artículo 10 del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo. El TS confirma esta sentencia y considera igualmente que el Rector no es competente para establecer dichos servicios mínimos, pues esta decisión está relacionada con el derecho a la huelga y no con la libertad académica.

Una decisión importante y suponemos que con relevancia en distintos ámbitos en los que podría estar abusándose en la determinación de servicios mínimos.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

ISABEL PERELLÓ

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

IGNACIO GARCÍA VITORIA



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

**1. Consideración preliminar. 2. Bases.** A) La regulación de medidas relativas a la formación continua de los trabajadores empleados no encuentra cobertura en el título competencial estatal “bases y coordinación de la planificación económica”. B) La regulación de la concesión de ayudas prevista en el Plan Nacional de Residuos industriales no se integra en la competencia básica estatal ex art. 149.1.23 CE; el otorgamiento de ayudas en el ámbito laboral es competencia autonómica. **3. Ley.** A) Reserva de Ley en materia sancionadora: la regulación del art. 25 CE no excluye todo poder de apreciación por parte del órgano competente a la hora de imponer una sanción concreta. B) Reserva de Ley en materia de función pública: no impide la remisión al reglamento para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa. C) Procedimiento de elaboración de la Ley: la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la Ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno de las Cámaras. D) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley sobre los actos dictados a su amparo: necesidad de contrastar la conformidad de los mismos con la legalidad que se declara en vigor. **4. Reglamento.** A) Principio de legalidad: la Ley General Tributaria prohíbe establecer presunciones legales por vía reglamentaria. B) Principio de legalidad sancionador. a) La ausencia de tipificación legal de las infracciones sancionables con base en una Ordenanza municipal vulnera el art. 25 CE. b) Es posible la colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones administrativas. C) Retroactividad de las normas. a) La regulación de la desgravación fiscal a la exportación no constituye materia sancionadora susceptible de aplicación con carácter retroactivo. b) Una retroactividad de grado mínimo es compatible con la interdicción de la retroactividad. c) La entrada en vigor de la Ordenanzas fiscales no puede deferirse a un momento anterior al de su publicación. D) Relación normas reglamentarias de distinto rango: la relación de jerarquía existente entre Reales Decretos y Ordenes Ministeriales no exige una identidad sustancial entre ambos textos normativos, sino una relación de

complementariedad. E) Potestad reglamentaria del Ministro: no es competente para establecer nuevas exigencias no previstas en los reglamentos de ejecución de la Ley.

F) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general. a) Distinción entre audiencia e información pública: son dos trámites acumulativos y no alternativos. b) Dictamen del Consejo de Estado: se exige en las Comunidades Autónomas sin órgano consultivo propio. c) Dictamen del Consejo de Estado: no es necesario reiterar este informe si se introducen modificaciones no sustanciales en el proyecto. d) Informe de la Secretaría General Técnica: la emisión de este informe en relación con un texto que no es el proyecto definitivo no constituye un vicio procesal. G) Derogación de un reglamento: determina la pérdida sobrevenida del objeto del recurso. H) La revisión de oficio de disposiciones de carácter general se concibe como una actuación de oficio.

I) Impugnación indirecta de disposiciones de carácter general: no la impide ni la falta de impugnación directa de la disposición general, ni la desestimación de una impugnación directa, ni la pendencia de una impugnación directa planteada en un proceso distinto.

J) Efectos de la impugnación directa e indirecta de disposiciones de carácter general. a) Impugnación directa: la anulación de una norma tiene una eficacia *erga omnes* y *ex tunc*, sin perjuicio de la subsistencia de los actos firmes. b) La anulación de actos administrativos por haber sido dictados bajo una norma que incurría en vicio de nulidad sólo produce efecto en relación con los recurrentes. **5. Principios constitucionales.** A) Principio de seguridad jurídica: certeza y previsibilidad son los elementos que integran el contenido garantizado por este principio. B) Principio de interdicción de la arbitrariedad: su infracción implica la existencia en la regulación de una discriminación o bien la carencia de toda explicación racional en relación con el contenido de la norma. C) Principio de igualdad. a) Los textos legales deben ser interpretados de la forma más favorable para la garantía de este principio. b) Menor alcance del principio de igualdad en los casos en que juega abiertamente el principio de autonomía de la voluntad a pesar de las fuertes limitaciones que impone el Derecho del Trabajo. c) La igualdad en la aplicación de la Ley se vulnera cuando un mismo órgano judicial modifica el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada. d) Razonabilidad y proporcionalidad son los elementos que permiten justificar una desigualdad de trato en la norma que no infrinja el principio de igualdad en la Ley.

## IV. Fuentes del Derecho

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, por lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional hasta la STC 127/2002, de 23 de mayo, respecto a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Ar. 2925 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. 1491 de 2001.

### 2. BASES

#### **A) La regulación de medidas relativas a la formación continua de los trabajadores empleados no encuentra cobertura en el título competencial estatal “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”**

Las medidas de “formación profesional continua” previstas en el Acuerdo Tripartito en materia de formación continua de los trabajadores ocupados suscrito en Madrid el 22 de diciembre de 1992 entre el Ministro de Trabajo y Seguridad Social, el Presidente de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales (CEOE), el Presidente de la Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (CEPYME), el Secretario General de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (CCOO) y el Secretario de la Unión General de Trabajadores (UGT), no pueden incardinarse en el ámbito del art. 149.1.13 CE, ya que, aunque ciertamente no puede cuestionarse la incidencia económica que presenta la adecuación de las aptitudes profesionales de los trabajadores ocupados a las nuevas necesidades tecnológicas y a los permanentes cambios del mercado laboral, sin embargo, esa relevancia económica no resulta determinante para realizar la adscripción a este título competencial de la materia objeto del citado Acuerdo. En consecuencia, las medidas objeto del Acuerdo tripartito impugnado no encuentran cobertura en la materia “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” atribuida al Estado por el art. 149.1.13 CE (STC 95/2002, de 25 de abril).

#### **B) La regulación de la concesión de ayudas prevista en el Plan Nacional de Residuos industriales no se integra en la competencia básica estatal ex art. 149.1.23 CE; el otorgamiento de ayudas en el ámbito laboral es competencia autonómica**

El Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña cuestiona la constitucionalidad de una Orden del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de 22 de marzo de 1993 que regula la concesión de ayudas previstas en el Plan nacional de residuos industriales para 1993, al rechazar que pueda ser considerada normativa básica y por tanto materia de competencia del Estado. El Tribunal Constitucional rechaza en este supuesto la admisibilidad de la atribución al Estado de determinadas facultades de carácter ejecutivo en el ámbito de sus competencias básicas en materia de medio ambiente ex art. 149.1.23 CE. A juicio del Tribunal, la proyección supraautonómica de las distintas líneas de

ayuda reguladas en la Orden en cuestión no es suficiente criterio para desplazar sin más la competencia controvertida al Estado, sino que además del alcance territorial superior al de una Comunidad Autónoma del objeto de la competencia, la actividad pública que sobre él se ejerza no debe ser susceptible de fraccionamiento y, aún en este caso, dicha actuación no debe poder ser llevada a cabo mediante mecanismos de cooperación o coordinación.

La regulación de la Orden impugnada de las ayudas previstas en el Plan Nacional de Residuos debe ser analizada desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial contenida en el FJ 8º.b) de la STC 13/1992, de 6 de febrero, según la cual cuando el Estado ostenta un título competencial genérico de intervención que se superpone a la competencia de las Comunidades Autónomas sobre una materia aun si ésta se califica de exclusiva, el Estado puede consignar subvenciones de fomento en sus Presupuestos Generales, especificando su destino y regulando sus condiciones esenciales de otorgamiento hasta donde lo permita su competencia genérica, básica o de coordinación, pero siempre que deje un margen a las Comunidades Autónomas para concretar con mayor detalle la afectación o destino, o, al menos, para desarrollar y complementar la regulación de las condiciones de otorgamiento de las ayudas y su tramitación, correspondiendo a las Comunidades Autónomas la gestión de los fondos. Por lo tanto, en este supuesto la regulación estatal de carácter básico (art. 149.1.23 CE) ha de dejar un margen normativo a la Comunidad Autónoma en la regulación de la subvención atribuyendo a la misma su gestión y distribuyendo territorialmente los fondos financieros a tal fin, según criterios objetivos (STC 126/2002, de 23 de mayo).

La STC 13/1992 recogía cuatro supuestos de delimitación competencial a los que podían reconducirse los distintos supuestos de regulación subvencional. En un conflicto en el que las subvenciones son incardinables en la materia laboral, en la que al Estado le corresponde la competencia de legislación y a la Generalidad de Cataluña la de ejecución de dicha legislación, resulta de aplicación, en principio, el tercero de los supuestos de aquella resolución, que opera cuando el Estado tiene atribuida la competencia de legislación relativa a una materia, mientras que corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de ejecución. En este caso la única diferencia con el supuesto anterior es que el Estado puede extenderse en la regulación de detalle respecto del destino, condiciones y tramitación de las subvenciones, dejando a salvo la potestad autonómica de autoorganización de los servicios. Por tanto la gestión de estos fondos corresponde a las Comunidades Autónomas de manera que no pueden consignarse a favor de un órgano de la Administración del Estado u organismo intermediario de ésta. Se trata de partidas que deben territorializarse en los propios Presupuestos Generales del Estado si ello es posible o en un momento inmediatamente posterior, mediante normas que fijen criterios objetivos de reparto o mediante convenios de colaboración ajustados a los principios constitucionales y al orden de distribución de competencias (STC 95/2002, de 25 de abril).

## IV. Fuentes del Derecho

### 3. LEY

#### **A) Reserva de Ley en materia sancionadora: la regulación del art. 25 CE no excluye todo poder de apreciación por parte del órgano competente a la hora de imponer una sanción concreta**

Según la jurisprudencia constitucional la necesidad ex art. 25 CE de que la Ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta. En este sentido, el Tribunal entiende que el art. 67.1.1, inciso 2, en relación con el art. 69.1 ambos de la Ley de Seguridad Vial no infringen el art. 25 CE dado que la formulación potestativa que el primero de éstos contiene en relación con la imposición de la sanción de suspensión del permiso o licencia de conducir como adicional a la de multa está condicionada por una parte, por la existencia de una conducta tipificable como infracción grave o muy grave y por otra, por la concurrencia de los criterios preestablecidos en el art. 69 de la Ley de Seguridad Vial (gravedad y trascendencia del hecho, antecedentes del infractor y peligro potencial creado) (STC 113/2002, de 9 de mayo).

#### **B) Reserva de Ley en materia de función pública: no impide la remisión al reglamento para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa**

La exclusión de la percepción de trienios a los militares de empleo por el art. 7 del Real Decreto 1491/1991, de 11 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, encuentra una base legal suficiente en la Disposición Final Tercera de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional. Asimilado el régimen de los militares de empleo al de los funcionarios interinos, el Gobierno estaba habilitado por la disposición legal citada para excluir a los militares de empleo de la percepción de trienios, concepto retributivo ligado a la continuidad en el tiempo de desempeño de la función propia de los militares de carrera. Por esta razón, la STS de 14 de enero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 2069, afirma que “no era necesario un precepto con rango de Ley que excluyese a los militares de empleo de la percepción de trienios, por lo que no es posible apreciar vulneración del principio de reserva de Ley que respecto al Estatuto de los Funcionarios Públicos establece el art. 103.3 de la Constitución, que no impide la remisión al reglamento para desarrollar y complementar una previa determinación legislativa”.

#### **C) Procedimiento de elaboración de la Ley: la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la Ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno de las Cámaras**

En la tramitación de la Ley 26/1995, de 31 de julio, por la que se declara reserva natural las Salinas de Ibiza, las Islas des Freus y las Salinas de Formentera, pese a la oposición manifestada por el Senado, la Mesa del Congreso, sin intervención del Pleno, remitió el texto a la sanción real. Para el Tribunal Constitucional la inobservancia de los preceptos

que regulan el procedimiento legislativo podría viciar de inconstitucionalidad la Ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de la voluntad en el seno de las Cámaras. En este caso no se produjo ninguna declaración de inconstitucionalidad ya que el Tribunal no apreció vulneración alguna del art. 90.2 CE dado que en la tramitación en el Senado fue rechazado el veto por no haber obtenido mayoría absoluta sin que tampoco se introdujeran enmiendas en el texto del Congreso, por lo que, al no ser necesaria una nueva lectura en el Congreso, la decisión adoptada por la Mesa de dicha Cámara de remitir el texto para la sanción real se ajustó a la Constitución (STC 97/2002, de 25 de abril).

**D) Efectos de la declaración de inconstitucionalidad de la Ley sobre los actos dictados a su amparo: necesidad de contrastar la conformidad de los mismos con la legalidad que se declara en vigor**

La STC 61/1997, de 20 de marzo, declaró la inconstitucionalidad de la mayor parte de los preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 25 de junio de 1992 y en concreto de los que dispusieron la cesión del 15 por ciento del aprovechamiento tipo en suelo urbano [art. 27.1 en relación con el art. 20.1.b)]. Esta declaración de inconstitucionalidad surtió efectos *ex tunc* (es decir, desde que se publicó la Ley inconstitucional) y no *ex nunc* (es decir, desde que se produce la declaración de inconstitucionalidad) al no haber limitado el Tribunal Constitucional los efectos hacia atrás de su Sentencia, conforme a la llamada “doctrina prospectiva”. Antes de la Sentencia del Tribunal Constitucional sólo existe el Texto Refundido de 9 de abril de 1976, que recuperó su vigencia al declararse la inconstitucionalidad del Texto Refundido de 1992. El Texto de 1976 no impone cesión alguna de aprovechamiento en suelo urbano.

Una vez definido el marco normativo aplicable el Tribunal Supremo estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el Acuerdo de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Talavera de la Reina de 17 de diciembre de 1993 por el que se otorgó una licencia de obras condicionada a la adquisición del 15 por ciento del aprovechamiento urbanístico correspondiente al Ayuntamiento. A esta conclusión no obsta la publicación de la Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha 5/1997, de 10 de julio, que sólo otorga efectos retroactivos a la fecha de publicación de la STC de 20 de marzo de 1997 (STS de 17 de enero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 1565).

#### 4. REGLAMENTO

**A) Principio de legalidad: la Ley General Tributaria prohíbe establecer presunciones legales por vía reglamentaria**

De conformidad con lo dispuesto en el art. 118 de la Ley General Tributaria, las presunciones legales deben ser establecidas por la Ley dado que alteran la carga de la prueba (*onus probandi*) con la trascendencia procedimental y procesal que ello lleva consigo en relación a las posibilidades de defensa de los contribuyentes. El art. 39.B), 2º párrafo, del Reglamento de los impuestos especiales aprobado por Real Decreto 2554/1980, de 4 de

## IV. Fuentes del Derecho

noviembre, estableció una presunción legal *ius tantum* consistente en que “salvo circunstancias especiales debidamente acreditadas no se admitirá un rendimiento inferior a 60 litros de alcohol absoluto por cada 100 Kg de azúcar contenida en las melazas puestas a fermentación, según la relación 60 litros/100 Kg de azúcar”. Esta regulación es nula de pleno derecho ya que se opone al citado precepto legal sin que haya existido habilitación legal alguna en la Ley 39/1979, de 30 de noviembre, de los Impuestos Especiales para regularla por vía reglamentaria (STS de 11 de diciembre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 1524/2002).

### **B) Principio de legalidad sancionador**

#### **a) La ausencia de tipificación legal de las infracciones sancionables con base en una Ordenanza municipal vulnera el art. 25 CE**

La STS de 4 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 2911, declara la nulidad de las sanciones impuestas con base en el precepto de una Ordenanza municipal que considera como infracciones administrativas, acciones no tipificadas previamente en una norma con rango de Ley, como exige el art. 25 CE.

#### **b) Es posible la colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones administrativas**

Una vez definidos por la Ley los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, pueden precisarse por vía reglamentaria los tipos de infracciones previamente establecidos en la Ley (STSJ de Castilla y León de 11 de septiembre de 2001, Valladolid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Única, Ar. 1445).

### **C) Retroactividad de las normas**

#### **a) La regulación de la desgravación fiscal a la exportación no constituye materia sancionadora susceptible de aplicación con carácter retroactivo**

La desgravación fiscal a la exportación no puede considerarse como materia sancionadora susceptible de aplicación retroactiva en virtud de lo dispuesto en los arts. 2 CC y 9.3 CE (STS de 19 de octubre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 734).

#### **b) Una retroactividad de grado mínimo es compatible con la interdicción de la retroactividad de las normas**

La regulación de las autorizaciones para la ocupación del subsuelo del dominio público de las carreteras de titularidad de la Diputación Foral, por Decreto Foral 107/2000, de 23 de agosto, por el que se regula la instalación de redes públicas de telecomunicaciones

en el dominio público viario, a pesar de que implica una retroactividad de grado mínimo, no se le puede achacar una vulneración del principio de interdicción de la irretroactividad de las normas, en la medida en que no implica una restricción de derechos individuales y responde al espíritu legislativo de las disposiciones transitorias de la Ley General de telecomunicaciones (STSJ del País Vasco de 9 de julio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 1295).

**c) La entrada en vigor de la Ordenanzas fiscales no puede deferirse a un momento anterior al de su publicación**

A pesar de que no existe una prohibición constitucional para la existencia de una legislación tributaria retroactiva, la STS de 2 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 2324, pone de relieve que si se admitiera que una Ordenanza fiscal pudiera determinar su aplicación de forma retroactiva, “se estaría ante una retroactividad absoluta o, como reiteradamente se la ha llamado, auténtica o propia, porque afectaría a hechos imponderables o situaciones producidas o realizadas con anterioridad a su vigencia”.

**D) Relación normas reglamentarias de distinto rango: la relación de jerarquía existente entre Reales Decretos y Órdenes Ministeriales no exige una identidad sustancial entre ambos textos normativos, sino una relación de complementariedad**

El contraste entre las normas reglamentarias que revisten la forma de Real Decreto, y las Órdenes dictadas en su desarrollo, no puede llevar a exigir una identidad sustancial entre ambas normas reglamentarias, pues en tal caso, las normas de desarrollo resultarían superfluas por repetitivas. Por este motivo, a las normas de inferior rango no se les puede negar un mínimo alcance innovador, siempre y cuando discorra por las vías de lo complementario y no contradictorio. Con base en esta doctrina, el Auto del TSJ de Cataluña de 11 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 1256, señala que las disposiciones de inferior rango no pueden comportar una restricción de los derechos reconocidos en las normas de rango superior, pues, en otro caso, ello supondría una vulneración del principio de jerarquía normativa. Del mismo modo, el Auto establece la incompetencia de los Ministerios para establecer nuevos requisitos a los previstos en el reglamento en ejecución del cual se dictan las correspondientes Órdenes.

**E) Potestad reglamentaria del Ministro: no es competente para establecer nuevas exigencias no previstas en los reglamentos de ejecución de la Ley**

El Auto del TSJ de Cataluña de 11 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 1256, pone de manifiesto la incompetencia de los Ministros para establecer nuevos requisitos a los previstos en los reglamentos dictados en ejecución de la Ley.

## IV. Fuentes del Derecho

### F) Procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general

#### a) Distinción entre audiencia e información pública: son dos trámites acumulativos y no alternativos

El diferente objeto de ambos trámites permite afirmar que se trata de trámites acumulativos y nunca alternativos. El trámite de audiencia es preceptivo siempre, pudiéndose llevar a cabo bien de forma directa, bien a través de las organizaciones y asociaciones representativas reconocidas por la Ley; la decisión sobre el procedimiento escogido para la práctica de este trámite ha de ser motivada, aunque la simple omisión de esta motivación no puede suponer la nulidad de la disposición por haber sido aprobada prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido. Sin embargo, 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 lo aconseje, y así se motive; no obstante, tal motivación no es necesaria en el caso de que no se abra la información pública, en la medida en que éste es el supuesto normal previsto en el art. 24 de la Ley del Gobierno (STS de 12 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 2562).

#### b) Dictamen del Consejo de Estado: se exige en las Comunidades Autónomas sin órgano consultivo propio

La STS de 25 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 1630, reitera la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 204/1992, de 26 de noviembre) según la cual se ha de mantener la intervención del Consejo de Estado en aquellas Comunidades Autónomas en las que no se haya creado un órgano superior consultivo, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo por la que se extiende la exigencia del informe preceptivo del Consejo de Estado para todas las normas reglamentarias de las Comunidades Autónomas dictadas en desarrollo de una Ley, sea estatal o autonómica, siempre que no exista un organismo autonómico homologable al Consejo de Estado.

En el mismo sentido, la STSJ del País Vasco de 17 de abril de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 1418.

#### c) Dictamen del Consejo de Estado: no es necesario reiterar este informe si se introducen modificaciones no sustanciales en el proyecto

La STS de 12 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 2562, reitera una consolidada jurisprudencia que considera la innecesariedad de que el Consejo de Estado informe acerca de las modificaciones introducidas en el texto que fue objeto de su Dictamen, si esas alteraciones no son sustanciales.

**d) Informe de la Secretaría General Técnica: la emisión de este informe en relación con un texto que no es el proyecto definitivo no constituye un vicio procesal**

El hecho de que el informe de la Secretaría General Técnica recaiga sobre el primero de los textos elaborados y no por el proyecto definitivo constituye un vicio de procedimiento no integrable ni en las causas de nulidad de pleno Derecho, ni en los supuestos de anulabilidad del art. 63 LRJ-PAC. Para apoyar esta decisión, la STS de 12 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 2562, utiliza la opinión del Consejo de Estado, para quien la intervención de la Secretaría General Técnica cumple con las exigencias legales, pese a que hubiera sido más correcto que su informe se hubiera emitido una vez efectuado el trámite de audiencia.

**G) Derogación de un reglamento: determina la pérdida sobrevenida del objeto del recurso**

Es innecesario un procedimiento judicial que elimine del ordenamiento jurídico con eficacia general *ex nunc* una disposición que, por haber sido ya derogada, ha resultado excluida del propio ordenamiento jurídico antes del hipotético fallo judicial anulatorio. (STS de 18 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 1496)

**H) La revisión de oficio de disposiciones de carácter general se concibe como una actuación de oficio**

La STS de 28 de noviembre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 2730, afirma que en la revisión de oficio de las disposiciones administrativas se excluye de modo tajante, la solicitud del interesado, de manera que la revisión de oficio de las disposiciones generales se concibe como una auténtica y verdadera actuación *ex officio*, respecto de la cual los particulares sólo pueden actuar por la vía del derecho de petición.

**I) Impugnación indirecta de disposiciones de carácter general: no la impide ni la falta de impugnación directa de la disposición general, ni la desestimación de una impugnación directa, ni la pendencia de una impugnación directa planteada en un proceso distinto**

En la STS de 16 de febrero de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 1350, se impugna el Acuerdo del Ayuntamiento de Las Palmas por el que se aprueba definitivamente el proyecto de Estatutos y Bases de actuación del Polígono II del Sector 5 del suelo urbanizable programado Las Torres, con base en la ilegalidad del Plan Parcial de cobertura, por considerar inadecuada la clasificación de los terrenos de los actores por ubicarse en un área consolidada por la edificación y que dispone de todos los servicios urbanísticos.

La impugnación directa del Plan Parcial en otro recurso distinto no impide la impugnación de los actos dictados en ejecución del Plan Parcial fundándose indirectamente en que sus disposiciones no son conformes a Derecho.

## IV. Fuentes del Derecho

### J) Efectos de la impugnación directa e indirecta de disposiciones de carácter general

#### a) Impugnación directa: la anulación de una norma tiene una eficacia *erga omnes* y *ex tunc*, sin perjuicio de la subsistencia de los actos firmes

Las Sentencias que estiman una pretensión de anulación de una disposición de carácter general producen efectos *erga omnes*, mientras que las Sentencias que estimen una pretensión de anulación en virtud de una impugnación indirecta sólo producen efectos entre las partes en litigio. Por otra parte, aunque en puridad la declaración de nulidad de una disposición de carácter general produzca efectos *ex tunc*, es decir, sus efectos se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición, razones de seguridad jurídica y la garantía de las relaciones establecidas, exigen la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la norma declarada nula, equiparando, a estos efectos, la anulación a la derogación (STS de 20 de marzo de 2002, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 2455).

#### b) La anulación de actos administrativos por haber sido dictados bajo una norma que incurría en un vicio de nulidad sólo produce efecto en relación con los recurrentes

En la STS de 19 de octubre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 734, se rechaza el recurso interpuesto contra liquidaciones tributarias giradas en concepto de desgravación fiscal a la exportación entre los años 1983 y 1985 porque el fundamento del mismo era la anulación de varias liquidaciones practicadas en aplicación de la misma norma, el Real Decreto 2950/1979. El Tribunal fundamenta la desestimación de la Sentencia en el hecho de que dicha norma no ha sido declarada nula, sino que su nulidad sólo ha sido apreciada en recursos indirectos por lo que carece de efectos *erga omnes* y además en dichos recursos se fundamentó su nulidad, en contra de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo, en la falta de dictamen del Consejo de Estado, que al ser un vicio formal sólo se podía alegar en los recursos directos. En el mismo sentido, la STS de 19 de diciembre de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 1643).

## 5. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

### A) Principio de seguridad jurídica: certeza y previsibilidad son los elementos que integran el contenido garantizado por este principio

La STC 96/2002, de 25 de abril, recoge la doctrina jurisprudencial sobre el principio de seguridad jurídica: sólo si en el ordenamiento jurídico en que se inserta y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, podría concluirse que la norma infringe el principio de seguridad jurídica.

**B) Principio de interdicción de la arbitrariedad: su infracción implica la existencia en la regulación de una discriminación o bien la carencia de toda explicación racional en relación con el contenido de la norma**

La función de legislar no equivale a una simple ejecución de los preceptos constitucionales, pues, sin perjuicio de la obligación de cumplir los mandatos que la Constitución impone, el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para traducir en reglas de Derecho las plurales opciones políticas que el cuerpo electoral libremente expresa a través del sistema de representación parlamentaria. Consiguientemente, si el Poder legislativo opta por una configuración legal de una determinada materia o sector del ordenamiento no ha de confundirse lo que es arbitrio legítimo con capricho, inconsecuencia o incoherencia creadores de desigualdad o de distorsión en los efectos legales, ya en lo técnico legislativo, ya en situaciones personales que se crean o estimen pertinentes. El control del Tribunal Constitucional sobre el ejercicio de la función legislativa debe respetar sus opciones políticas. En este sentido el análisis de la posible vulneración del principio de interdicción de la arbitrariedad se ha de centrar en verificar si tal precepto establece una discriminación pues la discriminación entraña siempre una arbitrariedad, o bien, si aún no estableciéndola, carece de toda explicación racional, lo que también evidentemente supondría una arbitrariedad, sin que sea pertinente un análisis a fondo de todas las posibles motivaciones de la norma y de todas sus eventuales consecuencias (STC 96/2002, de 25 de abril).

**C) Principio de igualdad**

**a) Los textos legales deben ser interpretados de la forma más favorable para la garantía de este principio**

La denegación a unos trabajadores del derecho a percibir del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) las indemnizaciones por extinción del contrato por causas objetivas [art. 52.c) Ley Estatuto de los Trabajadores, LET] les discrimina respecto a aquellos trabajadores que ven extinguido su contrato en virtud de idénticas causas (económicas, técnicas organizativas y de producción) pero en un despido que afecta a más trabajadores a los que sí se otorga dicho derecho. Para el Tribunal Constitucional, el órgano judicial debió interpretar la LET de la forma más respetuosa con el derecho fundamental a la igualdad ante la Ley (STC 103/2002, de 6 de mayo).

**b) Menor alcance del principio de igualdad en los casos en que juega abiertamente el principio de autonomía de la voluntad a pesar de las fuertes limitaciones que impone el Derecho del Trabajo**

En la STC 119/2002, de 20 de mayo, se plantea la vulneración del principio de igualdad por el convenio colectivo de Volkswagen Navarra, SA, que establece diferencias en lo que se refiere a las retribuciones entre el personal que ya prestaba sus servicios en la empresa en el momento de la contratación colectiva y el de nuevo acceso a partir de la

## IV. Fuentes del Derecho

vigencia del convenio, aunque los trabajadores realicen idéntica actividad. El criterio para determinar la posible infracción del principio de igualdad consiste en aclarar la específica aptitud diferenciadora de los factores que el convenio introduce para ordenar las retribuciones, ya que dicha vulneración no se produce si la disparidad establecida supera el test de razonabilidad. Además, desde una perspectiva estrictamente constitucional, es preciso recordar el menor alcance del derecho a la igualdad en los casos en que juega abiertamente el principio de autonomía de la voluntad, a pesar de las fuertes limitaciones que impone el Derecho del Trabajo.

En el caso enjuiciado la diferenciación retributiva de los especialistas de ingreso frente a otros trabajadores en atención al momento de la contratación laboral, dado que esa misma lógica se reproduce a lo largo de toda la regulación del convenio –la ordenación de todas las categorías profesionales en relación con las retribuciones se rige por el transcurso del tiempo–, no vulnera el principio de igualdad.

### **c) La igualdad en la aplicación de la Ley se vulnera cuando un mismo órgano judicial modifica el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada**

En la **STC 111/2002, de 6 de mayo**, el Tribunal admite la vulneración del derecho de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) al denegar el Tribunal Supremo al recurrente el derecho a la desgravación fiscal a la exportación por la construcción del buque “Trakia”, separándose de forma inmotivada de la doctrina seguida en supuestos anteriores. El fundamento de la denegación fue que la entrega de los buques se había producido después del 1 de enero de 1986 cuando ya había entrado en vigor el IVA, lo que excluía el derecho a percibir la desgravación fiscal.

En este supuesto se cumplen todos los requisitos exigidos por la doctrina del Tribunal Constitucional para apreciar la vulneración del principio de igualdad: la existencia de un *tertium comparationis* alegado y acreditado por el recurrente (Sentencias previas relativas al devengo de la desgravación fiscal a la construcción de buques o la exportación); la identidad de supuestos resueltos de forma contradictoria (pues en unos se fija como fecha del devengo la de formalización del contrato y, en otra, la de exportación); la identidad de órgano judicial (Tribunal, Sala y Sección); la alteridad de los supuestos citados como contraste (sujetos diferentes objeto de resoluciones contradictorias); y la inexistencia de motivación expresa o dato externo alguno que permita apreciar un posible cambio de criterio. En consecuencia, la resolución judicial impugnada ha violado el derecho a la igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 CE) en conexión con el principio de interdicción de la arbitrariedad (art. 9.3 CE), que obliga a que un mismo órgano jurisdiccional no pueda cambiar caprichosamente el sentido de sus decisiones adoptadas con anterioridad en casos sustancialmente iguales sin una argumentación razonada de dicha separación, que justifique que la solución dada al caso responde a una interpretación abstracta y general de la norma aplicable, y no a una respuesta *ad personam*, singularizada, que determina la vulneración de dicho principio.

**d) Razonabilidad y proporcionalidad son los elementos que permiten justificar una desigualdad de trato en la norma que no infrinja el principio de igualdad en la Ley**

El Tribunal Constitucional exige para permitir el trato dispar de situaciones homologables la concurrencia de una doble garantía: a) la razonabilidad de la medida pues no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del art. 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) la proporcionalidad de la medida, pues el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato sino sólo aquellas desigualdades en las que no existe relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida, pues para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita no basta con que lo sea el fin que con ella se persigue sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.

La exención o bonificación como quiebra del principio de generalidad que rige la materia tributaria (art 31.1 CE) en cuanto que neutraliza la obligación tributaria derivada de un hecho generador de capacidad económica, sólo será constitucionalmente válida cuando responda a fines de interés general que la justifiquen (por ejemplo, motivos de política económica o social, para atender al mínimo de subsistencia, por razones de técnica tributaria, etc.), quedando, en caso contrario, proscrita, pues no hay que olvidar que los principios de igualdad y generalidad se lesionan cuando se utiliza un criterio de reparto de las cargas públicas carente de cualquier justificación razonable y, por tanto, incompatible con un sistema tributario justo como el que nuestra Constitución consagra en el art. 31. En consecuencia, el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional la Disposición Adicional Octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que otorgaba a los residentes en la Unión Europea –que no lo fueran en España– y que operaran en el País Vasco o Navarra el derecho, en el marco de la normativa comunitaria, al reembolso por la Administración tributaria del Estado de las cantidades que hubieran pagado en exceso con respecto al supuesto de haberse podido acoger a la legislación propia de dichas Comunidades Autónomas o Territorios Históricos (STC 96/2002, de 25 de abril).

JORGE AGUDO GONZÁLEZ  
ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

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

### Actos y Procedimiento Administrativos

## Sumario:

**1. Consideración preliminar. 2. Clases de actos.** A) Actos de trámite: concepto. B) Significado del principio que prohíbe ir contra los propios actos. **3. Procedimiento administrativo.** A) Cómputo de plazos. B) La advertencia de la caducidad por paralización del expediente sólo puede producirse una vez que efectivamente se ha producido la paralización, y no anteriormente. **4. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación suficiente en la denegación de subvenciones. **5. Invalidez del acto administrativo.** A) Los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de las garantías. B) Relevancia anulatoria de la omisión del trámite de audiencia en los procedimientos sancionadores y en los procedimientos ordinarios. C) Expediente de reparcelación: la omisión del trámite de audiencia de un particular que es titular de una finca afectada, supone la anulabilidad de su aprobación definitiva. **6. Eliminación del acto administrativo.** A) La imprescriptibilidad en la impugnación de actos o disposiciones administrativas viciados de nulidad radical (acción de nulidad) sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el art. 102 LRJ-PAC. B) Un Ayuntamiento no puede desconocer la licencia otorgada por otro Ayuntamiento por considerar que se ha extralimitado de su término municipal; para dejar la licencia sin efecto es preciso su declaración de nulidad.

### 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre abril de 2002 y junio de 2002 (marginales 676 a 2700) respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y abril a mayo de 2002 (1312 a 202) respecto de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

## 2. CLASES DE ACTOS

### A) Actos de trámite: concepto

La STS de 11 de febrero de 2002, Sala Tercera, Sección Sexta, FD 2º, Ar. 1670, caracteriza a los actos de trámite como “(...) 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 (...)”, por ello consideran que el acuerdo municipal objeto del recurso “(...) objetiva y formalmente considerado contiene los elementos exigidos por el art. 53.2 de la Ley 30/1992 propios de los actos administrativos *stricto sensu* en cuanto resuelve definitivamente: excluir del expediente expropiatorio iniciados determinadas fincas, mantenerlo respecto de otras y continuar el procedimiento expropiatorio respecto de estas últimas. No tiene, pues, el acuerdo impugnado ni un carácter meramente procesal o de impulso, ni tampoco de ‘trámite’ o de ‘gestión’, pues incide en el ámbito del procedimiento expropiatorio iniciado bajo la cobertura jurídica del instrumento urbanístico aprobado definitivamente por la Administración autonómica (...), y consiguientemente afecta no sólo a los derechos de los munícipes, sino también al de los propietarios-expropiados, directamente afectados por las obras (...) sobre las que inicialmente se proyectó la expropiación. En definitiva, nos encontramos ante un acto resolutorio en el que la propia Administración municipal, consciente de la naturaleza del acuerdo impugnado, notifica (...) a los interesados los recursos que contra el mismo proceden (...)”.

### B) Significado del principio que prohíbe ir contra los propios actos

La STS de 12 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 4º, Ar. 2267, determina, en consonancia con la doctrina asentada del Tribunal Supremo, que el principio que prohíbe ir contra los propios actos “(...) es predicable respecto de aquellos actos que se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo una situación jurídica y con eficacia en sí mismos para producir, igualmente, un efecto jurídico (...)”. Del mismo modo, la STS de 4 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 4º, Ar. 2259, afirma que la aplicación de dicho principio “(...) requiere (...) que se trate de actuaciones realizadas con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, definiendo una situación jurídica de manera indubitada (...)” por el contrario dicho principio, “(...) no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tiene carácter ambiguo o inconcreto (...), o carecen de la trascendencia que se pretende para producir el cambio jurídico (...)”.

En este mismo sentido, téngase en cuenta la STS de 4 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 6º, Ar. 1974.

### 3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

#### A) Cómputo de plazos

Ante la disparidad producida entre las bases de una convocatoria para la adjudicación de licencia de auto-taxi, donde se hace referencia a un plazo de 30 días para la presentación de solicitudes, y la publicación en el Boletín Oficial donde, por error, se señala un plazo de 30 días naturales, la STS de 4 de diciembre de 2001, Sala Tercera, FD 2º, Ar. 1142, reitera la prevalencia de las determinaciones del pliego de bases de la convocatoria y afirma el cómputo de los días hábiles.

#### **B) La advertencia de la caducidad por paralización del expediente sólo puede producirse una vez que efectivamente se ha producido la paralización, y no anteriormente**

La STS 4 de febrero de 2002, Ar. 1596, confirma que la advertencia de la caducidad del procedimiento por la paralización imputable al solicitante únicamente puede producirse tras la efectiva paralización, y no en el momento inicial de incoación del expediente, configurándose dicha advertencia como un acto de ordenación del procedimiento que debe ser necesariamente notificado al interesado.

### 4. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### A) Motivación suficiente en la denegación de subvenciones

La STS de 11 de febrero de 2002, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 5º, Ar. 1093, en conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo, considera suficientemente motivado un acto administrativo por el que se deniega el otorgamiento de incentivos económicos regionales porque al confrontar la motivación con la norma que define los sectores promocionales “(...) queda suficientemente exteriorizada la razón denegatoria (...) Aquella confrontación permitía al solicitante de la subvención conocer la razón denegatoria y, consiguientemente, contradecirla, argumentando y probando que el establecimiento proyectado sí reunía las características requeridas por la norma (...)”.

En aplicación de la misma doctrina jurisprudencial, la STS de 23 de enero de 2002, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 2º, Ar. 875, considera, en cambio, que un acto administrativo por el que se deniega una solicitud de subvención “(...) con un lacónico enunciado únicamente expresivo de que la inversión proyectada no era promocionable, respuesta absolutamente inmotivada que infringe el art. 43.a) de la Ley de Procedimiento administrativo (actual art. 54 de la LRJ-PAC) y provoca la indefensión del interesado al impedir el juego contradictorio, imprescindible para refutar adecuadamente los presupuestos que sirvieron de fundamento al Acuerdo denegatorio. La obligación de motivar este género de decisiones administrativas ha sido constantemente reconocida por las numerosas sentencias que hemos dictado sobre la denegación de subvenciones como la de autos; en los correspondientes recursos se ha podido debatir sobre el mayor o menor grado de suficiencia de la motivación, en concreto, pero nunca se ha dudado de la exi-

gencia de ésta, en sí misma considerada (...)”. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 29 de noviembre de 2001**, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 3º, Ar. 1788, y razona que “(...) La denegación, pues, no podía entenderse fundada por referencia a unos informes que no la justifican. El acuerdo desestimatorio de la reposición afirma, además, que el ‘grupo de trabajo’ decidió por unanimidad no acordar la ayuda, pero es precisamente aquí donde aparece aun con mayor claridad la falta de motivación, pues dicha decisión no ha resultado mínimamente explicada. Es posible que tuviera algún fundamento válido pero, de ser así, debió ser explicitado (...) la razón determinante, en concreto, de la negativa debió reflejarse con claridad en la resolución denegatoria, sin que sea jurídicamente apropiado, a la vista de los informes administrativos ya citados, rechazar la petición utilizando la fórmula genérica de que el proyecto no cumplía los ‘objetivos’ del art. (...), cuya mera lectura pone de relieve lo contrario a tenor, incluso, de aquellos informes (...)”.

## 5. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

### **A) Los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de las garantías**

La **STS de 18 de marzo de 2002**, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 2º, Ar. 1900, reitera la doctrina jurisprudencial consolidada del Alto Tribunal y afirma que “(...) los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de las garantías. La indefensión es así un concepto material, que no surge de la sola omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir, una limitación de los medios de alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses (...)”.

### **B) Relevancia anulatoria de la omisión del trámite de audiencia en los procedimientos sancionadores y en los procedimientos ordinarios**

La **STS de 3 de diciembre de 2001**, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 5º, Ar. 1522, de acuerdo con la jurisprudencia anterior del Tribunal Supremo establece que el trámite de audiencia es “(...) ontológicamente imprescindible en los procedimientos sancionadores, pues no se puede concebir la imposición de una sanción sin que el sancionado haya tenido la posibilidad de ser oído. En los demás procedimientos su omisión sólo produce la anulación del acuerdo cuando de ello se deriva indefensión, lo que sucede cuando se impide la alegación o prueba de hechos o circunstancias cuya incidencia en el hecho enjuiciado pudiera dar lugar a una valoración distinta de la recogida en el acto impugnado. Es decir, la indefensión se convierte en un concepto con contenido material, de modo que la mera omisión del trámite no produce la anulación del acuerdo si de aquélla no se infiere que con su celebración el acto impugnado habría podido ser distinto (...)”.

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

En la misma línea jurisprudencial señalada, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2001**, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 2º, Ar. 912, afirma, en relación con la omisión del trámite de audiencia en los procedimientos ordinarios:

“(…) Esta Sala viene afirmando de modo reiterado la necesidad del cumplimiento del trámite de audiencia en los procedimientos en que la Ley lo prescribe. También viene sosteniendo la obligación de la Administración de cumplir dicho trámite y las consecuencias dañosas que de su incumplimiento se derivan.

Ahora bien, el incumplimiento del trámite reseñado no puede producir de modo automático la anulación del procedimiento en que la omisión ha tenido lugar. En este sentido, ni el art. 105 de la Constitución Española contempla la ‘audiencia del interesado’ como un trámite inexorable, sino sólo ‘cuando proceda’, ni el artículo 84 de la LRJPAC lo preceptúa como forzoso, contrariamente, dicho precepto expresamente admite la posibilidad de prescindir de él.

Por tanto, habrá de estarse a las circunstancias del caso contemplado y decidido, para determinar el alcance de su omisión. Desde esta perspectiva, es evidente que el demandante no ha puesto en el recurso de relieve la indefensión material que de esta circunstancia, la falta de audiencia, se le ha derivado. Se ha limitado a alegar la infracción del principio de audiencia pero sin poner de relieve el alcance material que de dicha omisión se ha derivado. Bastaría que desde un plano abstracto, pero con cierta apoyatura en los hechos del litigio, se hubiera argumentado con las consecuencias que esa falta de audiencia hubiera hipotéticamente producido en los derechos del recurrente, para que la anulación del acuerdo fuese procedente.

Contrariamente, lo único que se afirma es la omisión de la audiencia, pero omitiendo cualquier referencia y razonamiento respecto de la lesión que para sus derechos se ha derivado de la omisión de dicho trámite. La indefensión ha de tener alcance material y no consiste sólo en el incumplimiento del trámite de audiencia. En estas condiciones es imposible la estimación del motivo, pues tanto en vía jurisdiccional como en la vía administrativa el recurrente ha podido alegar todo lo que a su derecho convenía, lo que ha sido contestado por la resolución impugnada”.

En el mismo sentido que las sentencias anteriores se pronuncia la **STS de 5 de noviembre de 2001**, Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 3º, Ar. 1758, y la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 21 de enero de 2002, FD 4º, Ar. 148.

**C) Expediente de reparcelación: la omisión del trámite de audiencia de un particular que es titular de una finca afectada, supone la anulabilidad de su aprobación definitiva**

La **STS de 16 de enero de 2002**, Sala Tercera, Sección Quinta, FFDD 2º y 3º, Ar. 1017, afirma que: “(…) La tramitación de un expediente de reparcelación exige, conforme a los preceptos del Reglamento de Gestión Urbanística que se invocan como infringidos, una notificación individualizada a todos los propietarios incluidos en el polígono. En toda reparcelación se produce una mutación, sustitución o reemplazo del derecho de

dominio que afecta, por definición, a la sustancia o forma de las fincas sometidas al proceso reparcelatorio (...). Por eso las normas del Reglamento de Gestión que se invocan correctamente como infringidas, exigen que éste no pueda llevarse a cabo sin intervención ni audiencia alguna en el expediente de quien ostenta derechos dominicales sobre una finca afectada por la reparcelación. (...)”

## 6. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

### **A) La imprescriptibilidad en la impugnación de actos o disposiciones administrativas viciados de nulidad radical (acción de nulidad) sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el art. 102 LRJ-PAC**

La STS de 23 de noviembre de 2001, Sala Tercera, Sección Segunda, FD 3º, Ar. 996, afirma, de acuerdo con la más reciente doctrina del Alto Tribunal que “(...) la imprescriptibilidad en la impugnación de actos o disposiciones administrativas viciados de nulidad radical sólo se produce en el ejercicio de la acción prevista en el art. 109 de la antigua Ley de Procedimiento Administrativo (hoy art. 102 LRJPAC) cuando se ejercita ante la propia Administración, ya que puede serlo ‘en cualquier momento’; por lo tanto, la firmeza del acto consentido, en los demás casos, cierra el paso a su impugnación, si no se produjo en el plazo establecido (...)”.

### **B) Un Ayuntamiento no puede desconocer la licencia otorgada por otro Ayuntamiento por considerar que se ha extralimitado de su término municipal; para dejar la licencia sin efecto es preciso su declaración de nulidad**

La STS de 21 de febrero de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, FD 5º, Ar. 1378, establece —ante la resolución del Alcalde del Ayuntamiento de P. de suspender la actividad de construcción de un edificio (cuyo titular previamente había obtenido la licencia correspondiente, pero otorgada por el Ayuntamiento de M.) por considerar que la obra carecía de licencia, ya que la concedida por el Ayuntamiento de M. era nula de pleno derecho por incompetencia territorial— que “(...) lo fundamental es que el administrado, destinatario inmediato de la orden de paralización de las obras, las estaba ejecutando al amparo de una licencia concedida por un Ayuntamiento con competencia objetiva y que, siendo la licencia, en definitiva, un acto de reconocimiento de derechos, para dejar éstos sin efecto es preciso la declaración de nulidad de la licencia. Así viene expresamente reconocido en el art. 91 del Reglamento de Disciplina Urbanística, y así resulta de un principio según el cual las discrepancias entre distintas Administraciones Públicas sobre la delimitación de los respectivos términos municipales no puede deparar perjuicio al administrado que ha actuado de buena fe (...)”.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO  
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

## Contratos de las Administraciones Públicas

### Sumario:

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

A) Contrato administrativo de obra pública por vinculación directa al desarrollo de un servicio público. No contrato civil de transacción. 3. Actos preparatorios y requisitos de los

contratos. A) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. a) Improcedencia de impugnar los Pliegos a propósito del acto de adjudicación. B) Fianza. a) Falta de los presupuestos para acordar que el adjudicatario preste una fianza definitiva por el importe total del contrato. No es suficiente la existencia de una duda por parte de la Mesa de Contratación.

b) La exigencia de prestar una garantía definitiva por el importe total del contrato en caso de proposiciones incursas en presunción de temeridad, no es aplicable al procedimiento de concurso. c) Exclusión improcedente de un concursante que presentó una fianza provisional no bastantada y al que no le permitió subsanar este defecto. C) Formalización del contrato. a) Inexistencia del contrato por ausencia del Pliego y de formalización del contrato.

4. Formas de adjudicación. A) Concurso. a) Inexistencia de alteración de los criterios de adjudicación. Amplia discrecionalidad. b) No vulneración del principio de inalterabilidad de las ofertas por tenerse en cuenta aclaraciones de las empresas licitadoras en relación con sus ofertas. c) Nulidad de adjudicación a una segunda oferta de una empresa licitadora por constituir un objeto del contrato distinto. d) Procedencia de adjudicación de un concurso por los Tribunales a una oferta igual a la que resultó adjudicataria y que fue anulada.

Control de las facultades discrecionales de la Administración. e) Adjudicación improcedente por no tomarse en consideración todos los criterios establecidos en el Pliego. f) No valoración de oferta condicionada a la obtención de futuros permisos. g) Anulación de concurso y adjudicación por los Tribunales. 5. Régimen jurídico de los contratos. A) Prerrogativas de la Administración. a) Prerrogativa de interpretación de los contratos: cláusulas oscuras.

b) Prerrogativa de interpretación de los contratos y control por los Tribunales. B) Extinción de los contratos. a) Denegación de resolución procedente por no concurrencia de enriquecimiento sin causa de la Administración. 6. Contratos administrativos típicos. A) Contrato de obra. a) Naturaleza jurídica de las certificaciones de obra y de sus endosos.

b) Legitimación del contratista para reclamar tanto el principal como los intereses de demora en caso de endoso de las certificaciones de obra. c) Improcedencia de resolución automática del contrato por incumplimiento del contratista. d) Recepción implícita de las obras, demolición por vicios patentes y rebaja del precio desproporcionada. Carácter no sancionador de las cláusulas penales de los contratos. e) Perjuicios causados a terceros por ejecución de un contrato de obra. f) Obligación de pago por la Administración aunque tenga un presupuesto insuficiente. g) Indemnización derivada de la suspensión del contrato y de la emisión de certificaciones por la Administración. h) Improcedencia de denegación del pago por certificaciones de obras defectuosas. B) Contrato de gestión de servicio público.

a) Improcedencia de compensación económica al adjudicatario por mantenimiento de equilibrio económico-financiero tras la firma de un Convenio Colectivo. b) Inexistencia de enriquecimiento injusto de la Administración. c) Obligación de abonar al concesionario las obras aprovechables tras la resolución del contrato. d) Contrato de servicios y no de gestión de servicio público.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de octubre de 2001 a marzo de 2002, por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y se han analizado sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas dictadas entre junio de 2001 y mayo de 2002.

De nuevo, entre las sentencias analizadas, se han dictado algunas en relación con la discrecionalidad de la Administración en la adjudicación de contratos y el control por parte de los Tribunales. Continúa sin existir un criterio unánime al respecto y se observa cómo, cada vez con más frecuencia, se pueden encontrar sentencias que mantienen un control extensivo de esta facultad decisoria de la Administración. En concreto, resulta llamativa una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que, tras considerar que la valoración realizada por el órgano contratante no es la adecuada, no sólo anula adjudicación del contrato realizada por la Administración, sino que, además, adjudica dicho contrato al licitador recurrente.

### 2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

#### A) Contrato administrativo de obra pública por vinculación directa al desarrollo de un servicio público. No contrato civil de transacción

En el expediente administrativo queda acreditado que, desde el año 1972 hasta el año 1985, se suscribieron diversos acuerdos con intervención directa del Ayuntamiento de Málaga para resolver el problema derivado del concurso de adjudicación de un contrato. La empresa desistió de un inicial recurso de apelación que pendía ante el Tribunal Supremo, se le concedió a dicha empresa un derecho de tanteo de hasta un diez por ciento referente a la oferta económica y por otra parte, la Corporación abonaría el importe de las obras ya realizadas. Tales circunstancias le permiten al TS, en su **STS de 30 de octubre de 2001**, Ar. 493, constatar la intervención de la Corporación Municipal, tratándose de actos administrativos no sólo en razón del órgano de que proviene, sino también de la naturaleza objetiva del acto.

El TS, considera que, en el caso enjuiciado, no cabe sostener que se está ante un contrato de transacción excluido del ámbito del derecho administrativo, puesto que éste está configurado (art. 1809 Código Civil) como un contrato por el que las partes dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen fin al que habían comenzado. En la cuestión examinada, el Tribunal considera que no bastaba la mera discusión o el desacuerdo entre las partes, sino que la discrepancia tenía una causa fundada en el orden legal contencioso-administrativo, por lo que estaríamos ante la aplicabilidad del derecho administrativo. Además, afirma el Tribunal, es específica la naturaleza administrativa del acto por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público y por existir caracteres intrínsecos que hacen posible la especial tutela del interés público subyacente.

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

#### A) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

##### a) Improcedencia de impugnar los Pliegos a propósito del acto de adjudicación

La STSJ de Cantabria de 21 de junio de 2001, Ar. 1146, sostiene que no puede prosperar la impugnación de las cláusulas del Pliego dado que las citadas cláusulas fueron consentidas por el propio demandante que participó en el concurso sin discutir las en su momento y, en consecuencia, son firmes.

**B) Fianza****a) Falta de los presupuestos para acordar que el adjudicatario preste una fianza definitiva por el importe total del contrato. No es suficiente la existencia de una duda por parte de la Mesa de Contratación**

En la STS de 28 de enero de 2002, Ar. 2584, la Sala entiende que falta en el caso enjuiciado el presupuesto de hecho necesario para determinar la aplicación de los artículos 37.4 y 84.2.b) y 5 de la LCAP, presupuesto de hecho que consiste en que el órgano de contratación presuma fundadamente que la proposición del adjudicatario no puede ser cumplida como consecuencia de bajas desproporcionadas o temerarias [art. 84.2.b)].

Para que una oferta esté incurso en una presunción fundada de temeridad o desproporción, no es suficiente con que la Mesa de Contratación exprese una simple duda al respecto y que, con posterioridad, esa duda sea rechazada después ante las explicaciones de la empresa licitadora. Todo ello determina que, faltando el presupuesto de hecho de aplicación de la norma, no sea exigible al adjudicatario del contrato la fianza definitiva por el importe total del contrato adjudicado.

**b) La exigencia de prestar una garantía definitiva por el importe total del contrato, en caso de proposiciones incursas en presunción de temeridad, no es aplicable al procedimiento de concurso**

Así lo afirma la STS de 28 de enero de 2002, Ar. 2584, según la cual el art. 84.5 es un precepto pensado para la subasta, que es un procedimiento en que la adjudicación tiene en cuenta únicamente el precio ofrecido por el empresario, no los demás criterios que sirven de base para la adjudicación de los concursos.

**c) Exclusión improcedente de un concursante que presentó una fianza provisional no bastantada y al que no le permitió subsanar este defecto**

La STSJ de Madrid de 12 de septiembre de 2001, Ar. 59, acuerda la retroacción de las actuaciones al momento en que la proposición presentada por la entidad recurrente fue excluida de la participación en un concurso por entenderse que en el aval no constaban los poderes de representantes de la sociedad avalista, bastantados por la Abogacía del Estado de la provincia correspondiente o por el Servicio Jurídico de la Caja General de Depósitos. Considera el Tribunal que la Mesa de Contratación no dispone de facultades discrecionales para decidir la exclusión de un concursante del procedimiento de contratación por un defecto como el que se cuestiona, sino que debió concedérsele un plazo para subsanar dicho defecto. Sostiene, además el Tribunal, que es contrario al principio de concurrencia un planteamiento literalista de los requisitos para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación como el sostenido por la Administración, que considera que el defecto del aval es un requisito esencial, no subsanable.

### C) Formalización del contrato

#### a) Inexistencia del contrato por ausencia del Pliego y de formalización del contrato

La STS de 18 de diciembre de 2001, Ar. 1530, subraya que una de las características específicas del contrato administrativo es ser esencialmente formalista por contraste con los principios espirituales que dominan la contratación civil y mercantil, dado que la formación del consentimiento contractual en el Derecho Administrativo está sometida a un procedimiento de formalidades predeterminadas exigiéndose la formalización documental, administrativa o notarial del contrato y perfeccionándose mediante la adjudicación definitiva. En el caso enjuiciado, la ausencia del pliego de cláusulas y de formalización del contrato en documento administrativo o escritura pública, no producen los efectos de la perfección del contrato.

## 4. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

### A) Concurso

#### a) Inexistencia de alteración de los criterios de adjudicación. Amplia discrecionalidad

La STS de 5 de marzo de 2001, Ar. 2565, reitera la existencia, en los concursos, de un amplísimo criterio de discrecionalidad administrativa en cuanto a los extremos puramente técnicos que abarca todo lo que afecte a la ponderación de los criterios establecidos en el Pliego, así como todo lo que atañe a los méritos o pautas de valoración. En consecuencia, considera la Sentencia que no se trasgreden los Pliegos en este supuesto por el hecho de que el órgano examinador de las propuestas y la Mesa de Contratación establecieran unas “tablas de puntuación”, en desarrollo de los criterios establecidos en los Pliegos. Estas tablas vienen “a recoger, con precisión y como modo de justificación, extremos referidos a métodos, técnicas o instrumentos de valoración, que no pueden devenir improcedentes ni ilegales”. Sostiene el Tribunal que este método de valoración, aquí referido a la oferta económica, no implica alteración, modificación o desarrollo de los criterios recogidos en el Pliego, y sí solamente la determinación de los extremos que permiten una aplicación razonada de los mismos.

#### b) No vulneración del principio de inalterabilidad de las ofertas por tenerse en cuenta aclaraciones de las empresas licitadoras en relación con sus ofertas

La STS de 5 de marzo de 2001, Ar. 2565, sostiene que la Mesa de Contratación no vulneró el principio de inalterabilidad de las ofertas en la adjudicación de los contratos, al atender a las respuestas aclaratorias de las empresas concurrentes al cuestionario facilitado por la propia Mesa de Contratación. Considera el Tribunal que las distintas ofertas fueron valoradas en función de los criterios del Pliego, sin que las aclaraciones o contestaciones de las empresas en las reuniones celebradas para solucionar determinadas dudas constituyan variación o modificación de las ofertas iniciales, ni permiten entender que la adjudicación se hizo sin atender a dichas ofertas.

**c) Nulidad de adjudicación a una segunda oferta de una empresa licitadora por constituir un objeto del contrato distinto**

La STS de 11 de marzo de 2002, Ar. 2266, considera que la alternativa ofrecida por la empresa adjudicataria, constituye una segunda oferta, distinta a la inicial, y no una mera contraoferta, que sí que estaba admitida en el Pliego. Esta segunda oferta no puede calificarse como una contraoferta que alteraba las condiciones técnicas del objeto del contrato. Se trata de la oferta de un objeto distinto a aquel a que el concurso inicialmente se refería. En consecuencia, la adjudicación del concurso a esta oferta es nula.

Además, se incumplió la cláusula del Pliego que fijaba el presupuesto del contrato, superando la oferta de la adjudicataria la cuantía máxima prevista.

**d) Procedencia de adjudicación de un concurso por los Tribunales a una oferta igual a la que resultó adjudicataria y que fue anulada. Control de las facultades discrecionales de la Administración**

La STS de 11 de marzo de 2002, Ar. 2266, considera correcta la adjudicación, por parte del Tribunal de instancia, de un concurso a favor de una oferta igual a la de la empresa que resultó adjudicataria. Ante dos ofertas iguales, la consecuencia obligada es la procedencia de adjudicar el concurso a la que se formula por precio menor y, al entenderlo así, la sentencia impugnada no ha vulnerado los arts. 36 y 87 de la Ley de Contratos del Estado, sino que ha realizado un control de las facultades discrecionales de la Administración por razón de los hechos determinantes.

**e) Adjudicación improcedente por no tomarse en consideración todos los criterios establecidos en el Pliego**

La STS de 30 de octubre de 2001, Ar. 495, anula la adjudicación de un concurso en la que, en opinión del TS, no se cumplieron debidamente los criterios establecidos en el Pliego. En concreto, no se tomaron en consideración tres subcriterios englobados en el tercer criterio de adjudicación.

**f) No valoración de oferta condicionada a la obtención de futuros permisos**

La STSJ de Baleares de 11 de mayo de 2001, afirma que si la oferta está condicionada a la obtención de futuros permisos, implica una oferta hipotética y condicionada, por lo que no puede computarse desde el momento en que no puede asegurarse su cumplimiento al inicio de la concesión.

**g) Anulación de concurso y adjudicación por los Tribunales**

La STSJ de Cantabria de 21 de junio de 2001, Ar. 1146, considera que se ha realizado por la Administración una incorrecta valoración de los criterios de adjudicación y, como

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

consecuencia de ello, decide anular el concurso y ordenar que la adjudicación recaiga en la entidad recurrente, que con la valoración realizada por el Tribunal, obtiene una puntuación superior a la de la adjudicataria inicial.

Sin embargo, el propio TSJ de Cantabria, en su **Sentencia de 4 de diciembre de 2001**, Ar. 37, tras constatar que no ha sido valorado uno de los criterios de adjudicación del concurso, no realiza él su propia valoración, ni procede a la adjudicación, sino que ordena la retroacción de las actuaciones, para que el citado criterio sea efectivamente valorado.

### 5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS

#### A) Prerrogativas de la Administración

##### a) Prerrogativa de interpretación de los contratos: cláusulas oscuras

En la **STS de 9 de enero de 2002**, Ar. 1834, se está ante un supuesto en el que el precio se establecía en función de una parte fija y otra variable. La Sala de instancia considera que la oferta de la empresa establecía la parte variable de la retribución en términos tales que no podía expresarse de antemano en una cantidad fija, pues varía en función de las operaciones realizadas y con un tope máximo sobre los costes. Para el Tribunal, la fijación del precio tanto en el acuerdo de adjudicación, como en el contrato, ha de entenderse conforme se describe en la proposición económica de la titular del contrato, de acuerdo con una interpretación lógica del pliego de condiciones y la proposición económica.

##### b) Prerrogativa de interpretación de los contratos y control por los Tribunales

La **STS de 30 de octubre de 2001**, Ar. 493, considera que la interpretación llevada a cabo por la Sala de instancia permite llegar a la conclusión de que dicha interpretación es razonable. La prerrogativa de la Administración en orden a la interpretación de los contratos no excluye la intervención de los Tribunales para revisar los actos dictados por la Administración, pues si bien debe reconocerse a la Administración la posibilidad de interpretar en vía administrativa el contenido del contrato, dicha manifestación de voluntad no excluye la ulterior actividad jurisdiccional en orden a la interpretación por el órgano jurisdiccional.

#### B) Extinción de los contratos

##### a) Denegación de resolución procedente por no concurrencia de enriquecimiento sin causa de la Administración

La **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Zamora de 28 de junio de 2001**, Ar. 1392, considera correcta la denegación de resolución solicitada por el contratista a la Administración frente a la alegación de la parte recurrente de que el contra-

to debió ser resuelto porque se estaría produciendo un enriquecimiento sin causa de la Administración. Considera el Juzgado que concurren todos los requisitos de esta figura jurídica, salvo el de “falta de causa que justifique aquel enriquecimiento”, porque sostiene que existe una clara causa justificativa: el riesgo y ventura propio e inherente de todo contrato y que corresponde soportar al contratista (art. 99 LCAP).

## **6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS**

### **A) Contrato de obra**

#### **a) Naturaleza jurídica de las certificaciones de obra y de sus endosos**

La STS de 29 de diciembre de 2001, Ar. 1831, recoge jurisprudencia reiterada según la cual las certificaciones de obra tienen el concepto de pagos a cuenta y responden al derecho del contratista al abono de la obra ejecutada y con arreglo al precio convenido, mientras que los endosos de estas certificaciones a entidades bancarias o de crédito son apoderamientos o comisiones de cobranza a favor de éstas, reconociéndose en el art. 145 del Reglamento de Contratación la posibilidad de que las certificaciones sean transmitidas conforme a Derecho, y disponiéndose que, una vez que la Administración tenga conocimiento de la transmisión, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario, con indicación del nombre del cedente, así como que antes de que se ponga en conocimiento de los órganos competentes la cesión, surtirán efectos liberatorios los mandamientos de pago extendidos a nombre del contratista.

En el mismo sentido, STS de 14 de diciembre de 2001, Ar. 1434, STS de 18 de diciembre de 2001, Ar. 1483, y STSJ de Andalucía de 4 de junio de 2001, Ar. 1108.

#### **b) Legitimación del contratista para reclamar tanto el principal como los intereses de demora en caso de endoso de las certificaciones de obra**

La STS de 29 de diciembre de 2001, Ar. 1831, considera, en razón de unidad de doctrina, que, pese al endoso, es indiscutible que corresponde a la entidad contratista la legitimación tanto para reclamar el pago del principal como el de los intereses de demora, puesto que el perjuicio por impago lo sufre éste, no necesariamente la entidad “endosataria”.

En el mismo sentido, SSTS de 17 de enero de 2002, Ar. 1841 y de 14 de diciembre de 2001, Ar. 1434.

#### **c) Improcedencia de resolución automática del contrato por incumplimiento del contratista**

El art. 45 de la Ley de Contratos del Estado atribuía a la Administración un margen de discrecionalidad para optar bien por la resolución o bien por la imposición de penalidades.

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

La STS de 14 de diciembre de 2001, Ar. 1433, recoge una jurisprudencia según la cual la mera constatación del vencimiento del plazo contractual sin que el contratista haya cumplido satisfactoriamente sus obligaciones no determina, por sí misma, la resolución del contrato, pues habrá de ponderar, en atención a las circunstancias del caso, si el incumplimiento es de tanta trascendencia que justifica la resolución y nueva apertura del procedimiento de selección de contratistas, o si, por el contrario, procede sólo la imposición de penalidades hasta el límite del 20 por ciento del presupuesto total del contrato (art. 137 Reglamento de Contratación).

El Tribunal sostiene que, en el caso enjuiciado, no hay base para determinar que las penalidades que pudieran haberse impuesto al contratista tuvieran entidad suficiente para entender sobrepasado el 20 por ciento del presupuesto del contrato. Esto le conduce a concluir afirmando la improcedencia de la resolución contractual acordada por el Ayuntamiento, que optó por esta solución, indudablemente más perjudicial para el interés general, sin dar ninguna posibilidad de subsanación.

En parecidos términos se manifiesta la STS de 14 de diciembre de 2001, Ar. 1434, que afirma que no es automáticamente procedente la resolución del contrato tras un incumplimiento por parte del contratista, no bastando el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culposa o negligente imputable al contratista. Si, como en el caso enjuiciado sucede, se advierte una grave demora por parte del Ayuntamiento en el pago de las certificaciones de obra, resulta para el Tribunal obvia la improcedencia de declarar la resolución del contrato.

### **d) Recepción implícita de las obras, demolición por vicios patentes y rebaja del precio desproporcionada. Carácter no sancionador de las cláusulas penales de los contratos**

La STS de 30 de octubre de 2001, Ar. 494, confirma la sentencia de instancia que consideró probado que la Administración, aún conociendo que la obra presentaba ciertos defectos, la destinó al uso público lo que, a tenor de lo previsto en el art. 170, párrafo tercero, del Reglamento General de Contratación y de la doctrina del TS, determinó la “recepción implícita” de la obra y que, una vez transcurrido el plazo de garantía previamente pactado, adoptó sin audiencia previa del contratista una resolución que privaba a éste de una parte significativa de la retribución fijada. En suma, considera el TS que la dirección de la obra no ordenó la demolición y reconstrucción por vicios o defectos patentes en la construcción y la rebaja de precio fue desproporcionada, al fijarse en un 50 por ciento, cuando la jurisprudencia de esta Sala señala que el principio de inalterabilidad de los contratos no conduce a un enriquecimiento de la Administración.

El TS, en esta Sentencia, recuerda también que las penalizaciones pactadas en los contratos, e impuestas como consecuencia de lo que la Administración consideró como un defectuoso cumplimiento por el contratista, no constituye, en sentido estricto, una sanción administrativa impuesta de plano, sin la correcta tramitación de expediente previo. El art. 136 del Reglamento General de Contratación prevé que cuantas incidencias surjan entre la Administración y el contratista en la ejecución de un contrato de obras se tramitarán mediante expediente contradictorio, con ciertos requisitos procedimentales.

**e) Perjuicios causados a terceros por ejecución de un contrato de obra**

La STSJ de Navarra de 24 de noviembre de 2001, Ar. 1415, reconoce el derecho a recibir una indemnización a un titular de un establecimiento comercial como compensación de los perjuicios causados por las obras de remodelación de vía pública para la construcción de un parking.

**f) Obligación de pago por la Administración aunque tenga un presupuesto insuficiente**

Para hacer frente al pago de un contrato de obras de reparación de la piscina municipal, el Ayuntamiento de la Diputación Provincial solicitó una subvención por la cantidad total del contrato. Una vez que la Diputación le concede una subvención por una cuantía inferior a la solicitada, el Ayuntamiento realiza un pago parcial, sólo por la cuantía efectivamente recibida de la Diputación. La STSJ de Extremadura de 25 de septiembre de 2001, Ar. 1219, obliga a un Ayuntamiento a completar el pago hasta la cantidad por la que inicialmente se obligó, porque considera que el particular, que ha prestado sus servicios, no puede ser perjudicado por un hecho que le resulta ajeno. En efecto, la debida cobertura presupuestaria es consecuencia de actos administrativos del Ayuntamiento que incurre en irregularidad adquiriendo obligaciones para las que no existe esa necesaria cobertura presupuestaria.

**g) Indemnización derivada de la suspensión del contrato y de la emisión de certificaciones por la Administración**

En el caso del que conoce la STSJ de Madrid de 24 de abril de 2001, Ar. 1122, el contrato estuvo en suspenso durante 65 días por causas no imputables al contratista, sino a la falta de coordinación entre el Consejo Superior de Deportes y el Ayuntamiento a quien competía realizar las obras previas de acondicionamiento de los terrenos. Considera el Tribunal que del tenor literal del art. 148 del RCE no puede deducirse que la simple paralización por tiempo superior a la quinta parte del período fijado en el contrato dé lugar a la indemnización de daños y perjuicios, sino que compete a quien reclama la carga de probar que “efectivamente se sufrieron los perjuicios”, lo cual no es sino aplicación de los requisitos que la doctrina jurisprudencial exige que concurren en toda indemnización, siendo el primero y fundamental que se trate de un daño real y efectivo, no bastando con la frustración de meras expectativas. En el caso enjuiciado, el Tribunal considera que no consta que en el breve lapso de tiempo de la suspensión se incrementaran los precios de los materiales ni de la mano de obra.

Diferente es el caso del retraso en la emisión de las certificaciones, ya que la cláusula 72 del Pliego de Cláusulas Administrativas generales regula expresamente el incumplimiento del plazo para realizar la recepción provisional, disponiendo al efecto que si la recepción provisional de la obra se efectuase pasado un mes contado a partir de la fecha de la terminación de aquélla, y la demora fuera imputable a la Administración, el contratista

## V. Actos, Procedimiento y Contratos

tendrá derecho a ser indemnizado de los perjuicios que la demora le cause, si así lo solicita por escrito al amparo del art. 158 RGC.

### **h) Improcedencia de denegación del pago por certificaciones de obras defectuosas**

La STSJ de Extremadura de 27 de marzo de 2001, Ar. 1162, considera contradictorio que la Administración se acogiera a las irregularidades formales de unos documentos dirigidos a realizar pagos a cuenta como justificación del impago de unas deudas que, por otra parte, no son negadas. La Administración se opone al pago por entender que la ausencia de certificaciones de obras emitidas en debida forma impide ese pago. Efectivamente, la Administración no emite certificaciones de obras en sentido estricto, sino unos documentos a los que denomina “Cifras para curso de certificaciones”. Si bien la Administración rechaza el contenido de esos documentos, resulta que éstos no sólo tienen membrete oficial, sino que están suscritos por la misma Administración, estampándose el sello oficial.

### **B) Contrato de gestión de servicio público**

#### **a) Improcedencia de compensación económica al adjudicatario por mantenimiento de equilibrio económico-financiero tras la firma de un Convenio Colectivo**

La STS de 18 de diciembre de 2001, Ar. 2067, considera que, en el caso enjuiciado, no concurre una alteración de las circunstancias del contrato que puedan determinar la ruptura de la economía de la concesión. En concreto, no cabe trasladar a la Corporación Municipal los efectos de un Convenio Colectivo de empresa pactado por el concesionario si dicho ente público no ha tenido intervenciones sobre dicha acción. No puede admitirse que el Ayuntamiento haya de pagar las elevaciones salariales derivadas de un Convenio en cuya negociación y firma no ha tenido ninguna participación dicho Ayuntamiento.

#### **b) Inexistencia de enriquecimiento injusto de la Administración**

La STS de 5 de marzo de 2002, Ar. 1975, tras realizar un repaso a la doctrina jurisprudencial al respecto, concluye rechazando que en el caso enjuiciado concorra un enriquecimiento injusto de la Administración, ya que el supuesto enriquecimiento del Ayuntamiento no es correlativo al empobrecimiento de la entidad concesionaria. Los daños que sufre ésta no derivan de la actuación administrativa, sino de la insolvencia de la empresa privada con la que subcontrató la concesionaria para la ejecución de parte del contrato. La falta de concurrencia del expresado requisito determina la improcedencia de aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto.

#### **c) Obligación de abonar al concesionario las obras aprovechables tras la resolución del contrato**

La STS de 5 de marzo de 2002, Ar. 1975, considera que el principio de equilibrio económico de la concesión impone reconocer al concesionario el derecho a que le sean abonadas las obras aprovechables que el Ayuntamiento haya recibido.

**d) Contrato de servicios y no de gestión de servicio público**

La STS de 30 de octubre de 2001, Ar. 496, califica como contrato administrativo especial “de servicios”, y no como contrato de gestión de servicios públicos, un contrato de limpieza de unos Colegios Públicos y un Centro de Salud.

Señala el TS que el contrato en cuestión ha de calificarse conforme a la legislación reguladora de las Entidades Locales. Por esta vía resulta que el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, en el que se regulan los contratos de asistencia técnica que celebren la Administración del Estado y sus Organismos Autónomos con empresas consultoras o de servicios, aplicable a la contratación de las Entidades Locales, alude, en su art. 3.C) a que esos contratos de asistencia podrán tener por objeto, entre otros, la ejecución de “otros servicios complementarios”, tales como los de limpieza, nominativamente mencionado en tal precepto, y, lógicamente, incluíble entre los recogidos en el Preámbulo de dicho Decreto que se refiere a que se han regulado estos contratos al objeto de que quepan en su ámbito toda la gama de estudios y servicios que los órganos administrativos puedan precisar.

En consecuencia, este contrato es un contrato de “servicios” regulado en el citado Decreto, y no un contrato de gestión de servicios públicos, puesto que la “limpieza” no puede enmarcarse en el ámbito de lo que es “conservación” y “mantenimiento” de los edificios destinados a centros de educación que corresponden al municipio respectivo, cuando aquel concepto de “limpieza”, por su carácter auxiliar, de mera asistencia, de material, de complementario, y de secundario, obviamente excede de lo que es genuina gestión de servicios públicos.

**JULIA ORTEGA BERNARDO**  
**MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN**

**VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Administración local.** A) Autonomía local: la regulación básica estatal de haciendas locales no impide la competencia autonómica sobre esta materia B) Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales. Convocatoria de Pleno extraordinario para la votación de una moción de censura: requisitos. C) Gestión de servicios locales. a) El artículo 86.1 de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL): La creación de sociedades municipales comporta la necesidad de expediente previo acreditativo de la oportunidad y conveniencia de la medida. b) El artículo 85.2 LBRL: La imposibilidad de adjudicar a personas privadas la función recaudadora. c) Derecho de los concejales a recibir información de las sociedades de gestión directa de servicios públicos municipales. D) El control de los Entes Locales: La impugnación de acuerdos de las Entidades Locales por vulneración de competencias del Estado.

**3. Colegios profesionales y titulaciones.** A) Requisitos para la homologación de título de Odontólogo obtenido fuera de España: Doctrina jurisprudencial.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

De las sentencias sobre organización administrativa dictadas por el Tribunal Supremo en los últimos meses hemos seleccionado algunas que introducen matices interesantes en la doctrina jurisprudencial consolidada sobre autonomía local, el régimen de funcionamiento de las Entidades Locales, la gestión de servicios locales, el control de los Entes Locales cuando vulneran competencias estatales y, finalmente, sobre los colegios profesionales y las titulaciones.

**2. ADMINISTRACIÓN LOCAL**

**A) Autonomía Local: La regulación básica estatal de haciendas locales no impide la competencia autonómica sobre esta materia**

La STS de 15 de diciembre de 2001, Sala Tercera, Sección Segunda, Ar. 649, desestima un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Santiponce contra la Sentencia del

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 27 de septiembre de 1995. La citada sentencia de instancia anuló una Ordenanza fiscal del citado Ayuntamiento recurrido por la Comunidad de Andalucía por ser contraria al ordenamiento jurídico, concretamente al principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales (art. 9.3 CE).

El Ayuntamiento de Santiponce recurre la sentencia de instancia alegando la falta de legitimación de la Comunidad Autónoma para impugnar una Ordenanza fiscal municipal. Según el Ayuntamiento, el recurso iría en contra de la autonomía local por tratarse de un ámbito en el que la Comunidad carece de competencias.

El Tribunal Supremo desestima el recurso considerando que la existencia de regulación básica estatal en materia de haciendas locales (LHL), no significa que la Comunidad carezca de competencias en esta materia, puesto que la competencia atribuida por el art. 13.3 del Estatuto de Autonomía Andaluz sobre régimen local incluye igualmente el supuesto enjuiciado (FJ 3º *in fine*).

#### **B) Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales. Convocatoria de Pleno extraordinario para la votación de una moción de censura: requisitos**

La STS de 8 de noviembre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 498, desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Ajalvir contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 30 de abril de 1997, estimatoria del recurso interpuesto por concejales del citado Ayuntamiento contra una resolución del mismo denegatoria de la solicitud de convocatoria de un Pleno extraordinario para la votación de una moción de censura contra el Alcalde.

La falta de legitimación de los firmantes de la solicitud de Pleno extraordinario, motivo alegado para denegar la misma, fue rechazado por la sentencia de instancia por falta de contenido, ya que el carácter de Concejales de los firmantes fue reconocido por el propio Ayuntamiento. En consecuencia, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo, los argumentos de la denegación son ampliamente rebatidos por la sentencia recurrida, “pues la moción fue suscrita debidamente, estaba motivada, tenía carácter constructivo y existía una justa causa, circunstancias que reconoce la sentencia recurrida en el fundamento jurídico quinto”. La Administración demandada, continúa el Tribunal, “incurrió en vulneración del artículo 23.3 de la CE por cuanto que cumpliéndose los requisitos exigidos para la tramitación de la moción de censura (...), la negativa del Alcalde a convocar el Pleno en el plazo legalmente establecido, incurría en la vulneración del contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 23 de la Constitución” (FJ 8º *in fine*).

### C) Gestión de servicios locales

#### a) El artículo 86.1 de la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL): La creación de sociedades municipales comporta la necesidad de expediente previo acreditativo de la oportunidad y conveniencia de la medida

La STS de 1 de febrero de 2002, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1590, desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Marbella contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Andalucía, por la que se decretaba la nulidad de pleno derecho del punto sexto del orden del día, aprobado en sesión plenaria, extraordinaria y urgente del citado Ayuntamiento, relativo a la creación de una sociedad municipal para hacerse cargo del servicio de recogida de basuras y limpieza viaria en el término municipal de Marbella.

En su Sentencia, el TS realiza una interpretación del artículo 86 LBRL, en la que señala que la creación de una empresa municipal no puede hacerse sin un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida. Este requisito aparece justificado por el carácter excepcional que, desde el punto de vista de los principios de libre empresa y libertad de mercado (artículo 38 CE) reviste la intervención pública en la actividad económica (artículo 128 CE), y por la necesidad de establecimiento de controles en los supuestos de sometimiento al Derecho mercantil de actividades públicas de carácter económico, con la consiguiente huida de las limitaciones que impone el Derecho administrativo a los poderes públicos.

Por tanto, la falta de tramitación del expediente es la causa de la nulidad del acto de creación de la sociedad municipal.

#### b) El artículo 85.2 LBRL: La imposibilidad de adjudicar a personas privadas la función recaudadora

La STS de 11 de enero de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1836, desestimó el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia del Tribunal de instancia que consideró ajustado a derecho el acuerdo del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife por el que declaraba desierto el concurso convocado para el nombramiento de un recaudador en período voluntario para la cobranza de toda clase de valores por recibo.

En su Sentencia, el TS señala que el artículo 85.2 LBRL prohíbe que puedan prestarse por gestión indirecta los servicios públicos que impliquen ejercicio de autoridad, precisando además, en el artículo 92.2, que son funciones públicas cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al estatuto funcionarial: 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 se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de estas funciones. Asimismo, tanto la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Haciendas Locales, como la doctrina jurisprudencial (SSTS de 26 de enero de 1990, RJ 1990, 561; 5 de

marzo de 1993, RJ 1933, 1555; 31 de octubre de 1997, RJ 1997, 7242, y 28 de marzo de 2000, RJ 2000, 5741) han excluido la posibilidad del sistema de gestión indirecta, en todas sus formas, para el servicio de recaudación. En consecuencia, la aplicación de esta doctrina al caso debatido determina la desestimación del recurso interpuesto.

### **c) Derecho de los concejales a recibir información de las sociedades de gestión directa de servicios públicos municipales**

La STS de 30 de noviembre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 193, desestima el recurso de casación planteado por el Ayuntamiento de Marbella contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 25 de julio de 1997, en la que se reconoció el derecho de una concejal a solicitar y recibir la documentación necesaria para realizar la actividad de control del Pleno sobre la gestión de servicios públicos realizados de forma directa a través de sociedades mercantiles de capital mayoritariamente público.

Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo, “el complejo sistema de gestión de servicios municipales, a través de personas jurídicas interpuestas, utilizado por el Ayuntamiento de Marbella, no excluía el derecho de participación en los asuntos públicos que reconoce el art. 23.1 de la Constitución, en un caso como el litigioso en que, por las características de dichas sociedades, sus capitales quedaban dentro del ámbito del dominio municipal” (FJ 4º *in fine*).

### **D) El control de los Entes Locales: La impugnación de acuerdos de las Entidades Locales por vulneración de competencias del Estado**

La STS de 13 de febrero de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 1614, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado contra la Sentencia del Tribunal de Instancia por la que se desestimaban sendos recursos contenciosos interpuestos contra el Acuerdo de un Ayuntamiento por el que se concedía a una Entidad Mercantil, licencia urbanística para construir 39 viviendas en ámbito cercano a la costa.

Según el artículo 66 de la LBRL, los actos o acuerdos de las Entidades Locales que menoscaben competencias del Estado o de las Comunidades Autónomas, que interfieran su ejercicio o excedan de la competencia de dichas Entidades, pueden ser impugnados por la Administración del Estado por cualquiera de los procedimientos previstos en el artículo 65 del citado Texto legal. Por tanto, el objeto del proceso que nos ocupa, como señala el TS, queda constreñido a demostrar si la licencia impugnada interfiere el ejercicio de competencias estatales, y no, a su posible ilegalidad. Ésta es la causa por la que se desestima el recurso interpuesto, ya que el Abogado del Estado no cita ningún precepto de la Ley de Costas que haya sido infringido por la licencia impugnada, ni señala que ésta haya invadido o interferido competencias del Estado en materia de costas.

### 3. COLEGIOS PROFESIONALES Y TITULACIONES

#### A) Requisitos para la homologación de título de Odontólogo obtenido fuera de España: Doctrina jurisprudencial

El ATS de 21 de diciembre de 2001, Sala de lo Penal, Ar. 1809, y la STS de 21 de diciembre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1811, tienen por objeto la homologación de títulos de odontólogos obtenidos en las Repúblicas de Chile y Colombia.

Por Resolución de 2 de febrero de 1994, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Educación y Ciencia, estableció que la homologación del título español de Licenciado en Odontología, quedaba condicionada a la superación de una prueba de conjunto específica para acreditar los conocimientos en las materias indicadas en el dictamen del Consejo de Universidades. Dicho acto fue anulado por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Madrid por considerar que el mismo contradecía el Convenio Cultural suscrito entre España y la República de Chile el 18 de diciembre de 1967, y el firmado entre España y la República de Colombia de 11 de abril de 1953, así como la jurisprudencia interpretativa de estos Convenios, que había establecido que la homologación había de ser automática sin ninguna clase de condicionamientos.

Pues bien, la cuestión de las homologaciones de títulos extranjeros con el español de Odontólogo solicitada al amparo de Convenios internacionales suscritos por España, ha sido recientemente objeto de numerosos pronunciamientos de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (SSTS de 28 de junio de 2000, 20 y 28 de enero de 1997, etcétera), que señalan que en el ámbito de las homologaciones no es posible prescindir de la normativa interna que incorpora las Directivas europeas al respecto y que exigen un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español que se pretende homologar. Ésta es la razón por la que el TS casa la sentencia de instancia y declara la validez de la citada Resolución de 2 de febrero de 1994.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

EVA NIETO GARRIDO

LUIS CESTEROS DAPENA

PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ



**VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR****Sumario:**

**1. Concepto de sanción.** A) Es sanción administrativa. B) No es sanción administrativa.

**2. Principio de legalidad. Reserva de ley y tipicidad.** A) Una ley sancionadora en blanco no constituye una excepción a la reserva de ley sino una modalidad de su ejercicio.

B) Colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones.

C) Relaciones especiales de sujeción. D) Ordenanzas municipales. E) Normas deontológicas de los Colegios Profesionales. F) La interpretación restrictiva de las normas sancionadoras.

**3. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable: también las de carácter procesal. 4. La antijuridicidad. 5. Elementos subjetivos de la infracción.**

A) Inexistencia de error exculpante. B) Ausencia de culpabilidad. C) Reducción de la sanción por anomalía psíquica del infractor. D) Requisitos para apreciar la existencia de una confianza legítima. E) Extensión del deber de diligencia.

**6. Sujetos responsables.**

A) Es responsable el titular de una licencia urbanística, si no ha comunicado su transmisión. B) Posibilidad de una pluralidad de responsables ante los mismos hechos, cada uno por incumplimiento de sus propias obligaciones (contratista y subcontratista).

C) Principio de personalidad de la sanción. **7. Concurrencia de infracciones y prohibición de doble sanción.** A) Elementos de la infracción continuada. B) Infracción que se prolonga a lo largo del tiempo: momento en que se entiende cometida a efectos de la norma aplicable. C) Sanciones disciplinarias a funcionarios previamente condenados penalmente por los mismos hechos. D) Concurso de infracciones administrativas.

E) *Non bis in idem*: apreciación dos veces de una misma circunstancia. **8. Procedimiento sancionador.** A) Garantías del artículo 24 CE trasladables al procedimiento administrativo sancionador. B) Falta de notificación de la propuesta de resolución o del pliego de cargos. C) Irregularidades no invalidantes en el procedimiento sancionador.

D) Separación entre el órgano instructor y el que resuelve. E) Legitimación del denunciante para ser parte interesada en un procedimiento disciplinario. **9. En especial, prueba y presunción de inocencia.** A) Presunción de inocencia y carga de la prueba.

B) Valor probatorio de las actas de inspección. C) Admisión de la prueba indiciaria y

D) Valor probatorio de las actas de inspección. C) Admisión de la prueba indiciaria y

por presunciones. **10. Caducidad del procedimiento sancionador.** A) Día inicial del cómputo del plazo. B) Efectos de la caducidad: no impide iniciar un nuevo procedimiento. C) Procedimientos que no caducan. **11. La resolución sancionadora.**

A) Admisión de modificaciones con respecto a la propuesta de resolución. B) La falta de motivación de la resolución sancionadora puede subsanarse en la posterior resolución del recurso de reposición. C) Ejecutividad. **12. Extensión de la sanción procedente en cada caso. Proporcionalidad. Criterios de graduación.** A) Es inevitable un margen de discrecionalidad administrativa. B) El principio de proporcionalidad como límite esencial de dicho margen de discrecionalidad. C) La reiteración. D) La firmeza de las sanciones a efectos de apreciar reincidencia o reiteración. **13. Extinción de la responsabilidad.**

A) Prescripción de las infracciones continuadas, permanentes y de estado. Día inicial. B) Prescripción y diligencias reservadas. C) Suspensión de las actuaciones inspectoras y prescripción. **14. Control contencioso-administrativo de las sanciones.**

A) Anulación de la sanción y retroacción de actuaciones. B) Anulación de una sanción, pero mantenimiento de sus efectos con retroacción de actuaciones.

## 1. CONCEPTO DE SANCIÓN

### A) Es sanción administrativa

– La expulsión de una extranjera de España por carecer de medios lícitos de vida (STS de 7 de diciembre de 2001, Sección Séptima, Ar. 931 de 2002).

– Sobre la base de lo previsto expresamente por el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961, la STS de 5 de marzo de 2002, Sección Cuarta, Ar. 3418, parte del carácter sancionador de “la retirada temporal o definitiva de la licencia con la consiguiente clausura de la actividad hasta que se corrijan las deficiencias observadas”, cuando, en puridad, tal retirada parece tener más relación con la propia naturaleza de una autorización administrativa de funcionamiento.

– La caducidad de la concesión de un puesto en un mercado municipal de abastos por no ejercer la venta o no ocupar el puesto voluntariamente por espacio de más de diez días (STSJ de Aragón de 8 de junio de 2001, Ar. 1357).

– El incremento de la cuantía de una multa hasta el equivalente del beneficio obtenido con la infracción urbanística sancionada (STS de 23 de noviembre de 2001, Sección Quinta, Ar. 2771 de 2002).

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### B) No es sanción administrativa

- La cancelación de la inscripción de una empresa de seguridad privada por no cumplir los requisitos exigidos (STS de 13 de diciembre de 2001, Sección Sexta, Ar. 2558 de 2002).
- La negativa a renovar el permiso de trabajo de un extranjero (STS de 21 de noviembre de 2001, Sección Cuarta, Ar. 1778 de 2002).
- Las correcciones disciplinarias impuestas por los jueces y tribunales a los abogados en el curso de un procedimiento haciendo uso de la policía de estrados, así como las resoluciones revisoras de las mismas, pues son resoluciones jurisdiccionales y no actos materialmente administrativos (STS de 31 de enero y 5 de febrero de 2002, Sección Séptima, Ar. 934 y 935, con cita de evolución jurisprudencial al respecto).
- El acto administrativo por el que se declara la situación de incompatibilidad del recurrente al no explotar la licencia de autotaxi en régimen de exclusiva dedicación concediéndole un plazo para que transmita la licencia de la que es titular o acredite haber cesado en la actividad que origina la incompatibilidad (STSJ de Madrid de 26 de junio de 2001, Ar. 1275).
- La caducidad de una licencia de taxi por incumplimiento de las condiciones establecidas (en concreto, el taxi era conducido por persona distinta del titular), a la que la sentencia se refiere como caducidad-sanción (STS de 15 de marzo de 2002, Sección Cuarta, Ar. 2769). Obsérvese, en cualquier caso, la diversidad de criterios jurisprudenciales –en ocasiones originados por la propia literalidad de las normas– en este ámbito de la caducidad por incumplimiento de las condiciones establecidas, pues en el epígrafe anterior a un supuesto similar sí se le califica como sanción.
- La denegación de la condonación del recargo por mora por deudas a la Seguridad Social (STS de 16 de enero de 2002, Sección Cuarta, Ar. 892).
- La retirada de una subvención pública por incumplimiento de los requisitos pactados entre la empresa agrícola y la Administración (STS de 28 de enero de 2002, Sección Cuarta, Ar. 898).

## 2. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

### A) Una ley sancionadora en blanco no constituye una excepción a la reserva de ley sino una modalidad de su ejercicio

La STSJ de Madrid de 24 de abril de 2001, Ar. 1259, afirma que una ley sancionadora en blanco “no constituye una excepción a la reserva de ley sino una modalidad de su ejercicio (...) (donde) la Ley regula lo esencial (en el caso de autos, tipifica como infracción el incumplimiento de las normas de auditoría) y (...) el reglamento a que se remi-

te completa la descripción del tipo al regular esas prescripciones técnicas, cuyo incumplimiento constituyen la infracción legalmente predeterminada”. Esta técnica es admisible en el derecho administrativo sancionador “y particularmente en el seno de las relaciones de sujeción especial”.

Más aun, en ocasiones esas remisiones han de completarse no con reglamentos administrativos, sino con Circulares con naturaleza de acto administrativo, sin que ello suponga tampoco vulneración del principio de legalidad o tipicidad: “no se está ante actos que tipifiquen infracciones sino ante actos que ordenan algo, de forma que la desatención de dichas órdenes constituya en sí una infracción” (SAN de 4 de abril de 2001, Ar. 1230).

### **B) Colaboración reglamentaria en la tipificación de infracciones y sanciones**

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 11 de septiembre de 2001, Ar. 1445, tras reiterar la doctrina jurisprudencial al respecto, considera que el art. 33 del RD 2115/1998, sobre Transporte de Mercancías Peligrosas por Carretera (tipifica como infracción muy grave “la utilización de cisternas, envases, embalajes o recipientes que presenten fugas”), tiene cobertura legal suficiente en el art. 140 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (tipifica como infracción muy grave “la prestación de servicios en condiciones que puedan afectar a la seguridad de las personas por entrañar peligro grave y directo para las mismas”).

### **C) Relaciones especiales de sujeción**

En la STS de 28 de noviembre de 2001, Sección Tercera, Ar. 605 de 2002, alega el demandante, sancionado con la revocación de una concesión administrativa de expenduría de tabaco por infracción muy grave de abandono de la actividad prevista en el Real Decreto 2738/1986, una vulneración del principio de reserva de Ley. Pero, según el Tribunal, “este motivo debe rechazarse, porque al tener la relación existente entre el concesionario y el Monopolio la naturaleza de sujeción especial, puede por vía reglamentaria establecerse los tipos infractores”.

Igualmente, aunque pudiera ser discutible, la STSJ de Madrid de 24 de abril de 2001, Ar. 1259, afirma la existencia de una relación de sujeción especial entre la Administración y los auditores de cuenta. Con este punto de partida, considera que la infracción grave prevista en la Ley de Auditoría de Cuentas consistente en el “incumplimiento de las normas de auditoría que puedan causar perjuicio económico a terceros o a la empresa auditada” no vulnera el principio de legalidad, pues “cuando la potestad sancionadora incide en relaciones de especial sujeción, el principio de reserva de ley pierde parte de su fundamento material en cuanto aquellas relaciones son expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que se distingue del *ius puniendi* genérico del Estado y se admite un margen más amplio para la regulación reglamentaria en la configuración de los tipos de infracción y de las sanciones (...)”.

### D) Ordenanzas municipales

Las SSTs de 23 y 29 de enero de 2002, Sección Cuarta, Ar. 1846 y 902, insisten en la jurisprudencia que aprecia la competencia de los Ayuntamientos para aprobar las oportunas Ordenanzas de Circulación y Estacionamiento en vías públicas y tipificar como infracción administrativa determinante de sanción la actuación en contra de las previsiones de la Ordenanza (en concreto, el estacionamiento en zona ORA sin ticket o por tiempo superior al señalado).

Igualmente, la STSJ de Cantabria de 5 de octubre de 2001, Ar. 1491, entiende que el art. 28.2.g) de la Ordenanza de Medio Ambiente del Ayuntamiento de Santander que tipifica como infracción grave el ejercicio de actividades industriales con puertas o ventanas abiertas tiene cobertura legal suficiente en el art. 23.n) de la Ley de Seguridad Ciudadana, que tipifica “la apertura de un establecimiento (...) o el desarrollo de su funcionamiento (...) sin adoptar total o parcialmente las medidas de seguridad obligatorias (...)”. Más aun, en el caso de autos, concluye que el bien jurídico de ambas normas es el mismo –mantener y preservar la paz y la tranquilidad de los ciudadanos–.

Por el contrario, la STS de 4 de febrero de 2002, Sección Cuarta, Ar. 2911, anula las sanciones impuestas por pegar carteles en las marquesinas urbanas en aplicación de la Ordenanza municipal sobre limpieza viaria por considerarla contraria al art. 25 CE, sin considerar que ofrezca fundamento legal bastante la Ley 42/1975 de Residuos Sólidos Urbanos porque no tipifica infracciones. Admite la legalidad del precepto de la Ordenanza que prohíbe hacer pintadas y pegar carteles, pero no el que prevé sanciones para los supuestos de transgresión de esa prohibición aunque “no se oculta a esta Sala que esa situación puede dar lugar a inconvenientes en la vida práctica”.

### E) Normas deontológicas de los Colegios Profesionales

En virtud de Acuerdo de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Gijón se impone a uno de sus miembros una sanción de suspensión en el ejercicio de funciones durante un mes. Según la STSJ de Asturias de 21 de diciembre de 2001, Ar. 91 de 2002, los hechos declarados probados no ofrecen duda (anuncio de un abogado en la publicación *Intercompra*, con destacada referencia a “procesos judiciales gratis”) y son sancionables al constituir un tipo de infracción a las normas deontológicas, pues éstas “no son simples deberes morales, sino normas que determinan obligaciones de necesario cumplimiento para los colegiados, como potestades públicas delegadas por la Ley de Colegios, y que son presupuesto de las facultades disciplinarias de los Colegios Profesionales”.

### F) La interpretación restrictiva de las normas sancionadoras

El art. 30.3.1 de la Ley 8/1988, de 7 de abril, de Infracciones y Sanciones en el orden social, tipificaba como infracción muy grave el compatibilizar el percibo de prestaciones con el trabajo por cuenta propia o ajena, y añadía: “En el caso del subsidio por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios, se entenderá que el trabajador ha compatibilizado el percibo de la prestación con el trabajo por cuenta ajena o propia cuando los

días trabajados no hayan sido declarados en la forma prevista”. La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 12 de septiembre de 2001**, Sección Cuarta, Ar. 1316, destaca la ambigüedad del precepto y señala que son posibles dos interpretaciones: una, que se trata de un tipo de resultado que exige un daño para los fondos de la Seguridad Social (lo que sólo ocurre cuando las jornadas trabajadas han sido superior a diez y sin embargo se declara una cifra inferior a ésta, pues a partir de diez jornadas se produce una reducción del importe del subsidio); otra, que se trata de una mera infracción formal que no requiere ningún daño para los fondos públicos. En el supuesto de autos, el recurrente sancionado había trabajado nueve jornadas y declarado cinco. Al respecto, la Sala entiende que si el texto de la ley no es claro y “la ambigüedad no puede reducirse con otros criterios, la aplicación del principio ha de llevarnos a escoger, de entre dos posibles sentidos, aquel de menor extensión, aquel que comprende un conjunto de casos más reducidos”. Lo que en el presente supuesto lleva a anular la sanción, pues no se había producido daño para los fondos públicos.

Por el contrario, una cierta interpretación extensiva del tipo puede encontrarse en la **STS de 8 de marzo de 2002**, Sección Séptima, Ar. 3406. Unos funcionarios de instituciones penitenciarias son sancionados penalmente por varios delitos de lesiones graves, coacciones e imprudencia temeraria con resultado de muerte. A raíz de tales hechos se les sanciona disciplinariamente como autores de una falta muy grave consistente en la “adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”. En principio, en línea con lo argumentado por los recurrentes, podría pensarse que la literalidad del tipo –“acuerdos”– sólo alude a los actos administrativos, pero no a la realización de cualquier actividad material por parte de los funcionarios. No obstante, la Sala entiende que “la forma de las decisiones o acuerdos depende de la naturaleza de los mismos y el hecho de que una decisión se realice verbalmente o mediante la materialización de la misma (conducta material) no altera su condición de tal”.

### **3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE: TAMBIÉN LAS DE CARÁCTER PROCESAL**

Así lo mantiene la **STS de 4 de febrero de 2002**, Sección Segunda, Ar. 1084, respecto al régimen de la suspensión de una sanción en vía administrativa.

### **4. LA ANTIJURIDICIDAD**

Siete sociedades aceiteras, pertenecientes a un mismo grupo empresarial, son sancionadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia por una práctica contraria a los usos propios de la leal competencia, falsear de manera sensible la libre competencia y afectar al interés público. Las siete empresas habían concurrido a una subasta de aceite de oliva realizada por el SENPA, siendo adjudicatarias de una cantidad que excedía en su conjunto con mucho el límite por cada licitador establecido como máximo. Tras dicha operación

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

de acaparamiento en el mercado en un momento de escasez, los precios del aceite experimentaron una subida. En su defensa, tales sociedades alegan que en los Reglamentos comunitarios por los que se regían tales subastas no existía prohibición alguna para que participasen en las indicadas subastas diferentes empresas pertenecientes a un mismo grupo. Al respecto, la **STS de 8 de marzo de 2002**, Sección Tercera, Ar. 2615, para evitar tener que plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, afirma que la interpretación más “probablemente” autorizada de dichos Reglamentos es que al aplicarse la cantidad máxima que se puede ofertar a un grupo de empresas se tenga en cuenta la suma de las ofertas realizadas por todas las empresas integrantes, pero concluye que “aunque se admitiera que la suma de las ofertas acumuladas de las empresas integrantes del grupo puede exceder de la cantidad máxima, las circunstancias posteriores que concurren en los hechos (todas las empresas entregaron la cantidad adjudicada a una única empresa –la española–, los precios del aceite experimentaron una subida, etc.) revelan el fraude que, en términos jurídicos, se produjo”, por lo que concluye afirmando la existencia de antijuridicidad en la conducta.

### 5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA INFRACCIÓN

#### A) Inexistencia de error exculpanete

“Arbustos y Frutales, SA”, sancionada por el derribo de unas edificaciones incumpliendo la condición de la licencia de derribo de respetar las fachadas de los inmuebles, alega que no existe el elemento de la culpabilidad porque la entidad actora fue inducida a error por la posterior licencia de edificación que no contenía obligación alguna de conservar las fachadas. Sin embargo, partiendo de la independencia entre la previa licencia de demolición y la licencia de edificación, la **STS de 19 de diciembre de 2001**, Ar. 1534 de 2002, concluye que “la culpabilidad existe en el caso de autos, porque la entidad actora sabía o debía saber que la condición específica impuesta (conservar las fachadas) no queda sin efecto por una licencia genérica posterior (...). No hubo, pues, error alguno en la entidad actora, o no debió haberlo”.

#### B) Ausencia de culpabilidad

Una juez es sancionada por el retraso injustificado en la tramitación de procedimientos. La **STS de 13 de marzo de 2002**, Sección Séptima, Ar. 3473, anula la sanción por falta de culpabilidad: era su primer destino, el juzgado carecía de medios informáticos, la plantilla era insuficiente e inexperta y tuvo un embarazo gemelar calificado como de alto riesgo que finalizó en aborto. “A la vista de la situación descrita, no puede sino concluirse que no se puede hacer recaer sobre la persona de la demandante un estado de cosas que hacía prácticamente imposible el mantenimiento del normal despacho de los asuntos”.

**C) Reducción de la sanción por anomalía psíquica del infractor**

Se impone sanción disciplinaria de separación del servicio a un guardia civil como autor de una infracción muy grave consistente en embriagarse o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias similares durante el servicio o con habitualidad. Alega el recurrente su inimputabilidad por padecer esquizofrenia paranoide. Razona la STS de 5 de abril de 2001, Sala de lo Militar, Ar. 600 de 2002, que “hemos necesariamente de estimar que el consumo de estupefacientes lo realizó el encartado teniendo disminuidas sus facultades intelectivas y volitivas, y, por tanto, no debió considerársele, como se hizo en la resolución sancionadora, plenamente imputable, sino que, por el contrario, su culpabilidad se encontraba aminorada por el efecto de la anomalía psíquica que padecía”. Ello debió de tenerse en cuenta “para la dulcificación de la sanción que se le impuso”.

**D) Requisitos para apreciar la existencia de una confianza legítima**

Siete sociedades aceiteras, pertenecientes a un mismo grupo empresarial, son sancionadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia por una práctica contraria a los usos propios de la leal competencia. Las siete empresas habían concurrido a una subasta de aceite de oliva realizada por el SENPA, siendo adjudicatarias de una cantidad que excedía en su conjunto con mucho el límite por cada licitador establecido como máximo. Este organismo de intervención conocía la vinculación entre estas empresas y afirmó expresamente que “en ningún caso la pertenencia o no a un grupo empresarial limita la posibilidad de ofertar”. Sin negar un cierto peso a estos hechos, la STS de 8 de marzo de 2002, Sección Tercera, Ar. 2615, estima que “no hubo una actitud positiva, por parte del organismo español de intervención, de auspiciar el comportamiento anticoncurrencial de las empresas después sancionadas, sino mera pasividad ante unas conductas empresariales de perfiles no demasiado claros en aquellos momentos iniciales. Ello impide hablar de un comportamiento inequívoco de la Administración que, con carácter previo, hubiera podido generar la confianza legítima de los operadores económicos en la corrección de su conducta desde el punto de vista concurrencial”.

**E) Extensión del deber de diligencia**

Impugnan los administradores de una sociedad una resolución sancionadora de inhabilitación para ejercicio de cargos durante un año porque consideran que la sanción impuesta responde a criterios de responsabilidad objetiva. Al respecto, la SAN de 14 de marzo de 2000, Ar. 1227, entiende que “los administradores (de una sociedad) tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar una ordenada gestión societaria y los medios jurídicos para realizar su función, siendo responsables del resultado de la misma, excepto que resulte acreditado que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación prohibida por la Ley”. Lo anterior no supone una responsabilidad objetiva, sino que la comisión de la infracción administrativa “se imputa al menos a título de culpa, pues los recurrentes, al no desplegar la diligencia exigible y necesaria en el ejercicio de sus funciones, causaron los hechos cons-

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

titutivos de las infracciones, siendo en consecuencia responsables de las mismas”. Explican los recurrentes que debido al constante falseamiento de información a que eran sometidos, no podían tener conocimiento del cúmulo de irregularidades en que incurría el presidente del consejo de administración en la llevanza de la compañía, pero —entiende la Sala— que es inexplicable que los tres demandantes que junto con el presidente eran los cuatro únicos miembros del consejo de administración no llegaran a sospechar siquiera que las actuaciones societarias no eran conformes con el ordenamiento jurídico.

### 6. SUJETOS RESPONSABLES

#### A) Es responsable el titular de una licencia urbanística, si no ha comunicado su transmisión

“Arbustos y Frutales, SA” es sancionada por el derribo de unas edificaciones incumpliendo la condición de la licencia de derribo de respetar las fachadas de los inmuebles. La sancionada alega que ella no fue la autora de los hechos tipificados como infracción, sino que el derribo lo realizó otra entidad mercantil a la que previamente había vendido los solares y a quien se había transmitido la licencia de edificación con comunicación al Ayuntamiento. Sin embargo, la STS de 19 de diciembre de 2001, Sección Quinta, Ar. 1534 de 2002, destaca que no se hizo ninguna comunicación al Ayuntamiento de la transmisión de la licencia de demolición (sí de la de edificación), y que ambas licencias son independientes, por lo que “de su cumplimiento seguía siendo responsable la entidad Arbustos y Frutales, SA, al tiempo del derribo de las fachadas”.

#### B) Posibilidad de una pluralidad de responsables ante los mismos hechos, cada uno por incumplimiento de sus propias obligaciones (contratista y subcontratista)

La constructora Agromán es sancionada por una infracción en materia de seguridad en el trabajo. En su defensa alega que la responsable es una empresa subcontratada que era la que mantenía la relación laboral con los trabajadores. La STS de 10 de diciembre de 2001, Sección Cuarta, Ar. 2058 de 2002, afirma que la responsabilidad directa del empresario principal (Agromán) es compatible con la responsabilidad del empresario inmediato a quien haya contratado o subcontratado la obra, siempre que la subcontrata sea de obras correspondientes a la propia actividad y que la infracción se haya producido en el centro de trabajo del empresario principal, aunque afecte a los trabajadores del subcontratista. Es decir, es una responsabilidad directa, no subsidiaria ni solidaria. Además, “no es una responsabilidad presunta (objetiva) fundada en el mero hecho de la subcontratación, sino una responsabilidad fundada en el principio de culpabilidad por incumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene que derivan de las facultades de organización del centro de trabajo siempre que se trate de actividades propias”. Además, el carácter directo de esta responsabilidad justifica que puedan imponerse distintas sanciones a ambos, “no estamos ante una misma y única responsabilidad, sino ante dos bien diferenciadas, que surgen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones propias de cada empresario”.

**C) Principio de personalidad de la sanción**

Una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia afirma, por un lado, que “la sanción respecto a las siete empresas del grupo Frint recaerá tan sólo sobre la empresa beneficiaria de las transferencias de aceite de oliva por las otras seis, sin perjuicio de que entre ellas se repartan la carga del pago, según los acuerdos internos que tengan establecidos”, pero acto seguido, en su parte dispositiva, decide imponer “a las mismas empresas las multas siguientes: (...) al grupo *Frint España, SA, Frint LTD, Frint Luso, SAIRO, Frahuil, SA, Huileries Reunies y EG Cornelius and Co. LTD*, conjuntamente, cincuenta y cinco millones de pesetas, pagaderas por *Frint España, SA*”. A juicio de las recurrentes, esta sanción conjunta vulnera el principio de individualización de la sanción. La **STS de 8 de marzo de 2002**, Sección Tercera, Ar. 2615, reconoce que la resolución del TDC adolece de una cierta ambigüedad en este punto y que puede ser objeto de dos interpretaciones: o bien se trata de sanciones impuestas a cada una de las empresas infractoras, quienes habían de responder de manera solidaria; o bien, en realidad, la sancionada era únicamente *Frint España, SA*, como protagonista principal y beneficiaria de la conducta objeto de reproche, sin perjuicio de que después esta sociedad trasladase a las demás del grupo la carga económica de la multa. La Sala, admitiendo lo equívoco de las expresiones utilizadas por el TDC, mantiene que su resolución debe entenderse en el segundo de los sentidos expuestos.

**7. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES Y PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN****A) Elementos de la infracción continuada**

Una discoteca es sancionada por una infracción grave consistente en la comisión de tres infracciones leves (todas ellas consistentes en el incumplimiento del horario de cierre). El recurrente alega que se trata de una infracción continuada. Por el contrario, para la **STS de 24 de enero de 2002**, Sección Sexta, Ar. 1576, “no hay tal infracción continuada, pues para que la haya deben concurrir los elementos que prevé el propio artículo 4.6 (del Reglamento de Procedimiento Sancionador), (...) y que son tres: una pluralidad de acciones u omisiones; infracción del mismo o de semejantes preceptos administrativos; y planificación previa de la ejecución o, en su caso, aprovechamiento de idéntica ocasión. Es este tercer elemento (en cualquiera de sus dos manifestaciones) el que aquí no se da”.

Por el contrario, aunque nada se diga expresamente, sí se aprecia una infracción continuada en la **STS de 6 de noviembre de 2001**, Sección Cuarta, Ar. 1762 de 2002: *Mapfre Vida, SA*, es sancionada por percepción indebida de ayudas al fomento del empleo, al haber contratado a 39 personas como trabajadores en prácticas incumpliendo los requisitos impuestos a este tipo de contrato. No se la sanciona por 39 percepciones indebidas, sino por una percepción indebida resultante de la bonificación en las cotizaciones de los 39 trabajadores, aunque a la hora de sancionar se aprecia como circunstancia agravante la reiteración (quizás, más que reiteración se trata de valorar el conjunto antijurídico de la conducta).

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

### **B) Infracción que se prolonga a lo largo del tiempo: momento en que se entiende cometida a efectos de la norma aplicable**

Una Juez es sancionada por retrasos en la tramitación de procedimientos. En su defensa, alega que atendiendo a la fecha de algunos de los retrasos imputados no le sería aplicable en bloque el régimen sancionador de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Al respecto, la **STS de 13 de marzo de 2002**, Sección Séptima, Ar. 3473, afirma que la infracción sancionada es “una actividad continuada, constituida por la total conducta del Juez imputado durante su servicio en el Juzgado sometido a Inspección. Configurada, así, la conducta sancionada de forma unitaria, no es posible su fragmentación en tantos bloques como actuaciones judiciales comprenda, a efectos de la determinación del régimen jurídico aplicable, sino que ha de atenderse a la normativa en vigor al tiempo de la incoación del expediente”.

### **C) Sanciones disciplinarias a funcionarios previamente condenados penalmente por los mismos hechos**

Nuevamente en la ya comentada **STS de 8 de marzo de 2002**, Ar. 3406, los funcionarios sancionados disciplinariamente alegan una vulneración del *non bis in idem*, al haber sido sancionados previamente como autores de diversos delitos por los mismos hechos. Al respecto, la Sala entiende que no hay vulneración alguna, pues “la sanción de los delitos objeto de condena penal tiene por finalidad proteger la vida, la integridad física y la seguridad de las personas (recordemos que se trataba de delitos de coacciones, lesiones e imprudencia temeraria con resultado de muerte), mientras la sanción disciplinaria de separación del servicio persigue el fin de asegurar y proteger el buen funcionamiento de la Administración Penitenciaria (...), impidiendo que quienes han cometido los delitos (...) puedan seguir desempeñando los deberes propios de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias”. Ante los mismos hechos, la **STS de 29 de octubre de 2001**, Sección Séptima, Ar. 144 de 2002.

Un policía nacional había sido condenado penalmente por un delito continuado de cohecho a cuatro años de suspensión y multa. Después fue sancionado administrativamente con la separación de servicio por la infracción disciplinaria muy grave tipificada así: “cualquier conducta constitutiva de delito doloso”. Para la **STS de 27 de noviembre de 2001**, Sección Séptima, Ar. 2938, se vulnera el *non bis in idem* pese a que hay relación de sujeción especial porque la condena penal ya tuvo en cuenta su condición de funcionario e impuso penas que afectan a esa condición. En concreto, afirma que el bien jurídico es el mismo: el correcto y eficaz funcionamiento de la Administración, rechazando que eso sea el bien jurídico protegido por el delito mientras que el de la infracción sea el de “la irreprochabilidad de los funcionarios públicos” [sobre este mismo tema, con soluciones no siempre coincidentes, vid. JA, núm. 10, VII.6.B); núm. 11, VII.7.A)].

### **D) Concurso de infracciones administrativas**

Ya hemos mencionado más arriba la **STS de 8 de marzo de 2002**, Sección Séptima, Ar. 3406. En ella, unos funcionarios de instituciones penitenciarias que habían sido condenados penalmente por ciertos delitos de lesiones e imprudencia temeraria con resultado

de muerte, recurren la sanción disciplinaria muy grave que se les impuso por esos mismos hechos consistente en “la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”. Los recurrentes entendían que se les debió sancionar por la falta grave consistente en haber realizado “conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados”. La Sala estima que se trata de una situación concursal donde los hechos pueden encuadrarse en uno u otro tipo, pero que una vez afirmada la gravedad del perjuicio causado a la propia Administración y a los agraviados procede imponer la sanción prevista por la norma sancionadora más grave que absorbe a la otra (principio de consunción).

#### **E) *Non bis in idem*: apreciación dos veces de una misma circunstancia**

Una empresa es sancionada por falta de medidas de seguridad en el trabajo. La **STS de 12 de noviembre de 2001**, Sección Cuarta, Ar. 1769 de 2002, estima que no “cabe apreciar como circunstancia de agravación los riesgos inherentes a la operación que estaban realizando, ya que precisamente ha sido la inminencia de esos riesgos la que ha servido para calificar de muy grave la falta cometida, sin que quepa reduplicar sus efectos imponiendo esa falta muy grave en su grado máximo”. Por otra parte, entiende la **STSJ de Extremadura de 8 de noviembre de 2001**, Ar. 1954, “que una misma conducta (en el caso concreto, retraso en el cumplimiento de obligaciones formales) no puede considerarse a un tiempo infracción simple y criterio de graduación de la sanción”. Si cuatro infracciones tributarias se han cometido por no presentar las declaraciones recapitulativas no puede esa misma falta de presentación considerarse como criterio de graduación “lo cual significa que al ser uno y no dos los criterios de graduación aplicables la sanción deberá reducirse a la mitad”.

## **8. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**

### **A) Garantías del artículo 24 CE trasladables al procedimiento administrativo sancionador**

La **STC 116/2002, de 20 de mayo**, recurso de amparo, tras insistir en la traslación de las garantías del art. 24 CE al procedimiento administrativo sancionador en la medida en que resulten compatibles con la naturaleza de dicho procedimiento, sintetiza esta traslación, sin ánimo de exhaustividad, en los siguientes términos: “el derecho de defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición absoluta de utilizar pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; o, en fin, el derecho a la utilización de los medios de prueba adecuados para la defensa, del que deriva la obligación de motivar la denegación de los medios de prueba propuestos”.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

La STC 117/2002, de 20 de mayo, recurso de amparo, advierte que la traslación de los derechos del art. 24 CE “al ámbito de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas ha de efectuarse teniendo en todo momento presentes las diferencias estructurales del procedimiento establecido para su ejercicio, que no conoce una diferenciación orgánica tajante entre acusación, instrucción y decisión ni una nítida frontera entre un período de preparación o instrucción y otro de enjuiciamiento”.

### B) Falta de notificación de la propuesta de resolución o del pliego de cargos

Según la STC 117/2002, de 20 de mayo, recurso de amparo, “carece de toda relevancia constitucional la queja atinente a la falta de notificación de la propuesta de resolución”, por cuanto ésta reproducía el pliego de cargos en sus elementos esenciales y éste sí fue notificado. Para la STS de 16 de noviembre de 2001, Sección Tercera, Ar. 1479 de 2002, “la consecuencia de esta grave irregularidad (...) es que no tuvo el administrado conocimiento suficiente de los términos en que se formulaba la acusación contra él dirigida. Vicio sustancial que provoca la nulidad del acto final del expediente sancionador (...)”. Por el contrario, la STSJ de Galicia de 28 de septiembre de 2001, Ar. 41 de 2002, afirma que dicho defecto formal “no le ha producido indefensión al recurrente, pues presentó los correspondientes escritos de alegaciones, además del escrito de interposición del recurso administrativo ordinario, por lo que procede desestimar el citado motivo de impugnación”. Una idea similar contiene la STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 26 de septiembre de 2001, Ar. 101 de 2002, aunque en este caso es la correcta propuesta de resolución debidamente notificada la que superó la indefensión inicialmente causada por las omisiones del pliego de cargos que no señalaba ni la presunta infracción ni la correspondiente sanción. Por el contrario, la STS de 28 de noviembre de 2001, Sección Tercera, Ar. 605 de 2002, ante la falta de notificación del pliego de cargos, anula la sanción y acuerda retrotraer el expediente al momento en que debió ser notificado.

La STS de 5 de diciembre de 2001, Sección Quinta, Ar. 508 de 2002, establece que los artículos 19.2 y 13.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora “no permiten que se prescinda de la audiencia en trámite de propuesta de resolución cuando la iniciación ha sido ya considerada propuesta de resolución”. Mantiene quizá esta sentencia una postura contraria a la STS de 19 de diciembre de 2000, Sección Sexta, Ar. 2617 de 2001, de la que ya dimos cuenta en JA. núm. 15.

### C) Irregularidades no invalidantes en el procedimiento sancionador

La STS de 9 de abril de 2002, Sección Cuarta, Ar. 3458, entiende que el plazo de diez días entre la propuesta de resolución y la resolución es un “plazo aceleratorio, cuyo incumplimiento constituye una irregularidad no invalidante”. En parecidos términos, SSTS de 24 de septiembre, 1 y 8 de octubre de 2001, Sección Cuarta, Ar. 3121 a 3126 de 2002, y STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 26 de septiembre de 2001, Ar.101 de 2002.

**D) Separación entre el órgano instructor y el que resuelve**

La STS de 21 de enero de 2002, Sección Séptima, Ar. 2515, no considera que se vulnere el principio de separación entre la fase instructora y la decisoria, por el hecho de que en una sanción urbanística local, el instructor (un concejal) del expediente sancionador votara a favor de la propuesta de resolución que él mismo sometió a la consideración del Pleno del Ayuntamiento.

**E) Legitimación del denunciante para ser parte interesada en un procedimiento disciplinario**

Se mantiene la línea jurisprudencial que, sin negar radicalmente la posibilidad de que haya legitimados para recurrir el archivo de los expedientes disciplinarios contra jueces, no los encuentra casi nunca y, con unos argumentos más bien oscuros, exige tales requisitos para detectar un interés legítimo que casi nunca concurrirá en estos casos (entre otras, SSTs de 16 y dos de 22 de enero, otra de 31 de enero de 2002, y 11 y 19 de febrero de 2002, Sección Séptima, Ar. 1023, 2518 y 2519, Ar. 2589 y 2956). No obstante, sí se admite esa legitimación activa cuando lo que solicita el recurrente no es tanto la imposición de una sanción, como la apertura de una investigación y del correspondiente expediente. Así, en concreto, STS de 22 de enero de 2002, Ar. 2518, y 5 y 11 de febrero de 2002, Ar. 2949 y 2589, todas de la Sección Séptima.

**9. EN ESPECIAL, PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA****A) Presunción de inocencia y carga de la prueba**

La STS de 8 de marzo de 2002, Sección Tercera, Ar. 2264, admite el recurso de casación, por cuanto la sentencia de instancia partía de una incorrecta noción de lo que debe entenderse por presunción de inocencia, ya que sostenía que “corresponde al expedientado, una vez que contra él se ha formulado un pliego de cargos, demostrar su inocencia”. Dos ejemplos de dudas sobre la comisión de la infracción que pueden llevar a la absolución en STS de 5 de febrero de 2002, Sección Cuarta, Ar. 907, y STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de octubre de 2001, Ar. 102 de 2002, sobre todo por su interesante voto particular.

**B) Valor probatorio de las actas de inspección**

Se mantiene la línea jurisprudencial que intensifica el valor de las actas de inspección y de otros documentos similares:

a) Con respecto a las denuncias formuladas por los agentes de la autoridad que hubieran presenciado los hechos, se les reconoce presunción de veracidad *iuris tantum*, salvo prueba fehaciente en contrario del imputado. Así, SAN de 23 de mayo de 2001, Ar. 1234, y STS de 24 de enero de 2002, Sección Sexta, Ar. 1576. Dice la STSJ de Cantabria de 5 de

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

octubre de 2001, Ar. 1491, que la ratificación de la denuncia que convierte a ésta en una indudable prueba testifical de cargo, únicamente es necesaria en los supuestos en que los hechos hayan sido formalmente negados por el denunciado, ya que, en caso contrario, no entra en juego su exigencia”. Menos categórica es la **STSJ de Galicia de 28 de septiembre de 2001**, Ar. 41 de 2002, que se limita a reconocer que “la presunción de veracidad que la Ley otorga a las denuncias viene a constituir un (mero) indicio probatorio”.

b) “También del acta levantada por el controlador laboral, dice la **STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 22 de noviembre de 2001**, Ar. 14 de 2002, se predica la presunción de validez y veracidad”. Además reitera que la presunción de veracidad de tales actas se fundamenta en la imparcialidad y especialización que, en principio, debe reconocerse al actuante; que tal presunción de certeza es compatible con el derecho a la presunción de inocencia, pues se deja abierta la posibilidad de practicar prueba en contrario; y que en cualquier caso, dicha presunción desplaza la carga de la prueba al administrado.

c) La **STS de 20 de febrero de 2002**, Sección Cuarta, Ar. 2541, respecto a las circunstancias que los Veedores de las denominaciones de origen consignan en sus actas, mantiene que “se consideran probadas en tanto no se demuestre lo contrario por la otra parte”, que constituyen “una prueba documental pública” —ello, a pesar de que los Veedores no son funcionarios públicos— y que, en su caso, una vez negados los hechos por la otra parte, la ratificación de los Veedores “vendría a resultar inútil, puesto que ya constan detalladamente sus afirmaciones, que en este caso gozan de valor presuntivo de veracidad”. En el mismo sentido, la **STS de 9 de abril de 2002**, Sección Cuarta, Ar. 3458, además añade que las actas levantadas en la sede del Consejo Regulador si bien no aparecen firmadas por el interesado, se remiten inmediatamente al interesado, con el fin de que pueda formular alegaciones y ofrecer elementos de justificación con lo que no se puede alegar indefensión, máxime cuando además en el expediente se le concede plazo para alegaciones y prueba”. (Igualmente, **SSTS de 24 de septiembre y de 1 de octubre de 2001**, Sección Cuarta, Ars. 3121, 3122 y 3123 y **SAN de 4 de abril de 2001**, Ar. 1230.)

Más matizadamente la **STS de 22 de febrero de 2002**, Sección Cuarta, Ar. 3128, sólo dice que “dicha acta constituye un medio de prueba que debe ser valorado racionalmente en unión de los informes de los veedores y de los demás medios probatorios”. Además, la **STS de 12 de diciembre de 2001**, Sección Cuarta, Ar. 1120 de 2002, afirma que “el grado de credibilidad que les es otorgable ha de medirse en relación con la razón de conocimiento y apreciación, directa o indirecta, de esas mismas circunstancias consignadas en las actas correspondientes, así como con el resto de las probanzas practicadas a lo largo del procedimiento”. Una aplicación de esta idea puede verse en la **STS de 7 de marzo de 2002**, Sección Cuarta, Ar. 2263, que no consideró probada una infracción que se deducía de que un camión llevaba mucha menos uva de la declarada oficialmente ya que los veedores lo observaron un día de cielo oscuro desde lejos encaramados en un lugar elevado.

d) Sobre el valor de las denuncias efectuadas por los controladores de la ORA, dice la **STS de 23 de enero de 2002**, Sección Cuarta, Ar. 752, que “el Tribunal de instancia ha soste-

nido, con toda corrección, que el testimonio-denuncia del controlador es un elemento más de prueba que ha de ser ponderado racionalmente cuando se emite en la forma reglamentariamente prevista, ratificando su denuncia inicial con expresa mención de sus circunstancias personales, y también que ha de ser valorado racionalmente en conjunto con cualesquiera otros elementos probatorios”. En el mismo sentido, **SSTS de 17 y 23 de enero de 2002**, Sección Cuarta, Ar. 894 y 1846 y **STS de 6 de noviembre de 2001**, Sección Cuarta, Ar. 1759 de 2002, añadiendo que el procedimiento sancionador puede incoarse, tanto de oficio, como a instancia de los agentes de la autoridad encargados del servicio de vigilancia de tráfico, o de cualquier otra persona que tenga conocimiento directo de los hechos.

### **C) Admisión de la prueba indiciaria y por presunciones**

La **STS de 8 de marzo de 2002**, Sección Tercera, Ar. 2264, reitera la jurisprudencia sobre la admisión de la prueba indiciaria. El Tribunal de Defensa de la Competencia impuso una sanción de multa a unas empresas aceiteras por haberse concertado en el curso de una subasta realizada por el Servicio Nacional de Productos Agrarios, a fin de impedir la libre competencia fijando de antemano los precios y tratando de repartirse el mercado del aceite de oliva. A juicio de la Sala, “la identidad absoluta del precio ofertado (estadísticamente muy improbable para ofertas independientes, dado que la similitud en precios ofertados se ajusta al céntimo por kilogramo de producto) como por el reparto cuidadoso de lotes de forma que sobre un mismo sublote no hubiera más que una oferta (también casi imposible en el caso de ofertas no acordadas) podían fundar, razonadamente, la imputación y la consiguiente sanción administrativa”.

## **10. CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR**

### **A) Día inicial del cómputo del plazo**

**STS de 24 de septiembre de 2001**, Sección Cuarta, Ar. 3121 de 2002: “El día inicial del cómputo del plazo de seis meses no debe ser, como la recurrente pretende, aquel en el que el Consejo Regulador ordenó la incoación del expediente (...) sino aquel en que formalmente se inició el expediente sancionador, se nombró instructor, se señalaron los hechos (...)”. Por otra parte afirma que, “esta Sala, en materia de caducidad del procedimiento (...) ha otorgado prioridad a los efectos del cómputo del plazo a la fecha de la notificación al interesado” del acuerdo de iniciación. En el mismo sentido, otra sentencia de la misma fecha, Ar. 3122; **SSTS de 1 y 8 de octubre de 2001 y de 9 de abril de 2002**, Sección Cuarta, Ar. 3123, 3124, 3125, 3126 y 3458 y **SAN de 4 de abril de 2001**, Ar. 1230. Aunque, desde luego, parece acertado tener en cuenta la fecha del acto de iniciación y no la de una orden de incoación, mucho más discutible es que, a estos efectos, lo relevante sea la notificación y no la simple producción del acto de incoación.

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

La STS de 15 de marzo de 2002, Sección Cuarta, Ar. 2769, afirma que el día inicial no es el de la denuncia de los agentes de la autoridad sino el del acuerdo de incoación por la autoridad competente o, más exactamente, el día en que éste se notifica:

“el cómputo del plazo de caducidad no debe hacerse desde la fecha sustantiva del acuerdo, sino desde que éste surte efectos al producirse la notificación del mismo”.

### B) Efectos de la caducidad: no impide iniciar un nuevo procedimiento

La STS de 5 de diciembre de 2001, Sección Quinta, Ar. 508 de 2002, en relación con una infracción en materia urbanística, señala que el Tribunal de Instancia “razonó que habiendo sido declarado caducado el expediente sancionador no podía después reiniciarse otra vez aunque no hubiera prescrito la infracción”. El TS casa la sentencia pues el art. 43.4 de la Ley 30/1992 “al decir que la caducidad llevará consigo el archivo de las actuaciones, no puede ser interpretado como impidiendo la reapertura de otro expediente aunque la infracción no haya prescrito (...), una conclusión de esta naturaleza sería literal y frontalmente contraria al artículo 92.3 (...). Lo que el art. 43.4 dispone es que esas actuaciones caducadas deberán ser archivadas, pero el precepto nada dice de la posibilidad de reiniciar el expediente, lo que se regula en el art. 92.3, y en el sentido ya dicho”.

Igualmente, la STS de 20 de febrero de 2002, Sección Cuarta, Ar. 2541, reitera la jurisprudencia que admite la posibilidad de que una vez declarado caducado un expediente sancionador se inicie otro “en tanto que la infracción no prescriba, basándose en los mismos documentos que originaron la inicial actuación”. En el mismo sentido, la STS de 19 de febrero de 2002, Sección Quinta, Ar. 1363. Asimismo, SSTS de 24 de septiembre, 1 y 8 de octubre de 2001, todas ellas de la Sección Cuarta, Ar. 3121 a 3126 de 2002, relativas todas ellas a sanciones en materia de denominaciones de origen, que aclaran, además, que “la caducidad del expediente no determina la falta de efectos de los actos que tienen valor independiente”, como son las actas e informes, que podrán incorporarse al nuevo expediente.

### C) Procedimientos que no caducan

La STS de 11 de febrero de 2002, Sección Séptima, Ar. 3156, afirma que “en el supuesto de la tramitación de un expediente disciplinario contra un Juez o Magistrado, es evidente que la naturaleza del plazo de seis meses a que se refiere (...) la LOPJ no impone la anulabilidad del acto (...), como lo demuestra que el propio precepto prevé la consecuencia que debe llevar aparejada la prolongación de la tramitación del procedimiento más allá de los seis meses” (que el instructor delegado dé cuenta cada diez días a la autoridad competente del estado del procedimiento y de las circunstancias que impiden su conclusión).

La STSJ de Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 26 de septiembre de 2001, Ar. 101, de 2002, aclara que no procede la apreciación de la caducidad del expediente alegada por el recurrente “pues el Estatuto del Personal Sanitario no Facultativo de Instituciones

Sanitarias de la Seguridad Social no la contempla y no es aplicable la Ley 30/1992, por expresa determinación de su Disposición Adicional Octava, que excluye de su ámbito a los procedimientos disciplinarios de los funcionarios públicos”. Por su parte, la **STS de 4 de junio de 2001**, Sala de lo Militar, Ar. 2961, considera que en los expedientes disciplinarios militares no se produce la caducidad sino que la superación del tiempo máximo sólo comporta la reanudación del plazo de prescripción de la infracción.

## 11. LA RESOLUCIÓN SANCIONADORA

### A) Admisión de modificaciones con respecto a la propuesta de resolución

La **STC 117/2002**, de 20 de mayo, recurso de amparo, afirma que no se ha conculcado el derecho a ser informado de la acusación al haber elevado el órgano sancionador la cuantía de la multa inicialmente propuesta, pues “el acuerdo sancionador no altera el relato del supuesto fáctico contenido en el acuerdo de iniciación del expediente y reproducido en el pliego de cargos” y la diferencia en el quantum sancionador “no fue el resultado de una distinta calificación jurídica del hecho sino de la aplicación de los criterios de individualización de la sanción” recogidos en la propia norma sancionadora. Igualmente, para la **STS de 8 de marzo de 2002**, Sección Tercera, Ar. 2264, “la facultad de alterar, previa audiencia de los interesados, la calificación jurídica de los hechos por parte del órgano administrativo que finalmente ha de resolver ni tiene nada de insólito ni de contrario a los principios que inspiran el procedimiento administrativo sancionador.

### B) La falta de motivación de la resolución sancionadora puede subsanarse en la posterior resolución del recurso de reposición

Según la **STS de 31 de mayo de 2001**, Sala de lo Militar, Ar. 396 de 2002, “la crítica que el recurrente efectúa de la resolución sancionadora en este extremo (falta de motivación), pudiera hallar fundamento en lo escueto de las razones con que se justifica la elección de la (sanción) aplicada de separación del servicio, pero resulta de todo punto inmerecida tras corregirse este déficit de motivación en la posterior resolución desestimatoria del recurso de reposición (...) que da cumplidas y atinadas razones del porqué se decantó la Autoridad sancionadora por la corrección finalmente impuesta”.

### C) Ejecutividad

Reiterando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, conforme a la que la ejecutividad de los actos administrativos sancionadores no es contraria a la presunción de inocencia ni a la tutela judicial efectiva, “siempre que la ejecución pudiera ser sometida a la decisión de un Tribunal de Justicia y que éste pudiera resolver sobre su suspensión”, las **SSTS de 18 de septiembre de 2001 y 4 de febrero de 2002**, Sección Segunda, Ar. 430 y 1084 de 2002, afirman que no puede ejecutarse una sanción hasta tanto, impugnada ésta

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

y solicitada su suspensión en vía judicial, el Tribunal resuelva al respecto. Sin embargo, quizás sin ser plenamente conscientes de las consecuencias de sus afirmaciones, ambas sentencias parecen ir más lejos, pues en otro fundamento jurídico afirman que la sanción no es firme en vía administrativa hasta tanto se resuelva, en su caso, el correspondiente recurso jurisdiccional. Y si no es firme en vía administrativa, conforme a lo previsto en el art. 138.3 LAP y la legislación tributaria, la sanción no es ejecutiva, por lo que ya sería indiferente que se hubiera o no solicitado la suspensión en el recurso judicial.

### 12. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO. PROPORCIONALIDAD. CRITERIOS DE GRADUACIÓN

#### A) Es inevitable un margen de discrecionalidad administrativa

STS de 8 de marzo de 2002, Sección Tercera, Ar. 2615:

“no es siempre posible cuantificar, en cada caso, aquellas sanciones pecuniarias a base de meros cálculos matemáticos y resulta, por el contrario, inevitable otorgar (...) (al órgano sancionador) un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de dosimetría sancionadora rigurosamente exigibles”.

#### B) El principio de proporcionalidad como límite esencial de dicho margen de discrecionalidad

La STSJ de Madrid de 24 de abril de 2001, Ar. 1259, recuerda la doctrina del TS según la cual “la discrecionalidad que se otorga a la Administración en la imposición de sanciones, dentro de los límites legalmente previstos, debe ser desarrollada, ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad exigida”. En el caso concreto, el Tribunal entiende que la Administración ha aplicado correctamente el principio de proporcionalidad entre la sanción y la infracción imputada y los criterios de graduación previstos en la ley, “criterios que no pueden ser sustituidos por los de este Tribunal, pues se excedería de las funciones revisoras que se asignan a esta Jurisdicción”.

#### C) La reiteración

Con anterioridad a la aprobación de la LAP, *MapfreVida, SA*, es sancionada por percepción indebida de ayudas al fomento del empleo, al haber contratado a 39 personas como trabajadores en prácticas incumpliendo los requisitos impuestos a este tipo de contrato. A la hora de graduar la sanción se aprecia reiteración, lo que rechaza la recurrente tanto porque la legislación aplicable no enumera dicho criterio como agravante, como porque no había reiteración. Respecto a lo primero, la STS de 6 de noviembre de 2001, Sección Cuarta, Ar. 1762 de 2002, considera que “aunque no esté expresamente mencionado por la Ley, el criterio de que la reiteración es causa de agravación de la sanción administrativa puede considerarse general en el derecho administrativo sancionador”. Razonamiento que no deja de causar extrañeza, pues significa otorgar un carácter abierto a las enumeraciones de circunstancias agravantes (cosa distinta sería si los hechos se hubieran pro-

ducido con posterioridad a la aprobación de la LAP que sí recoge con un alcance general la reiteración como una de las circunstancias que deben tenerse en cuenta a la hora de determinar la sanción). Respecto a la existencia de reiteración, la Sala la admite porque la contratación se refiere a 39 trabajadores, sin que en los fundamentos jurídicos se mencione si todos los trabajadores fueron contratados en el mismo día o a lo largo del tiempo y sin que ni siquiera se refiera a la existencia de una sanción previa.

#### **D) La firmeza de las sanciones a efectos de apreciar reincidencia o reiteración**

La STS de 24 de enero de 2002, Sección Sexta, Ar. 1576, estima que lo que deba entenderse por firmeza de la sanción a estos efectos ha de relacionarse con el art. 138.3 LAP. Por tanto, “el acto administrativo sancionador es firme cuando pone fin a la vía administrativa”.

### **13. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD**

#### **A) Prescripción de las infracciones continuadas, permanentes y de estado. Día inicial**

Una juez sancionada disciplinariamente por retrasos injustificados en la tramitación de procedimientos alega que la prescripción debe apreciarse individualizadamente por cada uno de los retrasos apreciados. La STS de 13 de marzo de 2002, Sección Séptima, Ar. 3473, por el contrario, rechaza dicho argumento por cuanto el tipo “permite una consideración global y unitaria de la conducta y la disolución en ella de la identidad y significado aislado de cada uno de los componentes de esa conducta”. Además, la sentencia añade que el *die a quo* para el cómputo de ese plazo es el de la realización de la visita del Servicio de Inspección, que es donde se acotan los hechos imputados.

Afirma la SAN de 23 de mayo de 2001, Ar. 1234, que “nos encontramos ante una actividad continuada (construcción de una piscina en obra fija en terrenos expropiados por la Demarcación de Carreteras del Estado en Cataluña, en zona de dominio público) ya que una vez realizada la construcción vulnerando la legislación vigente, la misma ha permanecido en la misma situación desde entonces, sin que, por tanto, la actividad infractora haya cesado en ningún momento. En consecuencia, el cómputo del plazo de prescripción, que se iniciará en la fecha de cese de dicha actividad infractora, ni siquiera ha comenzado aún, por lo que no cabe estimar las alegaciones del actor en cuanto la referida prescripción”.

#### **B) Prescripción y diligencias reservadas**

La STS de 13 de marzo de 2002, Sección Séptima, Ar. 3473, afirma que “la interrupción de los plazos prescriptivos no se produce por la tramitación de diligencias reservadas o informaciones previas, sino por la apertura del procedimientos disciplinario mediante el correspondiente acuerdo de incoación, que debe ser formalmente notificado al interesado para que ese efecto interruptivo se produzca. Por consiguiente, si el acuerdo de inco-

## VII. Derecho Administrativo Sancionador

acción del procedimiento sancionador y el posterior acuerdo de nombramiento de Instructor y Secretario no se notificaron en debida forma a la interesada, no pueden surtir ningún efecto de interrupción de la prescripción”.

### C) Suspensión de las actuaciones inspectoras y prescripción

Señala la STS de 4 de diciembre de 2001, Sección Segunda, Ar. 506 de 2002, que “la suspensión de las actuaciones inspectoras no justificada y por causas ajenas al obligado tributario, durante más de seis meses y en cualesquiera momento del período que media entre el inicio de éstas y la notificación de la liquidación resultante de las mismas, no interrumpe el plazo de la prescripción (...) para sancionar que se estuviere ganando”. En idéntico sentido se pronuncia la STS de 20 de diciembre de 2001, Sección Segunda, Ar. 536 de 2002, que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina.

## 14. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS SANCIONES

### A) Anulación de la sanción y retroacción de actuaciones

Una empresa vinícola de la Denominación de Origen Rioja es sancionada por la utilización no justificada de contraetiquetas al detectarse una diferencia entre el número que le entregó el Consejo Regulador y las declaradas. Sin embargo, en el proceso contencioso, aporta 1.023 contraetiquetas que, dice, había encontrado con posterioridad. La STS de 9 de abril de 2002, Sección Cuarta, Ar. 3458, partiendo de su carácter revisor, anula la sanción, “a fin de que la Administración, a la vista de las citadas 1.023 contraetiquetas (...) dicte con libertad de criterio la resolución que proceda, aunque obviamente manteniendo los demás criterios aplicados en la resolución impugnada que han sido confirmados, (...) y pudiendo al mismo tiempo valorar la circunstancia de que las contraetiquetas no fuesen aportadas en su momento”.

### B) Anulación de una sanción, pero mantenimiento de sus efectos con retroacción de actuaciones

El titular de una Administración de Lotería fue sancionado con su cese. La STS de 16 de noviembre de 2001, Sección Tercera, Ar. 1479 de 2002, estima su recurso y anula la sanción impuesta por no haberle notificado la propuesta de resolución, pero no repone al recurrente en la Administración de Lotería, sino que ordena “una retroacción de las actuaciones administrativas al momento procedimental en que se notifique, en forma, esa propuesta de resolución, para que se puedan hacer las alegaciones procedentes, y sólo después, una vez resuelta esta cuestión procederá entrar, si no apareciese debidamente acreditada la comisión de la infracción o sus circunstancias, a pronunciarse sobre el resto de las pretensiones de la actora (...)”.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR  
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO  
MANUEL REBOLLO PUIG



**VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Procedimiento expropiatorio.** A) Alcance de las competencias del Jurado de Expropiación y de la Administración expropiante para determinar y liquidar los intereses de demora en fase de ejecución de la sentencia que reconoce su procedencia. B) Competencia del Jurado de Expropiación para conocer de todos los aspectos que incidan en la valoración. C) Expropiación de bienes de propiedad compartida: forma de notificación del justiprecio y consecuencias de las acciones emprendidas por un cotitular sobre los derechos de los demás. D) Modificación del acuerdo de necesidad de ocupación para excluir a determinadas fincas del expediente expropiatorio: no es acto de trámite sino resolutorio y, por lo tanto, impugnabile separadamente. **3. Determinación del justiprecio.** A) Validez de la prueba pericial de valoración expropiatoria practicada en otro proceso que trae causa en el mismo proyecto expropiatorio y que es incorporada a las actuaciones para resolver el recurso posteriormente presentado por otro de los afectados. B) Valoraciones urbanísticas de terrenos a obtener por expropiación: efectos de la STC 61/1997. C) Valoración de construcciones ilegales a efectos expropiatorios: la imposibilidad de demolición no equivale a la adquisición del derecho a la edificación, por lo que no procede tener en cuenta lo construido. **4. Garantías formales.** A) Intereses de demora en vías de hecho: doctrina jurisprudencial. **5. Garantías sustanciales.** A) Derecho de reversión: no cabe entender que se cede implícitamente con la transmisión genérica de los bienes del titular original. Por su propia calidad y contenido, su transmisión ha de producirse expresamente.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Casi un tercio del centenar y medio de sentencias habidas en el período comprendido en esta Crónica están referidos a la valoración de empresas del Grupo RUMASA y reiteran la importante doctrina que fue comentada por nosotros en los números 14 y 15 de esta Revista. De las sentencias que ahora se reseñan merecen ser destacadas las que se refieren al alcance de las competencias del Jurado en los diversos aspectos que se comentan en el lugar correspondiente de estas mismas páginas. También tiene indudable interés la

doctrina sentada por los pronunciamientos que se analizan en materia de valoraciones urbanísticas, así como la STS de 24 de enero de 2002, que en sede de garantías sustanciales de la expropiación se pronuncia sobre los requisitos que ha de cumplir la transmisión del derecho reversional para que se entienda producida.

## 2. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

### **A) Alcance de las competencias del Jurado de Expropiación y de la Administración expropiante para determinar y liquidar los intereses de demora en fase de ejecución de la sentencia que reconoce su procedencia**

La STS de 11 de octubre de 2001, Ar. 10082, resuelve en casación el recurso planteado contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que anula la Resolución de un Jurado de Expropiación. En ésta se liquidaban definitivamente los intereses de demora devengados por la expropiación a raíz de la firmeza de la sentencia que difería la determinación de los intereses debidos a la fase de ejecución de la propia resolución judicial.

La particularidad del caso examinado estriba en que una vez dictada la referida sentencia, el expropiado acudió al Ayuntamiento expropiante para solicitarle la determinación y liquidación de los intereses reconocidos judicialmente. A resultas de esta petición, el Ayuntamiento acordó la cantidad que estimaba adeudada. El interesado, disconforme, no interpuso recurso alguno contra este acuerdo (notificado en tiempo y forma); en cambio, dirigió su solicitud de reconocimiento de los intereses al Jurado de Expropiación que había fijado originariamente el justiprecio, petición que fue atendida por dicho Jurado.

El acuerdo del Jurado fue recurrido por el interesado y por el propio Ayuntamiento ante el Tribunal Superior de Justicia que, a la vista de la actuación liquidatoria del Jurado, estima el recurso del Ayuntamiento y desestima el del expropiado argumentando que la mencionada intervención del Jurado se produce en un momento procedimental distinto al de la valoración de los bienes expropiados, de tal modo que el Jurado acaba asumiendo una función arbitral y revisora de un acto administrativo por el que, con acierto jurídico o sin él, el Ayuntamiento había resuelto previamente la cuestión. A juicio de dicho Tribunal, el interesado y el Jurado han articulado una especie de recurso de alzada impropio contra dicho acuerdo municipal, que era improcedente, por lo que anula el acuerdo del Jurado y señala la incompetencia de la Administración del Estado, actuando a través del Jurado —en los términos en que se planteó la intervención de este órgano— para dirimir ejecutoriamente la determinación del importe de los intereses de demora insatisfechos.

Recurrida esta sentencia en casación por el interesado, el Tribunal Supremo estima el recurso, si bien no lo hace por entender desacertado el razonamiento de fondo del

## VIII. Expropiación Forzosa

Tribunal *a quo* (llegando a afirmar que “inicialmente debe reconocerse la corrección jurídica de los razonamientos de la Sentencia de instancia respecto de la falta de competencia del Jurado Provincial de Expropiación forzosa para, una vez fijado el justiprecio, volver posteriormente, de forma autónoma, a pronunciarse sobre los intereses”). La estimación del recurso se produce —según afirma el Tribunal Supremo— porque lo que demandaba el principio de tutela judicial efectiva en conexión a la competencia del orden judicial para juzgar y ejecutar lo juzgado y al principio de economía procesal, era la fijación de los intereses de demora que, dado su carácter automático de crédito accesorio del principal que se determina *ministerio legis*, debió ser acordada por la Sala de instancia, que se limitó a anular el acuerdo del Jurado cuando debía, además, haber fijado los presupuestos para la liquidación de dichos intereses.

### **B) Competencia del Jurado de Expropiación para conocer de todos los aspectos que incidan en la valoración**

La STS de 28 de enero de 2002, Ar. 1711, contiene un pronunciamiento sobre el alcance de las competencias del Jurado de Expropiación que, pese a ser un *obiter dictum* de la fundamentación decisoria del fallo merece reseñarse. Al desestimar el motivo de casación referido a la supuesta infracción por el Jurado y el Tribunal *a quo* de los artículos 26.1, 30.2 y 34 de la LEF, que el recurrente funda en que ninguna de dichas instancias describe exacta y correctamente la superficie de la finca expropiada, el Tribunal Supremo aprovecha para discrepar de uno de los argumentos esgrimidos por el Tribunal *a quo*, según el cual la pieza separada de justiprecio no es el lugar adecuado para suscitar cuestiones relacionadas con la superficie de los bienes que son objeto de expropiación, porque —como argumenta la sentencia impugnada— las funciones del Jurado se limitan a las puramente valorativas, sin que quepan las especulaciones en torno a otros aspectos de la expropiación. Frente a esta afirmación, el Tribunal Supremo considera que es precisamente en la pieza de justiprecio, y no en otro momento, donde han de aportarse todos los antecedentes y datos —económicos o no— que sean necesarios para conseguir una tasación completa, justa y real de los bienes; cosa que no puede eludir el Jurado bajo el pretexto de defectos u omisiones en el expediente y, entre ellos, la cuestión de la superficie real de los terrenos expropiados, cuya relevancia crucial a efectos de valoración requería de un esfuerzo indagador por parte del Jurado que, por lo demás, tampoco era difícil de alcanzar a la vista del expediente y los informes periciales obrantes en el mismo.

### **C) Expropiación de bienes de propiedad compartida: forma de notificación del justiprecio y consecuencias de las acciones emprendidas por un cotitular sobre los derechos de los demás**

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que en caso de cotitularidad de los bienes expropiados, y pese a ser única la pieza de justiprecio (como precisa el art. 26.2 de la LEF), el Jurado está obligado a notificar su acuerdo valorativo a cada uno de los partícipes o condueños, si es que éstos no tienen una representación común.

En consecuencia, la jurisprudencia ha reconocido que la falta de notificación del acuerdo a cualquiera de los copropietarios (siempre que no estuviese legalmente representado por alguno de los que sí hayan sido notificados) evita que precluya el plazo de interposición del recurso de reposición ante el Jurado. Como recuerda la STS de 26 de enero

de 2002, Ar. 1160, al exponer esta doctrina, la anterior consecuencia es de especial aplicación supuesto de comunidad hereditaria. En estos casos, la doctrina jurisprudencial sostiene, de un lado, la facultad de cualquier coheredero de actuar en beneficio de la comunidad tal y como permiten el Derecho civil y procesal; pero, de otro, también reconoce que ninguno de los demás puede quedar perjudicado por dicha actuación salvo que el interviniente ostentase su representación legal.

Se trata, por lo demás, de un mecanismo que ha sido aplicado por la jurisprudencia administrativa, con carácter general, a todos los supuestos expropiatorios en los que hay comunidad o cotitularidad de bienes –no sólo comunidad hereditaria–, afirmando en doctrina constante (de la que es exponente la STS de 18 de mayo de 1993, Ar. 3782), que cualquiera de los partícipes o condueños puede comparecer en juicio en asuntos que afecten a los derechos de los demás, ya para ejercitarlos ya para defenderlos, y la sentencia dictada en su favor aprovechará a los demás; a lo que el pronunciamiento que aquí se comenta apostilla, aplicando el reverso de esa doctrina para el caso de autos, que “la actuación de un comunero no puede perjudicar a los demás, de manera que su falta de actividad impugnatoria frente al acuerdo valorativo del Jurado no afecta a los otros comuneros a quienes no se les notificó expresa e individualmente la resolución fijando el justiprecio”.

**D) Modificación del acuerdo de necesidad de ocupación para excluir a determinadas fincas del expediente expropiatorio: no es acto de trámite sino resolutorio y, por lo tanto, impugnabile separadamente**

La STS de 11 de febrero de 2002, Ar. 1670, conoce en casación del recurso planteado por el Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria contra la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias que estimó el recurso formulado por los propietarios afectados por la modificación del acuerdo de necesidad de ocupación de un expediente expropiatorio iniciado bajo la cobertura jurídica del planeamiento urbanístico aprobado para aquella localidad. El acuerdo municipal excluía de la expropiación determinadas fincas originariamente previstas en la misma mediante un acto administrativo que es calificado por la Corporación como de mero trámite, para lo que se apoya en el voto formulado por uno de los Magistrados de la Sala a quo al fallo de instancia.

Sin embargo, siguiendo a la mayoría de dicha Sala, el Tribunal Supremo declara que no hay lugar al recuso planteado porque, en espíritu y contenido, no nos encontramos ante un acto de trámite, pues si éstos son fundamentalmente los que carecen de sustantividad o trascendencia en materia decisoria, la modificación del expediente expropiatorio acordada por el Ayuntamiento recurrente tiene, objetiva y formalmente considerada, todos los elementos exigidos por el artículo 53.2 de la Ley 30/1992 para ser calificada como un acto administrativo resolutorio *stricto sensu*, que no tiene un mero carácter procesal o de impulso del expediente –como sostiene la recurrente– sino naturaleza de acto decisorio que se opone al adoptado de conformidad con el Plan urbanístico del que la expropiación trae causa, por lo que su legalidad, que resultará de la confrontación con dicho Plan y con las normas que rigen la revisión de oficio de los actos, es perfectamente con-

## VIII. Expropiación Forzosa

trolable en sede judicial y para ello puede ser impugnado dicho acto, de forma separada, por los afectados.

### 3. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

#### **A) Validez de la prueba pericial de valoración expropiatoria practicada en otro proceso que trae causa en el mismo proyecto expropiatorio y que es incorporada a las actuaciones para resolver el recurso posteriormente presentado por otro de los afectados**

Dada la enorme extensión de terreno afectado por la ejecución del Centro de Transporte Internacional de mercancías de Coslada (Madrid), el desarrollo del proyecto de expropiación que contempló el instrumento de planeamiento aprobado al efecto ha dado lugar, habida cuenta del alto número de afectados, a una larga serie de recursos en los que se han dado una gran disparidad de valoraciones del suelo expropiado. Al conocer uno de estos recursos, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid decidió proyectar las pruebas periciales de valoración de los terrenos practicadas en un proceso que traía causa del mismo expediente a otro proceso distinto. Se trataba de una prueba pericial efectuada con todas las garantías de imparcialidad y objetividad que prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil a las que, como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reconociendo fuerza suficiente para desvirtuar la presunción de acierto de la que gozan los acuerdos del Jurado de Expropiación; máxime cuando, como sucedía en este caso, el perito había razonado su valoración de una forma más pormenorizada y precisa a como lo hacía la genérica e inexpresiva motivación de la valoración del Jurado.

En desacuerdo con esta extensión de los efectos de la prueba de un proceso a otro, el Ayuntamiento expropiante recurrió en casación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia mencionado. La **STS de 15 de noviembre de 2001**, Ar. 10.108, desestima dicho recurso argumentando ampliamente la posibilidad de admitir la prueba pericial practicada en otro proceso con el que guarde evidentes señas de identidad –como en el caso de autos– en aplicación de los principios de igualdad y tutela judicial. Se trata de una posibilidad recientemente admitida por el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 27 de marzo de 2001, que esta otra reproduce y suscribe.

#### **B) Valoraciones urbanísticas de terrenos a obtener por expropiación: efectos de la STC 61/1997**

Entre los preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 que dejó vigentes la STC 61/1997, de 20 de marzo, se encontraban los incluidos en el Capítulo II de su Título II, concretamente los dedicados a la valoración del suelo. De acuerdo con la filosofía de aquel texto legal (y de la Ley 8/1990, de Valoraciones a la que reproduce en este punto), dichos criterios se atienen al grado de cumplimiento por los propietarios de sus derechos y deberes para culminar la edificación. Así, el Texto Refundido de 1992 distingue el valor inicial del urbanístico, estableciéndose en el artículo 48.4 que la valoración de los terrenos urbanos y urbanizables respecto de los que se hubiera completado su ordena-

ción se hará de conformidad con su valor urbanístico que, según establece el artículo 50.1 del propio Texto Refundido, se determinará en función del conjunto de derechos y facultades de este carácter que en el momento de producirse la valoración se hubieran adquirido por el propietario. Contemplando seguidamente los incrementos que el valor inicial experimenta según el propietario coopere o no en el proceso urbanizador, hasta disponer —en su artículo 53— que, adquirido el derecho al aprovechamiento urbanístico, el valor de los terrenos se determinará por aplicación a dicho aprovechamiento del valor básico de repercusión en el polígono corregido en función de su situación concreta dentro del mismo, para continuar con las reglas de valoración del suelo cuando el propietario ha adquirido el derecho a edificar y el derecho a la edificación.

Cuestión diversa es lo que ocurre cuando el propietario del suelo queda impedido de la posibilidad misma de cooperar en el proceso urbanizador porque resulta privado de su terreno a consecuencia de una actuación urbanística ejecutada por el sistema de expropiación. En estos casos, no obstante haberse acordado la expropiación del suelo con anterioridad a la ordenación urbanística del mismo, es evidente que se erradicán *ab initio* sus derechos y facultades urbanísticas que le permitirían obtener los valores a los que nos hemos referido. De ahí que el Texto Refundido de 1992 regule expresamente la valoración de los terrenos a obtener por expropiación en el Capítulo III del mismo Título II, estableciendo en su artículo 58 la regla general —también declarada constitucional por la STC 61/1997— de que “la valoración de los terrenos destinados a sistemas generales, o a dotaciones locales en suelo urbano, que se obtengan por expropiación y de los terrenos incluidos en unidades de ejecución respecto de las que se hubiere fijado el sistema de expropiación, se determinará de conformidad con las reglas establecidas en este Capítulo”. En armonía con la necesidad de establecer reglas específicas para valorar los terrenos a obtener por expropiación dentro de una unidad de ejecución, el artículo 173 del mismo Texto —tampoco afectado por la STC 61/1997— dispone que el justiprecio expropiatorio de los terrenos se determinará en función del valor urbanístico conforme a lo establecido por los artículos 59 y 60 sin deducción alguna; preceptos estos incluidos, junto al referido artículo 58, en el Capítulo III del Título II (dedicado, como se ha dicho, a los terrenos a obtener por expropiación) a los que también se remite la regla general del artículo 58.

El problema radica en que los artículos 59, 60 y 61 del Texto Refundido de 1992 fueron declarados inconstitucionales por la STC 61/1997. El vacío provocado por esta derogación parcial de las reglas valorativas del Texto Refundido ha sido colmado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo a partir de la STS de 19 de julio de 2001, y en el sentido que ahora reitera la **STS de 27 de noviembre de 2001**, Ar. 166 de 2002, recurriendo a las normas de valoración que contenía el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y, por consecuencia, a las del Reglamento de Gestión Urbanística de 1978 que regulan el cálculo del valor urbanístico. Haciendo balance de uno y otro sistema, estos pronunciamientos acaban por reconocer que la valoración del suelo a efectos expropiatorios que establecen las disposiciones ahora aplicadas no difiere sustancialmente de los valores que se obtenían con la aplicación del Texto Refundido de 1992, pues si en éste el justiprecio

## VIII. Expropiación Forzosa

de los terrenos expropiados se determina con referencia a un porcentaje determinado del aprovechamiento tipo del área de reparto o del Plan General –75 por ciento en suelo urbano y el 50 por ciento en el urbanizable programado–, en el Texto de 1976 se lleva a cabo con referencia al aprovechamiento una vez deducidos los terrenos de cesión obligatoria y los costes de urbanización, de cuyo cálculo resultan valores análogos a los que se obtendrían si fuese aplicable el método de valoración del Texto de 1992.

### **C) Valoración de construcciones ilegales a efectos expropiatorios: la imposibilidad de demolición no equivale a la adquisición del derecho a la edificación, por lo que no procede tener en cuenta lo construido**

La STS de 15 de noviembre de 2001, Ar. 481 de 2002, resuelve en casación el recurso planteado por un propietario que considera que la construcción que poseía sobre el suelo expropiado, clasificado como urbanizable programado, debía haber sido valorada pese a carecer de licencia. El propietario esgrime a tal efecto lo prevenido por el artículo 56 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (no declarado inconstitucional por la STC 61/1997), según el cual “el valor del suelo en el momento de concluirse la edificación será el correspondiente al aprovechamiento urbanístico que efectivamente se hubiera materializado sobre el mismo sin adición o deducción alguna”. La sentencia de instancia había desestimado el recurso, rechazando la toma en consideración del citado precepto, entendiendo que al estar clasificado el suelo expropiado como urbanizable programado dicha clasificación resultaba incompatible con las previsiones de los artículos 37.1 y 56 del propio Texto Refundido. La Sala *a quo* considera, en este sentido, que el artículo 37 exige que para adquirir el derecho a la edificación es necesaria la conclusión de la obra al amparo de licencia no caducada y conforme a la legislación urbanística y, al no darse estos requisitos, es inaplicable el artículo 56 en contra de lo que pretendía el expropiado, sin perjuicio de que éste –añade la sentencia de instancia– pudiera hacer uso del artículo 237.3 del citado Texto Refundido (que se refiere a los supuestos indemnizatorios por la modificación del planeamiento cuando se produce una reducción del aprovechamiento en terrenos urbanizados antes de transcurrir el plazo para solicitar la licencia).

Antes de analizar el recurso de casación planteado, el Tribunal Supremo se ve obligado a corregir la doctrina de la sentencia de instancia declarando, de un lado, la inaplicabilidad del artículo 237.3 al caso examinado y dejando sentado, de otro lado, que la referencia que hace el artículo 37 del Texto Refundido de 1992 a la “ordenación urbanística” ha de entenderse, obviamente, al planeamiento que está vigente en el momento de la edificación y no al que legitima la expropiación. Dicho esto, el Tribunal Supremo estudia la pretensión del recurrente relativa a la aplicación del mencionado artículo 56, para lo cual debe analizar de antemano si el expropiado cumple o no el doble requisito del artículo 37: que la edificación se hubiera ejecutado al amparo de licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística. En este punto, constata el Tribunal que la edificación se ejecutó sin licencia alguna, como el propio recurrente reconoce. El recurrente pretende subsanar esta circunstancia afirmando que la construcción no era incompatible con la ordenación vigente en el momento en que se edificó (cosa no desvirtuada en el proceso *a quo*) y que, en todo caso, habían transcurrido más de cuatro años desde la fecha de la construcción por lo que ésta habría quedado legalizada (en virtud de los arts. 186 TRLS de 1976 y 9 del Reglamento de Planeamiento).

Así las cosas, el Tribunal Supremo rechaza las alegaciones del recurrente por entender que aunque es cierto que el transcurso de los cuatro años impide la demolición de una obra ilegal ello no puede conllevar que de la ejecución de un acto ilegal se deriven derechos previstos exclusivamente para cuando se proceda conforme a Derecho. No es aplicable en estos casos lo prevenido en el artículo 56 del Texto Refundido de 1992, porque este precepto no sienta el derecho del propietario al aprovechamiento efectivamente realizado cuando éste se obtiene de forma ilegal. Por lo tanto, no cabe identificar en todo caso el derecho a la edificación con el valor del inmueble, ya que aquél no se adquiere por el simple transcurso del tiempo sino por cumplir con los deberes urbanísticos. La prueba es que si una edificación ilegal que no puede ser demolida por haber transcurrido más de cuatro años desde su edificación sin que la Administración hubiese instado el expediente de ilegalización se derriba por cualquier otra causa tampoco puede ser de nuevo construida. En consecuencia, la sentencia comentada declara que no procede valorar el suelo expropiado en función del aprovechamiento que supone el volumen edificado sin licencia, por lo que no hay lugar a la casación pretendida.

#### 4. GARANTÍAS FORMALES

##### A) Intereses de demora en vías de hecho: doctrina jurisprudencial

La anteriormente citada STS de 28 de enero de 2002, Ar. 1711, estima el motivo de casación por el que recurrente denunciaba la infracción de los artículos 52.8, 56 y 121 de la LEF al negar la Sala de instancia –al igual que había hecho el Jurado de Expropiación– la pretensión indemnizatoria por los intereses devengados desde la fecha de la ocupación de facto de los bienes posteriormente expropiados por el procedimiento de urgencia. Al estimar el motivo, el Tribunal Supremo se atiene a la doctrina sentada por sus Sentencias de 21 de junio y 20 de diciembre de 2001 (entre otras), según la cual el justiprecio por la privación de los bienes ilegalmente adquiridos por la Administración debe incrementarse con una indemnización equivalente a las llamadas “vías de hecho”, ya que de no reconocerse ésta, resultarían equiparables las actuaciones legales y las ilegales. Para evitar esta consecuencia, la ocupación ilegal requiere ser compensada con el abono de los intereses legales generados durante todo el tiempo real en el que el propietario estuvo efectivamente privado de sus bienes.

#### 5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

##### A) Derecho de reversión: no cabe entender que se cede implícitamente con la transmisión genérica de los bienes del titular originario. Por su propia calidad y contenido, su transmisión ha de producirse expresamente

Es lugar común en la doctrina del Tribunal Supremo relativa al derecho de reversión afirmar que éste constituye un derecho de configuración legal de naturaleza autónoma y, por tanto, trasmisible por actos inter vivos y mortis causa. No obstante, como precisa la STS de 24

## VIII. Expropiación Forzosa

de enero de 2002, Ar. 661, la transmisión de este derecho requiere de algunos requisitos formales y de una expresa declaración de voluntad que no puede presumirse.

La citada sentencia conoce en casación de la denegación del derecho reversional ejercitada por una sociedad que había adquirido por compraventa parte de los bienes con los que otra sociedad se había hecho a título de “saldo de deudores” a consecuencia de la liquidación de una tercera sociedad cuyos terrenos habían sido en su día expropiados por el Ministerio de Defensa con el objeto de constituir determinadas “zonas de seguridad y protección” costera. Una vez que la Administración expropiante desafectó dichos terrenos y anunció en los Boletines correspondientes el posible ejercicio de la reversión, la última sociedad sucesora de los bienes y derechos de la expropiada ejercitó el derecho de reversión esgrimiendo el título de compraventa con el que había adquirido los bienes “como cuerpos ciertos y con cuantos derechos, usos y servicios le correspondan”, tal y como estipulaba el contrato. Admitida la reversión por la Administración, la sociedad trasmite (que, como se ha dicho, había adquirido todos los bienes y derechos de la originariamente expropiada “a saldo de deudores”) interpuso recurso contencioso-administrativo que fue estimado en instancia por considerar el Tribunal *a quo* que el derecho de reversión no fue transmitido con la compraventa a la última sociedad adquirente, por cuanto se trata de un derecho de contenido principal, no accesorio, por lo que su transmisión sólo es posible si se pacta expresamente en su propia calidad y contenido.

Recurrida esta decisión en casación por la Abogacía del Estado, el Tribunal Supremo rechaza el recurso suscribiendo la tesis del Tribunal de instancia, afirmando que en la compraventa empresarial operada no podía entenderse transmitido el derecho de reversión, pues de la estipulación de que los bienes de la sociedad vendedora se transmitían “con cuantos derechos, usos y servicios les correspondan” no cabe deducir la transmisión del derecho de reversión. Tal derecho, en sí mismo transmisible –afirma el Tribunal Supremo–, lo es sin embargo en su propia calidad y contenido, pues tiene un objeto propio, sustantivo y principal, que no puede presumirse implícitamente transmitido cuando ninguna referencia se ha hecho al mismo.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO



**IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Objetividad del sistema y relación de causalidad.**

A) Responsabilidad administrativa por la suspensión de actividades industriales con ocasión de la aparición de casos de “síndrome de ardystil”. Doctrina general acerca de la objetividad del sistema. B) Rasgos distintivos de la responsabilidad en el ámbito sanitario: cotejo de soluciones administrativas y civiles. C) Responsabilidad por denegación ilegal de permiso de trabajo. **3. Daño. Descrédito de una promotora como consecuencia de una paralización de obras posteriormente declarada ilegal por los tribunales. 4. Acción de responsabilidad y procedimiento.** A) Legitimación activa de todos los familiares y de las personas que sin serlo están unidas por una relación afectiva análoga. B) Efectos de la falta de resolución de una reclamación administrativa sobre la admisibilidad de una prematura acción judicial de responsabilidad. **5. Principio de unidad jurisdiccional en favor del contencioso. Legalidad de la reconversión de oficio de las reclamaciones previas a la vía civil o laboral. 6. Responsabilidad del poder judicial. Declaración de error judicial.**

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

Las Sentencias consideradas en el período abarcado por esta crónica nos brindan, además de algún pronunciamiento sobre asunto resonante para la opinión pública –tal es el caso de los trabajadores de la aerografía textil de la Comunidad Valenciana, afectados por el llamado “síndrome de ardystil”–, otras resoluciones, tanto de la jurisdicción civil como contenciosa, que permiten observar el comportamiento de los respectivos sistemas de responsabilidad –culpabilístico y objetivo– ante un mismo género de daños, los hospitalarios, que por añadidura son los que comportan mayor complejidad. Por otra parte, a la vista del uso que algunas sentencias hacen de la exonerante cláusula del “estado de los conocimientos”, ya en crónicas precedentes y también aquí insistimos en la conveniencia de no desorbitar el ámbito para el que está concebida dicha cláusula, por el riesgo que implica de abrir una fisura enorme en la garantía, indeseada por el legislador.

También consideramos de interés la fijación doctrinal que hace el Tribunal Supremo sobre la legitimación activa para solicitar indemnizaciones en el campo de la responsa-

bilidad, deslindándola de la que deriva del derecho hereditario o el de obtener pensiones.

## 2. OBJETIVIDAD DEL SISTEMA Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD

### A) Responsabilidad administrativa por la suspensión de actividades industriales con ocasión de la aparición de casos de “síndrome de ardstyl”. Doctrina general acerca de la objetividad del sistema

La STS de 29 de noviembre de 2001, Ar. 181, enjuicia un supuesto por todos conocidos: los daños físicos (en ocasiones, con resultado de muerte) que provocó el llamado “Síndrome Ardstyl” en un número considerable de trabajadores del sector de la aerografía textil en la Comunidad Autónoma Valenciana. En este caso, la reclamación indemnizatoria proviene de una industria afectada por la suspensión temporal de actividades adoptada por la Administración autonómica bajo el amparo del artículo 26 de la Ley General de Sanidad, conforme al cual puede adoptarse esta medida de paralización de actividades ante la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud. Son datos a tener en cuenta que la empresa contaba con todas las autorizaciones necesarias y que la suspensión sufrió varias prórrogas ante el desconocimiento exacto del agente causante del síndrome. La Administración alegaba que los perjuicios derivados de la orden de paralización de la actividad eran el resultado de la aplicación de la Ley General de Sanidad a todo un sector económico; que, en esas condiciones, la reclamante estaba obligada a soportarlos, y, además, que el daño debía considerarse un supuesto de fuerza mayor, al desconocerse el agente infeccioso origen del síndrome.

Para el Tribunal Supremo (que confirma así lo decidido en la instancia) el desconocimiento del agente infeccioso tiene un valor bien distinto, ya que implica precisamente la falta de acreditación por parte de la Administración de que el daño pueda imputarse a la actividad que desarrolla una empresa que, por lo demás, ha cumplido con todas las exigencias administrativas. El resultado de este razonamiento es que la empresa no tiene la obligación de soportar el daño. Esta solución se presenta como el resultado de la aplicación de un sistema de responsabilidad objetiva en el que:

“no se requiere otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud de la actuación de la Administración autora del daño, siempre que la actuación lícita o ilícita de la Administración se produzca dentro de sus funciones propias. Como complemento a esta doctrina (...) la única circunstancia exonerante de la responsabilidad de la Administración es la presencia de fuerza mayor, supuesto que no concurre en el presente caso”.

### B) Rasgos distintivos de la responsabilidad en el ámbito sanitario: cotejo de soluciones administrativas y civiles

La asistencia sanitaria pública es uno de los campos en los que surge un mayor número de reclamaciones indemnizatorias. Además, podría decirse que la responsabilidad por la

## IX. Responsabilidad Administrativa

asistencia médica, por la naturaleza de la actividad de que se trata, está dotada de una cierta singularidad dentro del sistema global de responsabilidad, en la medida en que suscita cuestiones que le son características. Valgan como ejemplo los conceptos de “estado de la ciencia y del conocimiento”; “consentimiento informado” o *lex artis ad hoc*, expresiones que arrastran una serie de consecuencias que modulan, incluso de forma muy intensa, el juego neto del sistema de responsabilidad objetiva una muestra del cual luce de modo bien patente en la Sentencia comentada en el epígrafe precedente. Finalmente, puede apuntarse como tercer rasgo distintivo que se trata del sector de actividad administrativa que ha dado origen a una mayor controversia sobre la determinación de la jurisdicción competente, por razones en las que no es pertinente entrar ahora. La combinación de todos estos factores hace que los supuestos de responsabilidad sanitaria merezcan la especial atención del jurista por cuanto constituye el mejor punto de mira para observar con intensidad y sentido crítico el régimen de la responsabilidad administrativa, la complejidad de sus elementos y sus quebras.

Por nuestra parte, hemos dedicado a este tema una parte notable de las páginas que se van acumulando en éstos ya más de cuatro años de crónicas de jurisprudencia, mostrando la peculiar problemática que plantea este género de asuntos. En concreto, en lo que ahora nos interesa, hemos tratado de mostrar hasta qué punto las reclamaciones por los daños derivados de la asistencia sanitaria son la más contundente “prueba de fuego” para contrastar el grado de solidez de un sistema de responsabilidad que se proclama objetivo, y si la aplicación del mismo conduce, en la práctica, a resultados divergentes a la del régimen culpabilístico civil en el mismo sector, tal y como a primera vista cabría inferir dada la teórica oposición diametral en la que se sitúan sus presupuestos de partida.

—Así, desde el punto de vista jurídico-administrativo, la cuestión habrá de resolverse a partir del binomio relación de causalidad/obligación de soportar el daño. Ahora bien, en realidad, la mayor parte de los casos exigen la indagación de si se actuó con la diligencia debida, siguiendo los protocolos médicos (la *lex artis ad hoc*). Si fue así, entonces se afirma que no existe nexo de causalidad entre la actuación médica y las secuelas, y, por consiguiente, que el particular tiene la obligación de soportar el daño. Pero este razonamiento es de una lógica un tanto “dudosa”, pues, en pura teoría, la relación de causalidad debería remitir al aplicador a un valoración puramente fáctica de lo sucedido, que prescindiera de elementos valorativos sobre la corrección de la conducta del sujeto o de otras consideraciones de licitud o ilicitud del hecho causal. Sin embargo, los repertorios de dictámenes de órganos consultivos o de jurisprudencia dan cuenta de que en éste como en otros tantos sectores de la actividad administrativa resulta en la práctica imposible prescindir de dicha valoración con lo cual la relación de causalidad —en principio adscrita al mundo de los acontecimientos puramente fácticos— se impregna de contenidos jurídicos, capaces incluso de hacer negar la existencia misma del vínculo entre la acción u omisión administrativa y el daño producido, aunque tal vínculo se dé desde la pura perspectiva de los meros hechos.

— Desde la óptica civilista, la cuestión recibe, en principio, una respuesta clara: sólo en la medida en que el perjudicado acredite que la actuación médica fue negligente podrá

obtener indemnización. En caso contrario, el daño ha de imputarse a la evolución de su propia patología. Ello es así en una jurisprudencia constante, no obstante lo cual la nitidez del planteamiento no debe ocultar algunas dificultades. Basta pensar, por ejemplo, que mantener sin matices la carga de la prueba en el paciente puede significar, en no pocas ocasiones, condenarlo al fracaso de su pretensión (¿cómo demostrar lo que en realidad pasó en un quirófano?) O que, en ocasiones, la desproporción entre la intervención y el resultado es admitida como presunción de culpa. O que en la llamada medicina “satisfactiva” el principio de responsabilidad por culpa queda, cuando menos, relativizado. O, finalmente, que aún no es una cuestión pacífica en la jurisprudencia la aplicabilidad del sistema objetivo de la Ley de Protección de los Consumidores y Usuarios en el campo de la asistencia sanitaria pública. De todo ello nos hemos ocupado a lo largo de estas crónicas.

El período considerado en esta ocasión nos vuelve a brindar dos buenos ejemplos que ilustran lo anteriormente dicho.

– En la **STS de 22 de diciembre de 2001**, Ar. 1817, el recurrente alega que la aparición de unas dolencias tras una intervención quirúrgica han de ser indemnizadas sin necesidad de probar la culpa, dado que el sistema es objetivo. El Tribunal Supremo, en efecto, parte de la afirmación del carácter objetivo del sistema, pero concluye, en línea con la sentencia de instancia, que la exclusión de responsabilidad en este caso no se basa en la inexistencia de culpa, sino en la falta de acreditación del nexo causal. Ahora bien, lo cierto es que tanto el tribunal de instancia como el Supremo utilizan como elemento clave precisamente la corrección de la actuación médica. Es más, el propio Tribunal Supremo reconoce que:

“(…) ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente”.

En este caso, el informe médico pericial estimaba que la intervención había sido correcta pero que algunas secuelas *derivaban de la misma* (obsérvese, la relación de causalidad parecía puesta en evidencia). El TS estima que esto último no queda acreditado, pero que, aun aceptándolo, siendo la intervención médica correcta, “estaríamos ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, recogida en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero”, esto es, que siendo la técnica utilizada correcta de acuerdo con el estado del saber, los resultados no habrían podido evitarse según el estado de los conocimientos de dicha técnica quirúrgica.

## IX. Responsabilidad Administrativa

A nuestro juicio, este último razonamiento no resulta satisfactorio. Como ya hemos comentado en crónicas anteriores, es de celebrar, desde luego, el acogimiento por la jurisdicción de los daños ocasionados por los llamados “riesgos del desarrollo” en la sede que le es propia, esto es, la antijuricidad, como la Ley demuestra con toda elocuencia al ubicar la regla comentada precisamente en un apartado del artículo 141. Ello ha permitido ir erradicando la utilización del argumento de la fuerza mayor exonerante de responsabilidad, y con él toda la artificiosidad formal de su distinción con el caso fortuito generador de aquélla, distinción que aunque bastante asentada en el ámbito del Derecho administrativo carece de bases legales ciertas, resultando incluso extraña en otros ámbitos, pues la figura del caso fortuito –nacida, como tantas otras, de la cultura jurídica civilística– no tiene en el ámbito del Derecho civil una virtualidad precisamente inculpatoria de la responsabilidad, sino justamente la contraria, es decir, exoneratoria de ella.

Pero también hemos expresado reiteradamente que la aplicación del artículo 141.1 sólo cabe en supuestos excepcionales ya que para ellos está pensado el precepto. No puede soslayarse que la *ocasio legis* que anida en referido precepto, introducido por la Ley reformadora 4/1999, tiene que ver con la avalancha de reclamaciones por la transfusión de sangre contaminada de virus desconocidos. Así, la nueva previsión legal, delimitadora del concepto de antijuricidad en tan delicado aspecto, está concebida para aquellos casos límite en que la Administración resulta implicada en sucesos dañosos que caen absolutamente fuera de toda posibilidad de previsión según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica. Un precepto ya de por sí polémico –algunos autores han creído ver en él la apertura de una brecha en el sistema de responsabilidad objetiva, preludio de su demolición– como para extenderlo sin más a los “asuntos corrientes” que depara el actuar cotidiano de las Administraciones Públicas. Creemos que tan razonable precepto sólo se legitima por su uso restringido; y no es esto lo que se aprecia en la Sentencia comentada. Ciertamente, el caso examinado parece ofrecer no poca dificultad dado el espacio nebuloso en que se sitúan esa serie de secuelas que el Tribunal reconoce como derivadas de la operación quirúrgica. Pero aun así estimamos que incluso en tales casos extremos la cuestión debe resolverse exprimiendo todas sus posibilidades al elemento de la causalidad, en concurso o no con el de la antijuricidad, elementos estos que aunque de distinta naturaleza suelen ir siempre de la mano como hemos expuesto en los preliminares del presente epígrafe. Lo que no parece acertado es acudir *per saltum* al precepto comentado si no queremos que éste se convierta en una socorrida panacea para solucionar todo asunto más o menos dificultoso y si tampoco queremos cargar de razones al sector doctrinal crítico antes apuntado. Creemos que el precepto en sí está lleno de buen sentido y no justifica esas premoniciones catastrofistas dichas por algunos autores; pero su indebida aplicación sí que puede producir esos efectos, no deseados por el legislador. En suma, creemos que el supuesto de una operación quirúrgica, por complicada que ésta fuere y por difíciles de atajar o conducir sus consecuencias, no es algo situado en el terreno del desconocimiento absoluto para el mundo de la ciencia o de la técnica, médica y quirúrgica, sino que es algo conocido o cognoscible, aunque en algún caso sea difícilmente dominable; y siendo esto así el supuesto escapa de las hipótesis contempladas en el artículo 141.1, lo que tampoco impide el juego de otros argumentos alternativos. Se debe tener claro que ese concreto precepto exonera de responsabilidad a la Administración en casos de ignorancia insuperable de la existencia de un riesgo, a tenor

del estado de los saberes de la ciencia o de la técnica, y no en los casos de dificultad en el conocimiento de algo, aunque tal dificultad sea muy grande.

Por su parte, en la **STS de 4 de febrero de 2002**, Sala de lo Civil, Ar. 1593, se trata de una demanda de indemnización dirigida contra un cirujano, un anestesista, la aseguradora de ambos y el Insalud, en relación con el daño sufrido a consecuencia de una intervención quirúrgica destinada a corregir una desviación del tabique nasal, que condujo al paciente a un estado de coma profundo, con una lenta recuperación posterior.

La Sentencia de instancia del orden civil absolvió al cirujano pero condenó al anestesista, a la aseguradora y al Insalud, por aplicación de la teoría de la objetivación de la culpa, que hacía que fuera el anestesista quien debió probar su no culpabilidad. El tribunal de segunda instancia la revocó, desestimando totalmente la demanda, al entender que no opera en este sector la inversión de la carga de la prueba, y que no se había acreditado la negligencia del anestesista.

El Tribunal Supremo confirma esta última sentencia y exonera de responsabilidad a todos los recurridos. Rechaza “cualquier tendencia objetivadora, incluso la técnica de la inversión de la carga de la prueba, en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico, pues tal rechazo era una constante en la jurisprudencia de esta Sala anterior al pronunciamiento recurrido y lo sigue siendo en la actualidad, si bien es cierto que no sin ciertas excepciones para los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria o satisfactiva”. De este modo, absuelto de responsabilidad el anestesista, por falta de acreditación de culpa en su actuación, decae igualmente la demanda dirigida contra el Insalud.

Conviene observar que el Tribunal tiene en cuenta, a la hora de desestimar la demanda dirigida contra el Insalud, que en la demanda la obligación de reparar se hacía depender enteramente de la responsabilidad del anestesista (puesto que no se alegaban defectos en la organización o en los medios puestos por dicho organismo a disposición de sus facultativos), ni infracción del art. 28 LGDCU. Estas precisiones son del todo significativas, pues el propio Tribunal Supremo recuerda que su jurisprudencia viene admitiendo casos en que se exculpa a los facultativos pero, sin embargo, se declara la responsabilidad del Centro. Y ello, añadimos nosotros, a través de una jurisprudencia “voluntarista” que combina la severidad en la exigencia de la prueba de culpa del facultativo (teniendo en cuenta que se trata de una persona física que realiza una tarea compleja de alta responsabilidad) con una mucha mayor laxitud a la hora de declarar una responsabilidad administrativa que, en línea de principios y salvo en los casos de defectos de organización, debería estar vinculada a la propia responsabilidad del facultativo, cuando de la aplicación del régimen civil se trata.

### **C) Responsabilidad por denegación ilegal de permiso de trabajo**

Un supuesto cada vez más frecuente en los repertorios de jurisprudencia, por razones obvias, es la reclamación de responsabilidad de inmigrantes que pierden su empleo al

## IX. Responsabilidad Administrativa

serles denegada la renovación del permiso de trabajo (en otros casos, se trata del de residencia), denegación que luego se reputa ilegal. En estos casos, la jurisdicción laboral declara el despido procedente, y el particular se dirige contra la Administración tratando de obtener una compensación económica. Demostrada la conexión entre el despido y la denegación del permiso, la jurisprudencia contencioso-administrativa es constante en su condena al Estado a indemnizar al perjudicado. Baste como botón de muestra, en el período considerado, la STS de 19 de noviembre de 2001, Ar. 484.

### 3. DAÑO. DESCRÉDITO DE UNA PROMOTORA COMO CONSECUENCIA DE UNA PARALIZACIÓN DE OBRAS POSTERIORMENTE DECLARADA ILEGAL POR LOS TRIBUNALES

¿Es indemnizable a título de daño moral el descrédito en que puede caer una promotora inmobiliaria como consecuencia de una paralización de obras posteriormente declarada ilegal por los tribunales? La cuestión se plantea en la STS de 12 de diciembre de 2001, Ar. 1125. Se trataba de una sociedad de promoción inmobiliaria constituida precisamente para llevar a cabo la promoción de viviendas cuya ejecución fue paralizada. Precisamente fue éste el dato tenido en cuenta por el tribunal de instancia, que entendió que la suspensión por causas ajenas a la sociedad recurrente no implicaba una pérdida de su prestigio como empresa promotora, máxime cuando a dicha empresa le faltaba un arraigo en el mercado inmobiliario urbanístico que hubiera podido justificar una indemnización en este concepto. El Tribunal Supremo reitera su sujeción a los hechos declarados probados en la instancia y respeta esta interpretación.

### 4. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO

#### A) Legitimación activa de todos los familiares y de las personas que sin serlo están unidas por una relación afectiva análoga

El presupuesto de la STS de 5 de noviembre de 2001, Ar. 469, lo constituye el fallecimiento de un soldado al realizar un salto con paracaídas y no abrirse éste. La Administración reconoció el derecho a indemnización de la hija del soldado, pero no así de sus padres ni de la madre de la hija, con la que el soldado no estaba casado, que sí les fue reconocido por la sentencia de instancia. La representación del Estado interpuso recurso de casación, alegando infracción del artículo 921 del Código Civil, según el cual en las herencias el pariente de grado más próximo excluye al de grado más remoto, y el artículo 44.1 de la Ley de Clases pasivas del Estado, conforme al cual para que proceda la pensión a favor de los padres se requiere conjuntamente que dependan económicamente del causante y que no existan cónyuge ni hijos del mismo.

El Tribunal Supremo sale al paso de esta argumentación, deslindando la regulación de la herencia y de la pensión, de la responsabilidad extracontractual administrativa, y reconoce el derecho a indemnización de todos ellos, incluida la madre de la hija del fallecido, al entender que:

(...) la Administración pública no sólo está sujeta a la ley sino también al Derecho (artículo 103 CE), a la que sirve de fundamento, y a la que justifica y vivifica. Y debemos añadir también, que se sabe muy poco de cosas profundas cuando, con olvido de ese precepto constitucional, se pretende que la relación entre un hombre y una mujer no debe producir efectos o consecuencias jurídicas respecto de la madre porque ésta, al no haber estado casada con el fallecido, es una extraña (sic). No debe ser así cuando a la hija habida de esa relación se la ha indemnizado, y desde luego, las convicciones de nuestro tiempo (argumento “ex” artículo 3 CC), parecen discurrir por derroteros menos formalistas (...)

### **B) Efectos de la falta de resolución de una reclamación administrativa sobre la admisibilidad de una prematura acción judicial de responsabilidad**

En el supuesto que da origen a la STS de 25 de enero de 2002, Ar. 662, el reclamante no dejó transcurrir el plazo de seis meses con que cuenta la Administración para responder a la reclamación previa indemnizatoria formulada en vía administrativa. En efecto, interpuso la demanda transcurridos menos de tres meses desde la presentación de la reclamación previa que es necesario dirigir a la Administración, cuando, como es sabido, el plazo con que cuenta la Administración para responder es de seis meses. Posteriormente, en vía judicial, la Administración alegó inexistencia de acto administrativo impugnabile por no haber dejado transcurrir dicho plazo de seis meses. Sin embargo, el Tribunal Supremo atiende a que la Administración no respondió tampoco a dicha reclamación una vez interpuesta la demanda y transcurridos los seis meses, por lo que el derecho a la tutela judicial efectiva impone la desestimación del argumento esgrimido por la Administración.

### **5. PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL A FAVOR DEL CONTENCIOSO. LEGALIDAD DE LA RECONVERSIÓN DE OFICIO DE LAS RECLAMACIONES PREVIAS A LA VÍA CIVIL O LABORAL**

Como sabemos, es el orden contencioso-administrativo el único competente para conocer de las pretensiones indemnizatorias formuladas contra la Administración. Se trata de un principio hoy firmemente establecido, tanto a nivel normativo como jurisprudencial, a cuyo definitivo reconocimiento le hemos dedicado no pocas páginas en crónicas anteriores.

La STS de 2 de enero de 2002, Ar. 1652, aborda la legalidad de la reconversión de oficio de aquellas solicitudes de indemnización planteadas como reclamaciones previas a la vía civil o laboral. En este caso, los reclamantes presentaron un escrito calificado como reclamación previa a la vía laboral. Sin embargo, la Administración la transmutó en una reclamación administrativa de responsabilidad, e inició la tramitación del expediente, y ello pese a la insistencia de los reclamantes de que se resolviera el asunto ante los tribunales del orden social. La reclamación fue desestimada, indicando la procedencia de acu-

## IX. Responsabilidad Administrativa

dir a la vía contencioso-administrativa. Aun así, los reclamantes demandaron a la Administración ante el orden social, que se declaró incompetente. A su vez, interpusieron un recurso contencioso-administrativo solicitando que se anulase el acto administrativo desestimatorio y “el reconocimiento de su derecho al libre acceso a las vías administrativas y contenciosa con plenas garantías de utilización de todos los recursos y medios de prueba previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre”.

El Tribunal de instancia les dio la razón, al entender que la reclamación formulada por los recurrentes tenía por objeto entablar una posterior acción ante el orden social, lo que no permitía reconvertirla contra la voluntad de los demandantes en un expediente de reclamación patrimonial, so pena de causarles indefensión. Por el contrario, para el Tribunal Supremo no se produce indefensión por cuanto los recurrentes pueden hacer valer sus argumentos posteriormente ante los tribunales contencioso-administrativos.

### 6. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. DECLARACIÓN DE ERROR JUDICIAL

La STS de 13 de octubre de 2001, Ar. 432, acoge una declaración de error judicial. A la singularidad que revisten este tipo de pronunciamientos se añade otra, ya que el error que se alega consiste precisamente en la desestimación de una reclamación de responsabilidad.

Efectivamente, el daño trae causa de la anulación judicial, instada por ciertos candidatos, de una orden por la que se nombraba a determinados funcionarios. La anulación implicaba la desposesión de la plaza de los que la venían ocupando, y se basaba en la falta de publicación de la convocatoria. Las personas que venían ocupando la plaza reclamaron una indemnización pero la sentencia que ahora se cuestiona entendió que no concurría el requisito de la antijuridicidad del daño.

Por el contrario, para el Tribunal Supremo este pronunciamiento parte de una confusión entre, de una parte, la obligación de soportar las consecuencias de la anulación, esto es, la ejecución de la sentencia, y por consiguiente la pérdida de la plaza; y, de otra, la de soportar el daño patrimonial imputable a una actuación administrativa ilegal. Sostiene la sentencia que:

“(…) no se puede vincular, en términos generales, y aunque sea lo más frecuente, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración en casos de anulación jurisdiccional, a que el pronunciamiento anulatorio hubiera recaído sobre actuaciones administrativas de gravamen o limitativas de derechos, como la sentencia de instancia se ha visto hace, ni se puede afirmar, con el mismo carácter de generalidad, que, cuando la actuación administrativa después anulada hubiera sido favorable al interesado, la existencia de una impugnación jurisdiccional del perjudicado por aquélla, alteraría el status jurídico del beneficiado, que pasaría a ser titular de una mera expectativa”.

Los reclamantes no eran titulares, pues, de una mera expectativa, sino de una situación consolidada. Si la misma se ve ahora alterada como consecuencia de aquella actuación

incorrecta de la Administración (no publicar la convocatoria de oposiciones), el daño habrá de imputarse a la Administración, sin que los afectados tengan la obligación de soportarlo.

Entiende además el Tribunal Supremo que la interpretación contraria acogida por la sentencia que se discute no sólo es incorrecta, sino que constituye un error suficiente, por lo manifiesto y trascendente, para ser calificado de craso e indubitado, dado que se trata de una confusión en el propio título de imputación de la responsabilidad. Y, por consiguiente, declara la existencia de “error judicial”.

EMILIO GUICHOT

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

**X. FUNCIÓN PÚBLICA****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Cuestiones generales.** A) Naturaleza de las relaciones de puestos de trabajo. Requisitos de publicidad en caso de modificación por creación de un puesto de trabajo. **3. Carrera administrativa.** A) Provisión de puestos. Concurso. Valoración discriminatoria de méritos. B) Grupos de titulación. Grupos diferentes dentro de un mismo Cuerpo. Modificación del Grupo de clasificación por cambio de la normativa. **4. Derechos de los funcionarios públicos.** A) Derecho a la negociación colectiva. a) La fuerza vinculante de lo pactado no excluye la subordinación de los convenios a lo establecido en las normas de superior jerarquía, pues no existe un límite legal en la potestad de ordenación del gasto público derivado de la vinculatoriedad de los Acuerdos suscritos, sino la subordinación a la Ley de Presupuestos de todo incremento en el gasto público. b) La modificación de la plantilla orgánica de un Ayuntamiento es un instrumento organizativo que no requiere la previa negociación sindical, sino que basta con su sometimiento al informe de las organizaciones sindicales. B) Derechos de representación y defensa. a) La regla general de habilitación de los funcionarios para comparecer por sí mismos en los procesos en materia de personal cede cuando la impugnación se realiza ante un órgano colegiado. C) Derechos económicos. a) Los médicos del Servicio de Urgencias tienen derecho al percibo del complemento de productividad variable durante vacaciones y permisos retribuidos. b) El personal no sanitario al servicio del Insalud no tiene derecho a percibir el complemento de atención continuada los días festivos o de libre disposición. c) Los funcionarios forales no tienen derecho al complemento de destino previsto en el art. 33 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991. d) Complemento específico: discrecionalidad de la Administración para su fijación respecto a puestos de trabajo que pertenecen al mismo grupo. e) Indemnizaciones por gastos obligados por razón del servicio: derecho de los ATS/DUE al reintegro de las cuotas satisfechas a colegios profesionales. a') Derecho de los ATS de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social al reintegro. b') Denegación del derecho al reintegro a los Médicos y

Diplomados de Enfermería del Institut Català de la Salut. D) Otros derechos.

a) Derecho al cambio de puesto de trabajo por razones de salud. b) Derecho a no realizar funciones que no corresponden al puesto de trabajo: no se vulnera por imponer a los auxiliares de enfermería la obligación de retirar los pañales desechables. c) Derecho a la permanencia en el servicio activo hasta los setenta: no tiene este derecho el perso-

nal con funciones en materia de extinción de incendios y de agencia rural, con independencia del cuerpo o escala en el que estén integrados. **5. Situaciones administrati-**

**vas.** A) Excedencia voluntaria. a) No resulta lícito que una disposición reglamentaria de carácter interno disponga la reserva del puesto de trabajo en los casos de exceden-

cia voluntaria. **6. Régimen disciplinario.** A) Non bis in idem. Es posible sancionar en vía penal y disciplinaria unos mismos hechos, siempre que cada uno de los ilícitos sancio-

nados protejan bienes jurídicos diferentes. B) Tipicidad de infracciones disciplinarias. a) La apreciación de la falta de abandono de destino no requiere la concurrencia de grave perturbación del servicio. b) La falta de “adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos” puede ser cometida mediante conductas o actuaciones distintas de los actos administrativos.

**7. Extinción de la relación funcional.** A) El cese discrecional en los puestos de libre designación tiene un límite en el respeto a los derechos fundamentales, pero la carga de la prueba de su vulneración corresponde al interesado.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica recoge una minuciosa selección de Sentencias de los distintos Juzgados y Tribunales. Las resoluciones judiciales comentadas en este número de la *Revista Justicia Administrativa* se pronuncian sobre distintos aspectos del régimen funcional, tales como el acceso a la función pública, las situaciones administrativas, el régimen disciplinario, la extinción de la relación funcional, etc., destacando especialmente las Sentencias relativas a los derechos económicos y colectivos del personal de las Administraciones Públicas.

### 2. CUESTIONES GENERALES

#### A) Naturaleza de las relaciones de puestos de trabajo. Requisitos de publicidad en caso de modificación por creación de un puesto de trabajo

Estimando en parte el recurso de casación interpuesto contra la STSJ de Cataluña que anuló las resoluciones por las que se acordó la creación de una segunda plaza de Jefe de Servicio de Medicina Interna y la convocatoria de la misma para su provisión mediante concurso, la STS de 8 de enero de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2047, declara, en primer lugar, la aplicabilidad de los artículos 14.4, 16 y 18 de la LMRFP al procedimiento de creación de nuevas plazas del Personal Médico de la Seguridad Social.

Sentado lo anterior, la STS de 8 de enero de 2002 se pronuncia sobre el requisito de publicidad en el momento de creación de la plaza de Jefe de Servicio de Medicina Interna, cuya ausencia motivó el fallo estimatorio de la Sentencia de instancia. Según el TS, el artículo 14.4 LMRFP no exige como presupuesto inexcusable de la válida creación de una plaza su inclusión en la oferta pública de empleo, aunque el requisito de publicidad sí sea relevante a efectos de la posterior provisión de la plaza en cuestión. Por el contrario, el precepto mencionado sí condiciona la validez de la creación, convocatoria y asignación de una plaza a la previa consignación presupuestaria de la misma.

Satisfechos los requisitos legales y presupuestarios para la creación de una plaza, los defectos de la convocatoria no tienen que afectar necesariamente a la existencia misma de la plaza convocada. A mayor abundancia, puesto que la consideración de las relaciones de puestos de trabajo como disposiciones generales no excluye su verdadera sustancia jurídica de actos plúrimos e impide su calificación como auténticos reglamentos, no resulta legalmente exigible que cualquier modificación de dichas relaciones deba ser publicada en el Boletín, sino que basta con que pueda ser conocida por cualquiera que lo desee, y así ocurrió en el caso estudiado, dándose al recurrente la oportunidad de conocer la existencia de dicha modificación.

### 3. CARRERA ADMINISTRATIVA

#### A) Provisión de puestos. Concurso. Valoración discriminatoria de méritos

La STS de 5 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1847, desestima el recurso de casación en interés de ley interpuesto contra la Sentencia del TSJ de Madrid que anuló las resoluciones de aprobación de las Bases, convocatoria de concurso para la provisión de una plaza de Secretario de Ayuntamiento y actos posteriores del proceso de selección iniciado a partir de las mismas.

El fallo de nulidad de la Sentencia de base y la desestimación del recurso de casación interpuesto contra la misma se apoyan en el carácter evidentemente discriminatorio de determinados méritos específicos. Por un lado, las Bases contemplaban el mérito consistente en “(...) haber desempeñado a satisfacción de la Corporación el puesto de Secretario

Interventor del Ayuntamiento de (...) con cualquier tipo de nombramiento”, otorgando a dicho mérito cuatro puntos; es decir, más de la mitad de la puntuación total (7,50 puntos) que podía asignarse por méritos específicos.

Asimismo, otro de los méritos valoraba tan sólo la realización de un determinado curso específico, precisamente realizado por el candidato que resultó adjudicatario de la plaza, sin tomar en consideración otros cursos de igual o superior duración y también relacionados con la actividad y las funciones del puesto a cubrir.

### **B) Grupos de titulación. Grupos diferentes dentro de un mismo Cuerpo. Modificación del Grupo de clasificación por cambio de la normativa**

La STS de 5 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1875, estima el recurso de casación en interés de ley interpuesto contra una Sentencia del TSJ de Andalucía que declaró el derecho de una funcionaria a ser incluida en el Grupo D. Dicha funcionaria ingresó como Auxiliar de Clínica en un momento en que la titulación exigida a tal efecto era el Certificado de escolaridad, mientras que, en la actualidad, para el acceso al Grupo D se exige el Título de Formación Profesional de Primer Grado (rama sanitaria). El principal argumento en que se basa el pronunciamiento estimatorio del TSJ de Andalucía es que del artículo 25 LMRFP se deduce que el objeto de clasificación no son los funcionarios o sus puestos de trabajo, sino los cuerpos, escalas, clases o categorías.

A diferencia de lo anterior, el TS señala que del artículo 25 LMRFP se extrae que lo esencial para el reconocimiento del correspondiente grupo es la titulación exigida para el ingreso. Una interpretación finalista y sistemática del precepto mencionado exige tener en cuenta la función que corresponde a los grupos de clasificación, así como las consecuencias que otros preceptos hacen derivar de esa clasificación. En este sentido, tales grupos constituyen un mecanismo de ponderación del mérito y la capacidad en la Función Pública, diversificando a sus componentes según el nivel de titulación que les fue exigido a su ingreso. Además, el grupo de clasificación sirve para determinar la cuantía de determinados elementos que integran las retribuciones básicas de los funcionarios (arts. 23 y 24 LMRFP).

En definitiva, la vinculación entre grupo, titulación y retribución básica aparece unida a la necesidad de asegurar que el nivel de titulación exigido a cada funcionario reciba en todo caso la misma valoración a efectos retributivos, por lo que sería discriminatorio que funcionarios con la misma titulación exigida para su ingreso percibieran diferentes cuantías del concepto retributivo que precisamente pondera ese requisito de la titulación y no otro.

### 4. DERECHOS DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

#### A) Derecho a la negociación colectiva

- a) La fuerza vinculante de lo pactado no excluye la subordinación de los convenios a lo establecido en las normas de superior jerarquía, pues no existe un límite legal en la potestad de ordenación del gasto público derivado de la vinculatoriedad de los Acuerdos suscritos, sino la subordinación a la Ley de Presupuestos de todo incremento en el gasto público

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000 se pronunció sobre el recurso planteado por el Sindicato Comisiones Obreras en el que se solicitaba la declaración de nulidad de la resolución del Ministro para las Administraciones Públicas de 16 de septiembre de 1996 en la que se manifestaba su decisión de no incrementar las retribuciones de los funcionarios públicos para el año 1997. Dicha Sentencia terminó condenando a la Administración a aumentar automáticamente las retribuciones funcionariales según el IPC previsto para dicho año, así como a negociar otros posibles incrementos retributivos, lo que se traducía finalmente en la inaplicación del artículo 17.2 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para dicho año, en la medida en que ésta había previsto la congelación salarial para todo el ámbito de la Función Pública. Pues bien, contra dicha Sentencia la Administración interpuso un recurso de casación que ha sido estimado por la STS de 21 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima.

El Tribunal se pronuncia en primer lugar sobre algunas cuestiones relativas a la admisión del recurso de casación que se tuvo por preparado por Auto de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de febrero de 2001 y que fue admitido a trámite por Providencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2001. En concreto, la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras se opuso a la misma al considerar que el acto recurrido era una cuestión de personal y, por tanto, no susceptible de interposición de recurso de casación conforme a lo previsto en el artículo 86.2.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, y por considerar, asimismo, que su interposición suponía una perversión de la esencia legal del recurso extraordinario de casación con la finalidad de volver a debatir en el Tribunal Supremo, a modo de segunda instancia, un problema ya resuelto por la Audiencia Nacional. Este primer motivo de oponibilidad a la presentación del recurso de casación es rechazado porque, conforme expuso en su día el Auto de la Audiencia Nacional recién citado, procedía tener por preparado el recurso de casación por tratarse de una cuestión que trascendía del puro carácter de personal para afectar también a la planificación general de la actividad económica del Estado.

Efectivamente, arguye el Tribunal que de los propios argumentos que contiene la Sentencia recurrida se deduce que el asunto excede de lo que es propio de una cuestión de personal. En primer lugar, porque se trata de impugnaciones que no tienen un alcance meramente individualizado por tener una proyección general que afecta a todos los

funcionarios de una Administración pública y esa actuación tiene carácter normativo. En segundo lugar, porque esa amplia proyección permite también apreciar que tales actuaciones exteriorizan las directrices de la política económica del poder público de que dimanen y que por ello versan sobre una materia que no es sólo de personal. Y, en tercer lugar, porque los Presupuestos Generales del Estado, en los que han de quedar fijadas las cuantías de las retribuciones de los funcionarios, son el instrumento por el que se realiza la coordinación de la planificación general de la actividad económica exclusiva del Estado y su eficacia no se limita sólo a la Administración General del Estado, sino que trasciende a otras Administraciones Públicas. Por último, tampoco acepta la Sala el argumento relativo a que el procedimiento seguido en la instancia ha sido configurado como una cuestión de personal, toda vez que, a juicio del Tribunal, el procedimiento que se haya seguido en la instancia es un dato intrascendente en orden a la admisión del recurso de casación.

Por lo que respecta a las cuestiones relativas al fondo del asunto, el primer motivo en que se basa el Abogado del Estado para solicitar la casación de la Sentencia de la Audiencia Nacional es el relativo a la interpretación del Capítulo VI del Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994. Recordemos que, si bien en su punto 1 se establecía expresamente que “las retribuciones de los empleados públicos para 1996 y 1997 experimentarán un incremento según la previsión presupuestaria del crecimiento del IPC para dichos ejercicios”, en su punto 2 especificaba que “la aplicación de los incrementos retributivos será objeto de negociación entre Administración y Sindicatos”.

Tras realizar un análisis del contenido de dicho Acuerdo, considera la Sala que la Sentencia de la Audiencia Nacional se equivocó al atribuirle unas consecuencias jurídicas que no podían obtenerse del mismo, pues dicho Acuerdo no fijó un aumento automático de las retribuciones, sino que se limitó meramente a hacer explícitas unas directrices, unos criterios orientadores, entre ellos el del IPC, para los años posteriores, que en el año 1994 todavía no se conocían. Efectivamente, “de la comparación de ambos textos se infiere que en los Capítulos II y VI del Acuerdo de 1994 se quiso establecer un tratamiento diferenciado para los incrementos retributivos del año 1995, de un lado, y de los años 1996 y 1997, de otro. Mientras que para 1995 se acordó un incremento de las retribuciones igual al incremento del IPC previsto en el Proyecto de Presupuestos para dicho ejercicio y se acordó también que se incluyera en el correspondiente Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, para el bienio 1996-97, sólo se establecieron unos criterios orientadores, entre ellos, la previsión presupuestaria de crecimiento del IPC para dichos ejercicios”. Por ello, lo que se vino a establecer no fue un aumento automático de las retribuciones de los empleados públicos, “sino unas orientaciones o directrices que habían de presidir oportunamente la negociación de unos eventuales incrementos retributivos”, lo que resulta además corroborado por el carácter anual que el artículo 32 de la Ley 9/1987 atribuye especialmente a la negociación en esta materia, al referirse en su apartado a) al incremento de las retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos de cada año.

## X. Función Pública

La Sala también rechaza la conclusión de la Sentencia de la Audiencia Nacional, según la cual, la Administración no negoció y excluyó de manera unilateral el incremento retributivo en la negociación de 1996, toda vez que se trata de una consideración jurídica, no de índole fáctica, que arranca del error de haber atribuido la sentencia al Capítulo VI del tan repetido Acuerdo de 1994 un contenido convencional que no guarda correspondencia con lo que realmente se convino. Recuerda el Tribunal que, aunque existe obligación de negociar sobre el incremento de las retribuciones de los empleados públicos, como resulta del artículo 32, en relación con el artículo 34, de la Ley 9/1987, el apartado a) del artículo 32 refiere la negociación al incremento de las retribuciones de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas que “proceda” incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado de cada año, por lo que la negociación en esta materia no tiene necesariamente que desembocar en la consecución de un aumento de las retribuciones. Además, del análisis del expediente concluye el Tribunal que sí hubo negociación y que “la Administración no excluyó de manera unilateral el incremento retributivo en la negociación ni vulneró el principio de obligatoriedad de negociar de buena fe, afirmaciones que están ligadas a la errónea interpretación que la sentencia efectúa del Capítulo VI del Acuerdo de 1994. Lo ocurrido 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”.

Aunque estos dos argumentos son por sí mismos suficientes como para casar la Sentencia de la Audiencia Nacional, el Tribunal estima necesario aprovechar la oportunidad para pronunciarse sobre la cuestión relativa a la naturaleza de la Ley de Presupuestos, su alcance normativo y sujeción de los convenios colectivos a las normas previstas en los Presupuestos del Estado. Al respecto conviene recordar que la Sentencia recurrida había asumido las tesis doctrinales que niegan la naturaleza de ley material al acto de aprobación del Presupuesto al considerar que las Cortes Generales no están ejercitando la potestad legislativa cuando aprueban el Presupuesto, de tal forma que, tanto en la elaboración del gasto público como en la aprobación del Presupuesto, están vinculadas por los compromisos legalmente asumidos.

Pues bien, por lo que respecta a la naturaleza jurídica de las normas presupuestarias, recuerda la Sala que “la Ley de Presupuestos es una verdadera Ley, de acuerdo con la doctrina constitucional (SSTC 27/1981, 76/1992, 203/1998 y 62/2001), siendo erróneo sostener, como hace la sentencia recurrida, que la aprobación de los Presupuestos no se realiza en el ejercicio de la potestad legislativa. El artículo 66.2 de la Constitución, que se invoca por la Sala de instancia, no tiene otro alcance que recalcar la singularidad de la Ley de Presupuestos como competencia específica de las Cortes, desdoblada de la genérica potestad legislativa”. Todo ello le permite al Tribunal concluir en este punto que, dado que la cuantía de las retribuciones de los funcionarios es una materia reservada a la Ley de Presupuestos, el Acuerdo Administración-Sindicatos mencionado no tenía efecto vinculante para el Poder Legislativo.

Por lo que se refiere al establecimiento por parte de las Leyes de Presupuestos de topes máximos al incremento del volumen global de las retribuciones de los funcionarios públicos, el Tribunal considera que su establecimiento es plenamente legítimo puesto que lo único que contemplan “es la ausencia de incremento en las cantidades destinadas a retribuciones de los funcionarios públicos” y recuerda la inconcusa doctrina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional, entre otras muchas, en sus Sentencias 27/1981, 76/1992, 171/1996, 62/2001, de 1 de marzo y 24/2002, de 31 de enero, en las que ha señalado que el establecimiento de dichos topes encuentra su justificación en el título competencial contenido en el artículo 149.1.13 de la Constitución y en el principio de coordinación que opera como límite a la autonomía de las Comunidades Autónomas en el artículo 156.1 de la Constitución. “La fijación de tales límites constituye una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión del gasto público. No existe un límite legal en la potestad de ordenación del gasto público derivado de la vinculatoriedad de los Acuerdos suscritos, sino la subordinación a la Ley de Presupuestos de todo incremento en el gasto público, pues al aprobar el Parlamento los Presupuestos Generales del Estado que el Gobierno elabora, a tenor del artículo 134.1 de la Constitución, en el ejercicio de una función o competencia específica, derivada de la genérica potestad legislativa, amparada en el artículo 66.2 de la Constitución y no de una potestad no legislativa, como se señala en la sentencia impugnada, el articulado de la ley que los aprueba y su contenido adquiere fuerza de ley y a esta ley ha de someterse la voluntad negocial extraída de los acuerdos que se contienen en el Capítulo VI del Acuerdo Administración-Sindicatos de 1994, frente al criterio que tales Acuerdos prevalecen sobre la Ley de Presupuestos, como sostiene la Sentencia de la Sección Sexta de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000”.

Por último, y respecto a la cuestión relativa a las relaciones entre la Ley de Presupuestos Generales del Estado y los convenios colectivos, y más concretamente respecto a su fuerza vinculante, considera el Tribunal en el Fundamento Jurídico Decimooctavo que “la fuerza vinculante de lo pactado no excluye la subordinación de los convenios a lo establecido en las normas de superior jerarquía”. Para ello recurre a la doctrina fijada por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 96/1990, 220/1992, 62/2001, de 1 de marzo, y 24/2002, de 31 de enero, en las que declara la nulidad de las disposiciones o cláusulas convencionales que se opongan al tope o límite máximo fijado por la Ley estatal de Presupuestos Generales del Estado, a la vez que recuerda que la reserva de ley y la legislación básica tienen mucho que ver con la fijación de límites a las retribuciones en los Presupuestos Generales del Estado, de tal forma que, como ya dijera la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1992, “la rigidez y uniformidad inherente al régimen estatutario emanado de la legislación básica del Estado no permite que tal bloque legislativo sea identificable como plataforma de mínimos sobre la que pueda pivotar una constelación de unidades negociadoras pactando a su libre albedrío de forma que pueda ser objeto de regulación con arreglo al buen criterio de la Mesa de Negociación”.

Todas estas consideraciones llevan de nuevo a la Sala a considerar que la Sentencia recurrida ha vulnerado toda esta jurisprudencia y ha desconocido la primacía del artículo 17.2 de

la Ley de Presupuestos del Estado para 1997 sobre cualquier acuerdo, convenio o pacto que implique un crecimiento de las retribuciones del personal al servicio del sector público, por lo que procede anular y dejar sin efecto la mencionada Sentencia de la Audiencia Nacional.

**b) La modificación de la plantilla orgánica de un Ayuntamiento es un instrumento organizativo que no requiere la previa negociación sindical, sino que basta con su sometimiento al informe de las organizaciones sindicales**

La STS de 16 de noviembre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9752, se ha pronunciado sobre dos cuestiones de interés. La primera de ellas es la relativa a la legitimación procesal del sindicato impugnante, toda vez que la Sentencia recurrida había inadmitido el recurso planteado por el sindicato UGT por entender que la legitimación recae en exclusiva en la Mesa de Negociación, limitándose el papel de los sindicatos a reclamar su participación en dicha Mesa. El TS, no obstante, aplica la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1996, de 11 de junio, que resolvía un caso similar y a cuyo tenor “no es procedente argumentar como hacía la sentencia impugnada que la legitimación correspondía de un modo exclusivo a la Mesa de Negociación, porque: a) técnicamente es inadecuado atribuir legitimación a un órgano, no personificado y compuesto por una y otra de las partes en litigio; b) la solución de la sentencia haría de peor condición al sindicato interviniente en la Mesa de Negociación, que aquel otro que, eventualmente, no se hallara representado en la Mesa, cuya legitimación no cabría excluir de raíz por la única razón de no haber formado parte del órgano encargado de canalizar las oportunas propuestas de determinación de las condiciones de trabajo”.

La segunda cuestión que constituye el objeto de este pronunciamiento es la relativa a la naturaleza de las plantillas orgánicas y la participación sindical en la determinación de las mismas. Esta cuestión había sido impugnada por el sindicato UGT al considerar que la modificación de la plantilla del personal del Ayuntamiento implicado hacía necesario constituir la Mesa de Negociación. Al respecto dirá el Tribunal que “la plantilla orgánica municipal es un instrumento de ordenación u organización del personal que, en sí mismo, se presenta como una típica manifestación de la potestad organizatoria del Ayuntamiento, a confeccionar anualmente a través del presupuesto” y que como tal instrumento organizatorio “no se incluye entre las materias que, por imperativo del artículo 32 de la Ley 9/1987, están sujetas a la negociación sindical a través de la Mesa, sino que ha de situarse entre las que, en aplicación del artículo 34.2 de esa ley, únicamente requieren el sometimiento a informe de las organizaciones sindicales”.

### **B) Derechos de representación y defensa**

**a) La regla general de habilitación de los funcionarios para comparecer por sí mismos en los procesos en materia de personal cede cuando la impugnación se realiza ante un órgano colegiado**

En el presente caso se trataba de delimitar los contornos del derecho de representación y defensa de los funcionarios públicos en los procesos en materia de personal y, más en

concreto, de discernir si los funcionarios de carrera están facultados para comparecer por sí mismos sin la asistencia de abogado y procurador en los recursos de casación promovidos por aquéllos. La duda se plantea debido a que el nuevo artículo 23.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, hace extensiva a todos los órganos colegiados de la Jurisdicción Contencioso-administrativa la regla de asistencia de abogado y representación por medio de procurador que en la derogada Ley de 1956 sólo se exigía para actuar ante el Tribunal Supremo.

Pues bien, la **STS de 29 de octubre de 2001**, Sala Tercera, Sección Primera, recoge al respecto el pronunciamiento de los Autos de 10 de abril y 22 de mayo de 2000 y de 23 de abril de 2001. En ellos explica el Tribunal que la razón de esta excepción “descansa en el conocimiento de la normativa aplicable al caso que se presume tienen los funcionarios públicos cuando están en litigio sus derechos estatutarios, pero esta consideración pierde buena parte de su fuerza de convicción cuando del recurso de casación se trata. Se opone la complejidad de la actividad procesal, tanto en lo que hace a su contenido como a su forma, propia de este recurso extraordinario, que sólo puede interponerse por determinados motivos, con el consiguiente rigor que éste comporta en orden a la subsunción de los vicios jurídicos de que pueda adolecer la resolución judicial recurrida, pues no se debe olvidar que en el recurso de casación, a diferencia de lo que ocurren en la primera y segunda instancia, las pretensiones de las partes deben moverse en torno a la aplicación de la ley efectuada por el órgano jurisdiccional a quo, quedando relegada a un segundo plano la actividad administrativa inicialmente impugnada, que es precisamente, en el caso de las cuestiones de personal, el dato del que arranca la presunción de que el funcionario público no está necesitado de asistencia jurídica”.

### **C) Derechos económicos**

#### **a) Los médicos del Servicio de Urgencias tienen derecho al percibo del complemento de productividad variable durante vacaciones y permisos retribuidos**

La **STSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2001**, Sala de lo Social, Ar. 4317, reitera el criterio mantenido en la Sentencia de la misma Sala de 8 de julio de 1996, de acuerdo con el cual en la retribución de las vacaciones ha de incluirse el complemento de productividad, ya que se trata de un complemento relativo al puesto de trabajo, que atiende a la prolongación de la jornada y que no puede identificarse con un pago de horas extraordinarias.

#### **b) El personal no sanitario al servicio del Insalud no tiene derecho a percibir el complemento de atención continuada los días festivos o de libre disposición**

La **STS de 17 de diciembre de 2001**, Sala Tercera, Ar. 2029, reitera la doctrina ya sentada en las **SSTS de 4 y 23 de abril y 4 de diciembre de 2001**. De acuerdo con esta doctrina, el tiempo de trabajo del personal sanitario de la Seguridad Social se fija en un número de

horas al año y para el cálculo de estas horas se tiene en cuenta el número de días laborales, descontados los de descanso entre los que se incluyen los festivos y los de libre disposición, por lo que el abono de esos días con el complemento de atención continuada implicaría una duplicación injustificada del mismo ya que ha sido pagado en las jornadas nocturnas en que efectivamente han prestado los servicios profesionales. En cualquier caso, la desestimación responde a la propia naturaleza del complemento que está previsto para remunerar al personal por atender a los usuarios de los servicios de salud de manera continuada, incluso fuera de la jornada establecida, pero no para retribuir horas de descanso.

### **c) Derecho de los funcionarios forales al complemento de destino previsto en el artículo 33 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991**

La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Pamplona de 23 de marzo de 2001, Ar. 579 (que se recogió en la crónica del número anterior de esta revista), había reconocido el derecho del actor, un funcionario estatal transferido a la Comunidad Foral de Navarra, al complemento de destino previsto en el artículo 33.2 de la Ley 31/1990, de Presupuesto General del Estado para 1991. La sentencia reconoció que la situación en Navarra es peculiar, en virtud de los derechos históricos reconocidos constitucionalmente y, concretamente, que Navarra dispone de una competencia muy amplia para la regulación del régimen estatutario. Su límite no es la totalidad de la legislación básica estatal, sino únicamente el respeto a “los derechos y obligaciones esenciales” reconocidos en la misma [art. 49.1.b) LORAFNA]. El Gobierno de Navarra adujo que las retribuciones complementarias no pueden considerarse, a diferencia de las retribuciones básicas, derechos esenciales del funcionariado. La Sala, discrepando de este argumento, afirmó que el principio de igualdad retributiva entre los funcionarios estatales, autonómicos y transferidos, debe llevar, por el contrario, a la conclusión de que las retribuciones complementarias en cuanto integran la retribución salarial del funcionario constituyen también un derecho esencial. La Sala reforzó su argumentación acudiendo al Real Decreto 2356/1984, por el que se establecen las normas reguladoras de la transferencia de servicios estatales a la Comunidad Foral, en el que se dispone que la Comunidad respetará el grupo del Cuerpo o Escala de procedencia, así como los derechos económicos inherentes al grupo y grado personal, de lo que se deduce la voluntad de ambas Administraciones de que los funcionarios transferidos no resulten de peor condición que el resto de los funcionarios del Estado por el mero hecho del traspaso.

La STSJ de Navarra de 7 de septiembre de 2001, Ar. 1427, estima el recurso de apelación interpuesto contra esta sentencia. Según la Sala hay que tener en cuenta la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 20 de septiembre de 1998, de acuerdo con la cual el legislador foral ha de respetar los derechos y obligaciones esenciales de los funcionarios, entendiendo por los mismos las situaciones jurídicas caracterizadoras del propio modelo del régimen estatutario de los funcionarios y sin las cuales no sería reconocible ese estatuto. En aplicación de esta doctrina, la Sala afirma que el estatuto de los funcionarios no deja de ser reconocible por el hecho de que exista una particular regulación de la consolidación del grado personal, que es un elemento de carácter accesorio.

**d) Complemento específico: discrecionalidad de la Administración para su fijación respecto a puestos de trabajo que pertenecen al mismo grupo**

La Sentencia de 17 de noviembre de 2000 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Oviedo había declarado el derecho de la actora a percibir el complemento específico previsto para otros puestos de trabajo pertenecientes al mismo grupo. Interpuesto recurso de apelación contra la misma, la STSJ de Asturias de 29 de octubre de 2001, Ar.1439, estima el recurso y afirma que la Administración, en el ejercicio de su potestad organizativa, puede tomar en cuenta diferentes características del puesto de trabajo, además de la de la titulación, para fijar los complementos específicos y que, por tanto, los puestos no tienen por qué tener las mismas retribuciones aunque pertenecen al mismo grupo, sin perjuicio, claro está que la diferencia retributiva responda a la concurrencia de elementos realmente diferenciadores. De lo contrario, es decir, cuando haya una plena identidad de las circunstancias concurrentes en dos o más puestos, deberán preverse las mismas retribuciones. Una situación que no era la del caso controvertido.

**e) Indemnizaciones por gastos obligados por razón del servicio: derecho de los ATS/DUE al reintegro de las cuotas satisfechas a colegios profesionales**

**a') Derecho de los ATS de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social al reintegro**

La STS de 29 de diciembre de 2001, Sala Cuarta, Ar. 2081, reitera la doctrina ya sentada en sentencias anteriores, de acuerdo con la cual el hecho de que la legislación imponga la colegiación obligatoria a los ATS/DUE incluso para el desempeño exclusivo de funciones en el seno de la Administración implica que las cuotas satisfechas a los colegios profesionales deben ser consideradas como gastos indemnizables por incurrirse en ellos por razón del servicio. Además, la Sala afirma que el reconocimiento del derecho a la indemnización es voluntario para las Entidades de la Seguridad Social, pero que una vez que lo han reconocido a sus Letrados y Médicos, el no reconocimiento del mismo derecho a los ATS/DUE vulnera el principio de igualdad, pues el diferente trato no puede justificarse por el mero hecho de que unos sean funcionarios y otros personal estatutario. En consecuencia, la sentencia afirma el derecho de los ATS/DUE al resarcimiento de los gastos derivados de la colegiación obligatoria.

**b') Denegación del derecho al reintegro a los Médicos y Diplomados de Enfermería del Institut Català de la Salut**

La Sentencia del Juzgado de lo Social de Girona de 6 de febrero de 2002, Ar. 271, afirma que no es aplicable la doctrina del TS sobre reconocimiento del derecho al reintegro de las cuotas de colegiación a ATS del Insalud al personal del Institut Català de la Salut, porque este organismo autónomo dependiente de la Generalitat de Catalunya no ha dictado ninguna resolución en la que se prevea el abono de esas cantidades a los Inspectores Médicos, por lo que no hay en este caso ninguna discriminación.

### D) Otros derechos

#### a) Derecho al cambio de puesto de trabajo por razones de salud

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 31 de mayo de 2001, Sala de lo Social, Ar. 4273, se pronuncia sobre si el actor, un médico que había sufrido importantes problemas de salud derivados de la obligación de asumir servicios nocturnos y que se encontraba en situación de IT por enfermedad, tiene derecho a que el Servicio Canario de Salud le asigne un puesto de trabajo acorde con sus particulares condiciones de salud. El TSJ afirma la existencia de ese derecho por aplicación de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales, cuando, como es el caso, el trabajador se encuentra en una situación de especial riesgo por sus condiciones o circunstancias personales. A esos efectos se tiene en cuenta que los informes médicos señalaban como contraindicados tanto el trabajo nocturno como el sometido a un especial estrés emocional, características ambas que concurren claramente en el tipo de tarea que se desarrolla en el servicio de urgencias al que estaba destinado el actor.

#### b) Derecho a no realizar funciones que no corresponden al puesto de trabajo: no se vulnera por imponer a los auxiliares de enfermería la obligación de retirar los pañales desechables

La STSJ de Canarias (Las Palmas) de 17 de julio de 2001, Ar. 4539, afirma que la orden de servicio del Hospital Insular que impone a los auxiliares de enfermería la obligación de retirar de las habitaciones y baños de los pacientes los pañales desechables o empapadores no vulnera su derecho a no realizar funciones que no le están encomendadas y concretamente las de recogida de basura que corresponde al personal de limpieza. Y ello porque no se obliga a los Auxiliares a encargarse de la recogida de basura en general, sino en exclusiva de la que trae causa de su actuación profesional con la finalidad de evitar desechos contaminados en lugares en los que debe primar la higiene. La obligación impuesta es lógica, razonable y acorde con sus funciones; lo contrario implicaría que para mantener las condiciones higiénicas el personal de limpieza tendría que acompañar a los auxiliares en la realización de sus funciones, lo que resulta absurdo.

#### c) Derecho a la permanencia en el servicio activo hasta los setenta: no tiene este derecho el personal con funciones en materia de extinción de incendios y de agencia rural, con independencia del cuerpo o escala en el que estén integrados

La STSJ de Galicia de 24 de octubre de 2001, Ar. 83, afirma que la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 30/1984 que establece que “el personal de la Policía Local, de los Servicios de Extinción de Incendios y de los Agentes rurales de las Comunidades Autónomas queda exceptuado de la posibilidad de permanencia voluntaria en la situación de servicio activo prevista en el artículo 33 de la presente Ley” es de aplicación a todo tipo de personal que desempeñe funciones operativas en materia de extinción de incendios y de agencia rural, con independencia del nombre del cuerpo o de la escala a la que pertenezcan, porque la norma responde a la idea de que más allá de los 65 años

no se reúnen normalmente las condiciones necesarias para afrontar la dureza de esas actividades. En consecuencia, la Sala declara lesiva para el interés general la resolución de la Dirección General de la Función Pública por la que se reconocía la prolongación en el servicio activo a un Auxiliar Técnico de la Xunta de Galicia que venía desempeñando el puesto de trabajo de Jefe Territorial-Agente Forestal en el Servicio de Medio Ambiente Natural de Salceda de Caselas.

## 5. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

### A) Excedencia voluntaria

#### a) No resulta lícito que una disposición reglamentaria de carácter interno disponga la reserva del puesto de trabajo en los casos de excedencia voluntaria

La STSJ del País Vasco de 2 de julio de 2001, Ar. 1294, ha denegado al funcionario recurrente su solicitud de reingreso en su antiguo puesto de trabajo tras disfrutar de una excedencia voluntaria. Entre otros motivos de impugnación, el funcionario había alegado la existencia de una disposición reglamentaria de carácter interno propia del ámbito de la Administración Foral que, sin el mayor detalle ni precisión, contemplaba una reserva del puesto de trabajo en los casos de excedencia. En este sentido, tanto el artículo 61.2 de la Ley del País Vasco 6/1989, como el artículo 29.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que dispone su carácter de norma básica para todos los funcionarios de todas las Administraciones Públicas, establecen claramente que “la excedencia voluntaria no dará lugar a la reserva del puesto de trabajo y el tiempo de permanencia en la misma no se computará a efectos de promoción, trienios y derechos pasivos”, salvo que se trate de una excedencia para el cuidado de un hijo y por un período no superior a tres años, según dispone la letra c) del artículo 61.2 de la norma vasca.

Todo ello le permite al Tribunal concluir respecto a la validez de la norma reglamentaria invocada por el funcionario recurrente que, “aún sin ser posible objeto de examen ahora en cuanto a su validez en razón de criterios competenciales u otros, no puede comportar justificadamente el decaimiento de los preceptos imperativos e incluso básicos de rango superior, ni una consideración preferente en cuanto a su aplicabilidad”.

## 6. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

### A) *Non bis in idem*. Es posible sancionar en vía penal y disciplinaria unos mismos hechos, siempre que cada uno de los ilícitos sancionados protejan bienes jurídicos diferentes

Una vez más, nuestros Tribunales vuelven a admitir la posibilidad de sancionar en vía disciplinaria los mismos hechos que han sido objeto de condena penal. Basándose en argumentos distintos de los que en otras ocasiones se han aducido para justificar la doble san-

## X. Función Pública

ción de unos mismos hechos cometidos por funcionarios, la STS de 29 de octubre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 144, admite la posibilidad de sancionar —con separación del servicio— la falta muy grave de “adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”, que deriva de la comisión de varios delitos de lesiones y coacciones.

En el caso enjuiciado por la STS de 29 de octubre de 2001, la prohibición de doble sanción penal y disciplinaria queda alejada por estimar que la infracción administrativa y los delitos castigados protegen bienes jurídicos distintos. Así, se entiende que la condena de los delitos mencionados persigue la protección de la vida, la integridad física y la seguridad de las personas, mientras que la sanción disciplinaria se orienta a la garantía del buen funcionamiento de la Administración Penitenciaria, impidiendo que quien haya cometido un delito pueda seguir desempeñando las funciones propias de los funcionarios de Instituciones Penitenciarias. Puesto que lo esencial es que cada cada ilícito persiga la protección de bienes jurídicos diferentes, resulta irrelevante que en el caso estudiado se apreciase en el funcionario sancionado la agravante de prevalimiento de carácter público o que al expedientado se le impusiese la pena accesoria de suspensión de la profesión.

### B) Tipicidad de infracciones disciplinarias

#### a) La apreciación de la falta de abandono de destino no requiere la concurrencia de grave perturbación del servicio

Según señala la STS de 20 de noviembre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 150, no cabe exigir grave perturbación del servicio para la configuración de la falta de abandono de destino, puesto que el precepto que contempla dicha infracción [art. 66.4.c) del Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social] no menciona ni exige tal perturbación.

#### b) La falta de “adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos” puede ser cometida mediante conductas o actuaciones distintas de los actos administrativos

La falta muy grave consistente en “la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos”, tipificada en el artículo 6.d) del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración Civil del Estado, se entiende cometida cuando los funcionarios han sido condenados por la comisión de un delito.

Tal como señala la STS de 29 de octubre de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 144, no existe ilegalidad o contravención del ordenamiento jurídico más intensa que la derivada de la comisión de delito, sin que pueda dudarse que los ilícitos contemplados en el caso concreto (delitos de lesiones y coacciones) causaron un perjuicio grave tanto a la Administración Penitenciaria como a los agraviados por los mismos. Además, la STS de

29 de octubre de 2001 insiste en que la mención de “acuerdos manifiestamente ilegales” en el tipo contemplado por el artículo 6.d) del Reglamento de Régimen Disciplinario no va referida necesariamente a los actos administrativos, con los requisitos formales que ello comporta, sino que “(...) la forma de las decisiones o acuerdos depende de la naturaleza de los mismos y el hecho de que una decisión se realice verbalmente o mediante la materialización de la misma (conducta material) no altera su condición de tal”.

## 7. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

### **A) El cese discrecional en los puestos de libre designación tiene un límite en el respeto a los derechos fundamentales, pero la carga de la prueba de su vulneración corresponde al interesado**

La Sentencia de 15 de junio de 2001 del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo, número 5, Ar. 570, reitera la doctrina [entre otras, SSTs(3) de 6 de febrero de 1995, Ar. 2109, 18 y 29 de mayo de 1995, Ar. 4123, y 4399, 10 y 11 de enero de 1997, Ar. 406 y 407, y 13 de junio de 1997, Ar. 5143] conforme a la cual en los puestos de libre designación, en los que la persona es nombrada en virtud de la especial relación de confianza con la autoridad correspondiente, ésta puede también proceder libremente al cese cuando considere que se ha producido un quebranto de dicha confianza, sin que sea necesario que realice una exposición expresa de los motivos por los que ha preferido a una persona en lugar de otra o por los que ha perdido la confianza en la que fue designada. No obstante, como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 29/2000), la discrecionalidad de la Administración tiene un límite en el debido respeto a los derechos fundamentales y no puede utilizarse como instrumento para limitar, impedir o coaccionar el ejercicio de los mismos. Ahora bien, la decisión de la Administración ha de reputarse, en principio, legítima, correspondiendo al interesado la carga de acreditar las pruebas o indicios de la existencia de una vulneración de la Constitución. En el presente caso, el Juzgado considera que existen indicios generadores de sospecha de que el cese se ha producido por la actividad sindical del actor y que, en esas circunstancias, resulta especialmente relevante la falta de motivación y de absoluta falta de explicación de las razones que justificaron el mismo tanto en el expediente administrativo como en el proceso contencioso-administrativo, lo que le lleva a concluir que la Administración ha actuado ilegalmente y, concretamente, que ha incurrido en una desviación de poder. Por lo cual declara el derecho del recurrente a ser reintegrado en su puesto de trabajo y a percibir las diferencias retributivas habidas por motivo del cese desde que éste tuvo lugar.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

BELÉN MARINA JALVO

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

EVA DESDENTADO DAROCA

**XI. URBANISMO****Sumario:**

- 1. Planificación urbanística.** A) Elaboración: la omisión del preceptivo informe de la Administración estatal sobre Proyectos de Delimitación del Suelo Urbano que incidan sobre el dominio público marítimo-terrestre determina su nulidad. B) Efectos: la calificación como zona verde de cesión obligatoria y gratuita de unos terrenos en unas Normas Subsidiarias no es título suficiente para proceder a su ocupación directa.
- 2. Ejecución del planeamiento.** A) Cesiones obligatorias y gratuitas. B) Polígonos y Unidades de Actuación: principio de equidistribución de cargas y beneficios.
- 3. Otorgamiento de licencias urbanísticas: Autorización por el Consejo de Ministros de un depósito de residuos nucleares gastados. 4. Deber de conservación: declaración de ruína. 5. Protección de la legalidad urbanística.** A) Obras realizadas sin licencia o incumpliendo el contenido de la misma. a) Ejercicio de la acción pública. b) Aplicación del principio de proporcionalidad. B) Infracciones urbanísticas. a) Sujetos responsables. b) Caducidad y prescripción.

**1. PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA****A) Elaboración: la omisión del preceptivo informe de la Administración estatal sobre Proyectos de Delimitación del Suelo Urbano que incidan sobre el dominio público marítimo-terrestre determina su nulidad**

El Ayuntamiento recurrente sostiene que no había lugar a emitir informe por parte la Administración del Estado ya que la aprobación de un simple PDSU no ordena el litoral, ni en este caso modificaba ni alteraba la zona marítimo-terrestre.

Esta afirmación, según la STS de 21 de febrero de 2002, Ar. 1380, se ve contradicha por el artículo 205.2 del Reglamento ejecutivo de la Ley de Costas (RD 1471/1989), donde se cita expresamente a los PDSU entre los planes y normas de ordenación territorial o urbanística cuya modificación o revisión ha de ser informada preceptivamente por la Administración del Estado “siempre que incidan sobre el dominio público marítimo-terrestre y sus zonas de servidumbre”. Es más, para el Tribunal, la falta de solicitud de dichos informes incumple la obligación de colaboración entre Administraciones Públicas que exige el artículo 116 de la Ley de Costas y las exigencias esenciales de procedimiento del artículo 117 de la misma Ley. Todo lo cual determina la nulidad del PDSU.

### **B) Efectos: la calificación como zona verde de cesión obligatoria y gratuita de unos terrenos en unas Normas Subsidiarias no es título suficiente para proceder a su ocupación directa**

El Ayuntamiento de Las Mesas procedió a la obtención de unos terrenos destinados a dotaciones locales mediante la simple ocupación posesoria, amparándose en la calificación como zona verde de cesión obligatoria y gratuita en las NNSS.

La Sentencia de instancia reconoce, en primer lugar, que dicha previsión no constituye título de adquisición bastante para que la Administración proceda sin más a la ocupación, ya que es necesario previamente garantizar el principio de equitativa distribución de beneficios y cargas. No obstante, niega la razón al demandante, considerando injusto y contrario a los actos propios que pretenda obtener el beneficio de una reparcelación respecto de las dotaciones locales cuando antes se había beneficiado de la plusvalía que le otorgaba la nueva calificación como suelo urbano practicando una parcelación sin licencia que vendió a precios de solar.

La STS de 25 de enero de 2002, Ar. 916, estima el recurso de casación pues considera que dicha ocupación constituye, por el motivo señalado, una simple vía de hecho, a pesar de que la situación se acomode al interés público de la ejecución del planeamiento, a la doctrina de los actos propios o a criterios de equidad, la simple existencia. Esta opinión se basa en consideraciones de derecho constitucional:

“La doctrina de la sentencia recurrida es contraria al derecho de propiedad que garantiza el artículo 33 de la Constitución, interpretado en relación con el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 20 de marzo de 1952, que ha sido ratificado por España por Instrumento de 2 de noviembre de 1990. Toda ocupación material de un terreno sin título o como simple vía de hecho por parte de una Administración pública constituye una vulneración del derecho de propiedad que debe ser anulada por los Tribunales, en la medida en que cualquier intervención de los poderes públicos en el goce del derecho de propiedad debe atenerse siempre al principio de legalidad, para poder ser considerada respetuosa con las garantías que dimanarían del artículo 1.1 del citado Protocolo, en relación con el artículo 33.1 CE (Sentencia del Tribunal Europeo de 30 de mayo de 2000 (asunto Belvedere Alberghiera, SRL contra Italia).”

En consecuencia, el Tribunal dictamina que, para obtener el terreno en liza, el Ayuntamiento debe proceder a ejecutar las NNSS mediante la correspondiente reparcelación y la regularización de la situación existente.

## **2. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO**

### **A) Cesiones obligatorias y gratuitas**

Como es sabido, la declaración de inconstitucionalidad de numerosos preceptos del TRLS de 1992 mediante la STC 61/1997, de 20 de marzo, y, en particular, de la obligación que

## XI. Urbanismo

imponía aquella norma de cesión del 15 por ciento del aprovechamiento tipo en suelo urbano y urbanizable programado llevó a muchos parlamentos regionales a aprobar rápidamente leyes para cubrir el posible vacío normativo. Esto ha planteado el problema del alcance temporal de estas leyes.

En la **STS de 17 de enero de 2002**, Ar. 1565, el Tribunal descarta la aplicación de Ley 5/1997, de 10 de julio, de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, a un supuesto anterior a su aprobación, indicando que ésta no puede ser interpretada en el sentido de crear con carácter retroactivo unas cesiones de aprovechamiento que no existían en el TRLS de 1976, dado que, por un lado, la propia Ley 5/1997 no posee efectos retroactivos, y por otro, la declaración de inconstitucionalidad que se recoge en la STC de 1997 posee efectos desde que se publicó la Ley inconstitucional y no desde que se produce la declaración de inconstitucionalidad, al no haber limitado el TC los efectos hacia atrás de su sentencia, lo que determinó que el TRLS de 1976 recuperara su vigencia.

### **B) Polígonos y Unidades de Actuación: principio de equidistribución de cargas y beneficios**

El TS va a incidir en su **Sentencia de 20 de diciembre de 2001**, Ar. 1543, en la aplicación del principio de reparto equitativo de cargas y beneficios en el momento de la ejecución del planeamiento. Y lo va a hacer al hilo de un supuesto en el que los actores recurren el acuerdo de delimitación de una unidad de ejecución y elección de sistema de actuación en el cual se prevenían unas cesiones obligatorias ligeramente inferiores a las realizadas por ellos en su día mediante un proceso reparcelatorio voluntario.

A este respecto, los actores alegan la infracción de los artículos 140 y 154 TRLS de 1992, no declarados inconstitucionales por la STC 61/1997, de 20 de marzo, pero el TS indica que este motivo no puede prosperar, básicamente por dos razones:

– En primer lugar, porque para la efectividad de la equidistribución no se tienen que tener en cuenta únicamente “las cesiones, sino los otros aspectos del planeamiento como el aprovechamiento urbanístico y el coste de las obras de urbanización (también posibles en suelo urbano), de forma que no puede prescindirse de ninguno de estos factores para saber si existe o no equidistribución (y, puesto que son los actores quienes afirman que se ha infringido este principio, a ellos tocaba haberlo demostrado con el conjunto de esos factores, lo que no han hecho) (FJ 8º).

– En segundo lugar, porque dicho principio de equidistribución, dice el TS, se aplica en suelo urbano entre los propietarios afectados de cada unidad de actuación, dado que la equidistribución global sólo la ha previsto el TRLS de 1976 para el suelo urbanizable con la técnica del aprovechamiento medio, que no existe en suelo urbano.

Y frente a este hecho, el TS indica que no cabe aducir conceptos como el de sector o zona, pues el primero está limitado en el TRLS de 1976 al suelo urbanizable programado y el segundo es un concepto referido a divisiones del territorio con distintos usos o diferentes regímenes jurídicos (zona verde, zona industrial, zona residencial,...), que no son

unidades de ejecución, salvo que el planeamiento las haga coincidir con polígonos o unidades de actuación, de manera que no se puede alegar, para justificar sus pretensiones, que las fincas de los actores se encuentran en el mismo sector o zona que la unidad que ahora se delimita.

Estas argumentaciones, junto a otras no relevantes para nosotros, lleva al TS a rechazar el recurso de casación interpuesto.

### **3. OTORGAMIENTO DE LICENCIAS URBANÍSTICAS: AUTORIZACIÓN POR EL CONSEJO DE MINISTROS DE UN DEPÓSITO DE RESIDUOS NUCLEARES GASTADOS**

Las SSTs de 24 de diciembre de 2001, Ar. 1490, 1491 y 1492, resuelven el mismo supuesto de hecho: la autorización por parte del Consejo de Ministros de la ejecución de las obras necesarias para la construcción de un almacén de combustible gastado en la Central Nuclear de Trillo. Los recursos que dan lugar al fallo se interponen por las Asociaciones “Ecologistas en Acción-Coda” y Greenpeace-España”, la primera, el Ayuntamiento de Trillo y la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, las dos siguientes, respectivamente.

El Tribunal Supremo, después de indicar que en el supuesto referido no es necesario contar ni con la previa autorización de construcción y sometimiento a información pública exigida por la normativa sobre seguridad nuclear, –porque el proyecto cuestionado no supone una instalación nuclear en sentido estricto, sino un supuesto de modificación de instalaciones ya existentes–, ni con la declaración de impacto ambiental –ya que ésta exigencia desaparece cuando lo proyectado se refiere a un depósito o almacenamiento temporal de combustible gastado que se ha de ubicar en la propia central nuclear, que ya fue objeto, en su momento, de EIA–, mantiene la competencia autorizatoria del Consejo de Ministros en este asunto, tanto por la acreditación de razones de urgencia, –de no considerarse la obra como tal, se procedería a cerrar la central nuclear, con el consiguiente quebranto en la producción de energía eléctrica–. Además, la alta instancia judicial recuerda que la Ley 15/1980 de Creación del Consejo de Seguridad Nuclear, habilitó al Gobierno para hacer uso de las facultades previstas en el artículo 244.2 de la Ley del Suelo de 1992, en cuanto a la autorización de emplazamientos de instalaciones nucleares y radiactivas.

### **4. DEBER DE CONSERVACIÓN: DECLARACIÓN DE RUINA**

La STS de 5 de diciembre de 2001, Ar. 511, revoca la sentencia de instancia que consideró ajustadas a derecho las órdenes del Ayuntamiento de San Sebastián de ejecutar obras en un edificio representativo, ejecutar subsidiariamente las mismas y recaudar, en concepto de exacción cautelar, un determinado importe. El motivo principal del fallo del Tribunal a quo se basaba en que la declaración de ruina no constituye un límite del deber de conservación de un edificio cuando la fachada del mismo debía ser respetada.

## XI. Urbanismo

Para el Tribunal Supremo esta interpretación es incorrecta, ya que la ruina sí constituye un límite del deber de conservación, siendo solamente exigibles en tal supuesto las obras de reconocida urgencia y de carácter provisional y excepcional.

### 5. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

#### A) Obras realizadas sin licencia o incumpliendo el contenido de la misma

##### a) Ejercicio de la acción pública

Diversas sentencias de las examinadas en la presente crónica analizan la legitimación pública que confiere a los ciudadanos el artículo 304 de la LS de 1992 para la impugnación de las infracciones urbanísticas. Entre ellas, las **SSTS de 20 de diciembre de 2001**, Ar. 1485, de **19 de diciembre de 2001**, Ar. 1156 —que considera que esta acción es válidamente ejercitable por quien pretende el cumplimiento de las Normas urbanísticas y de los diversos actos de aplicación de cualquiera de ellos, fundada en que los mismos contravienen la legalidad urbanística—, o de **29 de enero de 2002**, Ar. 921, que señala que:

“La finalidad prevalente y fundamental del artículo 304 de la Ley del Suelo de 1992, es la de perseguir y conseguir por encima de cualquier otra consideración, la observancia en todo caso de la legislación urbanística y del planeamiento urbanístico, por lo que la naturaleza de las causas que hayan inducido al que ejercita tal acción, aun cuando éstas sean consideradas como represalia de actuaciones anteriores, tal y como sostiene el recurrente, son irrelevantes frente a los fines prevalentes de protección y observancia del ordenamiento urbanístico, en su concreta aplicación” (FJ 5°).

Por su parte, la **STS de 13 de diciembre de 2001**, Ar. 1051, amplía la posibilidad de ejercitar este tipo de acción a la de solicitud de ejecución de un acto administrativo, removiendo los obstáculos que se opongan a su efectividad —en este caso, el correcto cumplimiento de la orden municipal de demolición de lo ilegalmente construido—.

Respecto del plazo previsto para su ejercicio, la **STS de 21 de diciembre de 2001**, Ar. 1547, considera que la misma se rige por los plazos que establece la Ley del Suelo cuando se produce ante la Administración, pero que, sin embargo, cuando se actúa ante los Tribunales Contencioso-administrativos ha de estarse a lo dispuesto en la Ley jurisdiccional, como expresamente prevé el propio artículo 306 de la legislación urbanística.

##### b) Aplicación del principio de proporcionalidad

Las **SSTS de 15 y 18 de enero de 2002**, Ar. 609 y 1566, consideran acertado, en los supuestos sometidos a su consideración, el criterio mantenido por las decisiones de los Tribunales de instancia en la interpretación del principio de proporcionalidad en la restauración de la legalidad urbanística, concretamente en la adopción de órdenes de demolición de obras no legalizables.

Las segunda de las citadas resume la doctrina del Tribunal Supremo a este respecto, señalando que:

“(…) el principio de proporcionalidad expresa, en general, la necesidad de una adecuación o armonía entre el fin de interés público que se persiga, y los medios que se empleen para alcanzarlo. Dicho principio es esencial en el Estado social de Derecho (artículo 1.1 CE), con un relieve constitucional que se manifiesta especialmente en el ámbito de las intervenciones públicas en la esfera de los particulares. En el Derecho administrativo, en que se concreta el Derecho constitucional, la proporcionalidad se manifiesta asimismo en distintos ámbitos, permitiendo una interpretación equilibrada del concepto de interés público. Consentida una intervención por razón del mismo, con la cobertura legal necesaria, será necesario preguntarse si la medida es necesaria, si cabe una intervención alternativa que lo pueda satisfacer igualmente y, en tal caso, si la misma resulta más favorable a la esfera de libertad del administrado. La regla de proporcionalidad será aplicable en caso de respuestas positiva a estas preguntas.

Recordamos también que las normas de planeamiento pertenecen a la categoría de las normas denominadas imperativas o cogentes y que, en virtud de su coercibilidad, una transgresión de las mismas desencadena el mecanismo encaminado a la restauración de la legalidad vulnerada que es el que ha dado lugar, en el caso que se examina, al acuerdo municipal recurrido.

El principio de proporcionalidad opera con carácter ordinario en los casos en los que el ordenamiento jurídico admite la posibilidad de elegir uno entre varios medios utilizables y sólo con carácter excepcional, y en conexión con los principios de buena fe y equidad, en los supuestos en los que aun existiendo en principio un único medio éste resulta a todas luces inadecuado y excesivo en relación con las características del caso contemplado.

En los casos de actuaciones que, como la presente, contradicen el planeamiento urbanístico la Administración resulta obligada a restaurar la realidad física alterada o transformada por medio de la acción ilegal. No tiene posibilidad de optar entre dos o más medios distintos (...) por lo que no resulta de aplicación el principio de proporcionalidad.

La vinculación positiva de la Administración Pública a la Ley (artículo 103.1 de la Constitución) obliga a ésta a respetar la Ley: es decir, a ordenar la demolición, como resulta del empleo del tiempo futuro imperfecto en que se expresa el artículo 184 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976” (FJ 6º).

## **B) Infracciones urbanísticas**

### **a) Sujetos responsables**

En la STS de 19 de diciembre de 2001, Ar. 1534, se revoca la sentencia recurrida en cuanto a la determinación de los sujetos responsables de una infracción urbanística con-

## XI. Urbanismo

sistente en el derribo de edificaciones incumpliendo la condición de la licencia concedida de respetar las fachadas de unos inmuebles.

Ante la transmisión operada de la referida licencia, la Sala de instancia consideró que la entidad sancionada estaba ya desvinculada de ésta cuando la demolición se produjo.

No lo entiende así el Tribunal Supremo, para el que si bien es cierto que no existe prueba cumplida de que la entidad sancionada fuera la autora del derribo, esta situación no exonera a la misma de responsabilidad, precisamente en razón de la titularidad que ostenta de la licencia.

### b) Caducidad y prescripción

La STS de 19 de febrero de 2002, Ar. 1363, después de señalar la diferencia existente entre las medidas dirigidas a la restauración del orden jurídico infringido por una actuación urbanística y las sanciones que se puedan imponer como consecuencia de expedientes sancionadores seguidos a raíz de dichas infracciones, que dan lugar a dos procedimientos administrativos compatibles y distintos entre sí, se pronuncia sobre la caducidad del expediente sancionador previo incoado por la Administración, lo que no es obstáculo, según se motiva en el FJ 6º de dicha decisión, para que en la misma fecha se vuelva a iniciar el mismo, por no haber prescrito la acción de la Administración.

Concretamente, se considera que:

“La perención de un expediente sancionador o, lo que es lo mismo, su declaración de caducidad por culpa de la Administración no impide, en modo alguno, la reapertura del mismo expediente, siempre que, como acontece en este caso, la infracción no haya prescrito” (tal y como ha aclarado definitivamente el artículo 92.3 de la Ley 30/1992, tras una controvertida doctrina y no unánime jurisprudencia).

Idéntica interpretación lleva a la misma Sala, en la STS de 5 de diciembre de 2001, Ar. 508, a estimar el recurso de casación interpuesto contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia que había anulado diversas órdenes municipales de demolición de obras e imposición de sanciones por la realización de infracciones urbanísticas graves al entender, en una interpretación errónea del referido artículo 92.3 LRJAP y PAC, que el expediente sancionador había caducado.

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 y de edificios escolares de titularidad municipal. B) Adquisición de bienes municipales. Aplicación de las normas especiales con carácter preferente a las contenidas en la legislación de régimen local. C) Enajenación de bienes. Condiciones para permutar un bien municipal. D) Utilización de los bienes destinados a un uso público. Revocación de las licencias. E) Utilización de los bienes destinados a un uso público. Las ocupaciones deben autorizarse expresamente de conformidad con el RBEL de 1986. F) Utilización de los bienes destinados a un uso público. Competencias de los Ayuntamientos para regular las zonas de estacionamiento. **3. Aguas continentales.** A) Pervive la discusión sobre el carácter, público o privado, de determinadas aguas. B) Comunidades de Regantes: poderes de la Junta de Gobierno. C) Aguas subterráneas: la extracción sin autorización administrativa es constitutiva de infracción. D) Régimen económico-financiero. Canon de regulación. Obligación de pago de los regadíos tradicionales. E) Régimen económico-financiero. Canon de vertido. Obligación de pago en ausencia de Plan de cuenca. Validez de las autorizaciones provisionales de vertido. F) Sequía y sobreexplotación de acuíferos: la adopción de medidas extraordinarias no engendra responsabilidad administrativa.

**4. Aguas marítimas.** A) Atribuciones concurrentes sobre el demanio costero: necesidad de articulación. B) La recuperación de oficio es ejercitable en supuestos de exceso en el ejercicio de títulos administrativos y no queda afectada por la realización simultánea de un nuevo deslinde. C) Deslinde: la omisión del trámite de audiencia en las operaciones materiales no siempre provoca indefensión. D) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: edificaciones prohibidas en zona de servidumbre de tránsito y de servidumbre de protección. E) Usos privativos del demanio marítimo. La concesión es temporal y obliga al cumplimiento exacto de su clausulado. F) Puertos: caducidad de concesión por incumplimiento del condicionado y naturaleza de tasa del canon de ocupación del demanio portuario. **5. Carreteras.** A) Infracciones y sanciones: instala-

ción de publicidad en carreteras. B) Accesos: facultades de reordenación en manos de la Administración. C) Autopistas de peaje: bonificaciones tributarias. **6. Montes:**

**Inscripción de fincas en el Catálogo a favor de dos Ayuntamientos que pretenden su titularidad. 7. Patrimonio Cultural: forma de protección de solares en conjuntos históricos que no disponen de planeamiento urbanístico.**

## 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 núm. 1 hasta la 2250 (cuadernillos 1 al 10) y se ha revisado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional aparecida hasta la 156/2002, de 23 de julio.

## 2. BIENES LOCALES

### **A) Desafectación de los bienes de dominio público. Desafectación de viviendas de maestros y de edificios escolares de titularidad municipal**

En la STS de 12 de marzo de 2002, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2269, se reitera jurisprudencia citada en números anteriores de esta Revista sobre el mantenimiento del derecho a casa-habitación de los maestros 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. Procedimiento que también debe respetarse si se quiere desafectar un edificio escolar de propiedad municipal por parte del Ayuntamiento.

### **B) Adquisición de bienes municipales. Aplicación de las normas especiales con carácter preferente a las contenidas en la legislación de régimen local**

En la legislación de régimen local se regulan los procedimientos para adquirir bienes por parte de las Entidades locales. Dicha legislación, no obstante, cede frente a las reglas contenidas en las leyes especiales. Legislación sectorial que en todo caso no exime de cumplir unos trámites procedimentales a la Entidad local previstos en esas leyes especiales. En este sentido, en la STS de 25 de enero de 2002, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 916, se plantea el supuesto de adquisiciones de bienes a particulares sometidas a la legislación urbanística y la necesidad de cumplimentar los trámites previstos legalmente, sin que sea procedente la adquisición por la simple ocupación posesoria.

En concreto, en la STS se dice que la ocupación de los terrenos litigiosos por parte del Ayuntamiento sin ningún procedimiento administrativo previo conducente a su adqui-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

sición como dotación local, en ejecución de las Normas subsidiarias, constituye una vía de hecho que no puede ser amparada, pese a la existencia de una parcelación ilegal previa, por lo que deberá reintegrar a la actora los terrenos destinados a zona verde; para obtener la dotación local de que se trata la Entidad local deberá, en su caso, proceder a ejecutar las disposiciones de las Normas Subsidiarias mediante el correspondiente procedimiento de reparcelación y la regularización de la situación existente, con las actuaciones a que haya lugar.

Para fundamentar esa decisión, en la STS se parte de que la simple ocupación posesoria no es título válido de adquisición ni puede amparar la inscripción registral a favor de la Administración de la superficie ocupada. Estaríamos ante una actuación contraria al derecho de propiedad que garantiza el artículo 33 CE, interpretado en relación con el artículo 1 del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos de 20 de marzo de 1952, que ha sido ratificado por España por Instrumento de 2 de noviembre de 1990. Además, toda ocupación material de un terreno sin título o como simple vía de hecho por parte de una Administración constituye una vulneración del derecho de propiedad que debe ser anulada por los tribunales, en la medida en que cualquier intervención de los poderes públicos en el goce del derecho de propiedad debe atenderse siempre al principio de legalidad para poder ser considerada respetuosa con las garantías que dimanarían del artículo 1.1 del citado Protocolo, en relación con el artículo 33.1 CE (Sentencia del Tribunal Europeo de 30 de mayo de 2000, asunto Belvedere Alberghiera.SRL contra Italia).

### **C) Enajenación de bienes. Condiciones para permutar un bien municipal**

En la STS de 12 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 5098, se afirma que el artículo 112.2 del RBEL, que desarrolla el artículo 80 del TRLRHL, exige para poder tener lugar la permuta de bienes patrimoniales del Ayuntamiento con otros de carácter inmobiliario, un expediente previo en el que se acredite la necesidad de efectuarla y que la diferencia entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 por ciento del que lo tenga mayor. Por lo que respecta a los posibles defectos procedimentales que pudieran existir, en la STS se dice que el artículo 48.2 de la LPA de 1958 previene que los defectos de forma sólo determinarán la anulabilidad del acto cuando éste carezca de los requisitos formales para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los siniestrados, ninguno de cuyos supuestos se produce respecto al expediente en cuestión.

Finalmente, en la STS citada se admite la permuta por cosa futura. En concreto, se afirma que el artículo 1445 del Código Civil, aplicable al contrato de permuta, exige que ésta tenga por objeto la entrega de cosas determinadas. Ahora bien no es posible confundir cosa indeterminada o incierta con cosa futura. Así, los pabellones objeto de la permuta que deberán entregarse al Ayuntamiento se encuentran perfectamente identificados en el proyecto de escritura de compromiso de permuta e individualizados y valorados en el informe del arquitecto municipal, como cosa cierta y determinada, siendo frecuentes en el ámbito de la contratación inmobiliaria urbana los contratos en que se transmite un solar a cambio de locales o pisos a construir sobre el mismo.

**D) Utilización de los bienes destinados a un uso público. Revocación de las licencias**

El uso común especial está sujeto a licencia. Dicha licencia puede ser revocada por cambio de criterio municipal, aunque previamente debe darse audiencia a los interesados para que aleguen lo que estimen oportuno y asimismo tiene que indemnizarse a los afectados, de conformidad con el artículo 16.3 del RSCL de 1955. Supuesto que se planteó en la **STS de 8 de febrero de 2002**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1265, como consecuencia de la revocación de licencia por la decisión de suprimir las terrazas con veladores de una plaza ante las molestias que generaban para el vecindario.

**E) Utilización de los bienes destinados a un uso público. Las ocupaciones deben autorizarse expresamente de conformidad con el RBEL de 1986**

Los bienes destinados a un uso público pueden ser ocupados por particulares, previo cumplimiento de los trámites establecidos en el RBEL. En este sentido, en la **STS de 23 de enero de 2002**, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 760, se afirma que la ocupación de bienes de dominio público no puede emanar de una licencia de obras, ni tampoco del Plan General de Ordenación Urbana que habilita la licencia de que trae causa el proceso. El Plan puede cambiar la calificación del viario de los terrenos sobre los que se concede la licencia de obras, cambio para el que el planificador tenía plenas potestades; pero lógicamente, ese cambio de calificación no altera la titularidad del terreno, ni prejuzga las posibilidades de su utilización que ha de seguir los cauces previstos en el RBEL de 1986, si va a atribuirse a una entidad distinta de la Corporación propietaria de los mismos. Acuerdos que autorizaban la ocupación del dominio público que se adoptaron en el caso enjuiciado por la Entidad local.

**F) Utilización de los bienes destinados a un uso público. Competencias de los Ayuntamientos para regular las zonas de estacionamiento**

En la **STS de 23 de enero de 2002**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 752, se confirma jurisprudencia anterior sobre las competencias municipales en relación con las zonas de estacionamiento en las vías públicas. En concreto, se afirma que ya en las Sentencias de 22 de septiembre y 15 de octubre de 1999, 29 de mayo, 14 de julio y 25 de noviembre de 2000, 28 de abril, 6 y 28 de noviembre de 2001, se ha pronunciado esta Sala reiterando la potestad de los Ayuntamientos de desarrollar el Reglamento General de Circulación, siempre que se respeten los principios de razonabilidad, proporcionalidad y congruencia, así como admitiendo la validez de las ordenanzas sobre estacionamiento de vehículos cuando autorizan la retirada de los mismos y la exigencia de la tasa por aparcamiento; todo lo cual se conforma con lo declarado en interés de la Ley (Sentencia de 26 de diciembre de 1996) respecto a la posibilidad de que las ordenanzas municipales reguladoras de las zonas de estacionamiento de vehículos puedan limitar el tiempo máximo que se permite tenerlo en un mismo lugar dentro de dichas zonas y sancionar con la retirada del mismo y la consideración de infracción administrativa el infringir tales preceptos en la medida en que al hacerlo así se impide el equitativo reparto de tales espacios entre eventuales usuarios.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### 3. AGUAS CONTINENTALES

#### A) Pervive la discusión sobre el carácter, público o privado, de determinadas aguas

En la STS de 19 de junio de 2001, Ar. 437, se decide sobre la conformidad a derecho tanto de una sanción como de una resolución denegatoria de inscripción de aguas privadas. En efecto, la sanción fue correcta puesto que se había construido una arqueta y una tubería en el arroyo La Iruela, con la consiguiente derivación de aguas públicas sin la correspondiente habilitación administrativa. Por lo que atañe a la denegación de inscripción del aprovechamiento, dos razones permitirían concluir con que dicha resolución fue correcta. En primer lugar, no estamos ante aguas de carácter privado sino de carácter público, y segundo, aunque así fuese en el momento de solicitud de la inscripción ya había transcurrido el plazo al que alude la DT Segunda.2 de la Lag. de 1985 (aplicable en aquel momento).

Por otro lado, la STS de 20 de marzo de 2002, Ar. 2621, entiende válida una resolución de la CH del Guadalquivir que denegaba la solicitud de concesión formulada por un Ayuntamiento con base en el artículo 55.2 de la Lag. de 1985. En efecto, el derecho de aprovechamiento que se discute deriva de una autorización otorgada a la Corporación Local por una empresa minera para complementar el abastecimiento a la población a través de aguas sobrantes. Para dilucidar esta controversia ha de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 26 de la Lag. de 1879, el cual declaraba que los concesionarios de pertenencias mineras tienen la propiedad de las aguas en sus labores mientras conserven las de sus minas respectivas. De este modo, difícilmente puede solicitarse una concesión inscribible por el Ayuntamiento cuando el precepto aplicable no es el artículo 55 Lag. de 1985, sino el artículo 26 Lag. de 1879, es decir, el carácter de las aguas sobrantes no es el de públicas sino privadas en este caso.

#### B) Comunidades de Regantes: poderes de la Junta de Gobierno

Entre las atribuciones de la Junta de gobierno de toda Comunidad de usuarios está la de dictar las disposiciones convenientes para la mejor distribución de las aguas, respetando los derechos adquiridos y las costumbres locales [art. 76.4.b) Lag., después art. 84.4.b) TR de Lag.]. A este precepto apela la STS de 6 de marzo de 2002, Ar. 2613, para llegar a la conclusión de que la decisión de la Comunidad de regantes (ratificada más tarde por la CH del Tajo) es correcta cuando prohíbe a uno de los usuarios ubicar su toma de aguas en una charca que se encuentra en la finca de otro particular, pues en primer lugar ello se sometió a votación de la Junta general decidiéndose no atender dicha solicitud, y en segundo lugar, no se le impide al reclamante recibir el agua mediante la correspondiente toma de la acequia como lo hacen otros usuarios.

#### C) Aguas subterráneas: la extracción sin autorización administrativa es constitutiva de infracción

Conforme al artículo 108.b) Lag. de 1985 [posterior art. 116.b) TR de Lag. de 2001] y artículo 316.c) RDPH, constituye infracción administrativa el alumbramiento de aguas subterráneas sin la correspondiente habilitación administrativa cuando ésta sea precisa.

En la STS de 25 de febrero de 2002, Ar. 1716, se invocan estos preceptos para resolver el caso controvertido, decidiéndose que la sanción impugnada es correcta, debido a que la infracción sí podía calificarse como grave, dado que las obras continuaron, a pesar de que recayeron varias órdenes de paralización de éstas, concurriendo una de las circunstancias a que aludía el artículo 109 Lag. de 1985 (conducta reiterativa y maliciosa).

#### **D) Régimen económico-financiero. Canon de regulación. Obligación de pago de los regadíos tradicionales**

Siguiendo jurisprudencia anterior (v.gr. SSTS de 17 de septiembre de 1999 –crónica XII.3.F) del núm. 7 de esta Revista–, de 3 de abril de 2000 –crónica XII.3.D) del núm. 10–, y de 2 de enero y 15 de febrero de 2001 –crónica XII.3.E) del núm. 13 de Justicia Administrativa–), en la STS de 19 de octubre de 2001, Ar. 121, se afirma la validez de la liquidación en concepto de canon de regulación correspondiente a un determinado período 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.

En un similar sentido pueden citarse las SSTS de 30 de octubre, Ar. 636, 7 de diciembre, Ar. 10231, y 12 de diciembre de 2001, Ar. 522.

#### **E) Régimen económico-financiero. Canon de vertido. Obligación de pago en ausencia de Plan de cuenca. Validez de las autorizaciones provisionales de vertido**

Fuera de la problemática en torno al canon de regulación, la STS de 1 de febrero de 2002, Ar. 1926, versa sobre el canon de vertido. Y consolidando jurisprudencia precedente (v.gr. SSTS de 26 de febrero de 2000 –crónica XII.3.E) del núm. 9 de esta Revista–, 31 de marzo de 2000 –crónica XII.3.D) del núm. 10 de Justicia Administrativa– y de 27 de mayo de 2001 –crónica XII.3.D) del núm. 16 de la presente Revista–) decide la validez de la liquidación practicada a una empresa para el ejercicio de 1987 por ese concepto. En efecto, la inexistencia de PHC en ese momento no es impedimento para que la Administración concrete la exacción de acuerdo con lo preceptuado en la Lag. y en el RDPH, y además, la Orden de 23 de diciembre de 1986 por la que se otorga a la empresa una autorización provisional de vertido no vulnera el principio de jerarquía normativa ni el principio de reserva de ley, puesto que los artículos 92 y 105 Lag. de 1985 no distinguían entre autorizaciones definitivas y provisionales, admitiéndose ambas. De manera semejante, puede verse la STS de 13 de febrero de 2002, Ar. 1673.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

### **F) Sequía y sobreexplotación de acuíferos: la adopción de medidas extraordinarias no engendra responsabilidad administrativa**

Como en Sentencias anteriores (así, SSTS de 18 de marzo de 1999 –crónica XII.3.I) del núm. 6 de *Justicia Administrativa*– y de 20 de enero y 17 de octubre de 2001 –crónica XII.3.D) del núm. 14 de *Justicia Administrativa* y XII.3.F) del núm. 16 de esta Revista–) en la **STS de 22 de septiembre de 2001**, Ar. 10.063, se vuelve a reiterar la idea de que no puede prosperar la reclamación de responsabilidad derivada de la suspensión de las extracciones del acuífero subterráneo del Campo de Montiel, declarado en situación de sobreexplotación por la circunstancia de sequía con base en el artículo 56 Lag. de 1985, no siendo óbice el que se trate de aguas privadas, pues el apartado 4 de las DDTT Segunda y Tercera de la citada Lag. permitía la adopción de medidas limitativas de carácter general también sobre este tipo de aguas. No estamos ante una privación singular indemnizable. En el mismo sentido puede encontrarse la **STS de 18 de diciembre de 2001**, Ar. 1801.

### **4. AGUAS MARÍTIMAS**

#### **A) Atribuciones concurrentes sobre el demanio costero: necesidad de articulación**

La detentación por parte de distintos niveles públicos de títulos diversos que recaen sobre la misma porción de demanio marítimo-terrestre debe traducirse, en la práctica, en la ejecución simultánea y ensamblada de los mismos. Concretamente, la competencia urbanística local deberá articularse con la titularidad estatal sobre el dominio público costero, de tal manera que la aprobación municipal de Proyectos de Delimitación del Suelo Urbano o de Estudios de Detalle deberá ir precedida necesariamente por un informe de la Administración del Estado, en caso de afección a aquél. Así lo establecen los artículos 117 de la *Ley de Costas* y 205.2 del Reglamento de Costas y así lo recuerda también la **STS de 21 de febrero de 2002**, Ar. 1380.

#### **B) La recuperación de oficio es ejercitable en supuestos de exceso en el ejercicio de títulos administrativos y no queda afectada por la realización simultánea de un nuevo deslinde**

Frente a usurpaciones de bienes de dominio público marítimo llevadas a cabo por particulares, la Administración del Estado, en cuanto que titular, y como modo permanente de tutela de la demanialidad, debe ejercitar la potestad de recuperación de oficio. Esta potestad le habilita para recuperar, en cualquier tiempo y sin necesidad de acudir a los Tribunales, la posesión de los bienes así categorizados, con mayor facilidad si se trata de un ejercicio excesivo de los derechos otorgados por un título administrativo. Así sucede en los supuestos resueltos por las **SSTS de 13 y 15 de marzo de 2002**, Ar. 2271 y 1897, en relación con sendas construcciones ilegales de edificios permanentes amparándose en antiguas autorizaciones para instalaciones desmontables de temporada en la playa. La demolición de estos edificios es, pues, procedente.

Como se ha dicho, la potestad de recuperación de oficio es ejercitable en cualquier tiempo, sin que la inmediatez previa o, incluso, la coincidencia temporal con la práctica de

un nuevo deslinde supongan obstáculo alguno para la misma. Este hecho es señalado, asimismo, por las mismas Sentencias indicadas.

**C) Deslinde: la omisión del trámite de audiencia en las operaciones materiales no siempre provoca indefensión**

Mediante el ejercicio de la potestad administrativa de deslinde se pretenden acotar los límites precisos del dominio público marítimo-terrestre. Este procedimiento delimitador se define inicialmente sobre los planos, trasladándose posteriormente al terreno mediante la operación de amojonamiento. Pues bien: como indica la **STS de 18 de marzo de 2002**, Ar. 1900, la ausencia de los interesados de la realización de esta última actividad material no comporta necesariamente indefensión, toda vez que los mismos han tenido audiencia en la primera fase. Por ello, han de demostrar la trascendencia negativa de tal omisión.

**D) Limitaciones sobre las propiedades colindantes: edificaciones prohibidas en zona de servidumbre de tránsito y de servidumbre de protección**

La existencia de limitaciones sobre la propiedad privada contigua al demanio marítimo con el fin de cumplimentar necesidades públicas pero, sobre todo, con el de su salvaguardia, es habitual en la normativa costera. Ejemplos evidentes de estas limitaciones son, por un lado, la prohibición de realizar, en zona de servidumbre de tránsito –extensiva a una franja de terreno de 6 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 27.1 de la Ley de Costas)– obras de construcción que puedan obstaculizar el paso público peatonal y de vehículos de vigilancia y salvamento. Y, por otro, la idéntica prohibición de proceder a edificaciones destinadas a residencia o habitación en zona de servidumbre de protección –extensiva a una franja de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 23.1 de la Ley de Costas)–. Ante estas eventualidades, y salvo que se trate de un caso excepcional y debidamente justificado –cosa que no sucede en los supuestos resueltos por las **SSTS de 21 de enero y 4 de febrero de 2002**, Ar. 1045 y 1599, respectivamente–, cualquier nueva construcción va a colisionar con las prohibiciones generales referidas, constituyendo una infracción administrativa que acarrearía la correspondiente sanción y la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado.

Es posible, asimismo, solicitar la legalización de unas obras indebidamente realizadas en zonas de servidumbre, correspondiendo en este caso a la Administración costera determinar su conveniencia o no y al solicitante aceptar expresamente las condiciones a las que se sepedita la misma (**STS de 4 de febrero de 2002**, Ar. 1596).

**E) Usos privativos del demanio marítimo. La concesión es temporal y obliga al cumplimiento exacto de su clausulado**

De acuerdo con el artículo 32.1 de la Ley de Costas, el dominio público marítimo-terrestre sólo podrá ser ocupado para aquellas actividades o instalaciones que, por su natura-

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

leza, no puedan tener otra ubicación. Esto no ocurre con la planta potabilizadora a que se refiere la STS de 4 de marzo de 2002, Ar. 1870, por lo que la misma ha de buscar otra ubicación so pena de denegación absoluta de actividad.

Lo anterior significa, pues, que la realización de un uso privativo de ese demanio costero requiere la obtención previa de una concesión por parte de la Administración titular del mismo; concesión que, *ex lege*, es temporal (artículo 82 de la Ley de Costas), por lo que la denegación de su prórroga una vez llegado el momento de su vencimiento no puede ser considerada como muestra de desviación de poder y arbitrariedad por parte de la Administración (SSTS de 6 y de 15 de marzo de 2002, Ar. 1948 y 1896). El clausulado de dicha concesión ha de ser observado en sus propios términos, de tal manera que un abuso por exceso del mismo determina la caducidad del título, sin que el silencio por parte de la Administración haya de interpretarse como aquiescencia a la irregularidad sino, todo lo contrario, como denegación tácita de la solicitud de legalización de la misma (STS de 4 de marzo de 2002, Ar. 2259).

### **F) Puertos: caducidad de concesión por incumplimiento del condicionado y naturaleza de tasa del canon de ocupación del demanio portuario**

La utilización privativa de la zona demanial portuaria requiere la correspondiente concesión administrativa. En ella se determinarán las actividades que va a desarrollar su titular; actividades que, de ser objeto de cambio reiterado —cuya denuncia corresponde a las Autoridades portuarias en su función inspectora, recayendo la carga de la prueba en contra en el titular de aquélla— suponen un incumplimiento del condicionado determinante de la declaración de caducidad del título (STS de 1 de marzo de 2002, Ar. 1868).

Cualquier concesión sobre el demanio portuario, incluida la citada, lleva anudado el devengo de una figura tributaria como contraprestación pecuniaria por aquélla. No es necesario volver a insistir en la incidencia que la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, ha tenido sobre las figuras de las tasas y los precios públicos y, en lo que interesa, en la nueva consideración que las tarifas por servicios portuarios han pasado a ostentar a sus resultas. Ya quedó demostrado en anteriores entregas de esta Revista que las mencionadas tarifas son, en la actualidad, y por derivación de la doctrina recogida en aquélla, perfectamente encuadrables en la categoría jurídica de las tasas y, por ende, se ven sujetas al principio de reserva de ley característico de todos los tributos. Ello ha de significar que la fijación de los elementos esenciales configuradores de la tasa —en este caso, la de ocupación— ha de venir dada por una norma de esta naturaleza, habiendo de considerarse, *a sensu contrario*, como una manifiesta ilegalidad la utilización a este fin de una simple Orden Ministerial. Así lo ha indicado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo, y así vuelve a hacerlo en la STS de 22 de diciembre de 2001, Ar. 1115 de 2002.

## 5. CARRETERAS

### A) Infracciones y sanciones: instalación de publicidad en carreteras

En relación con esta materia, debe mencionarse la **STC 117/2002, de 20 de mayo**, que resuelve un recurso de amparo presentado en relación con la STS de 23 de abril de 1998, que a su vez había confirmado la sanción impuesta por la Administración a la empresa ahora recurrente en amparo. La Administración había elevado, desde la propuesta de resolución hasta la decisión final sancionatoria, el importe de la sanción desde 1.000.001 hasta 2.700.000 pesetas, en un supuesto donde se imputaba a la mencionada empresa haber instalado publicidad en la zona de afección a una carretera nacional en Galicia, en un lugar visible desde la zona de dominio público (art. 24 de la Ley de Carreteras de 1988). Los motivos alegados por la Administración para elevar el importe de la sanción fueron la intencionalidad del causante y el riesgo para la circulación vial.

El Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado, y considera que no se han vulnerado los derechos, recogidos en el artículo 24.2 CE, a ser informado de la acusación y al derecho de defensa (consistente aquí en la falta de notificación de la propuesta de resolución en la que se procedía a elevar el importe de la sanción inicial).

Y ello, porque el hecho de que el Consejo de Ministros se haya apartado de la propuesta inicial de resolución (con la citada elevación de la cuantía de la multa) no supone que se haya alterado el relato de los hechos ni su calificación jurídica, donde además la calificación como “valla publicitaria” y no ya como “instalación publicitaria” no altera la aplicación del citado artículo 24 de la Ley de Carreteras, pues el artículo 34.1.g) de esta última tipifica como infracción muy grave la instalación de “cualquier clase de publicidad” visible desde la zona de dominio público. Por ello, este cambio de denominación no ha causado indefensión a la empresa recurrente (FJ 7°).

Por otra parte, la elevación de la sanción desde el 1.000.001 pesetas propuesto por el instructor hasta los 2.700.000 pesetas impuestos finalmente por el Consejo de Ministros no ha vulnerado el derecho a ser informado de la acusación, pues la empresa sancionada tuvo la oportunidad de alegar sobre la forma de aplicación de los criterios de individualización de las sanciones recogidos en el artículo 33.1 de la Ley de Carreteras.

Finalmente, según el Tribunal Constitucional, el hecho de que la empresa hubiera pagado tasas municipales relativas al anuncio que motivó la sanción no impide que se le sancione por incumplir la Ley de Carreteras en esta materia.

### B) Accesos: facultades de reordenación en manos de la Administración

En relación con este apartado, debemos hacer referencia a la **STS de 15 de marzo de 2002, Ar. 2618**, que confirma la decisión de la Diputación Foral de Guipúzcoa, en relación con la reordenación de unos accesos a carretera nacional, como consecuencia del desdoblamiento.

## XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

miento de ésta. En concreto, se había desplazado la ubicación de un acceso, que con su ubicación anterior beneficiaba a unos industriales que accedían desde él a un Polígono.

Sin embargo, y el Tribunal de instancia también sostuvo este mismo criterio, la Sala Tercera considera que la Administración ha ejercitado correctamente sus facultades discrecionales en su interpretación del artículo 28.2 de la Ley estatal de Carreteras de 1988, que permite a aquélla llevar a cabo una reordenación de los accesos a una carretera cuando así lo aconsejen la seguridad vial y la mejora de la explotación de la carretera.

En relación con ello, los datos obrantes en el expediente administrativo (informes, documentos técnicos, etc.) confirman efectivamente que la Administración tuvo en cuenta todos estos criterios, y que el acceso antiguo (el que ahora se suprime y se sustituye por el nuevo) no reunía las condiciones necesarias para garantizar la seguridad vial, pues entre otros aspectos, no contaba con carriles de aceleración y deceleración.

Por todos estos motivos, según el TS, debe prevalecer el interés público mencionado sobre los intereses particulares (también legítimos, pero de menor entidad en el presente caso), consistentes en la mayor proximidad del antiguo acceso a las fincas de los industriales ahora demandantes.

### C) Autopistas de peaje: bonificaciones tributarias

Respecto a esta materia, cabe mencionar la STS de 9 de marzo de 2002, Ar. 2330, que se refiere a un supuesto sobre la bonificación del Impuesto de Bienes Inmuebles realizada por la Generalitat catalana a la concesionaria de la autopista Terrassa-Manresa en el Decreto de adjudicación, y sobre la que discrepó un Ayuntamiento (por cuyo término municipal transcurría la autopista), quien giró varias liquidaciones tributarias sobre el IBI a aquella empresa. Esta última reclamó ante el TSJ de Cataluña, y éste le dio la razón, criterio que confirma ahora el Tribunal Supremo.

En efecto, y basando su decisión en lo establecido en los artículos 7, 11 (en especial su apartado 4) y 12 de la Ley 8/1972, de autopistas de peaje, el Tribunal Supremo confirma el criterio del TSJ de Cataluña y da la razón de nuevo a la empresa concesionaria, pues la bonificación de la exención del IBI (hasta el 95 por ciento) es una facultad discrecional de la Administración que otorga la concesión (es decir, en este caso la Generalitat de Cataluña). El Ministerio de Economía debe emitir un Informe preceptivo.

En suma, se reitera aquí la doctrina establecida en otras Sentencias anteriores del Tribunal Supremo.

### 6. MONTES: INSCRIPCIÓN DE FINCAS EN EL CATÁLOGO A FAVOR DE DOS AYUNTAMIENTOS QUE PRETENDEN SU TITULARIDAD

Cabe mencionar aquí la STS de 8 de septiembre de 2001, Ar. 92 de 2002, relativa a la inclusión de varias fincas en el Catálogo de montes, inclusión que debe contar con el consentimiento de los dos Ayuntamientos afectados.

El objeto del recurso era un acuerdo de un Ayuntamiento soriano que realizaba de forma unilateral la disposición sobre determinadas fincas, que el otro Ayuntamiento consideraba que eran de titularidad compartida.

En este caso, y al igual que consideró el TSJ de Castilla y León en la Sentencia de instancia, se considera que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 21 del Reglamento de montes de 1962, de modo que la inscripción en el Catálogo debe realizarse a favor de ambas entidades y ello con independencia de lo que se determine en vía judicial civil en relación con las cuestiones relativas a la titularidad de las fincas.

### **7. PATRIMONIO CULTURAL: FORMA DE PROTECCIÓN DE SOLARES EN CONJUNTOS HISTÓRICOS QUE NO DISPONEN DE PLANEAMIENTO URBANÍSTICO**

En la STS de 7 de marzo de 2002, Ar. 2671, se estima que el TSJ de Cantabria no debió en 1997 considerar que existió desviación procesal y presentación extemporánea de un recurso contencioso-administrativo por parte de un particular, pues la impugnación fue correcta en todos sus términos formales.

Sin embargo, en relación con el fondo el TS confirma la decisión del Tribunal de instancia, y considera que fue correcta la actuación de un Alcalde en relación con unas obras ejecutadas por una empresa y una licencia concedida a ésta en relación con ellas.

En concreto, las obras se realizaron en un solar situado en el casco urbano de un Municipio que no contaba en aquel momento con planeamiento urbanístico.

Por lo tanto, no se ha vulnerado el artículo 20.3 de la Ley de Patrimonio Histórico de 1985, que establece que hasta que se aprueben los Planes el otorgamiento de licencias antes de incoar el expediente de declaración de conjunto histórico, sitio histórico o zona arqueológica, precisará resolución favorable de la Administración competente en esta materia, artículo que dispone también que no se permitirán nuevas alineaciones, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones ni agregaciones.

Pues bien, el TS considera que este precepto protege los edificios existentes, pero no los solares vacíos, y en el presente caso no ha quedado además acreditado que se incumpla la citada prohibición de edificar con alineaciones nuevas o con alteraciones en la edificabilidad, o de realizar agregaciones o parcelaciones.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

ELOY COLOM PIAZUELO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

**XIII. MEDIO AMBIENTE****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las**

**Comunidades Europeas.** A) Incumplimientos de Francia y España en materia de instalaciones de incineración de residuos municipales. B) Incumplimiento de España de algún aspecto de la Directiva 85/337/CEE sobre evaluación de impacto ambiental. C) Los conocimientos científicos y el incumplimiento de la Directiva 91/676/CEE. D) Protección eficaz de aves silvestres amenazadas. El papel determinante, como prueba, de determinadas publicaciones científicas. E) Incumplimiento de las obligaciones de la Directiva 96/59/CE, relativa a la eliminación de los policlorobifenilos. F) Incumplimiento por la República Helénica de obligaciones de la Directiva 91/689/CEE (residuos peligrosos). **3. Actividades**

**clasificadas.** A) No se puede otorgar un régimen transitorio de funcionamiento a una explotación pecuaria ilegalizable. B) La clausura de actividades ilegales que carecen de licencia cuando se han tolerado durante un tiempo prolongado exige audiencia previa de su titular salvo en caso de peligro o riesgo o cuando de ello se deriva indefensión.

C) Las actividades ejercidas por la Administración del Estado sin la preceptiva licencia deben ser clausuradas por la Corporación Local. D) La instalación de unos depósitos de butano para abastecer a una industria cosmética exige se contemple en su totalidad la actividad al otorgar la licencia. E) Las excepciones a la instalación de actividades peligrosas e insalubres a menos de 2.000 metros del núcleo más próximo de población agrupada prescrito en el artículo 4 del RAC deben ser justificadas y constar las causas y motivos.

F) Puede suspenderse temporalmente una actividad molesta por los ruidos emitidos hasta que se adopten las medidas correctoras precisas para evitar dichas molestias.

G) El Ayuntamiento está facultado para establecer nuevas medidas correctoras exigidas por una ordenanza municipal aprobada con posterioridad al otorgamiento de la licencia y decretar la clausura de la actividad en caso de incumplimiento. H) La mera transmisión de un inmueble no acredita que con la misma se haya transmitido la licencia, exigiendo comunicación a la Corporación Local por el antiguo y nuevo titular de la transmisión de

esta última. I) Traslado de actividad ganadera instalada en población de menos de 10.000 habitantes. Interpretación sobre la aplicación del artículo 13.2 del RAC en relación con la Disposición Transitoria Segunda del mismo. **4. Evaluación de impacto ambiental. No resulta legalmente exigible la evaluación de impacto ambiental del proyecto de construcción de las instalaciones de almacenamiento de residuos radiactivos producidos en la Central nuclear de Trillo cuya solicitud de autorización fue presentada en el Ayuntamiento antes del 14 de marzo de 1999.** **5. Residuos. La distribución de competencias entre el Estado y la Generalitat de Cataluña en cuanto a los contenidos regulados en la Orden del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, que regula la concesión de ayudas previstas en el Plan Nacional de Residuos Industriales para 1993, debe encuadrarse en la materia competencial de medio ambiente.** **6. Aguas continentales: Inexistencia de vertido por falta de prueba.** **7. Aguas Marítimas.** A) Competencias: las atribuciones autonómicas en materia de espacios naturales protegidos prevalecen sobre la titularidad estatal del demanio costero. B) Infracciones y sanciones: los vertidos no autorizados en zona costera constituyen una infracción administrativa sancionable.

## 1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo aparecida durante los meses de mayo, junio y hasta el 11 de julio de 2002; la ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi correspondiente a 2002 desde la sentencia núm. 1 hasta la 2250 (cuadernillos 1 al 10) y la del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 99/2002, de 6 de mayo, hasta la 156/2002, de 23 de julio.

## 2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

### A) Incumplimientos de Francia y España en materia de instalaciones de incineración de residuos municipales

Dos Sentencias del Tribunal de Justicia constatan incumplimientos de Francia y España en esta materia. Comenzamos por la exposición de la **STJCE de 18 de junio de 2002, recaída en el asunto C-60/01**, 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 89/369/CEE del Consejo, de 8 de junio de 1989, relativa a la prevención de la contaminación atmosférica procedente de nuevas instalaciones de residuos

### XIII. Medio Ambiente

municipales y en la Directiva 89/429/CEE del Consejo, de 21 de junio de 1989, relativa a la reducción de la contaminación atmosférica procedente de instalaciones existentes de incineración de residuos municipales.

El Tribunal lleva a cabo una exposición de los principios de estas Directivas fijándose, en particular, en lo que se consideran instalaciones “nuevas” (aquellas cuya autorización de explotación sea posterior al 1 de diciembre de 1990) y existentes (las que tengan autorización de explotación anterior a esa fecha). Ello tiene importancia en relación al plazo de adecuación a las exigencias de la Directiva. En concreto y para las instalaciones existentes, ese plazo finaliza el 1 de diciembre de 1996.

En la Sentencia se constata una progresiva adaptación al ordenamiento comunitario de las instalaciones de incineración de residuos existentes en Francia pero, no obstante, el Tribunal constata que estas Directivas contienen obligaciones concretas de resultado (es muy interesante, por cierto, las clasificaciones de las Directivas que en relación a los mandatos que se establecen en ellas se contienen en los puntos 26-28 de la Sentencia) y lo cierto es que en el momento de la finalización del plazo dado por el dictamen motivado de la Comisión, continúan existiendo instalaciones no adaptadas a los principios de las Directivas citadas habiendo, además, transcurrido los plazos fijados en las mismas Directivas para ello.

En lo relativo a España, la **STJCE de 11 de julio de 2002, recaída en el asunto C-139/00**, (Sala Quinta), conoce de la imputación de incumplimientos a España de la Directiva 89/369/CEE. Se trata, pues, de instalaciones nuevas (tienen una autorización posterior a 1 de diciembre de 1990) que, en concreto, se ubican en la Isla de La Palma. La Comisión imputa a España que estas instalaciones están funcionando sin la autorización de explotación a que se refiere el artículo 2 de la Directiva. Aquí resulta curioso observar el modo como es rechazada por el Tribunal la imputación de la Comisión. Resulta que estas instalaciones contaban con una autorización de uso del suelo (se trataba de suelo no urbanizable) que el Tribunal considera no suficiente, pues no hace referencia a condiciones ambientales sino de ordenación del territorio. Pero también contaban con una autorización vinculada al viejo Reglamento de Actividades Clasificadas de 1961. El Tribunal indica, entonces, que la Comisión no ha probado que esa autorización no pudiera servir para el cumplimiento de las mismas finalidades del artículo 2 de la Directiva por lo que por falta de esa prueba se rechaza la primera petición de la Comisión.

Pero, sin embargo, se demuestra que no se cumplen las prescripciones de los artículos 6 y 7 de la Directiva en cuanto a la forma de funcionamiento de estas instalaciones. A pesar de que se hayan desmantelado con posterioridad a la finalización de la fecha fijada en el dictamen motivado de la Comisión, la Sentencia constata el incumplimiento de España de esas obligaciones.

#### **B) Incumplimiento de España de algún aspecto de la Directiva 85/337/CEE sobre evaluación de impacto ambiental**

Resulta ser una cuestión ya antigua por superada por los acontecimientos normativos posteriores (dada la promulgación en España de nuevas normas con rango de Ley sobre

evaluación de impacto ambiental de actividades y proyectos) pero, no obstante, debe darse noticia de la aparición de la **STJCE de 13 de junio de 2002, recaída en el asunto C-474/99**, (Sala Sexta) que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España, en cuanto que, además, plantea algunas cuestiones de interés sobre todo en el ámbito de obligación de examen del Tribunal de las informaciones proporcionadas por los Estados en los pleitos que penden ante él.

El asunto consiste en la imputación que la Comisión hace a España de que la normativa española no ha recogido la obligación establecida por el artículo 4 de someter los proyectos pertenecientes a las clases recogidas en el Anexo II de la Directiva 85/337/CEE a una evaluación cuando los Estados miembros consideren que sus características lo exigen. El “diálogo” que se establece entre los servicios de la Comisión y el Gobierno español consiste, fundamentalmente, en la afirmación de éste de su “discrecionalidad” a la hora de someter los proyectos del Anexo II al procedimiento de evaluación regulado en la Directiva, y en la respuesta de la Comisión basada en jurisprudencia del Tribunal (Sentencia de 2 de mayo de 1996, Comisión/Bélgica C-133/94) de que los Estados no poseen esta facultad de excluir global y definitivamente de la evaluación, sino que tienen posibilidad de fijar criterios y/o los umbrales que permitan determinar qué proyectos incluidos en el Anexo II deben ser objeto de evaluación (Sentencia de 21 de septiembre de 1999, Comisión/Irlanda, C-392/96). La Comisión constata, así, que la normativa española excluye de evaluación la mayor parte de los proyectos incluidos en ese Anexo II y tampoco fija criterios o umbrales para la evaluación. Incluso y respondiendo a alguna de las indicaciones del Gobierno español, se dice que el Real Decreto 1997/1995, que el Gobierno aducía como cumplimiento, sólo se refiere a evaluación de proyectos que afectan a zonas especiales de conservación creadas en virtud de la Directiva hábitats.

El reparto competencial sobre medio ambiente entre el Estado y las CCAA en España hace que, tras la constatación que la normativa estatal no cumple los requisitos de la Directiva comunitaria, deba también examinarse la de las CCAA. A esos efectos el Gobierno español ha hecho llegar fuera de plazo una relación de normativa de las CCAA que la Comisión no pudo examinar por esa razón y ha pedido al Tribunal que la examine. El Tribunal dice, sin embargo, que no está obligado a ello y que, en todo caso, una simple ojeada a un cuadro presentado por el Gobierno ya basta para detectar lagunas en la ejecución de la Directiva. Consiguientemente, se declara el incumplimiento del Reino de España.

### **C) Los conocimientos científicos y el incumplimiento de la Directiva 91/676/CEE**

La **STJCE de 27 de junio de 2002 recaída en el asunto C-258/00**, (Sala Sexta), que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa apoyada, además, por el Reino de España, declara el incumplimiento de Francia de diversas obligaciones que le impone la Directiva 91/676/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a la protección de las aguas contra la contaminación producida por nitratos utilizados en la agricultura. En concreto se va a señalar el incumplimiento de Francia de no haber procedido adecuadamente a la determinación de las aguas afectadas

por la contaminación y, en consecuencia, a la designación de las zonas vulnerables correspondientes. Más allá de esta constatación, lo que permite la Sentencia es seguir un apasionante debate acerca de la profundidad de los conocimientos científicos sobre los elementos que, en realidad, producen la eutrofización de las aguas.

La cuestión consiste en que Francia ha aprobado una normativa para aplicar la Directiva 91/676/CEE que, en el fondo, pone en canción sus fundamentos y virtualidad. La Directiva conduce a la declaración de unas aguas como afectadas por la contaminación cuando se produzca una determinada concentración de nitratos lo que, a su vez, lleva a la declaración como zonas vulnerables de los territorios que vierten a esas aguas imponiendo programas de acción que versarán sobre limitaciones a la agricultura en su utilización de nitratos. La normativa francesa, sin embargo, a través de complejas determinaciones y de la previa afirmación del carácter limitado de los conocimientos científicos sobre la cuestión, postula que no necesariamente haya de proceder a la declaración de esas aguas como contaminadas y a las zonas como vulnerables, si no se puede actuar eficazmente contra el nitrógeno, o si éste no procede de las labores agrícolas o si, en realidad, su efecto es producido por la presencia de otro elemento como el fósforo.

Para el Tribunal, esta forma de actuar iría contra el mismo fundamento de la Directiva que postula esa declaración de aguas y zonas cuando se den las condiciones materiales que la Directiva contiene. Es, precisamente, esa todavía inconsistencia de los conocimientos científicos la que hace que no pueda excluirse sin más —como postula la normativa francesa— de la declaración de aguas contaminadas o de zonas vulnerables en cuanto se den las condiciones materiales de la Directiva y ello con independencia del papel que el fósforo pueda jugar en su acción sobre el nitrógeno.

En particular el Tribunal constata la inexistencia de declaración como zona vulnerable de la Bahía del Sena. Frente a la alegación francesa de que dichas aguas no están eutrofizadas en el sentido de la Directiva dado que existen fuertes corrientes de mareas que impiden que el nivel de oxígeno disuelto baje considerablemente en las aguas del fondo de la bahía y que no hay exceso de fitoplacton que induzca a la formación de algas, el Tribunal constata el amplio volumen de toneladas de nitrógeno que la Bahía del Sena envía al Mar del Norte anualmente (100.000 Tm. de un total de 400.000 que llegan a este mar) y cómo, por tanto, debe ser declarada la Bahía como eutrofizada y las zonas vertientes como vulnerables, para reducir a través de programas de acción los efectos que trascienden de la misma Bahía.

#### **D) Protección eficaz de aves silvestres amenazadas. El papel determinante, como prueba, de determinadas publicaciones científicas**

La STJCE de 13 de junio de 2002 recaída en el asunto C-17/00, (Sala Sexta), que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda, declara el incumplimiento por parte de ésta de ciertas obligaciones presentes en la Directiva 79/409/CE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres y de la Directiva 92/43/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestre. En concreto se señala que Irlanda

debía haber salvaguardado una superficie suficiente de terreno para permitir la preservación del ave lagópodo escandinavo y que no se ha limitado suficientemente el excesivo pastoreo que le amenaza en su zona de nidificación.

La Sentencia valora especialmente para medir el carácter de especie amenazada y la insuficiencia de las medidas de protección adoptadas, dos publicaciones científicas que se citan expresamente (punto 17 de la Sentencia).

### **E) Incumplimiento de las obligaciones de la Directiva 96/59/CE, relativa a la eliminación de los policlorobifenilos**

Dos palabras solamente para dar noticia de la STJCE de 6 de junio de 2002 recaída en el asunto C-177/01, (Sala Sexta), que opone a la Comisión contra la República Francesa y que 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). Las disculpas de Francia relativas a dificultades en el proceso de elaboración de la documentación y retrasos informáticos, son desestimadas, sin más, por el Tribunal.

### **F) Incumplimiento por la República Helénica de obligaciones de la Directiva 91/689/CEE (residuos peligrosos)**

La STJCE de 13 de junio de 2002 recaída en el asunto C-33/01, (Sala Cuarta), que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Helénica, constata el incumplimiento de este país de obligaciones impuestas por la Directiva 91/689/CEE del Consejo, de 12 de diciembre de 1991, relativa a los residuos peligrosos. En concreto Grecia ha omitido la obligación de comunicar distintas informaciones relativas a empresas que se dediquen a la eliminación y/o recuperación de residuos peligrosos por cuenta de terceros. A lo largo de la Sentencia queda perfectamente establecido el incumplimiento de Grecia que, implícitamente, reconoce esa deficiencia.

## **3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS**

### **A) No se puede otorgar un régimen transitorio de funcionamiento a una explotación pecuaria ilegalizable**

El TS en su Sentencia de 6 de noviembre de 2001, Ar. 1761 de 2002, confirmando la del TSJ de Cataluña, sanciona que no se puede otorgar un régimen transitorio de funcionamiento durante la ejecución de una orden de clausura de una explotación pecuaria dedicada a ganado porcino y corral de aves calificable como clandestina por carecer de licencia y que resulta ilegalizable al no poder ubicarse tales explotaciones en el casco urbano. Entiende acertadamente el Alto Tribunal que dicho régimen carece de cobertura

legal en cuanto en la realidad esconde una licencia provisional expresamente prohibida por el artículo 33.2 del RAC. Sin olvidar, resaltaré, que además existe un particular afectado por las incomodidades de tales actividades y el principio de proporcionalidad no puede autorizar a dar validez, durante un período prolongado, a una actividad ilegal que infringe el ordenamiento jurídico y produce perjuicios para un tercero.

**B) La clausura de actividades ilegales que carecen de licencia cuando se han tolerado durante un tiempo prolongado exige audiencia previa de su titular salvo en caso de peligro o riesgo o cuando de ello no se deriva indefensión**

Así lo confirma el TS en su **Sentencia de 28 de febrero de 2002**, Ar. 1637, en la que, como presupuesto previo a la clausura de una actividad de cerrajería que se venía ejerciendo sin licencia, exige como único requisito la constatación de la inexistencia de licencia aunque con el trámite previo e inexcusable de la audiencia del interesado. Reiterando con la cita de varias sentencias anteriores que la audiencia previa es esencial salvo en casos de peligro o de riesgo que exijan una decisión administrativa urgente.

Si bien el mencionado Tribunal en su **STS de 3 de diciembre de 2001**, Ar. 1522 de 2002, matiza la anterior y reiterada doctrina jurisprudencial en el sentido de que si bien la omisión de audiencia es ontológicamente imprescindible en los procedimientos sancionadores, en los demás procedimientos su omisión sólo produce la anulación del acuerdo cuando de ello se deriva indefensión. Lo que sucede cuando se impide la alegación o prueba de hechos o circunstancias cuya incidencia en el hecho enjuiciado pudiera dar lugar a una valoración distinta de la recogida en el acto impugnado.

**C) Las actividades ejercidas por la Administración del Estado sin la preceptiva licencia deben ser clausuradas por la Corporación Local**

Cuando la Administración del Estado ejerce durante más de 36 años una actividad de almacenamiento de papel sin la correspondiente licencia previa y además parece no estar dispuesta a solicitarla, la Corporación Local está facultada para ordenar y ejecutar su clausura, sin perjuicio de su posterior legalización si procede tras la oportuna solicitud de licencia. Criterio que explicita el TS al casar la sentencia de primera instancia y desestimar el recurso del Abogado del Estado en su **STS de 15 de enero de 2002**, Ar. 1151.

**D) La instalación de unos depósitos de butano para abastecer a una industria cosmética exige se contemple en su totalidad la actividad al otorgar la licencia**

Al instalar una actividad accesoria a la principal aunque la primera no tenga la condición de una industria fabril autónoma, como sucede cuando se incorporan unos depósitos de butano para abastecer en su proceso productivo a una industria de cosmética ya existente, se exige que la actividad se contemple en su totalidad tomando en consideración tanto los elementos que se instalan como los ya existentes a efectos de valorar debidamente la incidencia que los nuevos elementos tienen sobre los preexistentes. Y al no haberlo

entendido así el TSJ de Aragón es por lo que el TS en su **Sentencia de 18 de febrero de 2002**, Ar. 1111, declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la sentencia de aquél y anula los actos impugnados.

**E) Las excepciones a la instalación de actividades peligrosas e insalubres a menos de 2.000 metros del núcleo más próximo de población agrupada prescrito en el artículo 4 del RAC deben ser justificadas y constar las causas y motivos**

Las excepciones a la distancia de 2.000 metros para la instalación de actividades peligrosas e insalubres prescrita en el artículo 4 del RAC, que este mismo permite y que ha admitido en ocasiones el TS cuando la actividad no iba a causar graves molestias y perturbaciones, no son admisibles cuando se trata de la explotación de una cantera mediante voladuras en cuyo ejercicio es necesario el uso de explosivos como confirma el TS en la **Sentencia de 27 de septiembre de 2001**, Ar. 101 de 2002.

Tampoco es aplicable la excepción del artículo 15 del RAC a una instalación de tratamiento de esterilización de residuos hospitalarios por tratarse de una industria fabril peligrosa e insalubre y no estar justificada al no constar las causas y motivos por los cuales se aplica el precepto mencionado previsto para casos excepcionales. Sin que puedan considerarse como tales, según manifiesta el TS en su **Sentencia de 24 de enero de 2002**, Ar. 1849, que el que plan de urbanismo permita el emplazamiento, ni el hecho de que el Ayuntamiento informara favorablemente la instancia en el trámite del artículo 30.2.c) del RAC.

**F) Puede suspenderse temporalmente una actividad molesta por los ruidos emitidos hasta que se adopten las medidas correctoras precisas para evitar dichas molestias**

Una vez demostrado que las actividades desarrolladas en el local ocasionaban molestias a los vecinos del inmueble a causa de las emisiones sonoras que proyectaba, rebasando los límites permitidos y perturbando reiteradamente el sosiego y la tranquilidad de los mismos y que se efectuaron requerimientos encaminados a que se adoptasen las medidas correctoras precisas para evitar las molestias, el Ayuntamiento está facultado para acordar el cierre cautelar de dicho local en tanto no se comprobase que se habían cumplido con las garantías técnicas necesarias para el buen funcionamiento de las instalaciones. La adopción de medidas cautelares de suspensión de la actividad con el fin de hacer cesar la excesiva y reiterada emisión de ondas sonoras que molestan a los vecinos de un inmueble ha sido reconocida por la jurisprudencia como un medio adecuado para restablecer el sosiego perturbado en tanto no se adopten las medidas correctoras adecuadas como se explicita en la **STS de 16 de enero de 2002**, Ar. 456.

### **XIII. Medio Ambiente**

#### **G) El Ayuntamiento está facultado para establecer nuevas medidas correctoras exigidas por una ordenanza municipal aprobada con posterioridad al otorgamiento de la licencia y decretar la clausura de la actividad en caso de incumplimiento**

El Ayuntamiento tiene potestad para imponer medidas correctoras de acuerdo con los artículos 37 y 38 del RAC y también para establecer nuevas exigencias a consecuencia de la aprobación de una norma posterior aplicable, en este caso la Ordenanza de Protección del Medio Ambiente. El Ayuntamiento puede válidamente imponer exigencias relativas a evitar humos y malos olores, en este caso la instalación de una chimenea, sin que prevalezca sobre esta potestad la circunstancia de que se cumplieran las normas de ventilación del local.

El incumplimiento de las medidas correctoras exigidas faculta al Ayuntamiento para decretar la clausura de un taller de automóviles (STS de 30 de enero de 2002, Ar. 905).

#### **H) La mera transmisión de un inmueble no acredita que con la misma se haya transmitido la licencia, exigiendo comunicación a la Corporación Local por el antiguo y nuevo titular de la transmisión de esta última**

Para la transmisión válida de una licencia se exige, conforme al artículo 13 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, la comunicación de la transmisión del antiguo y nuevo titular de la licencia a la Corporación Local como confirma el TS en su Sentencia de 21 de diciembre de 2001, Ar. 1487 de 2002.

#### **I) Traslado de actividad ganadera instalada en población de menos de 10.000 habitantes. Interpretación sobre la aplicación del artículo 13.2 del RAC en relación con la Disposición Transitoria Segunda del mismo**

La STS de 3 de diciembre de 2001, Ar. 2057 de 2002, considera que la obligación y el plazo establecido en el párrafo segundo del artículo 13 del RAC se refiere sólo a las instalaciones ganaderas de más de 10.000 habitantes contempladas en el párrafo primero del mismo. Resulta de aplicación a las de menos de 10.000 habitantes la Disposición Transitoria Segunda, de la que se desprende que la Administración puede imponer los elementos correctores necesarios que se regulan en el Reglamento, pero sólo puede decretar la suspensión o el traslado de la actividad, una vez ponderada la insuficiencia de aquéllas, y mediante la oportuna indemnización o acuerdo con el propietario (FJ 14º).

La obligación absoluta de alejar del núcleo urbano de las poblaciones en el plazo de diez años las vaquerías, establos, cuadras y corrales de ganado y aves se refiere sólo a las poblaciones de más de 10.000 habitantes. En las más pequeñas deben ponderarse las circunstancias concurrentes, con el fin de advertir si el carácter molesto e insalubre de la instalación es compatible con su mantenimiento en la población mediante la adopción de las debidas medidas correctoras.

**4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL. NO RESULTA LEGALMENTE EXIGIBLE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL DEL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE LAS INSTALACIONES DE ALMACENAMIENTO DE RESIDUOS RADIATIVOS PRODUCIDOS EN LA CENTRAL NUCLEAR DE TRILLO CUYA SOLICITUD DE AUTORIZACIÓN FUE PRESENTADA EN EL AYUNTAMIENTO ANTES DEL 14 DE MARZO DE 1999**

La razón que sustenta la decisión del Tribunal en sus SSTs de 24 y 26 de diciembre de 2001, Ar. 1490, 1491 y 1492 de 2002, de que no resulta legalmente exigible la evaluación de impacto ambiental previa a la concesión de la autorización del proyecto de construcción de una instalación de almacenamiento de residuos radiactivos producidos en la Central nuclear de Trillo respecto de las solicitudes presentadas antes del 14 de marzo de 1999 se sustenta en que la efectividad directa de la Directiva 97/11/CE, única norma que la hace exigible, sólo puede predicarse a partir de esa fecha, que es la fecha tope para que los Estados miembros pusieran en vigor las disposiciones necesarias para su cumplimiento. Y es que en esa fecha ya se había presentado al Ayuntamiento de Trillo la solicitud de autorización del proyecto cuya ejecución fue finalmente autorizada por el Consejo de Ministros.

**5. RESIDUOS: LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LA GENERALITAT DE CATALUÑA EN CUANTO A LOS CONTENIDOS REGULADOS EN LA ORDEN DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS Y TRANSPORTES, QUE REGULA LA CONCESIÓN DE AYUDAS PREVISTAS EN EL PLAN NACIONAL DE RESIDUOS INDUSTRIALES PARA 1993, DEBE ENCUADRARSE EN LA MATERIA COMPETENCIAL DE MEDIO AMBIENTE**

Partiendo del encuadramiento competencial de la Orden del Ministerio de Obras Públicas y Transportes de 22 de marzo de 1993, que regula la concesión de ayudas previstas en el Plan Nacional de Residuos Industriales para 1993, en la materia de “medio ambiente”, el TC va a reconocer en su **Sentencia 126/2002, de 23 de mayo**, estimando parcialmente el conflicto planteado por la Generalitat de Cataluña, que la titularidad de la mayor parte de las competencias controvertidas reguladas en la citada Orden corresponden a la Generalitat.

Examinando cada uno de los preceptos de la Orden Ministerial cuestionados por la Generalitat y reafirmando su doctrina ya consolidada de que “no existe una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado” (STC 13/1992, FFJJ 4º y 6º) y de que para la resolución de las controversias que se susciten respecto a la regulación y aplicación de las ayudas o subvenciones ha de tenerse en cuenta la distribución de competencias existente en la materia constitucional en la que proceda encuadrar las subvenciones de que se trate, el TC llegará a la conclusión de que, en el presente caso, nos encontramos con una normativa encuadrable en la materia competencial “medio ambiente” (art. 149.1.23 CE). Tiene en cuenta para ello el citado Tribunal

### XIII. Medio Ambiente

que en la orden enjuiciada se regula la concesión y gestión de las ayudas previstas en el Plan Nacional de Residuos Industriales, Plan que tiene su origen y desarrollo, respectivamente, en la Ley 20/1986, de 14 de mayo, sobre régimen jurídico básico de residuos tóxicos y peligrosos y en el reglamento para su ejecución aprobado por el RD 952/1997, de 20 de junio, normas ambas de claro contenido medioambiental.

No impide para llegar a tal conclusión el hecho de que la Ley 20/1986 haya sido formalmente derogada por la Ley 10/1998, de 21 de abril, de residuos, en cuanto que ésta mantiene en lo sustancial la referencia a los planes nacionales de residuos y los medios de financiación, resultando en los aspectos financieros de estos planes una formulación en términos similares a la establecida en la Ley de residuos tóxicos. Lo que permite al TC mantener vivo el conflicto ya que la nueva normativa plantea en gran medida los mismos problemas competenciales que el reglamento sobre el que se trabó el conflicto.

#### **6. AGUAS CONTINENTALES: INEXISTENCIA DE VERTIDO POR FALTA DE PRUEBA**

Según resulta del artículo 110 de la Lag. de 1985 (actual art. 118 TR de Lag. de 2001) con independencia de las sanciones correspondientes, los infractores pueden ser obligados a reparar los daños y perjuicios ocasionados al dominio público hidráulico, así como a reponer las cosas a su estado anterior, imponiéndose las indemnizaciones que procedan. En la **STS de 29 de noviembre de 2001**, Ar. 2488, se debate acerca de la idoneidad o no de aplicar dicho precepto al caso discutido. El TS llega a la conclusión de que los vertidos contaminantes existieron, pero la Administración no consiguió probar de manera suficiente la culpa de la empresa objeto de expediente, pues los análisis se realizaron por una entidad privada no autorizada por el Ministerio competente, ni inscrita en el Registro Especial a que alude el artículo 253 del RDPH, de modo que la indemnización para reparar los daños posiblemente causados no puede concurrir en este supuesto.

#### **7. AGUAS MARÍTIMAS**

##### **A) Competencias: las atribuciones autonómicas en materia de espacios naturales protegidos prevalecen sobre la titularidad estatal del demanio costero**

Sobre un mismo espacio físico pueden coexistir –y de hecho, coexisten– atribuciones y títulos diversos detentados por niveles públicos distintos que, a la hora de ejecutarlos, deberán actuar de forma articulada. Más concretamente, sobre porciones concretas del demanio marítimo-terrestre pueden superponerse a la perfección la titularidad estatal del dominio público costero –presente en todo caso– y la competencia autonómica sobre espacios naturales protegidos –en aquellas zonas en que las costas ofrezcan valores ambientales tales que permitan dotarles de esa consideración jurídica–. En estos casos, y de acuerdo con una reiterada interpretación jurisprudencial, será la competencia autonómica la que prevalezca, correspondiendo en todo caso a las instancias de tal índole la declaración de lo que sean parques, reservas, monumentos o paisajes naturales. En nin-

gún caso la titularidad del dominio público confiere por sí misma competencia alguna, por lo que la calificación de un segmento de la zona marítimo-terrestre como parte de un espacio natural corresponde también a la Comunidad Autónoma en cuyo territorio se encuentre. Tampoco la alusión a un pretendido interés general tiene relevancia para alterar el reparto competencial establecido constitucional y estatutariamente, pues tal interés carece de virtud taumatúrgica para transformar la naturaleza jurídica de la actividad. Esta doctrina vuelve a ser destacada por el Tribunal en la **STC 97/2002, de 25 de abril** (BOE núm. 122, de 22 de mayo), por la que, de acuerdo con las razones señaladas, se considera inconstitucional la Ley estatal 26/1995, de 31 de julio, por la que se declara reserva natural las Salinas de Ibiza, las Islas des Freus y las Salinas de Formentera.

**B) Infracciones y sanciones: los vertidos no autorizados en zona costera constituyen una infracción administrativa sancionable**

Los áridos procedentes de una obra de edificación no pueden ser depositados en la zona marítimo-terrestre sin previa autorización de la Administración competente. No sucede así en el supuesto que resuelve la **STC de 28 de febrero de 2002**, Ar. 1397, en que tales áridos fueron vertidos en una playa sin título público que lo permitiera. Por eso, y de acuerdo con el artículo 90.b) de la Ley de Costas, tal actuación ha de calificarse como infracción administrativa, viniéndole anudada la correspondiente sanción pecuniaria, así como la obligación de reponer las cosas a su estado inicial.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

**XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO****Sumario:**

**1. Consideración preliminar. 2. Agricultura.** A) Autorización para replantación. B) Ayudas. **3. Derecho de propiedad. Igualdad en el ejercicio del derecho de propiedad inmobiliaria y competencias autonómicas. 4. Energía.** A) Eléctrica. a) Comercialización, distribución y fijación de tarifas. b) Comercialización. Autorización para ejercer esta actividad. Medida cautelar denegada. B) Energía nuclear. a) Sanciones. b) Urbanismo. C) Fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración. **5. Formación continua de trabajadores y fomento del empleo. Distribución de competencias. 6. Ganadería. 7. Industria. 8. Libertad de empresa y unidad de mercado. 9. Normas y reglamentos técnicos. 10. Pesca.** A) Pesca marítima y distribución de competencias. B) Pesca marítima y ayudas a la construcción de buques. **11. Precios y tarifas.** A) Precio del agua. El régimen fijado en un convenio no puede ser alterado por la modificación de la ordenanza. B) Tarifas y cánones fijados sino cobertura legal y STC 185/1995. **12. Servicio público.** A) Servicio público esencial e iniciativa económica en la administración local. B) Servicio de correos. Limitaciones en el acceso a su prestación. **13. Transacciones exteriores y circulación de capitales. 14. Transportes.** A) Por carretera.

**1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR**

En el presente número se incluyen las Sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre los números 1/2002, de 14 de enero, hasta la 156/2002, de 23 de julio, y las Sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos Aranzadi números 45 a 48 de 2001 y 1 a 10 de 2002.

**2. AGRICULTURA****A) Autorización para replantación**

Impugnada la resolución por la que se deniega la autorización para replantación de viña, en aplicación de la normativa autonómica catalana, y por razón de no estar inscritas las parcelas en el Registro de Parcelas con derecho a replantación, el recurso fue desestimado en

primera instancia. Interpuesto recurso de casación, la sentencia fue confirmada la sentencia por el STS de 5 de noviembre de 2001, Ar. 1758 de 2002.

Los motivos alegados por el recurrente fueron de orden formal, falta de audiencia, y de orden sustantivo, vulneración del principio de igualdad.

El recurrente sostiene que al no habersele dado audiencia en el expediente no pudo subsanar el defecto de falta de inscripción previa de las parcelas en el Registro pertinente. Para el Tribunal Supremo el recurrente pudo subsanar el defecto al interponer el recurso de alzada, momento en que tuvo conocimiento del defecto formal que se le imputaba a su solicitud. Al no hacerlo, no puede alegar indefensión.

Por lo que hace referencia al principio de igualdad, el recurrente alega que se le discrimina por relación a parcelas en las que no se produjo el arranque previo, a las que se permite una regularización más beneficiosa. Para el Tribunal Supremo no existe parámetro de comparación que permita entender que vulnera el principio de igualdad, ya que las situaciones que se aducen para fundar un trato desigual no pueden ser equiparadas.

## **B) Ayudas**

Dos sentencias del Tribunal Supremo conocen de sendos recursos frente a las resoluciones administrativas por las que, en un caso, se retira una subvención por incumplimiento parcial de las condiciones en las que se otorgó (STS de 28 de enero de 2002, Ar. 898), y en el otro se deniega la subvención solicitada para retirada de tierras (STS de 14 de enero de 2002, Ar. 1050).

La primera de las sentencias revoca la ayuda concedida en materia de producción de oleaginosas, al amparo de normativa comunitaria, al comprobarse la existencia de un incumplimiento por parte del beneficiario de la ayuda, ya que, habiendo recibido la ayuda para retirada temporal de cultivos, se había realizado una plantación en los mismos terrenos. El recurrente aduce la existencia de un simple error material en la identificación de las fincas, y la imposición de una sanción no tipificada y con aplicación retroactiva de normas sancionadoras.

El Tribunal rechaza los citados argumentos, al estimar que no se impone una sanción, y al no acreditarse que se trate de un simple error, cuando además, afirma el Tribunal, en estos casos el solicitante de la ayuda ha de poner la máxima diligencia en el cumplimiento de los requisitos exigidos.

En la segunda de las sentencias citadas se deniega la ayuda al no haber cumplido el recurrente los requisitos exigidos, también en este caso, por normativa comunitaria. Concretamente, efectuó la retirada de tierras en región distinta a la de producción. El recurrente aduce que actuó siguiendo instrucciones de la propia administración. El Tribunal Supremo rechaza estos argumentos, señalando que la resolución por la que se

deniega la ayuda es correcta, ya que no se cumplieron los requisitos. Y en cuanto a si se siguieron o no los criterios de la Administración, es una cuestión nueva que podrá, en su caso, solventarse dentro del ejercicio de una acción de responsabilidad administrativa.

### 3. DERECHO DE PROPIEDAD. IGUALDAD EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE PROPIEDAD INMOBILIARIA Y COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

La STC 54/2002, de 27 de febrero, ofrece un nuevo paso en la delimitación competencial de las materias con incidencia en el derecho de propiedad y el urbanismo. Sin perjuicio de la reseña que quepa hacer bajo la rúbrica del derecho urbanístico, aquí debe resaltarse que el punto clave que deja establecido el Tribunal es que las cesiones obligatorias de aprovechamiento urbanístico reguladas en el art. 14 de la Ley estatal de régimen del Suelo y Valoraciones no son un mínimo, que pueda ser incrementado por las Comunidades Autónomas, sino bien al contrario, un tope máximo que, en todo caso, es reducible por aquéllas. El “mínimo común denominador” a todas las legislaciones autonómicas sería, pues, más bien un máximo, que se incluye dentro de las reglas que corresponde establecer al Estado en virtud del art. 149.1.1 CE.

Y en este sentido, la Sentencia declara la inconstitucionalidad del art. 1.1 de la Ley del País Vasco 11/1998, de 20 de abril, que al regular la participación de la comunidad en las plusvalías generadas por la acción urbanística, establecía que “los propietarios de suelo urbano consolidado deben –al igual que los propietarios de suelo urbano no consolidado– ceder obligatoria y gratuitamente el 10 por ciento del aprovechamiento asignado a sus parcelas o solares (o en caso de obras de rehabilitación, el 10 por ciento del incremento de aprovechamiento urbanístico)”, mientras que la opción de la Ley estatal de Régimen del Suelo y Valoraciones consiste en que a los propietarios de suelo urbano “consolidado por la urbanización” sólo se les exige dos deberes urbanísticos: completar la urbanización hasta que alcance la condición de solar, y edificar en el plazo previsto por el planeamiento; por lo tanto, no se incluye deber alguno de cesión de aprovechamiento urbanístico. En cambio, los propietarios de suelo urbano “no consolidado por la urbanización” sí tienen ese deber.

Una vez señalado que el art. 1.1 de la Ley vasca vulnera lo dispuesto en los arts. 149.1.1 CE y 14 LRSV, el Tribunal Constitucional dedica tres fundamentos jurídicos para precisar el alcance de la declaración de inconstitucionalidad. Ante todo, la declaración sólo alcanza al precepto autonómico en cuanto comprende el suelo urbano consolidado; el resto del artículo (cesión del aprovechamiento urbanístico en suelo urbano no consolidado) no resulta afectado, puesto que no ha sido impugnado. Y, en segundo lugar, la declaración sólo tiene efectos *pro futuro*, para evitar que una declaración de nulidad, como la de inconstitucionalidad, obligara a los Municipios vascos a revisar las cesiones obligatorias ya firmes, con el peligro de quiebra de las finanzas locales que ello comporta. Así pues, la eficacia de la declaración de inconstitucionalidad alcanza a los supuestos nuevos, y a los procedimientos donde no haya resolución firme; en cambio, se mantienen las resoluciones con fuerza de cosa juzgada y también las situaciones administrativas firmes.

#### 4. ENERGÍA

##### A) Eléctrica

###### a) Comercialización, distribución y fijación de tarifas

Determinada entidad interpuso recurso frente al RD 2821/1998 por el que se fijaron las tarifas eléctricas para el año 1999. El recurso se fundó en la existencia de una rebaja en los costes tenidos en cuenta para la retribución de la comercialización realizada por empresas distribuidoras. Reducción que se entendía vulneraba las reglas generales en materia de fijación de tarifas, esto es, los principios de objetividad y transparencia, así como los de suficiencia y justicia.

El Tribunal en la **STS de 8 de octubre de 2001**, Ar. 438 de 2002, desestima el recurso al entender que la nueva fijación de las tarifas responde al nuevo modelo de distinción entre las fases de distribución y comercialización. La nueva situación se describe por el Tribunal en los siguientes términos:

“el apoyo normativo hay que buscarlo en el artículo 9.g) de la ley del sector eléctrico, conforme al cual son distribuidores aquellas sociedades mercantiles que tiene la función de distribuir energía eléctrica así como construir, mantener, operar las instalaciones de distribución destinadas a situar la energía en los puntos de consumo y proceder a su venta a aquellos consumidores finales que adquieran la energía eléctrica a tarifa o a otros distribuidores que también adquieran la energía eléctrica a tarifa. Quiere significarse con ello que las empresas distribuidoras tienen que actuar obligatoriamente (art. 44 LSE) como comercializadoras respecto a consumidores a tarifa, es decir, que no sean cualificados o tengan la condición de sujetos del sistema (productores, distribuidores, transportistas, etc.); de tal manera que una empresa de distribución, en estos casos de consumidores a tarifa, también tiene costes de comercialización, costes que derivan de sus obligaciones en relación al suministro de energía eléctrica, entre las que se encuentra, según el artículo 45.1.b), proceder a la medición de suministros (lectura) en la forma que reglamentariamente se determine, reservándose, en todo caso, la exactitud de la misma y la accesibilidad a los correspondientes aparatos, facilitando el control de las administraciones competentes. Es por eso que el propio precepto, en su apartado 3.b), establece, como correlativo derecho del distribuidor, el de facturar y cobrar el suministro realizado.

En estos supuestos, el respeto de los principios de objetividad y transparencia se consigue mediante la imposición a las empresas de distribución con venta a tarifa de la obligación de llevar en su contabilidad cuentas separadas que diferencien entre los ingresos y costes imputables estrictamente a cada una de dichas actividades, de explicar en la memoria de las cuentas anuales los criterios aplicados en el reparto de costes y de proporcionar a la Administración la información que les sea requerida, en especial en relación con sus estados financieros, que deberá ser verificada mediante auditorías externas a la propia empresa, artículo 20.2.3.4 de la ley del sector eléctrico”.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

De acuerdo con esta nueva situación, se concluye que los nuevos criterios tenidos en cuenta por la Administración para fijar las tarifas responden perfectamente a los principios aplicables en materia tarifaria, por lo que se debe desestimar el recurso.

### **b) Comercialización. Autorización para ejercer esta actividad. Medida cautelar denegada**

Un importante número de empresas eléctricas impugnaron el RD 1955/2000, de 1 de diciembre, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica. Dentro del proceso, solicitaron la suspensión del artículo 73.4 del citado Real Decreto, que exige determinadas condiciones de capacidad económica para poder ejercer la actividad de comercializador. El conflicto, de hecho, parece centrarse en la cuantía de las garantías exigibles a las empresas (aval de 100 millones de pesetas para responder de las compras realizadas en el mercado de producción).

El ATS de 21 de noviembre de 2001, Ar. 866 de 2002, desestimó la petición de adopción de medida cautelar, al entender que no se acreditaba de modo suficiente que los perjuicios del aval pudieran poner en peligro la supervivencia de las empresas recurrentes, mientras que por el contrario, la exigencia de aval respondía a una clara finalidad de interés general, al tratar de garantizar que las empresas comercializadoras de energía eléctrica que adquieran energía mantengan una determinada capacidad económica para cubrir la demanda de energía.

### **B) Energía nuclear**

#### **a) Sanciones**

La STC 25/2002, de 11 de febrero, se refiere al régimen sancionador aplicable a la energía nuclear, al resolver un recurso de amparo interpuesto por la empresa titular de la Central Nuclear Vandellós-1 con motivo de la sanción que le fue impuesta por no comunicar el incendio producido en 1989.

En primer lugar el Tribunal considera que no se vulnera el principio de tipicidad y de certeza de las infracciones, exigido por el art. 25 CE puesto que el art. 91 de la Ley de Energía Nuclear de 1964 contempla las infracciones relativas a la “comunicación de datos” en forma constitucionalmente legítima; como también considera legítima la remisión al Plan Básico de Emergencia Nuclear que prevé la obligación de comunicar cualquier incidente.

En segundo lugar, en cambio, el Tribunal acoge la alegación de la recurrente que entiende vulnerado el principio de predeterminación normativa de las sanciones impuestas, ya que la Disposición Adicional Segunda de la Ley 15/1980 creadora del Consejo de Seguridad Nuclear solamente establece un tope máximo a las sanciones sin fijar ningun-

na graduación de las mismas, lo que permite una discrecionalidad administrativa y judicial que según el Tribunal Constitucional vulnera el art. 25 CE. El Tribunal otorga el amparo pero en cambio no plantea la autocuestión de inconstitucionalidad contra la ley.

## b) Urbanismo

La especial protección que requiere toda actuación en materia de energía nuclear tiene también su reflejo en la normativa urbanística. En el caso que da origen a la **STS de 31 de diciembre de 2001**, Ar. 10129, la Diputación provincial de Guadalajara impugnó un Acuerdo de Consejo de Ministros por el que autorizaron las obras del proyecto de construcción del almacén de combustibles gastado de la central nuclear de Trillo, ordenando a su vez la iniciación del procedimiento de modificación de las normas subsidiarias del municipio.

La entidad local recurrente alega vulneración del principio de autonomía local, a lo que añade, que no se siguió el procedimiento adecuado, ya que entiende que la habilitación que ofrece el artículo 4.3 de la Ley 15/1980 de energía nuclear para usar el procedimiento urbanístico especial se refería expresamente al artículo 180 de la vieja ley del suelo, precepto ya derogado. El Tribunal Supremo rechaza esta alegación, al entender que la remisión del artículo 4.3 de la Ley de 1980 es una remisión dinámica y no estática, por lo que el precepto aplicable es ahora el 244 de la nueva ley del suelo, precepto que ha resistido el juicio del Tribunal Constitucional en su Sentencia 61/1997.

A continuación se examina una nueva alegación, centrada ya en el contenido del artículo 244.2 del TRLS. Para la entidad recurrente dicho precepto se refiere en exclusiva a proyectos promovidos por Administraciones públicas o entidades de derecho público, pero no por entidades mercantiles de derecho privado como la que promovió la construcción de un almacén. El Tribunal rechaza este argumento amparándose en el nuevo concepto de servicio público que, afirma, dimana del derecho comunitario. Por tanto, el servicio de suministro eléctrico habría dejado de ser un servicio público monopolístico, pero mantendría su carácter de servicio económico de interés general. En la prestación de este servicio la presencia de empresas privadas es la regla general, por lo que carece de todo relieve para impedir apreciar la presencia de las circunstancias de urgencia o excepcional interés público a que se refiere el artículo 244 del TRLS. Se concluye afirmando que los razonamientos anteriores sirven para justificar el presupuesto habilitante de existencia de circunstancias de excepcional interés público en el proyecto, con independencia de que sea promovido por entidades privadas que actúan en un sector regulado.

## C) Fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración

Determinada entidad impugnó los dos últimos párrafos de la Disposición Transitoria Primera del RD 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica

## **XIV. Derecho Administrativo Económico**

por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos y cogeneración. De forma sintética, puede establecerse que el sentido de los párrafos impugnados era limitar y poner determinadas condiciones a la aplicación del régimen jurídico previo, establecido en el RD 2366/1994 y prorrogado, y en este sentido asumido, por la Ley 54/1997, para quienes estuvieran acogidos a dicho régimen previo. La nueva normativa trataba de imponer en un horizonte de tres años que coincidieran jurídicamente las personas del titular de la instalación y el consumidor del calor útil, entendiendo por el primero a la empresa titular de la planta de generación de energía eléctrica y por el segundo al titular de la planta industrial que aprovecha el calor útil derivado del proceso de cogeneración.

La STS de 2 de abril de 2001, Ar. 433 de 2002, estima el recurso al entender que el Real Decreto carecía de cobertura normativa para modificar un reglamento anterior de contenido contrario, al haber sido asumido el marco normativo reglamentario previo y que se modifica por la Ley 54/1997.

### **5. FORMACIÓN CONTINUA DE TRABAJADORES Y FOMENTO DEL EMPLEO. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS**

La STC 95/2002, de 25 de abril, resuelve el recurso de inconstitucionalidad y el conflicto de competencias formulados por la Generalitat de Cataluña contra la Ley de presupuestos del estado de 1993 y el Acuerdo tripartito en materia de formación continua de trabajadores, suscrito entre el Gobierno de la nación, las organizaciones sindicales y las organizaciones empresariales, acuerdos que se han sucedido en años posteriores. En sustancia, la sentencia acoge las pretensiones de la Generalidad, sobre la base de entender que, siendo competente el Estado para la legislación laboral, ésta incluye el derecho de los trabajadores a su formación en el seno de la relación laboral y a la promoción a través del trabajo, por lo que la ejecución de la misma corresponde a la Comunidad Autónoma, y en concreto, la gestión de los fondos, que no puede ser consignada por medio de organismos de la Administración del Estado o a través de un ente paritario de ámbito estatal en el que no participe la Comunidad Autónoma.

La Sentencia descarta con insistencia que se trate de medidas de política económica o de fomento del empleo, que pudieran sustentar competencias estatales, ni que se trate de un Fondo nacional, sino que se trata de unas dotaciones presupuestarias dirigidas a la financiación de acciones formativas concretas.

Se acompañan dos votos particulares concurrentes y tres discrepantes, algunos de los cuales inciden en la naturaleza convencional del Acuerdo Tripartito y su eficacia en cuanto a la posible afectación del sistema constitucional de distribución competencial.

## 6. GANADERÍA

### Cuotas lecheras

La determinación de la cuota lechera ha dado lugar a diversos litigios, en los que se tiene en cuenta la normativa comunitaria aplicable. Las SSTs de 29 de octubre de 2001, Ar. 453 de 2002, 23 de enero de 2002, Ar. 1495 y 12 de febrero de 2002, Ar. 1267, resuelven sendos conflictos. En la primera de las sentencias citadas se desestima el recurso interpuesto frente a la denegación de incremento de cuota lechera, al constar que no se solicitó en el momento oportuno, sin que existiera causa de fuerza mayor que impidiera dicha solicitud.

Las dos últimas sentencias tienen como objeto sendos recursos frente a la aplicación de cantidad de referencia individual para la aplicación de la tasa suplementaria en el sector de la leche, remitiéndose la Sentencia de 12 de febrero a lo establecido en la de 23 de enero del mismo año.

## 7. INDUSTRIA

### Subvenciones

La actividad administrativa de fomento, otorgando incentivos en zonas de promoción económica, ha dado lugar a un gran número de conflictos de los que venimos dando cuenta en esta sección. A continuación damos cuenta de nuevas resoluciones judiciales en esta materia agrupadas en tres supuestos distintos.

En primer lugar, la STS de 29 de octubre de 2001, Ar. 10040, tiene como objeto la impugnación de la resolución administrativa por la que se ordena la devolución de las cantidades entregadas por incumplimiento de las condiciones. Reiterando una ya constante doctrina jurisprudencial, a la que hemos hecho referencia nosotros en números anteriores, se establece que el derecho de la Administración a reclamar el reintegro de subvenciones tiene un plazo de prescripción de cinco años. No obstante, en este caso, se rechaza el recurso al estimar el Tribunal que se dieron circunstancias interruptivas de la prescripción.

En segundo lugar, dos sentencias del Tribunal Supremo conocen de los recursos frente a denegaciones de solicitudes de subvención por falta de motivación. La STS de 29 de noviembre de 2001, Ar. 1788 de 2002, estima el recurso de casación frente a la sentencia que confirmó la denegación, al entender que la resolución administrativa careció de motivación suficiente. Reiterando doctrina general en materia de motivación de los actos administrativos, y negando que en la materia enjuiciada exista una esfera de discrecionalidad técnica que reduzca la necesidad de motivos, se anula la resolución administrativa, pero no se concede la subvención, obligando a la administración a resolver de nuevo de forma motivada.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

La STS de 11 de febrero de 2002, Ar. 1093, tiene también como objeto una sentencia que anuló una resolución administrativa de denegación de ayuda por falta de motivación. En este caso, sin embargo, la sentencia de primera instancia desestimó el recurso, mientras que el Tribunal Supremo casa esta sentencia por falta de motivación. Al casar la sentencia, el Tribunal Supremo estima que la doctrina aplicable en materia de control de la motivación de las resoluciones sobre otorgamiento de subvenciones era la contenida en la Sentencia de 4 de julio de 2001, Ar. 5405, y en base a la misma estima que el acto discutido era conforme a derecho, por lo que lo confirma.

Por último, las SSTS de 21 de octubre de 2001, Ar. 10037 y de 21 de enero de 2002, Ar. 222, tienen como objeto las sentencias de primera instancia que estimaron los recursos interpuestos por sendas entidades a las que se acordó la denegación del derecho a percibir la subvención ya concedida por incumplimiento de condiciones, recursos que se estiman por no haberse dado audiencia a las partes interesadas. Con razonamientos similares, ambas sentencias estiman que no se puede tener por decaída en sus derechos a una entidad, con pérdida de la subvención, sin ni siquiera cumplir el trámite de audiencia. Por tanto, se confirman las sentencias de primera instancia y se anulan los actos impugnados.

### 8. LIBERTAD DE EMPRESA Y UNIDAD DE MERCADO

#### Beneficios fiscales en el País Vasco y Navarra

La STC 96/2002, de 25 de abril, incide en uno de los aspectos relacionados con la existencia de una pluralidad de regímenes fiscales en España. En esta ocasión, se trata del recurso interpuesto por la Comunidad de la Rioja contra la Disposición Adicional Octava de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que dispone un reembolso tributario estatal a residentes en la Unión Europea que operan en el País Vasco o Navarra. Esta disposición estatal traía causa de la Decisión de la Comisión 93/337/CEE, de 10 de mayo, que consideró que las Normas forales que establecían incentivos fiscales a la inversión eran contrarias a la libertad de establecimiento del artículo 152 del Tratado CE.

La Comunidad Autónoma de La Rioja impugna la DA Octava porque los residentes en España, que no lo sean en el País Vasco y Navarra, aunque operen allí no tienen derecho a ningún tipo de beneficio fiscal, y ello provoca el llamado “efecto frontera”. Se plantea así la posible vulneración del principio de igualdad tributaria, territorial y de unidad de mercado.

El Tribunal, en el caso planteado, constata un trato diferente entre colectivos homogéneos: los residentes y los que no lo son. La finalidad perseguida es razonable (ejecutar un mandato comunitario), y también lo es el elemento diferenciador adoptado (la condición de no residente en España). Sin embargo, la localización de las ayudas impugnadas

en una parte del territorio nacional, a diferencia de lo que ocurre en Ceuta y Melilla o Canarias, no tiene ninguna justificación que las legitime. Por el contrario, las consecuencias tributarias que se derivan de la regulación son irrazonables y desproporcionadas en atención a la finalidad perseguida, puesto que hay una serie de sujetos, los residentes en dichos territorios forales y los residentes en la Unión Europea, que intervienen en el mercado autonómico de referencia y que ofrecen mejores servicios con una presión fiscal reducida o nula, tal y como se deriva de un examen específico de las Normas forales. En este sentido, aunque la finalidad era razonable, los medios utilizados para hacerla efectiva no eran los adecuados, puesto que la Comunidad Autónoma era la única que podía modificar o suprimir tales beneficios, según la distribución interna de competencias, que no se ve alterada por la ejecución del Derecho comunitario.

En cuanto a la alegada vulneración de las libertades de empresa, residencia y circulación, la sentencia declara que el art. 38 CE debe interpretarse con los artículos 128 y 131 CE, ya que implica el derecho a iniciar y sostener una actividad empresarial y a hacerlo en libre competencia, lo que exige la defensa de los empresarios contra las conductas o actuaciones contrarias a esa libertad. También debe aplicarse el artículo 139.2 CE, en la medida que una de las manifestaciones de la libertad de empresa es el traslado de industrias. Por lo tanto, cualquier medida que limite o fomente tal traslado, y que no se encuentre justificada, sino que levante barreras financieras o desvirtúe la igualdad de medios, irá en contra de la libertad de circulación y de la libertad de empresa.

En conclusión, la sentencia entiende que la Disposición Adicional Octava impugnada produce la fragmentación del territorio, con quiebra de la unidad de mercado, y provoca una serie de obstáculos para un colectivo de sujetos, que se encuentran en clara desventaja en el mercado respecto de aquellos otros que pueden optar a las ayudas fiscales.

## 9. NORMAS Y REGLAMENTOS TÉCNICOS

La STS de 14 de junio de 2001, Ar. 435 de 2002, al conocer de la impugnación directa de diversos artículos del Real Decreto 2661/1998, ha tenido ocasión de analizar el contenido y alcance de las llamadas normas técnicas, ya que la citada norma aprobó la Instrucción de Hormigón Estructural, EHE. Dicha Instrucción, por lo que ahora interesa destacar, exigía para los productos de construcción incluidos en su ámbito el cumplimiento de un conjunto de especificaciones técnicas, que se establecen por lo general por referencias a Reglamentos, Instrucciones, Normas UNE-EN o UNE. Para acreditar el cumplimiento de estos requisitos se establece que de forma adicional y voluntaria se podía incorporar un Certificado CC-EHE.

Los motivos de impugnación se analizan de forma separada en cuatro grandes fundamentos de la sentencia. En el primero, los recurrentes califican la Instrucción como reglamento técnico, y no como norma técnica, al tratarse de una disposición de cumplimiento obligatorio. Como consecuencia de esta calificación, entienden los recurrentes que la

## XIV. Derecho Administrativo Económico

Instrucción no podía dar entrada a la certificación voluntaria, pues, afirman, no cabe introducir en el ámbito propio de las reglamentaciones técnicas, inspiradas en la seguridad industrial, las certificaciones voluntarias que pertenecen tan sólo al ámbito propio de la calidad industrial.

El Tribunal rechaza estos argumentos afirmando que la separación entre el ámbito de la seguridad y la calidad industrial no es tan rígida como sostienen los recurrentes, por lo que los reglamentos técnicos pueden remitirse a normas técnicas aprobadas por organismos de normalización, y pueden entender que el cumplimiento de estos requisitos se entienden cubiertos por aquellos productos que hayan obtenido reconocimiento por determinadas certificaciones.

Los fundamentos segundo y tercero se ocupan de hecho de una misma línea argumental de los recurrentes. Éstos sostienen que la exigencia de determinados requisitos técnicos, o la marca de identificación, para las “barras corrugadas”, constituyen de hecho barreras de entrada a la circulación de dichos productos provenientes de otros Estados comunitarios.

El Tribunal rechaza también esta línea argumental, al entender que de hecho lo que sostienen los recurrentes es que una determinada aplicación de la Instrucción es la que podría dar lugar a esta limitación a la libre circulación de mercancías. Por tanto, en su caso deberá impugnarse esta actuación discriminatoria, pero no puede anularse la disposición general por posibles defectos en su aplicación.

Por último, los recurrentes solicitaron se les reconociera el derecho a ser indemnizados por los perjuicios que les habría ocasionado la prohibición de fabricación de productos con determinados diámetros, en aplicación de la Instrucción discutida. El Tribunal rechaza también esta petición, afirmando por un lado que no se prohíbe la fabricación de estos productos, ya que sólo se restringe su uso, y, por otro, que no hay motivo para solicitar la existencia de responsabilidad de la Administración a causa de la aprobación de una disposición de carácter general que exige por razones de seguridad determinados requisitos de producción, cuando, además, no se solicita la nulidad del precepto que causaría el perjuicio.

### 10. PESCA

#### A) Pesca marítima y distribución de competencias

La **STC 38/2002, de 14 de febrero**, resuelve dos conflictos de competencia cruzados entre la Junta de Andalucía y el Gobierno del Estado, en relación a la regulación del Plan de Ordenación de los Recursos Naturales del Parque Natural de Cabo de Gata-Níjar por la Comunidad Autónoma y de la Reserva Marina de Cabo de Gata-Níjar por el Estado. Esta sentencia, ya comentada en el número 16 de *Justicia Administrativa* desde la óptica de medio ambiente, interesa ahora desde la perspectiva del derecho administrativo económico para

destacar, por una parte, que el Tribunal considera de preferente aplicación el título competencial estatal sobre “pesca marina” respecto de las competencias autonómicas acerca de “medio ambiente” y “espacios naturales”. En consecuencia entiende que la Comunidad Autónoma no puede regular entre otras, cuestiones tales como los arrecifes artificiales, la actividad pesquera, las zonas de protección, las concesiones de permisos, etc., referidos a la franja de mar territorial incluida en el Parque.

Por otro lado, el Tribunal acude al derecho comunitario, si bien no es parámetro de contraste constitucional ni ha sido alegado en el proceso, para aplicar correctamente el sistema interno de distribución de competencias. Así, se confirma la competencia estatal proyectada sobre el mar territorial porque la regulación se incluye dentro de la perspectiva conservacionista de la materia “pesca marítima”.

La sentencia cuenta con un interesante voto particular formulado por Pablo García Manzano que entiende que no se ha producido ninguna extralimitación territorial y que el título competencial aplicable es el autonómico de protección de los recursos naturales, en atención a la finalidad perseguida por las normas objeto de conflicto.

### **B) Pesca marítima y ayudas a la construcción de buques**

La intervención administrativa en el proceso de construcción de buques de pesca se articula a través de una compleja normativa que habilita diversas autorizaciones administrativas. Este complejo proceso dio lugar a la declaración de caducidad de unas autorizaciones previas concedidas para la construcción de buques pesqueros, lo que ocasionó unos daños económicos cuantiosos. Planteada la reclamación de daños y perjuicios en vía administrativa, fue desestimada. Posteriormente, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid estimó el recurso y reconoció el derecho a una indemnización de 1.403.015.000 pesetas. Recurrida en casación la sentencia por el Abogado del Estado, el **Tribunal Supremo, en la sentencia de 8 de octubre de 2001**, Ar. 113 de 2002, estima el recurso casacional en cuanto entiende que la sentencia de instancia no aplicó el precepto aplicable, pero, entrando en el fondo de la cuestión, confirma la nulidad de las revocaciones y reduce la cuantía de la indemnización a 274.163.000 pesetas.

Los hechos que dan objeto a la sentencia citada consistieron en la declaración de caducidad de seis autorizaciones previas para construir buques pesqueros por entender que había caducado el plazo de construcción. Tras las alegaciones del sujeto autorizado, la administración revocó su decisión en relación a cuatro autorizaciones, que mantuvo en vigor, pero mantuvo la caducidad de dos autorizaciones.

La entidad recurrente entendió que la Administración había aplicado el plazo de caducidad con relación a la autorización previa para la obtención del crédito bancario, cuando debió tomar en cuenta la autorización para construir los barcos, que se obtuvo posteriormente por otro órgano administrativo. Este argumento es admitido por la sentencia de instancia, que anuló las resoluciones impugnadas.

## XIV. Derecho Administrativo Económico

El Tribunal Supremo, por su parte, entiende que el artículo aplicable era el 34.5 del RD de 28 de julio de 1989, precepto que amparaba, en principio, la declaración de caducidad de las autorizaciones otorgadas. Por ello, casa en este punto la sentencia recurrida. Ahora bien, admitida la aplicación del plazo del año, el Tribunal Supremo entra a analizar si se aplicó correctamente el precepto en cuestión, teniendo en cuenta los hechos sobre los que debió aplicarse. En este punto entra a enjuiciar uno de los argumentos de la recurrente, consistente en señalar que los barcos se construían en poliéster, por lo que todos tenían un molde común, por lo que, el inicio en la construcción de este molde interrumpía el plazo de construcción para todos los barcos. El Tribunal Supremo considera este argumento, y además valora que era de muy difícil cumplimiento la construcción de los seis barcos en el plazo de un año en el mismo astillero, por lo que la Administración que otorgó las autorizaciones no podía luego aplicar con rigor el plazo anual de caducidad. En consecuencia, declara la ilegalidad de las anulaciones por caducidad de las dos autorizaciones revocadas.

Por último, entrando en la fijación de los daños, estima acreditados los daños consistentes en los intereses bancarios pagados por el período de retraso en la construcción, el mayor coste de los buques y la inversión en Toneladas de registro bruto que resultó improductiva, pero no así los daños reclamados por lucro cesante, que se entienden no probados. Por ello, reduce la cuantía de la indemnización acordada por la sentencia de instancia.

### 11. PRECIOS Y TARIFAS

#### A) Precio del agua. El régimen fijado en un convenio no puede ser alterado por la modificación de la ordenanza

La STS de 16 de febrero de 2002, Ar. 1932, tiene como objeto una ordenanza municipal, y más en concreto su Anexo, en el que se modifican los precios reconocidos a determinados propietarios en un convenio del año 1962. Impugnada la ordenanza y su anexo, fue anulada en este punto concreto por sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia que es confirmada por la del Supremo antes citada.

El Ayuntamiento recurrente sostenía que la sentencia que impugna aplicaba de forma incorrecta el artículo 44 de la Ley de Haciendas Locales, pues dicho precepto establece con claridad que el precio público debe ser satisfecho por aquellas personas que utilizan el servicio, sin excepciones, y que la aplicación del Convenio de 23 de mayo de 1962 representa un abuso de derecho y vulnera el principio de igualdad en el pago de precios públicos, ya que constituye un privilegio fiscal que repercute negativamente en los otros ciudadanos. El Tribunal Supremo rechaza esta argumentación, y sostiene que no puede el Ayuntamiento alegar abuso de derecho en un acuerdo que libremente concertó, ni hablar de privilegios en lo que no es otra cosa que el reconocimiento de los derechos históricos de unos propietarios efectuado en un instrumento jurídico que dista mucho de ser una norma fiscal.

**B) Tarifas y cánones fijados sino cobertura legal y STC 185/1995**

Impugnada la fijación de la tarifa por Aprovechamiento especial de plataforma y locales de almacenaje de carga en el servicio de depósito o almacenaje, tarifa que había sido fijada por el Director del Organismo Autónomo Aeropuertos españoles, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, mediante sentencia dictada el año 1992, confirmó la validez de la resolución impugnada. El Tribunal en su **STS de 8 de octubre de 2001**, Ar. 1137 de 2002, casa la sentencia impugnada y declara la nulidad de la tarifa.

La razón de ser de la sentencia casacional se encuentra en el contenido de la conocida Sentencia 185/1995 del Tribunal Constitucional, que declaró la inconstitucionalidad de las letras a) y b) del artículo 24.1 de la Ley de tasas y precios públicos, preceptos que habían servido de cobertura para dictar la tarifa impugnada. De este modo, el Tribunal Supremo recoge su propia doctrina, contenida entre otras en la Sentencia de 2 de abril de 2001, Ar. 6009 y, por razones jurídicas sobrevenidas, acuerda la nulidad de la tarifa impugnada.

La Sentencia de 8 de octubre de 2001 se ocupa también de señalar con precisión cuál es el alcance de su fallo, y en este sentido establece que la doctrina del Tribunal Constitucional tiene plena eficacia porque se analiza una situación no consolidada, al estar impugnada la tarifa que se discute, y, por otro lado, establece que los efectos de la sentencia se limitan a la fecha de 26 de enero de 1996, ya que en esta fecha el Decreto-Ley 2/1996 ya dio cobertura legal a la tarifa en cuestión. La prestación patrimonial de carácter público se sujetó, gracias al Decreto-Ley, al principio de reserva legal.

La misma argumentación de fondo sirve al Tribunal **Supremo** en su **sentencia de 22 de diciembre de 2001**, Ar. 1115, para estimar el recurso de casación frente a la tarifa exigida sin cobertura legal por la ocupación de superficie en dominio público portuario. Le basta al Tribunal con recordar en este punto que la STC 185/1995 calificó toda ocupación de dominio público como prestación patrimonial de carácter público sujeta a la reserva legal, con lo que la tarifa exigida en base a un Real Decreto era contraria a derecho. En cuanto a los efectos de la sentencia, estima el Tribunal que el canon obtuvo su cobertura legal a través de la Ley de Puertos de 1997 que estableció los elementos esenciales del canon por ocupación o aprovechamiento del dominio público portuario.

**12. SERVICIO PÚBLICO****A) Servicio público esencial e iniciativa económica en la administración local**

La cuestión que se plantea la **STS de 1 de febrero de 2002**, Ar. 1590, consiste en resolver si la creación de una sociedad mercantil municipal que tenga por objeto un servicio público local esencial, la recogida de basuras, implica ejercer la iniciativa pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128.2 de la Constitución, y, en

## XIV. Derecho Administrativo Económico

consecuencia exige como presupuesto la tramitación del expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida a que se refieren los artículos 86.1 de la Ley 7/1985 y 97 del texto refundido 781/1986.

La sentencia de instancia anuló el acuerdo impugnado de creación de la sociedad municipal, al considerar que el expediente administrativo a que se refiere el artículo 86.1 de la Ley 7/1985 no se debe exigir si la sociedad municipal tiene por objeto un servicio público esencial, mientras que sí es exigible cuando se trata de ejercer la libre iniciativa económica, esto es, prestar un servicio en concurrencia con la iniciativa privada. Dado que en el caso enjuiciado, continúa la sentencia impugnada, de hecho la sociedad creada no se limitaba a prestar un servicio esencial y su objeto implicaba el ejercicio de la libre iniciativa económica, el acuerdo impugnado debía declararse contrario a derecho por no haber seguido el cauce del artículo 86.1 de la ley local.

Para el Tribunal Supremo el objeto de la sociedad suponía que se creaba una sociedad para la gestión directa de un servicio municipal. Ahora bien, de ello no deduce que no deba aplicarse el artículo 86.1 de la Ley 7/1985. Por tanto, para el Alto Tribunal, la nulidad del acuerdo municipal no deriva de vicios en su procedimiento de adopción, sino en la no aplicación de lo dispuesto en el artículo 86.1, a pesar de que entiende que el acuerdo no supone ejercicio de la libre iniciativa económica sino creación de una empresa municipal para la prestación de un servicio esencial. En definitiva, se concluye que “la creación de una empresa mercantil no puede hacerse, conforme al artículo 86.1 de la Ley 7/1985, sin un expediente previo para acreditar la oportunidad y conveniencia de la medida. Este requisito aparece justificado por el carácter excepcional que desde el punto de vista de los principios de libre empresa y libertad de mercado (artículo 38 de la Constitución) reviste la intervención pública en la actividad económica (artículo 128 de la Constitución). La intervención pública no resulta afectada por el hecho de que la actividad económica de que se trate se haya reservado al poder público como servicio esencial en régimen de monopolio (artículo 128, inciso segundo, de la Constitución), en contra de lo que sostiene la parte demandada y hoy recurrente. El sometimiento al derecho mercantil de una actividad de carácter económico, con la consiguiente huida de las limitaciones que impone el derecho administrativo a la actividad de los poderes públicos, comporta por sí una intervención de aquella naturaleza”.

### **B) Servicio de correos. Limitaciones en el acceso a su prestación**

En desarrollo de la Ley 31/1990 de presupuestos generales del Estado se aprobó el Real Decreto 1145/1992 por el que se regulaba la prestación de determinados servicios rápidos internacionales de recogida, transporte y entrega de cartas y tarjetas, el cual a su vez fue desarrollado por la Orden ministerial de 25 de marzo de 1993. Dicha Orden introdujo determinados requisitos subjetivos para poder ejercer la actividad prestacional regulada en el Real Decreto. Frente a dicha Orden recurrieron diversas entidades del sector, obteniendo una sentencia favorable en primera instancia, ya que se anularon diversos preceptos de la Orden impugnada. Frente a dicha sentencia recurrió la Administración

general del Estado, y el Tribunal desestimó el recurso mediante la **STS de 6 de febrero de 2002**, Ar. 888.

La cuestión jurídica que se debate en el recurso casacional se centra en el análisis del alcance de la potestad reglamentaria, una potestad reglamentaria que en este caso se ha ejercitado en cascada. Para el Abogado del Estado recurrente, la Orden ministerial se dicta por órgano competente, en virtud de la habilitación que le confiere el Reglamento, y se limita a desarrollar lo establecido en la norma superior sin contradecirla.

El Tribunal Supremo, entrando en el contenido de la norma enjuiciada, pone de manifiesto cómo la misma se enmarca en un proceso general de liberalización de los servicios postales impulsado por la normativa comunitaria. Dentro de este marco, cualquier restricción de los derechos y libertades de establecimiento y libre prestación de servicios debe interpretarse restrictivamente. Por ello, los requisitos que se establecen se entienden injustificados y pueden constituir una barrera de entrada de operadores, lo que supone contradecir la finalidad de la norma que se desarrolla. A mayor abundamiento se señala que el Organismo Autónomo Correos y Telégrafos, también operador en el sector, no precisa las autorizaciones que se requieren a los otros operadores que deben concurrir con él. Esta discrepancia supone una discriminación que fortalece la posición de dominio del ente estatal.

Por todo ello, se confirma la sentencia impugnada y en consecuencia se confirma la nulidad de los preceptos impugnados.

### **13. TRANSACCIONES EXTERIORES Y CIRCULACIÓN DE CAPITALES**

La **STC 75/2002, de 8 de abril**, considera que la supresión del delito monetario por vigencia del derecho comunitario no impide una regulación de la exportación de moneda que prevea la imposición de sanciones administrativas, por lo que desestima el recurso de amparo.

En el caso concreto, la autorización administrativa previa para las exportaciones de capital superiores a cinco millones prevista en el Real Decreto de 20 de diciembre de 1991, aplicable al caso, fue suprimida por la vigencia del derecho comunitario; pero se mantiene en vigor la obligación de declarar las exportaciones superiores a un millón de pesetas por persona y viaje, cuyo incumplimiento es constitutivo de infracción. El Tribunal Constitucional entiende ajustada la exigencia de un mínimo control sobre las transacciones exteriores, que no es incompatible con las exigencias comunitarias de libre circulación de capitales, tal y como ha admitido la STJCE de 23 de febrero de 1995.

### 14. TRANSPORTES

#### A) Por carretera

Otorgada la autorización para la ampliación de una concesión de transporte por carretera, una empresa competidora impugnó dicha resolución alegando que dicha ampliación le provocaba perjuicios económicos que podían hacer no rentable su actividad económica, así como existencia de vicios de procedimiento en el otorgamiento de la autorización.

El Tribunal Supremo, tras recordar una vez más cuál es el ámbito propio del recurso casacional, desestima el recurso en su **STS de 23 de octubre de 2001**, Ar. 129 de 2002. Para el Tribunal Supremo el recurrente no prueba los perjuicios económicos que se le causan, y menos aun que su línea se vea amenazada por la ampliación de otra línea. Por otra parte, estima que se siguió el procedimiento establecido, que se motivó la decisión que se impugna y además, añade el siempre discutible argumento, de que no existió indefensión ya que el recurrente ha podido alegar lo que estimó oportuno en vía de recurso administrativo y judicial.

La **STS de 6 de febrero de 2002**, Ar. 1086, tiene por objeto una cuestión diversa. En este caso el recurrente impugnó el archivo de una solicitud para la concesión de un servicio de transporte de viajeros por carretera, impugnación que fue desestimada en vía administrativa y judicial, confirmando el Tribunal Supremo la sentencia de primera instancia.

La cuestión jurídica que se plantea se centra de forma principal en la interpretación del contenido de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley de ordenación de los transportes terrestres de 30 de julio de 1987, según la cual se dispone el archivo de las solicitudes de nuevas líneas respecto de las cuales no se haya declarado la necesidad con anterioridad a la entrada en vigor de la ley. Para la administración, nunca hubo declaración de necesidad, por lo que procedía el archivo. Para el recurrente, la inactividad supone declaración de necesidad, y, por otra parte, no puede imputársele las consecuencias negativas de la inactividad administrativa.

El Tribunal Supremo rechaza los argumentos del recurrente. Por un lado entiende que frente a la inactividad el recurrente pudo utilizar las vías de defensa que permite la técnica del silencio y, por otro lado, frente a la alegación de que se había producido de hecho la declaración de necesidad de la nueva línea, lo que impediría su archivo, el Tribunal recoge abundante jurisprudencia propia anterior, entre otras las Sentencias de 15 de julio de 2000 y 28 de mayo de 2001, en las que se rechaza la posibilidad de que pueda admitirse una declaración de necesidad por la vía tácita o sobreentendida.

TOMÁS FONT I LLOVET  
JOSEP MOLLEVI BORTOLÓ  
JOAQUÍN TORNOS MAS



**XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD****Sumario:**

**1. Consumo.** A) En aplicación del Convenio de Bruselas los consumidores pueden reclamar judicialmente en su Estado de origen premios aparentemente ganados, cuando por parte de empresas extranjeras medien promesas de atribución personalizadas.

**2. Deporte.** A) El reconocimiento de titulaciones deportivas, como la de monitor de esquí, no cabe supeditarla en el marco de la Unión Europea al principio de reciprocidad.

**3. Educación.** A) No universitaria. a) Necesidad de justificar la falta de medios para denegar el acceso al régimen de concierto educativo. b) El derecho a la libre elección de Centro. B) Universitaria. a) No superación de selectividad y acceso a la Universidad por la vía especial para mayores de 25 años.

**4. Extranjeros.** A) Ciudadanía de la Unión Europea: momento en que se opone a cualquier discriminación. B) Entrada y residencia de nacionales de países terceros, cónyuges de nacionales de Estados miembros. C) Visado de residencia. D) Permiso de trabajo. E) Expulsión. F) Devolución. G) Asilo. H) Nacionalidad.

**5. Juego.** A) Las cantidades percibidas por los trabajadores de los casinos de juego pertenecientes al “tronco de propinas” deben tributar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

**6. Sanidad.** A) Incorrecta adaptación de la legislación española sobre médicos especialistas.

**1. CONSUMO**

**A) En aplicación del Convenio de Bruselas los consumidores pueden reclamar judicialmente en su Estado de origen premios aparentemente ganados, cuando por parte de empresas extranjeras medien promesas de atribución personalizadas**

La STJCE de 11 de julio de 2002 responde a una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal austriaco sobre si es posible declararse competente en una demanda formulada por un consumidor contra una empresa alemana, que previamente le había comunicado su suerte por haber conseguido un premio en metálico, aunque para su obtención debía hacer un gasto en productos del catálogo que se le adjuntaba. El consumidor cumple con la condición planteada para lograr el premio, pero la empresa no cumple con su parte.

En tales circunstancias, cuando un vendedor profesional se pone en contacto con un consumidor, en su domicilio, por medio de una o varias comunicaciones, con el fin de pro-

vocar un pedido de mercancías ofertadas en las condiciones determinadas por aquél, y el consumidor realiza efectivamente el pedido en el Estado contratante en que se encuentra su domicilio, puede entablarse una acción jurisdiccional en virtud de la legislación de su Estado para que se condene al vendedor a la entrega del premio aparentemente ganado, en la medida que constituye una acción relativa a un contrato celebrado por un consumidor en el sentido del artículo 13, párrafo primero, número 3, del Convenio de Bruselas.

## 2. DEPORTE

### A) El reconocimiento de titulaciones deportivas, como la de monitor de esquí, no cabe supeditarla en el marco de la Unión Europea al principio de reciprocidad

La STJCE de 16 de mayo de 2002, resuelve el recurso interpuesto por la Comisión contra la República Italiana. Su objeto se centra en determinar si se han incumplido las obligaciones que derivan de la Directiva 92/51/CEE del Consejo, relativas a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, en la medida en que en Italia la Ley marco sobre la profesión de monitor de esquí, y disposiciones adicionales de regulación de la profesión de guía de montaña, supeditan al requisito de reciprocidad el reconocimiento de estos títulos profesionales.

Al efecto, el Tribunal de Justicia declara que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que derivan de la Directiva 92/51/CEE y, por lo tanto, considera incompatible con el Derecho Comunitario supeditar en la Unión Europea a un requisito de reciprocidad el reconocimiento de titulaciones deportivas.

## 3. EDUCACIÓN

### A) No universitaria

#### a) Necesidad de justificar la falta de medios para denegar el acceso al régimen de concierto educativo

La STS de 21 de enero de 2002, Ar. 2516, considera que la invocada falta de disponibilidades presupuestarias, aducida por la Administración autonómica para fundamentar la denegación de acceso al régimen de conciertos educativos solicitado, sin justificar adecuadamente tal falta de disponibilidad y sin explicar la razón de dicho argumento, es insuficiente para acreditar la procedencia de tal denegación, que no deja de ser el resultado de una discrecionalidad jurisdiccionalmente controlable.

#### b) El derecho a la libre elección de Centro

Siguiendo jurisprudencia anterior, la STS de 8 de marzo de 2002, Ar. 1881, sistematiza su doctrina sobre el derecho a la libre elección de Centro educativo y lo hace, en lo que

aquí interesa, de la siguiente manera: es un derecho de alcance constitucional implícito en el derecho a la educación del artículo 27 CE, pero sin ser un derecho absoluto, de aplicación automática, al resultar constitucionalmente válido que los poderes públicos, en su deber de programación general de la enseñanza, garanticen la calidad de la misma estableciendo una *ratio* alumno-unidad; también es constitucionalmente válido que, para no superar esa *ratio*, se fijen criterios de admisión en el Centro, sin que ello signifique vulneración del derecho a la elección; no hay tampoco violación del derecho a la igualdad del artículo 14 CE cuando la propia norma, en su aplicación, lleva implícita la necesidad de valorar circunstancias diferentes con la lógica consecuencia de soluciones diferentes; cuando choca con las conveniencias didácticas, su ejercicio sólo puede ser satisfecho como manifestación de preferencia que debe ser satisfecha siempre que sea posible, por lo que, fijados legal o reglamentariamente los límites de esas conveniencias, no cabe amparar un derecho absoluto de elección que traspase los límites razonablemente establecidos.

### **B) Universitaria**

#### **a) No superación de selectividad y acceso a la Universidad por la vía especial para mayores de 25 años**

La STS de 15 de enero de 2002, Ar. 1022, contra el criterio de la Universidad interesada —que había denegado la solicitud de realización de las pruebas de acceso a la Universidad específicas para mayores de 25 años (OM de 26 de mayo de 1971)—, permitirá que una persona que habiendo superado el COU, pero no habiendo pasado la selectividad, pueda presentarse a dicha prueba específica, considerando (entre otras razones) que tal interpretación amplia es la que conduce a que cobre mayor efectividad el derecho de acceso a la cultura que proclama el artículo 44.1 CE.

## **4. EXTRANJEROS**

### **A) Ciudadanía de la Unión Europea: momento en que se opone a cualquier discriminación**

De la STJCE de 11 de julio de 2002, as. D’Hoop, C- 224/98, interesa ahora destacar su afirmación —que apoya en jurisprudencia anterior, pero obviamente muy reciente— de que las disposiciones relativas a la ciudadanía de la Unión Europea son aplicables desde su entrada en vigor y, por lo tanto, deben ser aplicadas a los efectos actuales de situaciones nacidas con anterioridad.

### **B) Entrada y residencia de nacionales de países terceros, cónyuges de nacionales de Estados miembros**

En su importante STJCE de 25 de julio de 2002, as. Movimiento contra el racismo, el antisemitismo y la xenofobia, C-459/99, el Tribunal de Luxemburgo ha interpretado las exigencias del Derecho comunitario en lo relativo al derecho de entrada y residencia de nacionales de países no comunitarios que sean cónyuges de nacionales de otros Estados

miembros y lo ha hecho, en síntesis, de la siguiente manera: 1º) 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; 2º) los Estados miembros no pueden 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 identidad y de su matrimonio con un nacional de un Estado miembro, por el único motivo de que haya entrado ilegalmente en el territorio del Estado miembro de que se trate; 3º) 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, y 4º) un extranjero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, tiene derecho a interponer un recurso ante la autoridad competente 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.

### **C) Visado de residencia**

La STS de 24 de octubre de 2001, Ar. 337 de 2002, considera razón excepcional suficiente para justificar la dispensa de la prórroga del visado de residencia al hecho de tener trabajo, disponer de medios económicos suficientes y estar casado con una española con anterioridad a su solicitud de exención.

### **D) Permiso de trabajo**

La STS de 19 de noviembre de 2001, Ar. 484 de 2002, considera daño indemnizable, que genera por consiguiente responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, la denegación del permiso de trabajo por parte del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, posteriormente anulada por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero que había acarreado como consecuencia inmediata el despido del trabajador extranjero (que la Jurisdicción Social había calificado, en su momento, de procedente y sin derecho a indemnización ni abono de salarios de tramitación algunos).

### **E) Expulsión**

Sobre esta materia merece destacarse la disparidad de criterios observada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (si bien en sentencias de las Secciones Séptima y Sexta, respectivamente), de la que damos cuenta seguidamente.

En efecto, la **STS de 7 de diciembre de 2001**, Ar. 931 de 2002, siguiendo jurisprudencia consolidada (y que en estas crónicas ha venido siendo ya debidamente reseñada), anulará una orden gubernativa de expulsión por no haberse constatado la existencia de prueba de cargo suficiente (capaz de destruir la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada) para que pueda adoptarse válidamente una medida como la expulsión [en concreto, por carecer de medios lícitos de vida; art. 26.1.f) de la LO de 1985].

Sin embargo, la **STS de 18 de marzo de 2002**, Ar. 3011, también ante un supuesto de expulsión, frente a las alegaciones relativas a la insuficiencia de prueba y a la presunción de inocencia, afirma apodícticamente que la expulsión “no constituye una sanción, sino la lógica consecuencia derivada de hallarse ilegalmente en España”; reiterando un poco más adelante que “como ha quedado dicho, no estamos ante una actuación sancionadora sino ante un procedimiento de comprobación de que la interesada reúne las condiciones que la legalidad vigente exige para que una extranjera pueda residir en España”.

### F) Devolución

La **STS de 14 de noviembre de 2001**, Ar. 659 de 2002, realiza unas interesantes consideraciones sobre este tipo específico de figura jurídica que es la devolución prevista en el artículo 36 LO de 1985 (art. 58 de la vigente LO de 2000): como ocurre en el presente supuesto, cuando se incumple la orden de expulsión y prohibición de entrada en territorio español durante cinco años, acordada tras un procedimiento en el que el recurrente ya tuvo oportunidad de formular alegaciones respecto de los motivos imputados, la posterior devolución –una vez producida la entrada ilegal que quebranta la mencionada orden de expulsión– es una manifestación de la propia ejecutividad del acto administrativo incumplido, que no tiene sustantividad propia como para justificar un nuevo procedimiento ni puede ser calificada tampoco como un procedimiento sancionador carente de garantías.

### G) Asilo

A este respecto se puede mencionar la **STS de 12 de noviembre de 2001**, Ar. 345 de 2002, no sólo por lo que resuelve –la concesión del asilo a un súbdito camerunés, miembro del Partido Político Movimiento Progresista– contra la denegación ministerial previa y contra el criterio del Tribunal de Justicia cuya Sentencia se recurre, sino por el *modus operandi* de la Sentencia de casación. Así, utilizando decididamente las previsiones del nuevo artículo 88.3 LJCA (“para integrar en los hechos admitidos por el Tribunal de Instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste, estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, incluso la desviación de poder”), tendrá en cuenta –y de manera decisiva– un documento incorporado al expediente administrativo, pero no valorado por la Administración, que probaría la mencionada militancia política. Además, realiza unas muy duras consideraciones sobre la

actuación de la Administración ante esta solicitud de asilo; más concretamente, sobre la motivación aducida para su denegación.

#### H) Nacionalidad

Con la STS de 24 de octubre de 2001, Ar. 338 de 2002, frente a la inicial denegación administrativa, el Tribunal Supremo concederá la nacionalidad española al solicitante tras desmontar “las razonadas sin razones” [sic] en que la Audiencia Nacional había fundamentado la desestimación del recurso (especialmente un Informe Confidencial del Director del CESID).

En este caso, la STS de 12 de marzo de 2002, Ar. 2994, ratifica la corrección de la previa Sentencia de la Audiencia Nacional —que había concedido la nacionalidad— al entender que el requisito de la buena conducta cívica (art. 22.4 CC) podía entenderse cumplido si se tenía en cuenta que la condena penal de la que había sido objeto el solicitante lo fue a una pena mínima y se había producido con lejanía en el tiempo respecto de la solicitud de otorgamiento de nacionalidad.

### 5. JUEGO

#### A) Las cantidades percibidas por los trabajadores de los casinos de juego pertenecientes al “tronco de propinas” deben tributar en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

La STS de 6 de septiembre de 2001, Ar. 397/2002, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, desestima el recurso de casación interpuesto por diversos trabajadores de un casino, con base fundamentalmente en otra STS de la Sala de lo Social de 23 de mayo de 1991, en la que, obviando el Reglamento de Casinos, se afirmaba que la propina es un acto transmisorio por el cual el cliente transfiere una parte de su patrimonio al trabajador, fuera del marco del contrato de trabajo suscrito con la empresa, de forma liberal, sin exigibilidad de ningún tipo y sin contraprestación recíproca del trabajador. En este sentido, puede afirmarse que “en la prestación de servicios es proverbial que cuando el empleado atiende al cliente con amabilidad, con rapidez, con eficacia, le instruye sobre ciertos aspectos, le ayuda, etc., el cliente suele corresponder con la entrega de una propina, que no tiene la naturaleza de donativo, sino, en cierto modo, de un sobreprecio, es decir de una cantidad adicional, que no se incorpora al precio convenido del servicio sino que se paga al trabajador. La actividad así realizada por el empleado no pugna con los intereses de la empresa, sino todo lo contrario coadyuva al éxito de la misma y, por tanto en la obtención de un mayor beneficio. No hay, pues, contraposición entre la conducta del empleado y la empresa, por ello las propinas son de los empleados”.

Por el contrario, en la actividad de juego la causa de la propina es sustancialmente dar la “suerte” al cliente, hacerle ganar en el juego, lo cual implica una paradójica contraposición, porque cuando gana el cliente, la empresa pierde, por ello el Reglamento de juego

de los Casinos, con toda lógica, establece que las propinas son de la empresa, pues sería absurdo que fuera de los empleados, en contra de su propio beneficio. No hay, pues, liberalidad, ni donación remuneratoria (art. 619 del Código Civil), sino una actividad peculiar como es el juego, regulado, por muy diversas razones, con toda minuciosidad, en el cual las propinas que los clientes entregan a los “croupiers” y a los demás empleados son ingresos de la empresa, la cual parte de las mismas la satisface a sus empleados como un rendimiento de su trabajo personal, que debe tributar en el IRPF.

### 6. SANIDAD

#### A) Incorrecta adaptación de la legislación española sobre médicos especialistas

La STJCE de 16 de mayo de 2002, as. Comisión contra España, C-232/99, declara el incumplimiento del Derecho comunitario al considerar que la adaptación a la Directiva 93/16/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos, que se hizo por el RD 2072/1995, de 22 de diciembre, de modificación del RD 1691/1989, de 29 de diciembre, por el que se regula el reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos de Médico y de Médicos Especialistas de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea, el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, había sido incorrecta.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA  
EDORTA COBREROS



**XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES****Sumario:**

**Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo.** A) 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 de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, por tener aquél rango de Subsecretario. b') Conocen de los actos dictados por el Tribunal Económico-Administrativo Central en materia de tributos cedidos, aunque la interposición del recurso contencioso-administrativo tuviera lugar antes de la entrada en vigor de la LJCA de 1998. c') Conocen de cuestiones de extranjería. c) Juzgados de lo Contencioso-Administrativo: la posibilidad de elección prevista en el artículo 14.1.2 LJCA sólo opera dentro de un mismo Tribunal Superior de Justicia, aunque se aplicaran únicamente normas estatales. B) Sujetos. a) Legitimación. a') Los Sindicatos pueden recurrir los Acuerdos fruto de la negociación de las condiciones de trabajo de los empleados de la Administración. b') Falta de legitimación cuando se aduce un mero interés en defensa de la legalidad. C) Objeto. a) Pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo los actos graciables del Gobierno. b) Las partes no tienen derecho al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad. c) Las correcciones disciplinarias en el curso de los procesos jurisdiccionales no son judicialmente impugnables. d) Distinción de las pretensiones de las partes de los argumentos en que se fundan a los efectos de apreciar una posible incongruencia de la sentencia. e) Determinación del acto a impugnar en un recurso interpuesto por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales. f) La pendencia de una impugnación indirecta no impide la impugnación de los autos de aplicación. D) Procedimiento. a) El examen de fondo está condicionado a la previa tramitación del procedimiento de revisión de oficio. b) El plazo de presentación de la demanda es improrrogable. c) Plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo en el ejercicio de la acción pública urbanística. d) Las alegaciones previas son un trámite procesal que tiene como finalidad evitar

la sustanciación del recurso contencioso-administrativo. e) Prueba: efectos de la falta de práctica de una prueba por causa no imputable al actor. f) Sentencias. a') El principio *iura novit curia* y el de congruencia de las sentencias son compatibles. b') Efectos de la alteración de Magistrado Ponente. E) Ejecución de sentencias. a) La procedencia de los intereses de demora es una cuestión que excede del fallo ejecutoriado.

b) Imposibilidad de examen en el incidente de ejecución de sentencias de una cuestión nueva no planteada en la instancia. c) El acuerdo de ejecución provisional está supeditado a la constitución de caución, para atender a garantizar los posibles perjuicios derivados de la falta de firmeza de la sentencia a ejecutar. F) Medidas cautelares. a) No se puede acordar la suspensión de actos de contenido negativo. b) Los criterios principales para otorgar la tutela cautelar son el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. c) Supuestos en que resulta de aplicación la doctrina de apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*. d) Debe suspenderse la orden de expulsión de extranjeros que tienen pendientes un

proceso judicial. **2. Recurso de casación.** A) Objeto. a) No son recurribles en casación los autos que se pronuncian sobre la competencia. b) El recurso de casación contra autos de suspensión queda sin objeto cuando recae sentencia sobre el fondo del asunto. c) No son recurribles las sentencias dictadas en apelación. B) Procedimiento: La habilitación general concedida a los funcionarios públicos en materia de personal, en virtud de la cual pueden comparecer por sí mismos, tiene una excepción en el recurso de casación. C) Motivos: Alcance del concepto de incongruencia omisiva como fundamento de la infracción de las normas reguladoras de la sentencia. D) Inadmisión.

a) Personal. a') La restitución de la condición de militar es susceptible de recurso de casación. b') El litigio sobre una pensión de viudedad es una cuestión de personal. c') Es admisible el recurso de casación contra sentencias sobre Convenio Marco del personal municipal. b) Cuantía. a') Las cuotas de Seguridad Social se computan mes a mes. b') En materia de exenciones tributarias, en las que en principio la cuantía es indeterminada, se puede determinar la misma aplicando la regla 6ª del artículo 489 de la LEC de 1881. c') La regla de notoriedad es aplicable por supletoriedad en el ámbito casacional. c) Falta de fundamento. a') Es inadmisibile el recurso cuyos motivos son erróneamente invocados. b') No es admisible invocar normas declaradas inconstitucionales. c') Las normas de Derecho autonómico no pueden fundamentar un recurso de

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

casación, aunque se invoquen normas de derecho estatal, cuando su cita es meramente instrumental. d) Defectuosa preparación. a') En todas las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia se debe justificar la influencia de la infracción de Derecho estatal o comunitario europeo. b') La defectuosa preparación no puede subsanarse. e) Falta de interés casacional: la homologación de título de profesor de seguridad vial carece de interés casacional. **3. Recurso de casación para la unificación de doctrina.**

A) Requisitos. a) Incidencia de pronunciamientos distintos sin existir doctrina legal sobre la cuestión. b) Triple identidad. c) Acreditación de la firmeza de las sentencias de contraste. **4. Recurso de casación en interés de la Ley.** A) Legitimación activa:

Administración Pública territorial con interés legítimo en el asunto. B) Requisitos del escrito de interposición: concreción de la doctrina legal pretendida. **5. Incidente de nulidad de actuaciones.** A) Motivos.

### INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de febrero a junio de 2002 en el Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, recoge diversos pronunciamientos jurisdiccionales referentes a la nueva Ley Jurisdiccional de 1998, entre los que pueden ser destacados los relativos a la competencia sobre las cuestiones de extranjería, el plazo para la interposición del recurso contencioso-administrativo y la causa de inadmisión del recurso de casación por falta de interés casacional.

### 1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

#### A) 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 6 de noviembre de 2001, Ar. 146, atribuye a 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) LJCA, 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 de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, por tener aquél rango de Subsecretario

La STS de 13 de noviembre de 2001, Ar. 9841, ha declarado la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los recursos contencioso-administrativos planteados contra resoluciones del Director General de la Agencia Tributaria en materia de personal, todo ello en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1.i), en relación con los arts. 9.c) y 13.a), todos de la LJCA, pues conforme al primero de los artículos referidos las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocen, en materia de personal, de los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado, teniendo en este caso el Director General de la Agencia Tributaria rango de Subsecretario según establece el artículo 103.tres.1, párrafo tercero, de la Ley 31/1990.

b') Conocen de los actos dictados por el Tribunal Económico-Administrativo Central en materia de tributos cedidos, aunque la interposición del recurso contencioso-administrativo tuviera lugar antes de la entrada en vigor de la LJCA de 1998

La entrada en vigor de la LJCA de 1998, supuso una modificación competencial del conocimiento de los actos dictados por el Tribunal Económico-Administrativo Central, pues mientras la Ley Jurisdiccional de 1956 atribuía a la Audiencia Nacional la revisión de los actos dictados por aquél sin limitación alguna, en la nueva Ley de 1998, se distingue entre tributos cedidos –cuya competencia ahora se atribuye a los Tribunales Superiores de Justicia– y no cedidos, cuya competencia sigue atribuida a la Audiencia Nacional.

En este sentido la STS de 14 de noviembre de 2001, Ar. 9842, atribuye la competencia al Tribunal Superior de Justicia para conocer de un recurso interpuesto contra una resolución del Tribunal Económico-Central en materia de tributos cedidos, aun cuando la interposición del recurso contencioso-administrativo tuviera lugar antes de la entrada en vigor de la LJCA de 1998, todo ello por la no aplicación de las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la LJCA, las cuales, de haberse aplicado, hubieran seguido atribuyendo la competencia a la Audiencia Nacional.

### c') Conocen de cuestiones de extranjería

El ATS de 19 de octubre de 2001, Ar. 689, considera que el recurso contencioso-administrativo sobre una Resolución de un Gobernador Civil que decretó la expulsión del territorio nacional es competencia de los Tribunales Superiores de Justicia.

Ciertamente en la LJCA los recursos contra actos de la Administración periférica del Estado, como es el caso, son competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (artículo 8.3) y, en apelación, de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia (artículos 10.2 y 81.1). Por ello, en principio, a la sentencia cuestionada debería aplicársele lo establecido en el inciso final del apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera de la nueva Ley, debiendo ser considerada como si hubiera sido dictada en segunda instancia a efectos impugnatorios, de modo que no cabría contra ella recurso de casación, que sólo procede contra las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia (artículo 86.1). Téngase en cuenta que la norma legal que asimila las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia a sentencias de segunda instancia está redactada en plural, “en estos casos” dice, expresión que permite abarcar tanto los casos del primer inciso del apartado 2 de la Transitoria Primera –prácticamente muy pocos toda vez que los Juzgados comenzaron a funcionar al día siguiente de la entrada en vigor de la Ley 29/1998– como los casos del apartado 1 de la propia Transitoria Primera, entre los que se encuentra la sentencia que ahora se pretende recurrir en casación.

Sin embargo, precisado esto, no cabe desconocer que la competencia atribuida en el artículo 8.3 a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para conocer de los recursos que se deduzcan contra actos de la Administración periférica del Estado no es absoluta sino que está sujeta a limitaciones. En el párrafo segundo del propio artículo 8.3 se exceptúan los actos de cuantía superior a 10 millones de pesetas y además los que se dicten en ejercicio de competencias sobre el dominio público, obras públicas del Estado, expropiación forzosa y propiedades especiales. No hay duda de que el acto impugnado, dictado en materia de extranjería –sanción de expulsión del territorio nacional, con la consiguiente prohibición de entrada por un período de tres años–, no se encuentra comprendido en las excepciones a que se refiere, por razón de la materia litigiosa, el párrafo segundo del artículo 8.3, pero tampoco cabe negar que tal acto, o quizá mejor, que el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el mismo es de cuantía indeterminada, ya que no es posible su determinación acudiendo a las reglas legales establecidas al efecto. Por otro lado, que el artículo 42.2 LJCA repunte de cuantía indeterminada los recursos que *nominatim* se relacionan en el mismo, no significa, como se desprende de su inciso final, que no quepa considerar también como de cuantía indeterminada aquellos otros asuntos no susceptibles de valoración económica con arreglo a las normas de la legislación procesal civil y a las especiales del artículo 42.1 de dicha Ley.

Pues bien, llegados a este punto, la Sala entiende que los actos emanados de la Administración periférica del Estado de cuantía indeterminada, como indudablemente es el de autos, deben recibir el mismo tratamiento competencial que el establecido para los de cuantía superior a 10 millones de pesetas. Esto significa que el conocimiento de los

recursos deducidos contra esos actos, con arreglo a lo dispuesto en la LJCA, no está atribuido a los Juzgados –artículo 8.3, párrafo segundo– sino a los Tribunales Superiores de Justicia –artículo 10.1.j)– y por ende que la sentencia que se pretende recurrir debe entenderse dictada en única instancia. Y además, como la propia cuantía indeterminada del asunto litigioso excluye a aquélla de la excepción prevista en la letra b) del apartado 2 del artículo 86, según viene entendiendo reiteradamente la Sala, la conclusión es que la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* es recurrible en casación.

**c) Juzgados de lo Contencioso-Administrativo: la posibilidad de elección prevista en el artículo 14.1.2 LJCA sólo opera dentro de un mismo Tribunal Superior de Justicia, aunque se aplicaran únicamente normas estatales**

El Tribunal Supremo ha seguido aplicando en la STS de 30 de octubre de 2001, Ar. 9773, la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual el fuero electivo en materia sancionadora, previsto en la regla segunda del artículo 14.1 de la LJCA, sólo tiene aplicación dentro del ámbito territorial de competencia de un solo Tribunal Superior de Justicia, precisándose que esta doctrina es aplicable aunque en la demanda únicamente se invoquen normas estatales, pues cuando el órgano que dictó el acto administrativo impugnado se incardina en una Comunidad Autónoma hay siempre aspectos reglados por la normativa autonómica, señaladamente los referentes a la competencia y posiblemente otros procedimentales, que potencialmente pueden ser objeto de pleito.

**B) Sujetos**

**a) Legitimación**

**a') Los Sindicatos pueden recurrir los Acuerdos fruto de la negociación de las condiciones de trabajo de los empleados de la Administración**

La STS de 16 de noviembre de 2001, Ar. 9752, ha admitido la legitimación de los Sindicatos para impugnar los Acuerdos de las Administraciones Públicas relativos a las condiciones de trabajo de los empleados públicos. En este sentido se afirma que resulta evidente que el éxito de la pretensión que ejercen sobre esta materia, determina un beneficio indudable para los intereses profesionales y económicos que los Sindicatos defienden. De esta manera la legitimación *ad causam* viene sustentada en la presencia de un interés cualificado y específico, que viene a identificarse en la obtención de un beneficio o la desaparición de un perjuicio, en el supuesto de que prospere la pretensión ejercitada, y que no necesariamente ha de ser patrimonial.

**b') Falta de legitimación cuando se aduce un mero interés en defensa de la legalidad**

La STS de 28 de noviembre de 2001, Ar. 9799, ha examinado la legitimación para interponer recurso contencioso-administrativo cuando únicamente se está provisto de un mero interés en defensa de la legalidad. Así se niega la legitimación por cuanto la im-

## XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

sibilidad de producción del efecto pretendido implica la falta de interés legitimador, al negar cualquier efecto práctico a los intereses del actor. En este caso la postura de éste viene a quedar asimilada, a lo sumo, al mero interés en pro de la legalidad, equivalente al concepto de legitimación popular, y que en nuestro ordenamiento contencioso-administrativo únicamente es admitido en supuestos concretos, como por ejemplo, en defensa de la legalidad urbanística, del patrimonio histórico-artístico, etc.

### **C) Objeto**

#### **a) Pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo los actos graciables del Gobierno**

Según nos recuerda el **ATS de 21 de enero de 2002**, Ar. 927, la jurisprudencia 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.

#### **b) Las partes no tienen derecho al planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad**

La **STS de 28 de enero de 2002**, Ar. 919, nos recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional que declaraba que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva de los órganos judiciales, puesto que el artículo 35 LOTC no obliga al órgano judicial a plantear la cuestión cuando lo pida una parte, sino que el planteamiento sólo ha de producirse cuando el Juez o Tribunal considere que la norma de cuya validez depende el fallo a adoptar pueda ser contraria a la Constitución. El citado precepto no concede un derecho a las partes al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que establece el artículo 163 CE, sino únicamente la facultad de instarlo ante los órganos judiciales, a cuyo único criterio, sin embargo, la Constitución ha confiado el efectivo planteamiento de aquélla cuando, de oficio o a instancia de parte, aprecien dudas sobre la constitucionalidad de la norma aplicable al caso que deben resolver.

El deber de motivación de las resoluciones judiciales no requiere que entre éstas y las alegaciones de las partes exista una exacta correspondencia, y menos aún es exigible esta correspondencia cuando dichas alegaciones van encaminadas a que el Tribunal plantee una cuestión de inconstitucionalidad. En consecuencia, no cabe reprochar a la Sala de instancia que no se haya pronunciado expresamente sobre alguna de las razones que habrían debido conducir al planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

#### **c) Las correcciones disciplinarias en el curso de los procesos jurisdiccionales no son judicialmente impugnables**

Después de una inicial polémica, el criterio ya consolidado es el utilizado por las **SSTS de 31 de enero y 5 de febrero de 2002**, Ar. 934 y 935, al señalar que las correcciones disciplinarias impuestas por los jueces y tribunales en el curso de un procedimiento, y

las resoluciones revisoras de las mismas son actos cuya naturaleza es jurisdiccional y no administrativa, que, por esta razón, quedan excluidos del control contencioso-administrativo.

**d) Distinción de las pretensiones de las partes de los argumentos en que se fundan a los efectos de apreciar una posible incongruencia de la sentencia**

El principio *iura novit curia* excusa al órgano jurisdiccional de ajustarse a los razonamientos jurídicos aducidos por las partes siempre que no se altere la *causa petendi* ni se sustituya el tema *decidendi*. No obstante, precisa la STS de 17 de noviembre de 2001, Ar. 10273, la Sala ha de pronunciarse sobre lo solicitado motivando debidamente su decisión, lo que no supone que la motivación jurídica de la sentencia deba replicar a cada uno de los argumentos aducidos ni sea exigible que responda exhaustivamente a todas las alegaciones realizadas por los litigantes, pues la congruencia requiere un análisis de los diversos motivos de impugnación, pero no de los argumentos jurídicos que no integran la pretensión ni constituyen en rigor cuestiones, sino el discurso lógico jurídico de las partes.

**e) Determinación del acto a impugnar en un recurso interpuesto por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales**

El que la regulación procesal del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona se muestre más generoso a la hora de precisar el acto administrativo impugnado no significa que actuaciones administrativas inexistentes puedan ser impugnadas por esta vía. Valga como muestra lo declarado por la STS de 26 de octubre de 2001, Ar. 492, en la que se declara la imposibilidad de impugnar un simple acto preparatorio carente de la posibilidad de incidir en la situación jurídica de los interesados, por lo que no cabe hablar de violación alguna de derechos fundamentales.

**f) La pendencia de una impugnación indirecta no impide la impugnación de los autos de aplicación**

Conforme al artículo 26.1 LJCA además de la impugnación directa de las disposiciones generales de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundado en que tales disposiciones no son conforme a Derecho e incluso la propia impugnación indirecta de las disposiciones generales autoaplicativas o que se ejecutan por sí mismas, cuando hubieran de ser cumplidas directamente por los interesados, sin necesidad de un acto previo de requerimiento o sujeción individual (artículo 39.3 LJCA). Según la STS de 16 de febrero de 2002, Ar. 1350, es obvio que ni la falta de impugnación directa de la disposición general, ni la desestimación de la que, en su caso, se haya planteado ni, mucho menos, la pendencia de una impugnación directa planteada en un proceso distinto impide, en forma alguna, la impugnación de los actos de aplicación individual.

### D) Procedimiento

#### a) El examen de fondo está condicionado a la previa tramitación del procedimiento de revisión de oficio

La STS de 12 de noviembre de 2001, Ar. 1122, nos recuerda que la jurisprudencia ha distinguido tradicionalmente dos fases en los procedimientos de revisión de oficio.

La primera comprende la apertura de un expediente en el que, tras los trámites pertinentes, la Administración determina *prima facie* si el acto o actos cuya revisión se pide adolecen o no de los vicios que determinarían su revisión. En caso de que la conclusión sea afirmativa se abre la segunda fase que incluye la solicitud de dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo de la Comunidad Autónoma equiparable a él y la decisión de anular o no el acto de que se trate, según el dictamen que se emita.

Pues bien, la jurisprudencia ha venido declarando en forma constante que en los casos en que no se ha tramitado el procedimiento completo, en las dos fases que se acaban de enunciar, no se puede entrar en la cuestión de fondo de la revisión en vía jurisdiccional de los actos administrativos y disposiciones generales de que se trate. El examen de fondo está condicionado, por ello, a la previa tramitación del procedimiento adecuado por la Administración autora del acto o reglamento sujeto a revisión, del que es pieza esencial el dictamen favorable del Consejo de Estado. Eludido dicho trámite, bien por total inactividad que desemboca en desestimación presunta por silencio, bien por resolución expresa que deniega la revisión quedándose en la primera fase, lo procedente no es que la Jurisdicción entre a conocer del acto o la norma, sino que, en su caso, ordene a la Administración que inicie el trámite de la segunda fase y la concluya dictando la pertinente resolución expresa en orden a si existe la nulidad o anulabilidad pretendida.

#### b) El plazo de presentación de la demanda es improrrogable

El escrito de demanda es esencial en el proceso contencioso-administrativo. Es el acto de parte en que el actor formula y fundamenta su pretensión o pretensiones en relación con el acto o la disposición que se impugna en sede jurisdiccional, que sólo se ha individualizado en el escrito de interposición, y solicita la aplicación del Derecho a su favor. Por eso, la jurisprudencia relativa a la anterior LJCA (de 1956) entiende que el actor debe deducir su demanda en el plazo de veinte días hábiles a partir del día siguiente al de la recepción del expediente administrativo y que este plazo, entendiéndose que inicia el proceso por contener la pretensión, es improrrogable, de suerte que si no se presentase la demanda dentro del mismo, el Tribunal debe declarar de oficio caducado el recurso.

#### c) Plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo en el ejercicio de la acción pública urbanística

La STS de 26 de octubre de 2001, Ar. 9411, rechaza la extemporaneidad en el ejercicio de la acción pública en defensa de la legalidad urbanística, al considerar que la Sala de instancia acudió a una antigua doctrina del Tribunal Supremo sobre la cuestión y que se

encuentra superada en la actualidad. En este sentido se ha de impedir que quienes hayan intervenido en un expediente de otorgamiento de licencia urbanística y hayan obtenido notificación del acuerdo de concesión puedan ampararse en los plazos que para el uso de la acción pública urbanística concede la Ley del Suelo, exigiendo que la impugnación de la licencia se lleve a cabo interponiendo los recursos pertinentes en los plazos ordinarios. A *sensu contrario* ausente la notificación personal, es decir, ante el desconocimiento de la existencia de concesión de licencia alguna en una fecha determinada, nos encontramos con la inexistencia de plazo para interponer contra ella el correspondiente recurso.

El segundo inciso del artículo 121.1 LJCA (de 1956) dispone que, aunque los plazos son siempre improrrogables, el Tribunal debe admitir el escrito que proceda y producirá sus efectos legales si se presentase dentro del día en que se notifique la oportuna providencia. La jurisprudencia de este Tribunal, de la que son muestra las **SSTS de 29 de enero y 1 de febrero de 2002**, Ar. 2220 y 2227, viene considerando que esta disposición no es aplicable técnicamente al plazo de presentación del escrito de demanda. El plazo del artículo 67 LJCA (de 1956) es, como se ha dicho, improrrogable y de caducidad o preclusivo, lo que significa que transcurrido el último día del plazo, sin que el actor haya presentado su demanda, ha perdido por imperio de la ley el derecho al trámite para deducir la demanda. Esta pérdida de derecho al trámite se produce *ope legis*, sin que el hecho de que el Tribunal declare la caducidad del recurso, una vez transcurrido el último día de plazo, comporte ampliación de éste.

En definitiva, aunque el criterio jurisprudencial sobre esta cuestión no ha sido en modo alguno unánime, el Tribunal Supremo, desde la Sentencia de la Sección Cuarta de la Sala Tercera de 19 de mayo de 1994, se ha inclinado por la interpretación plenamente consolidada en la jurisprudencia actual de este Tribunal, por la que se considera inaplicable el artículo 121 LJCA (de 1956) al supuesto de presentación extemporánea de la demanda.

#### **d) Las alegaciones previas son un trámite procesal que tiene como finalidad evitar la sustanciación del recurso contencioso-administrativo**

La novedad que supuso la introducción, como trámite procesal con sustantividad propia, de las alegaciones previas está siendo refrendado por uso cada vez más frecuente por las Administraciones demandadas con la finalidad de evitar la sustanciación hasta su conclusión de un recurso contencioso-administrativo. Valga como buena muestra de ello el **ATS de 27 de septiembre de 2001**, Ar. 9571, en el que la Sala declara la inadmisibilidad de un recurso al estimar la alegación previa efectuada por el Abogado del Estado, consistente en afirmar la falta de jurisdicción del órgano jurisdiccional para entrar a conocer de un acto que tiene una naturaleza parlamentaria, lo que supone la exclusión de la jurisdicción contencioso-administrativa para su revisión jurisdiccional de acuerdo con lo expresado en el artículo 1 de la Ley Jurisdiccional.

**e) Prueba: efectos de la falta de práctica de una prueba por causa no imputable al actor**

La situación de indefensión en que puede quedar colocado el actor al no practicarse una actividad probatoria concreta solicitada por él y admitida por la Sala tiene un fiel reflejo en la **STS de 21 de noviembre de 2001**, Ar. 9718. Nos encontramos con una prueba solicitada en tiempo hábil, y que no fue proveída su admisión o práctica, dentro del término legal para ello, siendo la misma de trascendental importancia para fijar las circunstancias fácticas del litigio. Por ello esta falta de práctica de esa prueba ha producido una evidente indefensión a la parte recurrente, poniéndose de manifiesto la vulneración de las garantías procesales sobre la actividad probatoria de la parte.

**f) Sentencias**

**a') El principio *iura novit curia* y el de congruencia de las sentencias son compatibles**

Como nos recuerda la **STS de 8 de enero de 2002**, Ar. 2047, recapitulando la doctrina jurisprudencial, el principio de congruencia exige que el debate quede limitado dentro de las pretensiones de las partes y a este ámbito ha de atenerse el órgano jurisdiccional al decidir la cuestión planteada, ya que en otro caso existe incongruencia si el juzgador se aparta de los límites de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones deducidas para fundar el recurso y la apelación, lo cual no significa que los Tribunales hayan de someterse a los razonamientos jurídicos de los litigantes (*iura novit curia*) y pueden basar sus decisiones en otros distintos sin que suponga vicio de incongruencia. Por otra parte, no todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del artículo 24.1 CE o si, por el contrario, puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva.

**b') Efectos de la alteración de Magistrado Ponente**

La **STS de 2 de octubre de 2001**, Ar. 10069, ha precisado el alcance de la sustitución de Magistrado Ponente en un litigio. Así se declara que si bien es cierto que en cada pleito habrá un Magistrado Ponente, cuya designación se hará en la primera resolución que se dicte en el proceso, notificándose a las partes el nombrado y, en su caso, del que con arreglo al turno ya establecido le sustituya, con expresión de las causas que motiven la sustitución, no puede dejar de ponderarse, que uno y otro Magistrado, esto, es el nombrado al inicio como Ponente y el designado después antes de dictar sentencia, sustituyendo al anterior, integraron la Sala que conocía del proceso desde el momento de su interposición, sin que en momento alguno fuera cuestionada tal composición, y siendo ello así, en modo alguno cabe considerar vulnerado el derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la Ley, cuando se admitió la original composición de la Sala, sin proponer contra ella abstención o recusación alguna.

**E) Ejecución de sentencias****a) La procedencia de los intereses de demora es una cuestión que excede del fallo ejecutoriado**

El ATS de 17 de septiembre de 2001, Ar. 9324, nos recuerda los límites que han de presidir el incidente de ejecución de sentencias. En este sentido se afirma que, teniendo en cuenta el ámbito procesal de la ejecución de sentencias, en el que lo único atendible es el contenido de lo resuelto en la sentencia que se trata de ejecutar, impediría considerar la posibilidad de otorgar en vía de ejecución lo que no había sido otorgado en la sentencia, principio que hace inviables las peticiones de la recurrente relativas a los intereses o a una actualización en función del IPC, visto que ninguno de estos aspectos había sido recogido en el fallo que ha de ejecutarse y ni siquiera había sido traído a colación en parte alguna de la sentencia.

**b) Imposibilidad de examen en el incidente de ejecución de sentencias de una cuestión nueva no planteada en la instancia**

El incidente de ejecución de sentencias no resulta ser un válido instrumento procesal para pretender ampliar el alcance del contenido de un fallo firme. Así lo declara el ATS de 20 de julio de 2001, Ar. 429, al afirmar que el entrar a analizar una cuestión nueva, respecto de la cual no pudo pronunciarse la Sala en la sentencia a ejecutar, implicaría una revisión sustancial de lo decidido por la Sala por vía de ejecución, lo cual está vedado al deberse ceñir el incidente de ejecución a cumplir de manera rigurosa con los pronunciamientos de la sentencia.

**c) El acuerdo de ejecución provisional está supeditado a la constitución de caución, para atender a garantizar los posibles perjuicios derivados de la falta de firmeza de la sentencia a ejecutar**

La STS de 2 de octubre de 2001, Ar. 106, ha precisado los criterios fácticos que han de tenerse en cuenta a la hora de acordar o no la ejecución provisional de una sentencia que carece de firmeza. Así, la Sala de instancia ha de entrar a evaluar los intereses contrapuestos, otorgando prioridad a los de mayor intensidad, de manera que la posible producción de perjuicios al oponente en la ejecución, ha de provocar la decisión de la Sala de supeditar la concesión de la ejecución provisional a la constitución por parte del actor de una caución con el fin de responder a los citados perjuicios. Valga como ejemplo una situación típica de ejecución provisional, cual es la anulación por parte de la Sala de instancia de una autorización de apertura de una oficina de farmacia. En este caso la constitución de caución o garantía resulta esencial para responder de la falta de ventas, beneficios, gastos del local, alquileres, gastos de devolución de medicamentos o caducidad de los existentes que se le ocasionan al que ha de cerrar su oficina de farmacia y se encuentra pendiente de una sentencia de casación.

### F) Medidas cautelares

#### a) No se puede acordar la suspensión de actos de contenido negativo

Es conocida la jurisprudencia que declara la improcedencia de acordar medidas cautelares de suspensión respecto de actos de contenido negativo que no innovan en nada una situación jurídica preexistente, ya que, en otro caso, se estaría dando lugar a conceder lo denegado, al menos durante la sustanciación del proceso.

En el caso analizado por la STS de 25 de febrero de 2002, Ar. 1632, la medida cautelar pedida en instancia consiste en que se impida la adjudicación a terceros de los trabajos de ordenación y desarrollo urbanístico de un polígono. Se solicita, en definitiva, que se dejen en suspenso las potestades administrativas para el desarrollo urbanístico del polígono en tanto no se resuelva por sentencia firme la impugnación del acuerdo que rechaza la propuesta de los actores. La medida cautelar se deniega en aplicación de la anterior doctrina y en la medida en que perturbaría los intereses públicos y que, por el contrario, los perjuicios que se irrogarían a la actora en caso de estimación del recurso serían reparables mediante la correspondiente indemnización.

#### b) Los criterios principales para otorgar la tutela cautelar son el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*

La STS de 21 de enero de 2002, Ar. 1572, nos recuerda el marco legal y jurisprudencial en que debe moverse un proceso cuyo objeto sea la obtención de una tutela cautelar, ya tenga ese proceso la naturaleza de incidental respecto de otro principal, que es lo que normalmente ocurre, ya tenga la naturaleza de proceso autónomo.

Aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*) y la apariencia de que el demandante ostenta el derecho invocado con la consiguiente probable o verosímil ilegalidad de la actuación administrativa (*fumus boni iuris*) y, de otro lado, valorar el perjuicio que para el interés general acarrearía la adopción de la medida cautelar solicitada.

En definitiva, a la hora de decidir si procede otorgar la justicia cautelar hay que empezar por comprobar si concurren los dos presupuestos indicados: *periculum in mora* y *fumus boni iuris*; y una vez comprobado que, efectivamente, se dan esos presupuestos, el operador jurídico deberá pasar a valorar los hechos desde la perspectiva del interés general, lo que, por lo demás, es criterio que ha de presidir siempre la actividad hermenéutica en el ámbito del derecho administrativo. De aquí que no pueda decirse que esta valoración del interés general constituya, propiamente, un presupuesto más para la adopción de la medida, sino modo operativo normal, y también inexcusable para la aplicación del derecho administrativo. Esta doctrina constitucional está ya hoy positivizada en la nueva LJCA (de 1998) que está subrayando que la justicia provisional forma parte de las conviccio-

nes de la vigente cultura jurídica española (y también de la de la Unión Europea pues es sabido que el Tribunal de Luxemburgo ha hecho suya también esta forma de tutela judicial). La concesión de una medida cautelar *provisionalísima* de suspensión está supeditada al análisis del interés público presente en la cuestión litigiosa.

Los criterios que informan la adopción o no de una medida cautelar *provisionalísima*, *inaudita parte*, amparada en el artículo 135 de la Ley Jurisdiccional son objeto de examen en el **ATS de 24 de septiembre de 2001**, Ar. 9336, resolución que impone un análisis ponderado tanto del interés general como del particular del recurrente. Así cuando el interés general pueda verse gravemente perturbado por el otorgamiento de una suspensión inmediata de la ejecutividad del acto impugnado, se ha de denegar la concesión de la medida solicitada, sin perjuicio de la continuación de la pieza separada del incidente cautelar ordinario, con audiencia de la parte contraria, en el que, con mayor conocimiento de todas las circunstancias concurrentes, que no constan en la tramitación breve e inmediata de una medida de carácter *provisionalísima*, podría resolverse sobre la normal suspensión del acto impugnado en el recurso contencioso-administrativo.

#### **c) Supuestos en que resulta de aplicación la doctrina de apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris***

El criterio de la apariencia de buen derecho, como determinante de la suspensión de la ejecución del acto o disposición impugnados ha sido acogido por nuestra jurisprudencia en supuestos muy concretos. Así el **ATS de 14 de noviembre de 2001**, Ar. 348, ha delimitado los mismos precisando que sólo cabe cuando resulta *ab initio* una manifiesta evidencia de la apariencia de la lesión a la legalidad cometida por la Administración o constan sólidos antecedentes jurisprudenciales en los que, para casos iguales, se habían dictado sentencias estimatorias en los respectivos recursos.

#### **d) Debe suspenderse la orden de expulsión de extranjeros que tienen pendientes un proceso judicial**

Es doctrina reiterada, oportunamente recordada por la **STS de 31 de enero de 2002**, Ar. 1167, que si bien la necesidad de defensa en el recurso contencioso interpuesto contra el acuerdo de expulsión no es razón bastante para justificar la suspensión del acto impugnado –así se afirma que “las dificultades de defenderse en el proceso para los extranjeros obligados a salir del territorio español no tienen un valor decisivo para acceder a la suspensión de la ejecutividad de la orden de expulsión o de la conminación a abandonar dicho territorio, porque, de lo contrario, la suspensión se convertiría en una medida cautelar automática y esto no se compadece con el enunciado principio de eficacia administrativa”–, ello no obsta para que en aquellos casos en que se encuentre pendiente un proceso judicial por otra causa en el que es parte el recurrente la tesis debe ser la contraria, dado que la expulsión puede comportar la imposibilidad o, al menos, una grave dificultad de ejercer el derecho de defensa en ese proceso, ajeno al de expulsión, con plena efectividad.

### 2. RECURSO DE CASACIÓN

#### A) Objeto

##### a) No son recurribles en casación los autos que se pronuncian sobre la competencia

El ATS de 29 de octubre de 2001, Ar. 690, considera que no es susceptible de casación la resolución que declara la incompetencia de la Sala, pues los autos de esta naturaleza no se encuentran entre los previstos *numerus clausus* en el artículo 87.1 LJCA.

A este respecto, cabe señalar que el artículo 87.1 LJCA limita el recurso de casación contra autos sólo a cuatro clases de éstos, esto es, los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, hagan imposible su continuación, los que pongan término a la pieza separada de suspensión o de otras medidas cautelares y los recaídos en ejecución de sentencia, en ninguna de cuyas categorías cabe incluir las resoluciones que se pronuncien sobre la competencia, pues en estos casos en que se emite un pronunciamiento judicial sobre la competencia objetiva no deviene imposible la continuación del recurso contencioso-administrativo, ya que seguirá conociendo del recurso otro órgano judicial del mismo orden jurisdiccional.

##### b) El recurso de casación contra autos de suspensión queda sin objeto cuando recae sentencia sobre el fondo del asunto

La STS de 4 de febrero de 2002, Ar. 881, recuerda la doctrina consolidada que establece que 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; ya que las cuestiones referentes a la ejecución del acto deben resolverse acudiendo a lo ordenado en el fallo. En definitiva, tal doctrina establece que en el supuesto de haberse pronunciado sentencia en la instancia con anterioridad al trámite de admisibilidad del recurso de casación ha de declararse éste inadmisibile, pero si tal sentencia recayera con posterioridad a dicho trámite, salvo que la parte recurrente en casación desistiere de tal recurso, ha de pronunciarse sentencia declarando no haber lugar al recurso de casación por carecer el mismo de contenido; por lo que en coherencia con ello también se ha declarado que 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.

##### c) No son recurribles las sentencias dictadas en apelación

Las sentencias dictadas en un recurso de apelación no son susceptibles de recurso de casación, ya que como ha dicho el ATS de 15 de octubre de 2001, Ar. 688, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 86.1 LJCA, sólo son susceptibles de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. Limitación igualmente aplicable en el

supuesto del artículo 86.3 LJCA, que únicamente configura una contraexcepción a las excepciones relacionadas en el artículo 86.2 de la misma norma.

Tras realizar una interpretación literal, histórica, legislativa, sistemática y finalista de los preceptos implicados, el Auto comentado concluye que la previsión del apartado 1 del artículo 86 LJCA, limita la posibilidad de ser recurridas en casación sólo a las sentencias dictadas “en única instancia” y, prevalece sobre lo dispuesto en el apartado 3 del mismo precepto, que se refiere a la posibilidad de recurrir “en todo caso” en casación las sentencias que resuelvan recursos contra disposiciones de carácter general. Es decir, la expresión “en todo caso”, contenida en el apartado 3, no enerva lo dispuesto en el apartado 1, sino que sólo se sobrepone a lo dispuesto en el apartado 2 del citado artículo 86.

### **B) Procedimiento: La habilitación general concedida a los funcionarios públicos en materia de personal, en virtud de la cual pueden comparecer por sí mismos, tiene una excepción en el recurso de casación**

El ATS de 29 de octubre de 2001, Ar. 428, ha resuelto la siguiente cuestión: discernir si los funcionarios públicos de carrera están facultados para comparecer por sí, sin la asistencia de Procurador y Abogado, en los recursos de casación promovidos por aquéllos en cuestiones tales les conciernen o, por el contrario, si tal asistencia de los profesionales citados es exigible, en todo caso, en los recursos de casación. El Alto Tribunal opta por esta última posibilidad al considerar que la complejidad de la actividad procesal, tanto en lo que hace a su contenido como a su forma, propia de este recurso extraordinario, que sólo puede interponerse por determinados motivos, con el consiguiente rigor que éste comporta en orden a la subsunción de los vicios jurídicos de que puede adolecer la resolución judicial recurrida hace necesario la intervención de Abogado y Procurador. Además nos recuerda el Tribunal Supremo que las pretensiones de las partes en vía casacional deben moverse, a diferencia de lo que ocurre en la primera y segunda instancia, en torno a la aplicación de la ley efectuada por el órgano jurisdiccional *a quo*, quedando relegada a un segundo plano la actividad administrativa inicialmente impugnada, que es precisamente, en el caso de las cuestiones de personal, el dato del que arranca la presunción de que el funcionario público no está necesitado de asistencia jurídica.

### **C) Motivos: Alcance del concepto de incongruencia omisiva como fundamento de la infracción de las normas reguladoras de la sentencia**

La STS de 2 de octubre de 2001, Ar. 9550, nos recuerda el alcance del concepto de congruencia exigible de toda sentencia. Así se afirma que este concepto es más riguroso en el orden contencioso-administrativo que en el civil, pues mientras que en éste la congruencia de la sentencia viene referida a la demanda y a las demás pretensiones deducidas en el pleito, por aplicación del artículo 359 de la LEC, las Salas de lo Contencioso-Administrativo están obligadas a juzgar dentro de los límites de las pretensiones formuladas por las partes y de las alegaciones formuladas para fundamentar el recurso y la oposición.

**D) Inadmisión**

**a) Personal**

**a') La restitución de la condición de militar es susceptible de recurso de casación**

El artículo 86.2.a) LJCA exceptúa del recurso de casación las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública salvo que afecten al nacimiento o a la extinción de la relación de servicio de un funcionario de carrera. Por ello, el **ATS de 26 de noviembre de 2001**, Ar. 730, considera recurrible en casación la sentencia relativa a la restitución de la condición de militar de carrera y consiguiente reincorporación al Cuerpo de la Guardia Civil, ya que la cuestión debatida está relacionada con el renacimiento de la relación de servicio del recurrente.

**b') El litigio sobre una pensión de viudedad es una cuestión de personal**

La **STS de 12 de febrero de 2002**, Ar. 1338, reitera la jurisprudencia en el sentido de que deben calificarse como cuestiones de personal todos los asuntos que versen sobre la percepción de haberes pasivos, lo mismo si los ha de percibir el propio funcionario, en los casos de jubilación o retiro, o un familiar o conviviente en los casos de viudedad u orfandad, por ser la relación funcional la determinante del derecho a la percepción, de aplicación al presente caso aun tratándose de una prestación extraordinaria de viudedad.

**c') Es admisible el recurso de casación contra sentencias sobre Convenio Marco del personal municipal**

El **ATS de 8 de octubre de 2001**, Ar. 686, considera admisible el recurso de casación formulado contra el Convenio Marco del personal funcionario y laboral de un Ayuntamiento, ya que se trata de un recurso directo contra una disposición de carácter general por lo que no es de aplicación el artículo 86.2.a) LJCA.

**b) Cuantía**

**a') Las cuotas de Seguridad Social se computan mes a mes**

Tratándose de cuotas por débitos a la Seguridad Social, las cifras que deben tomarse en consideración, a los efectos de admisión del recurso de casación, son, como señala la **STS de 11 de febrero de 2002**, Ar. 1608, las cuotas que se autoliquidan e ingresan por el sujeto obligado mes por mes y no por períodos de tiempo distintos.

**b') En materia de exenciones tributarias, en las que en principio la cuantía es indeterminada, se puede determinar la misma aplicando la regla 6ª del artículo 489 de la LEC de 1881**

La **STS de 30 de octubre de 2001**, Ar. 10096, precisa que en materia de exenciones tributarias, que indudablemente tienen una trascendencia periódica, sin que pueda deter-

minarse a priori su duración, resulta de aplicación la regla 6ª del artículo 489 de la LEC de 1881 que dispone que “en los juicios sobre el derecho a exigir prestaciones periódicas se calculará el valor por el importe de una anualidad multiplicada por diez, salvo que el plazo fijado fuera inferior, y por diez se multiplicará también la anualidad si la prestación fuera vitalicia”.

**c’) La regla de notoriedad es aplicable por supletoriedad en el ámbito casacional**

La STS de 15 de noviembre de 2001, Ar. 10214, nos recuerda que en asuntos de cuantía indeterminada, resulta de aplicación la regla de notoriedad recogida en la regla 4ª del artículo 1710.1 de la LEC de 1881, en virtud de la cual se permite declarar la inadmisibilidad del recurso de casación cuando la cuantía del asunto no alcanza de manera evidente y ostensible el límite casacional impuesto por la Ley Jurisdiccional.

**c) Falta de fundamento**

**a’) Es inadmisibile el recurso cuyos motivos son erróneamente invocados**

Como ha precisado la STS de 21 de enero de 2002, Ar. 2048, el recurso de casación es un recurso extraordinario que sólo puede ser articulado por alguno de los motivos que señala la ley. Si el motivo se encuentra invocado erróneamente la Sala no tiene facultades para encuadrar el vicio alegado en motivo diferente del que se ha hecho valer, dado el principio de justicia rogada que preside la articulación del recurso de casación, precisamente por su carácter extraordinario.

**b’) No es admisible invocar normas declaradas inconstitucionales**

Según las SSTs de 20 y 21 de febrero de 2002, Ar. 1373 y 1379, no es admisible la cita en un recurso de casación de preceptos declarados anticonstitucionales (cuya declaración tiene efectos *ex tunc*), sino que, para cumplir la exigencia que impone la Ley Jurisdiccional de citar los preceptos que se consideran infringidos, debe indagarse los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional, hallar los preceptos que había de entenderse que sustituían a los declarados anticonstitucionales y citar éstos como infringidos en el recurso de casación.

**c’) Las normas de Derecho autonómico no pueden fundamentar un recurso de casación, aunque se invoquen normas de derecho estatal, cuando su cita es meramente instrumental**

La STS de 20 de julio de 2001, Ar. 9840, ha precisado que no caben discutirse en casación la interpretación que efectúa la Sala de instancia de normas autonómicas ya que el recurso de casación está limitado al control de la aplicación del Derecho estatal, con exclusión del Derecho autonómico o municipal. En este supuesto el actor intentó obviar esta limitación con la invocación meramente instrumental de preceptos de Derecho estatal, instrumentalidad que se evidencia por el dato incuestionable de que la Sala de instancia no ha hecho mención ni aplicación alguna de dichos preceptos.

**d) Defectuosa preparación**

a') **En todas las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia se debe justificar la influencia de la infracción de Derecho estatal o comunitario europeo**

La STS de 17 de octubre de 2001, Ar. 9403, ha recordado la reiterada doctrina que, en los recursos de casación contra las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, exige precisar la naturaleza estatal de la norma aplicada en la sentencia, que ésta sea relevante y determinante del fallo, y justificar, de forma escueta, si se quiere, pero de modo suficiente dicha infracción y su influencia en el fallo, lo que mal puede suceder cuando ni siquiera la norma se cita en el escrito.

b') **La defectuosa preparación no puede subsanarse**

La STS de 19 de noviembre de 2001, Ar. 9715, nos recuerda, de nuevo, que la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado a propósito de la defectuosa preparación en el recurso de casación integra estas dos declaraciones: de un lado, que la carga procesal exigible a quien prepara el recurso de casación no se libera citando apodícticamente las normas estatales o europeas que se reputen infringidas sin añadir justificación alguna, es decir, omitiendo el juicio de relevancia legalmente exigible; y de otro, que el defecto de justificación apreciable en el escrito de preparación no es subsanable en el escrito de interposición.

**e) Falta de interés casacional: la homologación de título de profesor de seguridad vial carece de interés casacional**

El artículo 93.2.e) LJCA dispone que la Sala dictará auto de inadmisión, en los asuntos de cuantía indeterminada que no se refieran a la impugnación directa o indirecta de una disposición de carácter general, siempre que el recurso estuviese fundado en el motivo del artículo 88.1.d), cuando se apreciase que el asunto carece de interés casacional por no afectar a un gran número de situaciones o no poseer el suficiente contenido de generalidad.

En base a este precepto, el ATS de 19 de noviembre de 2001, Ar. 729, considera que, carece de interés casacional e inadmite el recurso de casación sobre la homologación de los títulos civiles de profesor de seguridad vial y director de escuela de conductores basada en la previa posesión del título militar de profesor-director de escuelas de conductores militares.

Al respecto de la interpretación del concepto jurídico indeterminado “carencia de interés casacional”, la Sala no comparte las alegaciones formuladas por el recurrente en el trámite de audiencia, basadas en meras conjeturas, cuando afirma que “la resolución que se dicte en este recurso de casación, va a tener una gran transcendencia para un gran número de militares en igual situación que mi mandante”, afirmación ayuna de todo respaldo probatorio, aun en el terreno de los indicios. Además, la eventual resolución de fondo con que pudiera terminar este recurso únicamente afectaría a la situación del recu-

rente, sin que a tales efectos pueda conjeturarse, razonablemente, sobre la posible afectación de la sentencia a un gran número de personas en idéntica situación que el recurrente, pues no sólo habría de tratarse de miembros de las Fuerzas Armadas, sino que estuviesen en posesión del Título de Profesor-Director de Escuela de Conductores Militares, además de que estuvieran interesados en su convalidación por el correspondiente título civil, y la Administración denegase las correspondientes solicitudes sobre la base de razonamientos semejantes a los determinantes del acto administrativo aquí recurrido en la instancia.

### **3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA**

#### **A) Requisitos**

##### **a) Incidencia de pronunciamientos distintos sin existir doctrina legal sobre la cuestión**

Como ha señalado la STS de 5 de noviembre de 2001, Ar. 9437, la existencia de doctrina legal sobre la cuestión litigiosa es requisito esencial para la apreciación de la contradicción entre pronunciamientos distintos, fundamento este del recurso de casación para la unificación de doctrina.

##### **b) Triple identidad**

Las SSTS de 21 de diciembre de 2001, Ar. 10121 y 10122, han delimitado los elementos esenciales de identidad que han de concurrir para la estimación de un recurso de casación para la unificación de doctrina, a saber: idéntica situación procesal de las partes recurrentes, un mismo objeto litigioso concretándose el mismo en hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales y por último la aplicación en ambas resoluciones, la impugnada y la de contraste de una misma normativa.

##### **c) Acreditación de la firmeza de las sentencias de contraste**

La STS de 10 de diciembre de 2001, Ar. 520, ha establecido doctrina relativa a las formas de acreditación de la firmeza de las sentencias de contraste esgrimidas, requisito este que con frecuencia es obviado por los recurrentes. Así se declara tanto la exigencia de que las sentencias que se invoquen por su contradicción con la recurrida han de constar mediante certificaciones como la autenticidad de la justificación de la firmeza del fallo o fallos enfrentados al de instancia, pues sólo en el caso de que las Sentencias sean irrecuables pueden esgrimirse como contradictorias.

### 4. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY

#### A) Legitimación activa: Administración Pública territorial con interés legítimo en el asunto

No basta con ser una Administración Pública territorial para estar legitimada para interponer un recurso de casación en interés de la ley. En este sentido el **ATS de 15 de octubre de 2001**, Ar. 604, fija en torno a la Administración competente por razón de la materia, la capacidad de accionar a través de este remedio casacional, de manera que la gestión del interés general implicado en el proceso, traducido en el ejercicio de la potestad sobre una determinada materia, es la que viene a precisar qué Administración Pública puede interponer válidamente este tipo de recurso.

#### B) Requisitos del escrito de interposición: concreción de la doctrina legal pretendida

La Administración debe observar una serie de requisitos cuando decide interponer esta modalidad de recurso casacional. Así la **STS de 15 de octubre de 2001**, Ar. 9899, impone a aquélla la necesidad de concretar y argumentar la doctrina legal que pretende sea estimada por el Tribunal de casación, lo que impide la pretensión de obtener un simple pronunciamiento genérico, basado en la práctica reproducción de un mandato legal. Tal desviación impugnatoria, lo mismo que cualquier otra motivada por el mero interés en contrariar una resolución judicial desfavorable, implica una utilización temeraria del recurso por parte de la Administración recurrente.

### 5. INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

#### A) Motivos

El **ATS de 20 de noviembre de 2001**, Ar. 1519, ha precisado que las nulidades de actos judiciales previstas en el artículo 240 LOPJ se establecen en dos niveles: a) Nulidad de actuaciones surgidas de los supuestos de “nulidad de pleno derecho, en todo caso, y de los defectos de forma en los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión”, nulidad que se haría valer por medio de los recursos establecidos”. Son nulidades que surgen intramuros del proceso, antes de que éste finalice por sentencia o resolución sin ulterior recurso. b) “Nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo”, siempre que no hubieran podido ser denunciados antes de dictarse la sentencia o resolución que ponga fin al proceso, no susceptibles de recurso.

Para estos supuestos se estableció el incidente “excepcional” de nulidad de actuaciones, reservado a quienes hubieran sido partes legítimas en el proceso. Y, prosiguiendo el iter legislativo, el artículo 214 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, ha reducido aun más el ámbito del instrumento de aclaración de sentencias, al no permitir la más que para “aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan”.

Ésta es también la solución que se ha implantado en la jurisprudencia constitucional, que sistemáticamente viene negando la admisión del recurso de amparo en los supuestos en que la parte recurrente no haya instado en su momento, dentro de los veinte días que conceden los textos legales indicados, el incidente de nulidad de la sentencia (ATC de 27 de noviembre de 2000, recurso de amparo 258/1998).

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

JAVIER FERNÁNDEZ-CORREDOR SÁNCHEZ-DIEZMA

# N O T A S



# N O T A S

