Justicia Administrativa

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial
LEX NOVA

REVISTA
Justicia Administrativa

CONSEJO ASESOR

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

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

SECRETARÍA TÉCNICA

Margarita Beladiez Rojo
Universidad Complutense de Madrid

© LEX NOVA 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.

Justicia Administrativa
REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO **Nº 16** JULIO 2002

Sumario:

DOCTRINA:

[5] **Especialidades del régimen jurídico-administrativo de los organismos públicos de investigación y las universidades: en particular, el fomento de la innovación mediante la creación de empresas de base tecnológica**
ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH

[35] **Notificaciones administrativas: presunciones y ficciones**
FRANCISCO VELASCO CABALLERO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

DOCUMENTACIÓN:

[311] **La implantación de la Comarca en Aragón**
RAMÓN SALANOVA ALCALDE

[327] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Especialidades del régimen jurídico-administrativo de los organismos públicos de investigación y las universidades: en particular, el fomento de la innovación mediante la creación de empresas de base tecnológica

ÁNGEL MENÉNDEZ REXACH

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario:

I. Introducción. II. Especialidades del régimen de los organismos públicos de investigación en la legislación estatal. A) Naturaleza y régimen aplicable. B) Peculiaridades en materia de personal. C) Régimen de contratación. D) Peculiaridades del régimen económico-financiero. E) Las estructuras orgánicas de las actividades de I+D. 1. Unidades propias. 2. Unidades mixtas. 3. Unidades asociadas. 4. Sociedades mercantiles. 5. Otras opciones organizativas. 6. Modalidades de cooperación que no suponen la creación de estructuras. III. La legislación autonómica de fomento de la investigación. IV. La nueva Ley Orgánica de universidades y el fomento de la investigación. A) Estructuras de la investigación. B) Fomento de las actividades de I+D+I de las Universidades. C) Régimen del personal. V. Régimen de los centros de innovación y tecnología. A) Concepto y fines. B) Reconocimiento y registro. C) Efectos del reconocimiento. VI. Recapitulación.

I. INTRODUCCIÓN[1]

En diciembre de 1995, la Comisión europea hacía público el Libro Verde de la Innovación[2], con el fin de "identificar los diferentes elementos, positivos y negativos, de

(1) Este trabajo se publicará también en el Libro Homenaje al profesor DÍEZ-PICAZO.

(2) *Boletín de la Unión Europea*, suplemento 5/1995, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas 1996, 108 páginas.

los que depende la innovación en Europa y formular propuestas de acción que permitan incrementar la capacidad de innovación de la Unión" (pág. 9). El documento se propone superar lo que denomina "la paradoja europea", consistente en que, siendo excelentes los resultados científicos de la Unión, ésta se encuentra en una situación de inferioridad frente a sus principales competidores (EEUU y Japón) "en la transformación de los resultados de la investigación y la competencia tecnológica en innovación y ventajas competitivas" (pág. 14). Algunas de las debilidades de la situación europea derivan de que el apoyo público a la investigación es más reducido, con menor utilización de los incentivos fiscales (pág. 44), y de la excesiva complejidad del entorno reglamentario y administrativo de las empresas, que afecta a su capacidad de innovación (pág. 49).

Partiendo de este diagnóstico, el Libro Verde propone trece vías de acción, muy variadas, entre las que figura "una mejor orientación de la investigación hacia la innovación" (pág. 54), "favorecer la movilidad de estudiantes e investigadores" (pág. 56) y "renovar la intervención pública en favor de la innovación" (pág. 62). En relación con esta última vía de acción, el documento recomienda a los Estados miembros que: a) identifiquen de forma sistemática los procedimientos y normas administrativas emitidas por diferentes organismos públicos, susceptibles de obstaculizar o retrasar las iniciativas públicas o privadas en materia de innovación; b) prosigan la modernización de las estructuras administrativas, en todos los niveles territoriales, de forma que se tomen en consideración los obstáculos a los que se enfrentan los actores sobre el terreno, en particular los innovadores y los creadores de empresas (pág. 64)[3].

En España, la Ley 13/1986, de 14 de abril (BOE del 18), de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica, ha sido la primera que se propone regular con carácter general la actuación de los poderes públicos en esta materia. Esta Ley, conocida también con la denominación abreviada de "Ley de la Ciencia", fue dictada en ejercicio de la competencia exclusiva que la Constitución atribuye al Estado, exactamente con los mismos términos que se han utilizado para su denominación: "fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica" (art. 149.1.15ª).

El carácter exclusivo de la competencia estatal no puede tomarse al pie de la letra, como ocurre en casi todos los ámbitos, ya que el propio texto constitucional prevé la posibilidad de que las Comunidades Autónomas asuman competencias en materia de "fomento de la investigación" (art. 148.1. 17ª). Esta posibilidad ha sido actualizada en los Estatutos de Autonomía, que, con diversos matices, atribuyen a la respectiva Comunidad competencias legislativas y ejecutivas en la materia. Ello explica que, junto a la legislación estatal, existan leyes autonómicas relativas al fomento de la investigación[4]. Algunas de ellas

(3) A raíz de estas propuestas, la Comisión impulsó el Primer Plan de Acción para la Innovación Europea (1997). El V Programa Marco de I+D (1998-2002) consolida la innovación como objetivo fundamental. Desde el año 2000, la Comisión promueve la realización del "Espacio europeo de investigación".

(4) Para una visión general de la Ley 13/1986, la obra de referencia es A. CALONGE VELÁZQUEZ, *Administración e investigación*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.

aportan instrumentos de interés para la vertebración de un sistema de Ciencia-Tecnología-Empresa-Sociedad, estimulando la cooperación entre los agentes, públicos y privados, implicados.

Como es sabido, la actividad investigadora promovida por los poderes públicos se desarrolla fundamentalmente a través de las **Universidades** y los **Organismos Públicos de Investigación.** El régimen básico de las primeras se contiene ahora en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades (LOU), que ha derogado a la anterior Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LRU). Los Estatutos de las Universidades deben adaptarse a la nueva Ley y es de esperar que incluyan algunas precisiones sobre las cuestiones que aquí nos interesan, en contraste con los Estatutos hasta ahora vigentes, que casi nada disponen al respecto.

La regulación general de los segundos se establece por la citada Ley 13/1986, que ha sido objeto de bastantes modificaciones, entre ellas las derivadas de la adaptación de estos Organismos al régimen general establecido en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE). La regulación específica aplicable a cada uno de ellos se contiene en sus respectivos Estatutos, aprobados por Real Decreto.

EL LIBRO VERDE DE LA INNOVACIÓN SURGE PARA SUPERAR LA SITUACIÓN DE INFERIORIDAD EN LA QUE SE ENCUENTRA LA UNIÓN EUROPEA EN LA TRANSFORMACIÓN DE LOS RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN Y LA COMPETENCIA TECNOLÓGICA

El estudio de toda esta normativa pone de relieve la posibilidad de que tanto las Universidades como los Organismos Públicos de Investigación creen o participen en la creación de empresas de base tecnológica (EBT), que articulen la transferencia de los resultados de la investigación al sector productivo y contribuyan a la innovación, pero también permite constatar las limitaciones existentes. Algunas de ellas pueden haber sido removidas tras el establecimiento de una regulación más favorable a la movilidad del personal, introducida por Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, a la que más adelante se hará referencia.

También la nueva Ley Orgánica de Universidades manifiesta un propósito inequívoco de ensanchar las posibilidades de promoción de empresas de esa índole, así como de reforzar la vinculación entre la investigación universitaria y el sistema productivo. Con tal finalidad, se prevé expresamente que dicha vinculación podrá llevarse a cabo a través de la creación de EBT a partir de la actividad universitaria, en cuyas actividades podrá participar el personal docente e investigador de las Universidades.

En este marco de referencia, que tiene muchas más implicaciones de las que es posible estudiar aquí (creación de empresas, fiscalidad de las mismas, régimen de patentes, etc.), el presente trabajo se propone dar cuenta de las posibilidades (y también las limitaciones) que el régimen jurídico actual de las Universidades y los Organismos Públicos ofrece para el fomento de las actividades de I+D+i , especialmente desde la perspectiva de la creación de empresas de base tecnológica y de la movilidad del personal[5].

Aunque no estén encuadrados en el sector público, haremos también algunas indicaciones sobre el régimen aplicable a los **Centros de Innovación y Tecnología,** considerados en su normativa reguladora (Real Decreto 2609/1996, de 20 de diciembre, BOE de 17 de enero de 1997), como "un eficaz instrumento de enlace entre el sector público dedicado a la investigación y la empresa".

II. ESPECIALIDADES DEL RÉGIMEN DE LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DE INVESTIGACIÓN EN LA LEGISLACIÓN ESTATAL

Aquí no se pretende realizar un estudio detallado del régimen jurídico de estos Organismos, sino sólo de los aspectos relevantes desde la óptica del presente trabajo. En

(5) El significado de las actividades de investigación, desarrollo e innovación (I+D+i) es suficientemente conocido, por lo que se puede dar por sobreentendido. No obstante, para precisarlo, puede recurrirse a las definiciones legales de estas actividades contenidas en la normativa reguladora del Impuesto sobre Sociedades (art. 33 de la Ley 43/1995, en la redacción introducida por el art. 31 de la Ley 55/1999, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social).

Según este artículo, se considera **investigación** "la indagación original y planificada que persiga descubrir nuevos conocimientos y una superior comprensión en el ámbito científico o tecnológico".

Se considera **desarrollo** "la aplicación de los resultados de la investigación o de cualquier otro tipo de conocimiento científico para la fabricación de nuevos materiales o productos o para el diseño de nuevos procesos o sistemas de producción, así como para la mejora tecnológica sustancial de materiales, productos, procesos o sistemas preexistentes".El mismo apartado precisa que "esta actividad incluirá la materialización de los resultados de la investigación en un plano, esquema o diseño, así como la creación de un primer prototipo no comercializable y los proyectos de demostración inicial o proyectos piloto, siempre que los mismos no puedan convertirse o utilizarse para aplicaciones industriales o para su explotación comercial. Igualmente se incluirá el diseño y la elaboración del muestrario para el lanzamiento de los nuevos productos".

Se considera actividad de **investigación y desarrollo** "la concepción de software avanzado, siempre que suponga un progreso científico o tecnológico significativo mediante el desarrollo de nuevos teoremas y algoritmos o mediante la creación de sistemas operativos y lenguajes nuevos. No se incluyen las actividades habituales o rutinarias relacionadas con el *software*".

Finalmente, se considera **innovación tecnológica** "la actividad cuyo resultado es la creación de nuevos productos o procesos de producción, o de mejoras sustanciales, tecnológicamente significativas, de los ya existentes. Se considerarán nuevos aquellos productos o procesos cuyas características o aplicaciones, desde el punto de vista tecnológico, difieran sustancialmente de las existentes con anterioridad". También en este caso se puntualiza que "esta actividad incluirá la materialización de los nuevos productos o procesos en un plano, esquema o diseño, así como la creación de un primer prototipo no comercializable y los proyectos de demostración inicial o proyectos piloto, siempre que los mismos no puedan convertirse o utilizarse para aplicaciones industriales o para su explotación comercial" y que se incluyen las actividades de diagnóstico tecnológico tendentes a la identificación, la definición y la orientación de soluciones tecnológicas avanzadas realizadas por las Universidades, Organismos Públicos de Investigación o Centros de Innovación y Tecnología, con independencia de los resultados en que culminen. El Libro Verde de la Innovación, a que antes se ha hecho referencia, contiene también interesantes precisiones sobre el significado de este término, subrayando que con él se designa a la vez

consecuencia, se reseñarán en primer lugar las especialidades de su regulación en el marco de la legislación administrativa general y, a continuación, se expondrán las distintas opciones organizativas que pueden seguirse para la creación de estructuras específicas de investigación y de transferencia de sus resultados, incluyendo la posibilidad de crear empresas de base tecnológica.

A) Naturaleza y régimen aplicable

Los Organismos Públicos de Investigación (OPIs), configurados en la Ley 13/1986, como Organismos Autónomos de carácter comercial, tienen ahora la naturaleza de **Organismos Autónomos,** sometidos al régimen general establecido en la LOFAGE, con las peculiaridades que veremos a continuación (art. 61 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que adaptó los citados Organismos a la LOFAGE)[6].

Los OPIs se rigen por la Ley 13/1986, su legislación específica (estatutos) y, por su naturaleza de Organismos Autónomos, les es aplicable la legislación administrativa general (en concreto, la LOFAGE, además de la LRJPAC y la LCAP). No obstante, la propia Ley 13/1986 prevé una serie de peculiaridades en cuanto a su régimen jurídico que es importante reseñar.

B) Peculiaridades en materia de personal

Según la LOFAGE (art. 47.1), "el personal al servicio de los Organismos Autónomos será funcionario o laboral, en los mismos términos que los establecidos para la Administración General del Estado". Sin embargo, el mismo artículo, en su apartado 3, prevé la posibilidad de que la Ley de creación de cada Organismo establezca "excepcionalmente" peculiaridades en materia de oferta de empleo, sistemas de acceso, adscripción y provisión de puestos y régimen de movilidad del personal.

un "proceso" y su "resultado". En el primer aspecto, no se trata de un proceso lineal, sino de un sistema de interacciones; de ahí la importancia de las redes con las que la empresa se asocia a su entorno (pág. 12).

(6) Los Organismos Públicos de Investigación (OPIs) son, según el artículo 13 de la Ley 13/1986 (nueva redacción introducida por el art. 84.6 de la Ley 14/2000, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social):

– El **Consejo Superior de Investigaciones Científicas** (CSIC): estatuto aprobado por Real Decreto 1945/2000, de 1 de diciembre (BOE del 2).

– El **Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas** (CIEMAT), estatuto aprobado por Real Decreto 1952/2000, de 1 de diciembre (BOE del 2).

– El **Instituto Geológico y Minero de España** (IGME), estatuto aprobado por Real Decreto 1953/2000, de 1 de diciembre (BOE del 2).

– El **Instituto Nacional de Técnica Aeroespacial** "Esteban Terradas" (INTA), estatuto aprobado por Real Decreto 88/2001, de 2 de febrero (BOE del 6).

– El **Instituto Nacional de Investigación y Tecnología Agraria y Alimentaria** (INIA), estatuto aprobado por Real Decreto 1951/2000, de 1 de diciembre (BOE del 2).

– El **Instituto Español de Oceanografía** (IEO), estatuto aprobado por Real Decreto 1950/2000, de 1 de diciembre (BOE del 2).

El artículo 61 de la Ley 50/1998, antes citado, que adapta los OPIs a la LOFAGE, reitera la misma regla, al establecer que el personal de estos organismos sigue teniendo la condición de funcionario o laboral en los términos establecidos para la Administración General del Estado, si bien los Estatutos de cada Organismo deberán regular "las peculiaridades precisas en materia de acceso, adscripción de puestos, carrera, promoción y régimen de movilidad del personal".

Sin embargo, los estatutos no han incluido esa regulación, sino que, unas veces se remiten a "la normativa de rango legal que se establezca en materia de función pública del personal de investigación"[7], mientras que en otros casos se prevé que la aprobación de esa normativa específica se haga por Real Decreto del Consejo de Ministros[8]. Las dudas sobre el rango y la forma que deba revestir la normativa reguladora de las peculiaridades del personal investigador (Ley o Decreto), se aclaran tras la nueva redacción de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 13/1986, introducida por el artículo 84.8 de la Ley 14/2000, según la cual el Gobierno, a iniciativa de los Departamentos ministeriales a que estén adscritos los OPIs y a propuesta del MAP, "dictará las normas necesarias para facilitar e incentivar la movilidad del personal investigador al servicio de los organismos públicos de investigación dependientes de la Administración del Estado". Asimismo, de acuerdo con las Comunidades Autónomas y las Corporaciones locales, en su caso, "se establecerán medidas para facilitar e incentivar la movilidad de este personal entre las respectivas administraciones públicas".

Sin embargo, esa normativa todavía está pendiente de aprobación. Entretanto, la movilidad del personal de los OPIs se rige por las normas aplicables a la Administración General del Estado, que son las contenidas en el Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso del Personal al Servicio de la Administración General del Estado y de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios Civiles de la Administración General del Estado[9]. En consecuencia, el problema sigue pendiente de solución, ya que la citada reglamentación establece una pautas bastante rígidas para la provisión de puestos de trabajo (basadas en el criterio tradicional de la provisión "en propiedad"), aunque hay algunos resquicios que permiten una cierta movilidad (en concreto, la comisión de servicios y la adscripción provisional).

En el caso de los OPIs, hay, sin embargo, una importante peculiaridad, que les permite una mayor movilidad del personal, ya que pueden adscribir o contratar personal para la elaboración, evaluación, seguimiento y gestión de los programas que la CICYT les encomiende, conforme a la nueva redacción del artículo 7.2 de la Ley 13/1986, introducida

– El **Instituto de Salud Carlos III,** estatuto aprobado por Real Decreto 375/2001, de 6 de abril (BOE del 10).

(7) Cfr. la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 1945/2000, por el que se aprueba el estatuto del CSIC.

(8) Cfr. la Disposición Final Primera del Real Decreto 1952/2000, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el estatuto del CIEMAT y la Disposición Final Primera, párrafo segundo, del Real Decreto 1951/2000, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el estatuto del INIA.

(9) Cfr. por ejemplo, el artículo 49.4 del Estatuto del CSIC, que se remite al citado Reglamento y a las normas aplicables al personal laboral.

por el artículo 84 de la Ley 14/2000, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. La adscripción o la contratación se limitan al período de duración del programa.

Las posibilidades de contratación de personal laboral por los OPIs se recogen en el artículo 17 de la Ley 13/1986, en la nueva redacción introducida por la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de la calidad. En síntesis, son las siguientes:

a) Contratos para la realización de un proyecto específico de investigación, que se regirán por lo dispuesto en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. Podrán formalizarse con personal investigador o con personal científico o técnico.

b) Contratos para la incorporación de investigadores al sistema español de ciencia y tecnología. Estos contratos se regirán por el artículo 11.1 del Estatuto de los Trabajadores, con el límite temporal máximo de cinco años y con los requisitos que se establecen.

Los Estatutos de los OPIs han desarrollado, y en ocasiones ampliado, algunas de las previsiones legales anteriores[10].

LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA PROMOVIDA POR LOS PODERES PÚBLICOS SE LLEVA A CABO FUNDAMENTALMENTE A TRAVÉS DE LAS UNIVERSIDADES, LOS ORGANISMOS PÚBLICOS DE INVESTIGACIÓN Y LOS CENTROS DE INNOVACIÓN TECNOLÓGICA

C) Régimen de contratación

Según la LOFAGE (artículo 49.1), la contratación de los Organismos Autónomos se rige por las normas generales de la contratación de las Administraciones Públicas. En la misma

(10) A título meramente ejemplificativo reseñaremos las siguientes:

– En el CSIC existe la figura del científico contratado (artículo 48 del estatuto), con capacidad para dirigir proyectos de investigación. La relación es laboral regida por el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores.

– En el mismo Organismo se prevé la incorporación de doctores vinculados, que no alterará la relación jurídica con el organismo de origen (artículo 48.3 del estatuto).

– A la inversa, el Presidente puede autorizar la realización de labores de investigación fuera del ámbito del CSIC a funcionarios de las Escalas propias del organismo (artículo 50). No se aclara si mantienen el puesto de trabajo, aunque parece implícito.

– En otros casos, se prevé la posibilidad de asociar, mediante convenio, a personal propio a Universidades, organismos de investigación o centros tecnológicos, sin que pierdan su pertenencia o vinculación al organismo de origen. A la inversa, también está prevista la incorporación al OPI de personal perteneciente a otros organismos, facultándose a los órganos rectores para instrumentar esa colaboración (artículo 17.2 y 3 estatuto del CIEMAT, y artículo 19 estatuto del INTA).

– Finalmente, la mayor parte de los estatutos prevén la existencia de personal en formación, a los que en algunos casos se les denomina "becarios" (artículo 24.2 INTA, y artículo 29 Instituto de Salud Carlos III). Este personal no tiene vinculación jurídica laboral con el Organismo (artículo 21.2 IEO, artículo 27.3 INIA, artículo 23.4 IGME, artículo 24.2 INTA, y artículo 29 Instituto Carlos III).

línea, el vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) incluye en su ámbito subjetivo de aplicación a "los organismos autónomos, en todo caso" (artículo 1.3). Sin embargo, esta rotunda regla de sometimiento a la LCAP quiebra en el caso de los OPIs, para los que se ha establecido la peculiaridad de que los contratos de prestación de servicios de investigación que realicen quedan excluidos del ámbito de aquélla, rigiéndose por las normas del Derecho Civil y Mercantil que les sean de aplicación (nueva redacción del artículo 19.2 de la Ley 13/1986 introducida por la citada Ley 14/2000, artículo 84.7)[11].

Los estatutos de algunos OPIs interpretan el alcance de esa exclusión en el sentido de limitarla a los contratos de prestación de servicios con entidades privadas o con personas físicas (artículo 24.2 estatuto del Instituto de Salud Carlos III), lo que parece correcto, ya que ése será el supuesto típico de prestación de los citados servicios.

Más difíciles de resolver son las dudas que se suscitan en torno al alcance de la exclusión de la LCAP de los contratos a que se ha hecho referencia. ¿Se refiere sólo a los efectos y extinción de estos contratos, que se regirán por el Derecho civil y mercantil, quedando sometidos a la LCAP los llamados "actos preparatorios", es decir, la preparación y adjudicación del contrato? ¿O bien alcanza igualmente a estos últimos, de modo que no sería preceptiva la observancia de las reglas de la citada Ley relativas a la preparación y adjudicación del contrato?

Las diferencias entre las consecuencias prácticas de una u otra interpretación son evidentes, en cuanto a la aplicabilidad de los principios de publicidad y concurrencia. Si se entiende que la exclusión sólo es aplicable a los efectos y extinción del contrato, el expediente de contratación y la adjudicación deberán respetar las reglas de la LCAP, lo que implica la observancia de los citados principios en los términos de la propia Ley. En cambio, si se mantiene que la exclusión alcanza también a los actos preparatorios, la contratación podría hacerse directamente, a requerimiento de las empresas o personas físicas interesadas. El tenor del precepto comentado apoya esta segunda interpretación. Sin embargo, sería necesario aclararlo expresamente, para disipar cualquier duda sobre este punto clave. La reciente Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, incide sobre esta cuestión, al regular los convenios entre los OPIs y las empresas, pero tampoco la resuelve con claridad, como tendremos ocasión de ver.

D) Peculiaridades del régimen económico-financiero

Los recursos económicos de los OPIs podrán provenir de cualquiera de las fuentes relacionadas en la LOFAGE (artículo 65.1) para los Organismos Autónomos[12], así como los

(11) Esta regla ya figuraba en la redacción inicial del artículo 19.2 de la Ley 13/1986. Lo que ha hecho la nueva redacción es actualizar la remisión al vigente Texto Refundido de la LCAP, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

(12) Son las siguientes:

ingresos derivados de sus operaciones [artículo 61.1.b) de la Ley 50/1998]. Algunos estatutos incluyen también entre los recursos del Organismo los derivados de su participación como accionista en las sociedades mercantiles con fines vinculados a la actividad de aquél (artículo 22 Estatuto del CIEMAT). En rigor, esta fuente de ingresos puede considerarse como una especificación de los ingresos derivados de sus operaciones a que se acaba de hacer referencia. En la misma línea, el Estatuto del CSIC faculta al organismo para "formalizar los negocios jurídicos con entidades públicas y privadas o con personas físicas que sean necesarios para obtener los ingresos que permitan financiar las actividades que se requieran incluso mediante la creación o participación, previa autorización del Gobierno, en el capital de sociedades mercantiles cuyo objeto sea la realización de actividades de investigación científica o desarrollo tecnológico o la prestación de servicios técnicos relacionados con los fines de las mismas" (artículo 4.2).

El régimen presupuestario, de contabilidad, intervención y control financiero será el establecido con carácter general para los Organismos Autónomos por la Ley General Presupuestaria (LGP) y demás disposiciones vigentes sobre estas materias. No obstante, el citado artículo 61 de la Ley 50/1998 prevé la modificación de la LGP para recoger las especialidades requeridas por las actividades de investigación científica y desarrollo tecnológico. En tanto se proceda a dicha modificación, se regirán por los preceptos de la LGP relativos a los Organismos Autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, con las especialidades contenidas en el artículo 18 de la Ley 13/1986 [artículo 61.c), último párrafo, de la Ley 50/1998].

La más destacable de esas especialidades es la posibilidad de que el titular del Departamento a que esté adscrito el organismo autorice, previo informe de la Intervención Delegada, generaciones de crédito en los estados de gasto de sus presupuestos cuando se financien con los ingresos derivados de los contratos celebrados para la realización de trabajos de carácter científico o de asesoramiento técnico, para la cesión de derechos de la propiedad industrial o intelectual o para el desarrollo de cursos de especialización, así como con los recursos aportados por el sector público dentro del Plan Nacional de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico (artículo 18.2 de la citada Ley 13/1986). El estatuto del CSIC (artículo 45.2) puntualiza que, cuando la generación de crédito se pretenda que afecte a la dotación del complemento de productividad o gratificaciones del personal, así como la de cualquier otro incentivo al rendimiento, se

a) bienes y valores que constituyan su patrimonio;

b) productos y rentas de dicho patrimonio;

c) consignaciones específicas que tuvieren asignadas en los Presupuestos Generales del Estado;

d) transferencias corrientes o de capital que procedan de las Administraciones o entidades públicas;

e) ingresos ordinarios o extraordinarios que estén autorizados a percibir, según las disposiciones por las que se rijan;

f) donaciones, legados y otras aportaciones de entidades privadas y de particulares;

g) cualquier otro recurso que pudiera serles atribuido.

requerirá el informe favorable del Ministerio de Hacienda. En el mismo sentido se pronuncia el estatuto del Instituto de Salud Carlos III (artículo 25.2)[13].

En resumen, en cuanto al régimen económico-financiero de los OPIs ocurre algo semejante a lo que hemos visto en materia de personal: existen ya algunas especialidades, y está prevista la modificación de la normativa vigente (en este caso, la LGP) para recoger las peculiaridades de estos organismos, pero todavía no se ha aprobado esa regulación.

E) Las estructuras orgánicas de las actividades de I+D

Para la realización de las actividades de investigación y desarrollo tecnológico que les están encomendadas, los OPIs pueden utilizar diversas opciones organizativas. A la vista de sus Estatutos se pueden distinguir las siguientes posibilidades:

– unidades de investigación propias;

– unidades mixtas, creadas en virtud de convenios;

– unidades asociadas;

– sociedades mercantiles u otras organizaciones con personalidad jurídica privada.

A estas opciones se pueden añadir otras posibilidades de cooperación que no suponen la creación de estructuras específicas: a) intercambio de personal; b) convenios con otros organismos públicos o privados para la realización de proyectos de investigación; c) mecanismos de transferencia de resultados al sector productivo (contratos con empresas).

Veamos con más detalle el régimen de cada una de estas opciones.

1. Unidades propias

Los OPIs pueden crear unidades de I+D propias, dotándolas del personal y los medios necesarios para el cumplimiento de sus fines [artículo 5.a) Estatuto CSIC, artículo 3.2.a) CIEMAT]. La competencia para la creación de estas unidades o su modificación corres-

(13) Los estatutos de los OPIs contienen algunas otras precisiones que puede ser interesante reseñar:

– A efectos de las especialidades del régimen presupuestario, se entienden por operaciones típicas de la actividad del organismo aquellas que sean necesarias para la realización de sus objetivos y, en especial, los proyectos de investigación, las operaciones de transferencia de tecnología y los programas de formación de investigadores y técnicos (artículo 45.1 CSIC).

– El control interno y la auditoría anual de cuentas se ejercerá por la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE), conforme a los artículos 99 y 100 LGP (artículo 43.2 CSIC).

– El control de eficacia se ejercerá por el Ministerio de Ciencia y Tecnología (artículo 43.3 CSIC y artículo 19 CIEMAT).

ponde a la Junta de Gobierno u órgano equivalente. Sin embargo, la creación de institutos y centros de investigación debe hacerse por Orden Ministerial (artículo 26.2 CSIC).

También pueden crearse unidades propias en virtud de convenios con Universidades u organismos de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas. En el convenio respectivo se determinará la estructura organizativa y la regulación de la gestión económica, financiera y de personal de estas unidades, de acuerdo con la normativa general aplicable, pudiendo recaer la responsabilidad de dicha gestión sobre órganos pertenecientes a cada uno de los participantes [artículo 36.1 CSIC). El convenio establecerá también las demás reglas de funcionamiento de estas unidades, incluyendo sus fines, las aportaciones respectivas y los criterios de participación del personal de otras entidades (artículo 36.4 CSIC).

Estas unidades participarán en los proyectos de investigación con la totalidad del personal a ellas adscrito, sea cual fuere la organización de procedencia, a cuyos efectos los presupuestos de dichos proyectos habrán de contemplar esa circunstancia (artículo 36.3 CSIC). Sobre la adscripción del personal procedente de otros organismos o entidades, son aplicables las reglas establecidas con carácter general en el artículo 7.2 de la Ley 13/1986[14], según el cual la adscripción es posible con reserva del puesto de trabajo en el organismo de origen, salvo si el personal adscrito presta servicios en entidades privadas.

LOS FUNCIONARIOS DE LOS OPIs PODRÁN SOLICITAR LICENCIA TEMPORAL PARA EL DESARROLLO DE TAREAS RELACIONADAS CON LAS PROPIAS DEL ORGANISMO SIN TENER QUE PASAR A LA SITUACIÓN DE EXCEDENCIA VOLUNTARIA

(14) Conforme citado precepto, en su nueva redacción introducida por el artículo 84.5 de la Ley 14/2000, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social:

– El Ministerio de Ciencia y Tecnología (que asume ahora las facultades antes atribuidas a la CICYT) puede adscribir temporalmente, a tiempo completo o parcial, previa autorización del organismo correspondiente, personal científico, expertos en desarrollo tecnológico y otros especialistas relacionados con los objetivos del Plan Nacional, que presten servicios en Departamentos ministeriales, Comunidades Autónomas, Universidades, organismos públicos de investigación y entidades públicas o privadas. La adscripción se producirá con reserva de puesto de trabajo, excepto en el caso de que el personal prestara servicios en entidades privadas.

– Los Departamentos ministeriales, organismos y órganos de titularidad estatal también podrán adscribir al citado personal en las mismas condiciones, para colaborar en la elaboración, evaluación, seguimiento y gestión de los programas de investigación que la CICYT les encomiende. La adscripción a tiempo parcial será compatible con el desempeño, también a tiempo parcial, del puesto de trabajo que vinieran ocupando.

– Asimismo, los citados Departamentos y organismos pueden contratar, por tiempo no superior a la duración del programa, a cualquier tipo de personal no adscrito al sector público, conforme a lo establecido en el artículo 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores (contratos de colaboración temporal).

2. Unidades mixtas

Se crean también en virtud de convenio, pero, a diferencia de las anteriores, son de titularidad compartida entre los organismos y entidades partícipes. Las reglas de organización y funcionamiento se establecen en el convenio, en términos análogos a los expuestos en el apartado anterior. Lo mismo es aplicable en relación al personal (artículo 37 CSIC, artículo 17.1 CIEMAT, artículo 17.1 IEO y arts. 18 y 19 INTA).

3. Unidades asociadas

Los OPIs pueden asociar, mediante convenio, tanto unidades propias a universidades u organismos de investigación nacionales o de otros países como, a la inversa, unidades de investigación ajenas a sus propios institutos, centros o departamentos de investigación (artículo 38 CSIC y artículo 17.2 y 3 CIEMAT). En ningún caso, la asociación afecta a la pertenencia de la unidad asociada al organismo de origen.

4. Sociedades mercantiles

La posibilidad de que los OPIs creen sociedades mercantiles en el ámbito de sus funciones o participen en su capital, está prevista con carácter general en el artículo 19 de la Ley 13/1986. Algunos estatutos reiteran esta previsión sin mayores especificaciones [artículo 4.2, párrafo segundo, CSIC y artículo 3.2.j) CIEMAT], mientras que otros nada dicen al respecto, lo que no impide que puedan crear sociedades o participar en ellas, en virtud de la disposición general antes citada. El citado precepto legal ha sido objeto de una importante modificación por la reciente Ley 24/2001, de MFAOS. Las novedades básicas se refieren al objeto social, el régimen de las aportaciones de los OPIs y la situación de los funcionarios que pasen a prestar servicios en ellas.

a) Objeto social

Además de la realización de actividades de I+D y la prestación de servicios técnicos relacionados con los fines del Organismo, ya previstos en la redacción anterior como objeto posible de estas sociedades, se incluye ahora:

– La explotación de patentes de invención y, en general, la cesión y explotación de los derechos de la propiedad industrial e intelectual.

– El uso y el aprovechamiento, industrial o comercial, de las innovaciones, de los conocimientos científicos y de los resultados obtenidos y desarrollados por el organismo.

Como puede apreciarse, esta ampliación del objeto social pone mucho más énfasis en la fase de explotación o comercialización de las innovaciones, ámbito en el que puede tener mucho más sentido y operatividad la creación de estas sociedades que en el de la mera prestación de servicios técnicos, en el que se centraba la redacción anterior.

b) Aportaciones

Las aportaciones de los OPIs a las sociedades mercantiles en que participen pueden ser ahora muy variadas. Tendrán esa consideración:

– las participaciones en el capital;

– la cesión de los derechos de la propiedad industrial e intelectual;

– la cesión o el uso de las innovaciones, de los conocimientos científicos y de los resultados obtenidos o desarrollados por el propio organismo.

Esta previsión puede facilitar mucho la participación de los OPIs en sociedades mixtas, ya que la posibilidad de considerar "aportación" del Organismo la cesión de los derechos de la propiedad industrial e intelectual o los conocimientos y resultados obtenidos por aquél, permite que su participación se haga sin repercusión alguna en su presupuesto de inversión. Lógicamente, en los estatutos de la sociedad habrían de valorarse esas aportaciones no dinerarias, lo que puede plantear problemas en la práctica.

Por lo demás, la creación de estas sociedades así como la participación en ellas requiere autorización previa del Consejo de Ministros (artículo 100 de la Ley de Patrimonio del Estado).

Estas sociedades, cualquiera que sea su forma jurídica, se rigen íntegramente por el derecho privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen ejercicio de autoridad pública (Disposición Adicional Duodécima LOFAGE).

En materia de contratación conviene precisar que estas sociedades, como todas las pertenecientes al sector público, están excluidas del ámbito de aplicación de la LCAP, pero deberán ajustar su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios (Disposición Adicional Sexta LCAP).

En este marco de referencia, no hay limitación legal alguna para la creación de empresas de base tecnológica o la participación en ellas por los OPIs.

c) Régimen del personal

La Ley 24/2001 puede contribuir también a resolver uno de los problemas que planteaba la regulación anterior en cuanto al régimen del personal. En efecto, el artículo 19.1 de la Ley 13/1986, en su redacción original, ya preveía que el personal de los citados organismos pudiera prestar servicios en este tipo de sociedades, pero pasando a la situación

de excedencia voluntaria[15]. Aunque esta previsión fuera coherente con la regulación general de la función pública, es forzoso reconocer que producía un efecto disuasorio importante, en cuanto era difícil que un funcionario aceptase quedar en una situación que le impedía mantener su puesto de trabajo en el organismo de origen. Pero la situación ha cambiado sustancialmente a partir de la citada Ley 24/2001, que añade un nuevo apartado 2 al artículo 19 de la Ley 13/1986, conforme al cual los funcionarios de los OPIs podrán solicitar licencia temporal para el desarrollo de tareas relacionadas con las propias del Organismo[16]. Con esta modificación puede atenuarse el problema que antes hemos comentado, en cuanto que el personal funcionarial de los OPIs que pase a prestar servicios en sociedades mercantiles creadas o participadas por dichos Organismos ya no tendrá que pasar a la situación de excedencia voluntaria (con la consiguiente pérdida del puesto de origen). Quizá sería conveniente prever la posible prórroga de la licencia en casos justificados, pero es indiscutible que el precepto comentado supone un notable avance respecto de la situación anterior. Para su efectividad, sería deseable que no se demorase la aprobación de las normas reglamentarias de desarrollo previstas en él.

5. Otras opciones organizativas

Algunos estatutos hacen referencia a la posibilidad de establecer otras modalidades de colaboración institucional para atender nuevas necesidades o demandas que puedan producirse en la evolución del contexto de sus relaciones institucionales (artículo 41.1 CSIC).

Dejando de lado las modalidades que no implican creación de estructuras específicas, conviene recordar que, en cuanto Organismos Autónomos, los OPIs tienen la posibilidad de crear o promover la creación de **fundaciones,** al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general. Esta Ley, centrada, como es lógico, en la regulación de las fundaciones privadas de interés general, otorga también capacidad para constituirlas a las personas jurídico-públicas, "salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario" (artículo 6.4).

(15) El estatuto del CSIC puntualiza que esa situación será la prevista en el apartado a) del artículo 29.3 de la Ley 30/1984, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, es decir, la situación en que han de quedar los funcionarios cuando se encuentren en situación de servicio activo en otro Cuerpo o Escala o pasen a prestar servicios en Organismos o Entidades del sector público y no les corresponda quedar en otra situación (artículo 4.2, párrafo segundo).

(16) La redacción de esa disposición es la siguiente:

"Los funcionarios de dichos organismos que pasen a prestar servicios en las citadas sociedades mercantiles podrán solicitar la concesión de licencias para desarrollar tareas directamente relacionadas con la actividad científica y técnica que realicen en el Organismo. Dichas licencias se concederán sin retribución alguna, por un plazo de cuatro años y con derecho a conservar el puesto de trabajo.

La concesión de estas licencias se subordinará a las necesidades del servicio y se ajustará al procedimiento, condiciones y requisitos que se establezcan mediante Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología, previo informe favorable del Ministerio de Administraciones Públicas."

6. Modalidades de cooperación que no suponen la creación de estructuras

Como antes hemos señalado, estas modalidades son, en síntesis, las siguientes:a) intercambio de personal; b) mecanismos de transferencia de resultados al sector productivo (contratos con empresas); c) convenios con otros organismos públicos o privados para la realización de proyectos de investigación.

a) Sobre las posibilidades de intercambio de personal, nos remitimos a lo señalado anteriormente, al comentar el artículo 7.2 de la Ley 13/1986.

b) El mecanismo típico para instrumentar la transferencia de resultados de la investigación al sector productivo es la suscripción de contratos con las empresas interesadas [artículo 3.2.j) CIEMAT y artículo 4.2 CSIC]. El problema es si estos contratos se deben considerar "de investigación", a efectos de su exclusión de la LCAP, conforme a lo previsto en el artículo 19.2 de la Ley 13/1986, que antes hemos comentado. La respuesta ha de ser afirmativa, pues la transferencia de los resultados de la investigación es parte de las funciones de los OPIs y, por ello, se debe entender incluida en la prestación de servicios de investigación que es el objeto de estos contratos. No obstante, con la misma finalidad se podría utilizar la figura del convenio a que haremos referencia a continuación.

EL INSTRUMENTO BÁSICO PARA ARTICULAR LA ACTUACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA EN ESTA MATERIA ES EL PLAN REGIONAL DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO TECNOLÓGICO APROBADO POR EL GOBIERNO RESPECTIVO FOMENTANDO LA CREACIÓN DE CENTROS Y PARQUES TECNOLÓGICOS REGIONALES Y LOCALES

c) Los convenios de colaboración pueden ser muy útiles para instrumentar la cooperación entre los OPIs y otras instituciones y organismos, públicos o privados. Estos convenios se caracterizan por su flexibilidad, ya que están excluidos del ámbito de la legislación de contratos públicos, si bien les son aplicables sus principios para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse [artículo 3.1.c) y d) LCAP]. Como ya hemos visto, mediante convenios se puede regular la creación de estructuras específicas (unidades propias, mixtas, asociadas e, incluso, sociedades mercantiles) o bien instrumentar el intercambio de personal u otras modalidades de colaboración que no requieran la creación de dichas estructuras.

La nueva redacción del artículo 15 de la Ley 13/1986 introducida por la LMFAOS 24/2001 (artículo 88) ha ampliado las posibilidades de celebración de estos convenios, tanto cuanto al objeto, como en cuanto a los sujetos intervinientes. En efecto, a los fines ya incluidos en la redacción anterior (ejecución

de programas y proyectos de I+D, formación de especialistas, creación de centros y unidades de investigación, así como la dirección, gestión y financiación de los existentes), se añaden los siguientes:

– Uso compartido de inmuebles, de instalaciones y de medios materiales para el desarrollo de actividades científicas relacionadas con los fines del Organismo.

– Asignación temporal de personal para la realización de actividades científicas o técnicas, sin que ello suponga alteración del régimen jurídico aplicable al mismo.

Por otra parte, los OPIs podrán suscribir estos convenios no sólo con las Comunidades Autónomas, sino que también podrán hacerlo ahora:

– Con universidades, fundaciones o instituciones sin ánimo de lucro, tanto nacionales como extranjeras.

– Con las empresas, públicas o privadas, que realicen actividades de investigación, desarrollo e innovación tecnológica[17]. En este caso y a efectos de determinar las contraprestaciones de las empresas, las actividades o servicios que realicen los OPIs serán valorados a precios de mercado. Estos convenios no podrán tener por objeto ninguno de los comprendidos en los contratos regulados por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) o en normas administrativas especiales.

La ampliación del objeto posible de estos convenios de colaboración y de los sujetos que pueden celebrarlos es, sin duda, elogiable, pero no lo es tanto la prohibición de coincidencia del objeto con el de alguno de los contratos comprendidos en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, cuando los convenios se suscriban con empresas públicas o privadas. Esta limitación quizá debería reconsiderarse, porque su aplicación estricta puede restringir notablemente el ámbito objetivo de estos convenios. En efecto, entre los contratos regulados por la LCAP figuran los de consultoría y asistencia técnica, cuyo objeto puede ser, entre otros, "la investigación y estudios para la realización de cualquier trabajo técnico" [artículo 196.2.b)1]. Hay, pues, un solapamiento bastante claro entre estas prestaciones y las que, en principio, podrían ser objeto de los convenios previstos en la Ley de Ciencia, pero que ya no deberían serlo en virtud de la citada prohibición.

El sentido de ésta parece también claro: se trataría de evitar que, por la vía del convenio de colaboración, se eludan los principios de publicidad y concurrencia, claves en la contratación pública. Sin embargo, ello no debería llevar a la exclusión de la posibilidad de celebrar estos convenios, puesto que también podrían ser adjudicados respetando los citados principios. El problema debería, quizá, abordarse no desde la perspectiva de prohibir los convenios cuyo objeto coincida con el de los contratos de la LCAP, sino desde la de

(17) En estos casos, se excluye del objeto posible del convenio el uso compartido de inmuebles, instalaciones y medios materiales y la asignación temporal de personal (artículo 15.3).

delimitar los supuestos en que el convenio deba celebrarse con publicidad y concurrencia y aquellos otros en que pueda ser suscrito directamente, es decir, sin un previo proceso de selección.

La prohibición, por otra parte, carece de sentido y será de muy difícil aplicación desde la óptica de las empresas privadas, que serán, normalmente, las más interesadas, en la celebración de este tipo de convenios. Dichas empresas no están sujetas a la LCAP, por lo que podrán elegir a su criterio el OPI al que desean encargar un determinado estudio y proponerle la suscripción del correspondiente convenio.En consecuencia, la prohibición se aplicaría en el supuesto contrario, es decir, cuando un OPI encargue a una empresa privada la realización de alguna de las actividades previstas en el precepto que comentamos.

Finalmente –y éste es, quizá, el argumento clave–, la prohibición en cuestión ha de ponerse en conexión con la exclusión del ámbito de la LCAP de los contratos de prestación de servicios de investigación (artículo 19.2 de la Ley 13/1986, en la redacción introducida por la Ley 14/2000). Ya nos hemos referido a esta cuestión [apartado C) de este epígrafe], destacando los problemas de interpretación que suscita. Sin necesidad de reiterarlos ahora, bastará recordar que, si los citados contratos están excluidos de la LCAP, sometiéndose al Derecho Civil y Mercantil, no pueden verse afectados por la prohibición introducida en la nueva redacción del artículo 15 de la Ley de la Ciencia, ya que su objeto no será uno de los comprendidos en el ámbito de la LCAP.

En otras palabras, la prestación de servicios de investigación por los OPIs a empresas privadas podrá ser objeto de contrato (privado, excluido de la LCAP) o de convenio, conforme a la nueva regulación del citado artículo 15. Si esta tesis es correcta, el problema se desplaza a la determinación de los supuestos en que procede la aplicación de una u otra figura, ya que, en principio, parecen intercambiables.

III. LA LEGISLACIÓN AUTONÓMICA DE FOMENTO DE LA INVESTIGACIÓN

Todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias en esta materia[18], pero sólo algunas dictado leyes de fomento de la investigación científica y la innovación o desarrollo tecnológico[19]. No es nuestro propósito hacer un estudio exhaustivo de esas leyes, que intentan potenciar lo que denominan el "Sistema de Ciencia-Tecnología-Empresa-Sociedad"

(18) Los Estatutos respectivos, con apoyo expreso en el artículo 148.1.17ª de la Constitución, atribuyen esa competencia bien ligada a la cultura o separada de esta materia. Para detalles, véase CALONGE VELÁZQUEZ, ob. cit., págs. 37 y ss.

(19) Sin pretensión exhaustiva, pueden citarse las siguientes:

Galicia:Ley 12/1993, de 6 de agosto, de fomento de la investigación y desarrollo tecnológico.

Comunidad Valenciana: Ley 7/1997, de 9 de diciembre, de fomento y coordinación de la investigación científica y técnica y del desarrollo tecnológico.

La Rioja: Ley 3/1998, de 16 de marzo, de Investigación y desarrollo tecnológico.

Madrid: Ley 5/1998, de 7 de mayo, de fomento de la investigación científica y la innovación tecnológica.

(Madrid) o, de forma más sintética, el sistema "ciencia-tecnología-industria" (Comunidad valenciana), que se considera una necesidad imprescindible. El instrumento básico para articular la actuación de la Comunidad Autónoma en esta materia es el Plan regional de investigación y desarrollo tecnológico, que se aprueba por el Gobierno respectivo.

La organización administrativa establecida en estas leyes es muy similar y se basa en la existente en el ámbito estatal. La competencia general se atribuye a una Comisión Interdepartamental, asesorada por un órgano consultivo en el que hay representantes de los agentes sociales y de la comunidad científica. En algún caso se regulan genéricamente los OPIs de titularidad autonómica y se crea un organismo específico con competencias en la materia. Así ocurre en la Comunidad valenciana, en la que se ha creado el Organismo Público Valenciano de Investigación (OPVI), como "organismo autónomo de carácter administrativo, multisectorial y pluridisciplinar, al servicio de la política científica y tecnológica" (artículo 15 de la Ley 7/1997, de 9 de diciembre). Este organismo está sometido a las normas reguladoras de la función pública valenciana, la hacienda pública y el patrimonio de la Generalidad, sin especialidades dignas de mención.

La legislación madrileña también hace referencia a los OPIs, pero no los regula, quizá porque está implícito que se trata de los de titularidad estatal. De ahí que se limite a prever la firma de convenios que permitan la participación de la CAM en la definición de objetivos, la financiación y, en su caso, la gestión de aquéllos (artículo 21). Esta legislación pretende fomentar la creación de **Centros Tecnológicos Regionales** (CTR), con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, pudiendo "revestir cualquiera de las formas jurídico-privadas de personificación admitidas en derecho" (artículo 18.1 Ley de la CAM 5/1998). Sin embargo, esta aparente amplitud de las opciones organizativas admisibles resulta drásticamente limitada porque estos centros "carecerán de ánimo de lucro", según el mismo precepto legal, lo que excluye la sociedad mercantil en sus distintas modalidades y orienta la configuración de los centros por la vía de las fundaciones. En los centros, que pueden ser de naturaleza pública o privada, podrán intervenir las Universidades, los centros de investigación y las entidades sociales destinatarias de sus servicios. La declaración oficial como "centro tecnológico" (o denominación similar) permite acogerse a los beneficios y ayudas establecidos (artículo 60.1 Decreto riojano 61/1998, de 6 de noviembre)[20]. Sobre la regulación de estos centros

Castilla y León: Ley 4/1999, de 17 de marzo, de investigación y ciencia.

Canarias: Ley 5/2001, de 9 de julio, de promoción y desarrollo de la investigación cinetífica y la innovación.

(20) Un ejemplo interesante de integración entre los organismos públicos y privados de investigación lo proporciona la **Red Vasca de Tecnología,** regulada en el Decreto Autonómico 96/1997, de 29 de abril. En esta disposición se establece, por un lado, una tipología de las entidades tecnológicas de investigación y, por otro, se regula la financiación de que podrán beneficiarse dichas entidades. La tipología es la siguiente:

– Centros Tecnológicos (entidades sin fines lucrativos, de carácter privado).

– Centros, Institutos, Departamentos, Secciones u otras Unidades de investigación integradas en las Universidades con sede en el País Vasco.

en el ámbito estatal, nos remitimos a lo que se dirá después.

En relación con las iniciativas de desarrollo local, se pretende fomentar las actuaciones municipales que tiendan a crear un entorno próximo favorable a la creación y consolidación de **parques tecnológicos** u otros entornos territoriales favorables a la innovación tecnológica, así como cualesquiera otras iniciativas que tengan como fundamento el acercamiento de los centros públicos de investigación y las Universidades a las necesidades de la administración local (artículo 24 de la citada Ley madrileña). La figura de los "parques científicos y tecnológicos" ha adquirido carta de naturaleza en la normativa estatal reguladora de las ayudas en el marco del Plan Nacional[21].

LA LOU PRETENDE VINCULAR LA INVESTIGACIÓN UNIVERSITARIA Y EL SISTEMA PRODUCTIVO A TRAVÉS DE LA CREACIÓN DE EMPRESAS DE BASE TECNOLÓGICA EN CUYAS ACTIVIDADES PODRÁ PARTICIPAR EL PERSONAL DOCENTE UNIVERSITARIO

Entre las medidas de fomento figura también la promoción de incentivos fiscales a la investigación y la innovación tecnológica, si bien en ocasiones no se concretan con suficiente precisión[22].

– Centros sectoriales de investigación.

– Unidades de I+D empresariales.

– Entidades de certificación y laboratorios de ensayo.

– Organismos públicos de investigación.

– Organismos intermedios de innovación.

Para poder integrarse en la Red todos los Centros y Organismos interesados deberán acreditar el cumplimiento de los requisitos que se establecen en el mencionado Decreto (artículos 14 y ss.), cuyo detalle resulta demasiado prolijo para incluirlo aquí. Lo que interesa subrayar a efectos del presente trabajo es que todos los Organismos y Entidades integrados en la Red (salvo los Organismos Públicos de Investigación) podrán acceder a las subvenciones a fondo perdido que les otorgue el Departamento competente del Gobierno Vasco, que no tendrán la consideración de contraprestación de carácter contractual y cuya cuantificación se efectuará mediante la aplicación de un porcentaje del coste de la masa investigadora económica de I+D, compuesta por investigadores, técnicos y becarios para la realización de proyecto de investigación tecnológica en cada Entidad. La determinación del porcentaje de la subvención depende de la tipología a que pertenezca la Entidad, sin que pueda exceder de un tercio de la citada masa investigadora.

(21) A estos efectos, se consideran "parques científicos y tecnológicos los enclaves físicos, generalmente vinculados a universidades, organismos de investigación y empresas, cuyo objetivo básico es favorecer la generación de conocimientos en distintas áreas a partir de la integración de intereses científicos, tecnológicos e industriales y la transferencia de tecnología y que están gestionados, preferentemente, por una entidad jurídica que disponga de un equipo humano y de un plan de viabilidad y gestión al efecto" (artículo 1.2 de las Órdenes del Ministerio de Ciencia y Tecnolgía de 6 de noviembre de 2001, BOE del 8). Las ayudas se conceden en régimen de concurrencia competitiva y consisten en anticipos reembolsables con destino a los proyectos de equipamiento e infraestructura científico-tecnológica necesarios para la realización de las actuaciones de I+D que se especifican.

(22) La regulación más completa es, seguramente, la contenida en la Ley foral 3/2001, de 1 de marzo (Boletín Oficial de Navarra del 9), de incentivos fiscales a la investigación, el desarrollo científico y tecnológico y a la innovación y el fomento del empleo.

En conjunto, la legislación autonómica en esta materia adolece de una excesiva inconcreción, con reiteradas remisiones al desarrollo reglamentario y sin aportar una regulación sistemática de las posibilidades de intervención de los poderes públicos. Nada se dice de la posible creación de sociedades mercantiles en este ámbito y algunas leyes parecen excluir esa posibilidad, como ocurre con la Ley 5/1998 de la CAM, que prohíbe la personificación de los CTR mediante figuras que impliquen ánimo de lucro.

IV. LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE UNIVERSIDADES Y EL FOMENTO DE LA INVESTIGACIÓN

La Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LRU), prestaba mucha menos atención al problema que nos ocupa que la Ley de la Ciencia. Los Estatutos de las Universidades aprobados en el marco de dicha Ley tampoco se han preocupado especialmente de estas cuestiones, si bien van a tener en un futuro inmediato la ocasión de hacerlo con motivo de su necesaria adaptación a la nueva Ley de Universidades. Ello no significa que al amparo de la legislación anterior no hubiese cauces para la creación de estructuras investigadoras y para la transferencia de los conocimientos al sector productivo, ya que las Universidades, en virtud de su autonomía, podían crear estructuras específicas como soporte de la investigación y la docencia [artículo 3.2.g) LRU] y los Departamentos y los Institutos Universitarios, así como su profesorado, a través de los mismos, podían contratar con entidades públicas o privadas o con personas físicas, la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico, así como el desarrollo de cursos de especialización (artículo 11 LRU). Éste ha sido, seguramente, el cauce más específico que la legislación universitaria anterior ofrecía para instrumentar la colaboración entre la Universidad y la empresa en materia de transferencia de conocimientos y tecnología. La mayor parte de las Universidades han constituido fundaciones, al amparo de la Ley de Fundaciones de 1994, para la gestión de estos contratos.

La nueva Ley Orgánica de Universidades (LOU) parece haber sido más sensible al tratamiento de los problemas inherentes a la transferencia de los resultados de la investigación al sector productivo. Ya en su Exposición de Motivos se proclama "el manifiesto compromiso de los poderes públicos de promover y estimular, en beneficio del interés general, la investigación básica y aplicada en las Universidades como función esencial de las mismas, para que las innovaciones científicas y técnicas se transfieran con la mayor rapidez y eficacia posibles al conjunto de la sociedad y continúen siendo su principal motor de desarrollo" (VII). Destacaremos a continuación las novedades más significativas.

A) Estructuras de la investigación

En la línea marcada por la LRU, la LOU incluye en la autonomía universitaria "la creación estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y la docencia" [artículo 2.2.c)] Sin perjuicio de esa libertad de creación, la investigación se llevará a

cabo principalmente en Grupos de Investigación, Departamentos e Institutos Universitarios de Investigación[23]. Los Grupos de Investigación reconocidos por la Universidad, los Departamentos y los Institutos Universitarios de Investigación y su profesorado podrán celebrar contratos con personas, Universidades o Entidades públicas y privadas para la realización de trabajos de carácter científico, técnico o artístico, así como para el desarrollo de enseñanzas de especialización o actividades específicas de formación (artículo 83.1). La posibilidad de celebrar estos contratos ya estaba prevista, como hemos señalado, en el artículo 11 de la LRU.

La LOU prevé también la posibilidad de que las Universidades creen, para la promoción y desarrollo de sus fines, por sí solas o en colaboración con otras entidades públicas o privadas, "empresas, fundaciones u otras personas jurídicas de acuerdo con la legislación general aplicable" (artículo 84, párrafo primero)[24]. Como puede comprobarse, la nueva Ley ha atribuido a las Universidades una amplia discrecionalidad para la creación de entidades instrumentales, que podrán revestir cualquiera de las formas organizativas establecidas en la legislación general aplicable, incluyendo expresamente la creación de "empresas", que también podrán adoptar cualquiera de las modalidades admitidas.

B) Fomento de las actividades de I+D+I de la Universidad

La LOU persigue el objetivo de que la Universidad desarrolle una investigación "de excelencia" para contribuir "al avance del conocimiento, la innovación y la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos y la competitividad de las empresas" (artículo 41.1). El fomento de estas actividades corresponde en el ámbito universitario a la Administración General del Estado y a las Comunidades Autónomas, "sin perjuicio del desarrollo de programas propios de las Universidades" y debe comprender, entre otras, las siguientes finalidades (artículo 41.2):

– El fomento de la calidad y competitividad internacional de la investigación universitaria.

(23) Se establece la posibilidad de que existan Institutos Universitarios de Investigación constituidos por una o más Universidades o conjuntamente con otras Entidades públicas o privadas mediante convenios u otras formas de cooperación, de conformidad con los Estatutos (artículo 10.2). Mediante convenio podrán también adscribirse a Universidades públicas como Institutos Universitarios de Investigación, instituciones o centros de investigación de carácter público o privado. La aprobación de la adscripción o la desadscripción, en su caso, se hará por la Comunidad Autónoma bien a propuesta del Consejo Social o bien por propia iniciativa con el acuerdo del referido Consejo (artículo 10.4). La regulación es similar a la de la LRU, con algunos matices.

(24) Este artículo añade que:

– La dotación fundacional o la aportación al capital social y cualesquiera otras aportaciones a las entidades mencionadas, con cargo a los presupuestos de la Universidad, quedarán sometidas a las normas que a tal fin establezca la Comunidad Autónoma.

– Las entidades en las que las Universidades tengan participación mayoritaria en su capital o fondo patrimonial equivalente, quedan sometidas a la obligación de rendir cuentas en los mismos plazos y procedimiento que las propias Universidades.

– La incorporación de científicos y grupos de científicos de especial relevancia.

– La movilidad de investigadores y Grupos de Investigación para la formación de equipos y centros de excelencia.

– La incorporación a las Universidades de personal técnico de apoyo a la investigación.

– La coordinación de la investigación entre diversas Universidades, así como la creación de centros o estructuras mixtas entre Universidades y otros organismos públicos y privados y, en su caso, empresas.

– La vinculación entre la investigación universitaria y el sistema productivo, como vía para articular la transferencia de los conocimientos generados, la presencia de la Universidad en el proceso de innovación del sistema productivo y de las empresas, y un desarrollo efectivo de los objetivos de aquélla.

– La generación de sistemas innovadores en la organización y gestión por las Universidades del fomento de su actividad investigadora, de la canalización de las iniciativas investigadoras de su profesorado, de la transferencia de los resultados de la investigación y de la captación de recursos para el desarrollo de ésta.

Entre los objetivos mencionados interesa destacar, en el marco del presente trabajo, la pretensión de vincular la investigación universitaria y el sistema productivo, disponiéndose expresamente que "dicha vinculación podrá, en su caso, llevarse a cabo a través de la **creación de empresas de base tecnológica** a partir de la actividad universitaria, en cuyas actividades podrá participar el personal docente investigador de las universidades conforme al régimen previsto en el artículo 83", al que más adelante haremos referencia (negrita no original).

Es la primera vez que, en el ordenamiento español, se establece la posibilidad genérica de que las Universidades creen este tipo de empresas, abriéndose así cauce a un instrumento que puede ser de importancia capital para articular la transferencia de los conocimientos generados por la investigación universitaria al sistema productivo. La posibilidad de creación de empresas por las Universidades, prevista con carácter general en el artículo 84 de la Ley, encuentra aquí una manifestación específica, como mecanismo de transferencia del conocimiento.

C) Régimen del personal

El fomento de las actividades de investigación y de los mecanismos de transferencia de sus resultados al sistema productivo, en los términos expuestos, se refuerza con el favorecimiento de la movilidad del personal investigador, a través de la concesión de los oportunos permisos y licencias, en el marco de la legislación básica estatal y de la autonómica que resulte aplicable y de acuerdo con las previsiones que al respecto se contengan en los Estatutos (artículo 40.4). Esta pretensión de fomentar la movilidad no se limita al ámbito territorial español sino que se hace extensiva al espacio europeo de enseñanza superior a través de pro-

gramas y convenios específicos y de los programas de la Unión Europea. En esta línea se ordena a los Poderes públicos la promoción de mecanismos de movilidad entre las Universidades y otros Centros de Investigación, con sus correspondientes programas de financiación, así como la colaboración entre centros de enseñanza, universitarios o no, Administraciones Públicas, empresas y otras entidades, públicas o privadas, con mismo objetivo de favorecer la movilidad. A estos efectos se tendrá en cuenta la singularidad de las Universidades de los territorios insulares (Disposición Adicional Décima).

Las posibilidades de contratación de personal previstas en la LOU para las Universidades públicas se entienden sin perjuicio de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 13/1986, en la redacción dada por la Disposición Adicional Séptima de la Ley 12/2001, de 12 de julio, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el Incremento del Empleo y la Mejora de su Calidad (Disposición Adicional Decimotercera). El citado precepto legal permite a las Universidades públicas la contratación temporal de personal investigador, científico o técnico, para el desarrollo de nuevos programas o proyectos singulares de investigación que no puedan llevar a cabo con personal propio, pero únicamente cuando sean beneficiarias de ayudas o subvenciones públicas para llevar a cabo dicha contratación.

Como puede apreciarse, estas medidas, sin duda bien intencionadas, adolecen de un excesivo grado de abstracción, ya que no pasan de ser declaraciones programáticas carentes de contenido normativo. A este respecto se echa en falta la inclusión de un precepto semejante al que se ha incluido para los Organismos Públicos de Investigación en el artículo 66 de la LMFAOS 24/2001, según el cual, como se recordará, los funcionarios de dichos Organismos que pasen a prestar servicios en las citadas sociedades mercantiles podrán solicitar la concesión de licencias para desarrollar tareas directamente relacionadas con las que realicen en el Organismo, por un plazo máximo de 4 años, con derecho a conservar el puesto de trabajo.

Si la LOU pretende fomentar la creación de empresas de base tecnológica, parece imprescindible que se establezcan análogas facilidades para que el personal universitario pueda prestar servicios en dichas empresas, conservando su puesto de trabajo en la Universidad. De no ser así, difícilmente tendrá interés para el personal universitario la incorporación a unas actividades que les supondría la pérdida de su puesto en la

EN EL ÁMBITO UNIVERSITARIO LA PRETENSIÓN DE FOMENTAR LA MOVILIDAD NO SE LIMITA AL ÁMBITO TERRITORIAL ESPAÑOL SINO QUE SE EXTIENDE AL ESPACIO EUROPEO DE ENSEÑANZA SUPERIOR A TRAVÉS DE PROGRAMAS Y CONVENIOS ESPECÍFICOS Y DE LOS PROGRAMAS DE LA UNIÓN EUROPEA

Universidad. La dicción literal de la LOU [artículo 41.2.g)] parece limitar la instrumentación de la colaboración del personal universitario investigador con las EBT a la vía contractual prevista en el artículo 83, lo que parece insuficiente. Es cierto que los estatutos de las Universidades pueden contener previsiones al respecto, como señala el artículo 40.4 LOU, pero también lo es que la legislación estatal tiene mucho que decir, al menos en cuanto a la situación del personal funcionario de cuerpos docente estatales.

V. RÉGIMEN DE LOS CENTROS DE INNOVACIÓN Y TECNOLOGÍA

Estos Centros se regulan en el Real Decreto 2609/1996, de 20 de diciembre (BOE de 17 de enero de 1997), con el propósito de fomentar la transferencia de tecnología hacia la empresa, atendiendo los requerimientos de ésta, desarrollando proyectos de I+D, fomentando la investigación cooperativa entre las empresas y, en general, elevando su nivel tecnológico y su competitividad. Ello responde, según explica el Preámbulo del Real Decreto, al objetivo esencial de desarrollar y fortalecer la capacidad competitiva de la industria, el comercio, la agricultura y la pesca, previsto en el artículo 21.d) de la Ley 13/1986. Este objetivo es, a su vez, uno de los encomendados al Plan Nacional de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico, que, conforme al artículo 5.2 de la citada Ley, debe promover, en todo caso, "la necesaria comunicación entre los centros públicos y privados de investigación y las empresas".

A) Concepto y fines

Se consideran Centros de Innovación y Tecnología (CIT) las "personas jurídicas, legalmente constituidas sin fines lucrativos, que estatutariamente tengan por objeto contribuir, mediante el perfeccionamiento tecnológico y la innovación, a la mejora de la competitividad de las empresas y que, actuando en España, sean reconocidas y registradas como tales Centros por la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología, tras acreditar el cumplimiento de los requisitos establecidos en esta norma y en las disposiciones que la desarrollen" (artículo 1.1 del Real Decreto)[25].

(25) Tales requisitos son los siguientes (artículo 1.2):

a) Que tengan personalidad jurídica propia y estén legalmente constituidas sin fines de lucro.

b) Que realicen actividades de I+D y que dispongan de la organización adecuada y de los medios personales y materiales suficientes para garantizar el cumplimiento de sus fines.

c) Que de sus actividades pueda beneficiarse cualquier entidad o empresa que realice actividades en España.

d) Que su actividad se realice en territorio español.

e) Que la entidad se mantenga constituida, en funcionamiento y dando cumplimiento efectivo a sus fines, de manera ininterrumpida, al menos durante los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de reconocimiento e inscripción.

f) Que en las normas estatutarias de la entidad se establezca, para el caso de extinción o disolución, la previsión de que su patrimonio liquidable se aplique a la realización de actividades que respondan al cumplimiento de los fines que tenía asignados o, en su defecto, a finalidades análogas.

La misión de estos Centros consiste en contribuir al desarrollo y fortalecimiento de la capacidad competitiva de las empresas que actúan en territorio español en el ámbito de la tecnología y la innovación mediante la realización de las tareas que se mencionan[26].

B) Reconocimiento y registro

El reconocimiento como CIT se ajustará al siguiente procedimiento (artículo 3 del Real Decreto):

– Las entidades interesadas deberán presentar la correspondiente solicitud ante la CICYT, acompañando la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos exigidos[27].

– La Secretaría General del Plan Nacional de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico evaluará las solicitudes y elevará su propuesta a la Comisión Permanente de la CICYT, la cual decidirá mediante resolución motivada, en el plazo máximo de seis meses desde la iniciación del procedimiento (es decir, aunque el Decreto no lo aclare, desde la fecha de presentación de la solicitud).

– La resolución de la CICYT agota la vía administrativa y, por lo tanto, podrá ser impugnada en vía contenciosa, si bien cabrá interponer previamente el recurso (potestativo) de reposición[28].

(26) a) Atención a las necesidades tecnológicas de las entidades y empresas que lo requieran.

b) Desarrollo de proyectos de I+D.

c) Prestación de asistencia y servicios tecnológicos, tales como calidad, organización de la producción, formación, información, documentación, difusión, legislación, diseño o medio ambiente.

d) Colaboración en las transferencias de resultados de la investigación en los Centros Públicos de Investigación y las empresas.
e) Fomento y desarrollo de la investigación cooperativa entre empresas.

f) Cualquier otra actividad cuyo resultado sea mejorar el nivel tecnológico de las empresas radicadas en España y lograr una posición más favorable de las mismas en los mercados.

(27) Las Asociaciones de Investigación Industrial constituidas al amparo del Decreto 1765/1961, de 22 de septiembre, pueden adquirir el carácter de CIT mediante su inscripción en el Registro y previa adecuación de sus estatutos a la normativa contenida en el RD que comentamos, según su Disposición Transitoria Única.

(28) Un problema interesante es el de determinar los efectos del silencio administrativo en caso de que no recaiga resolución de la CICYT en el plazo de seis meses establecido para resolver. Conforme a la regla contenida en el artículo 43 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el silencio tendría efectos positivos, ya que este supuesto no entra dentro de las excepciones previstas en el propio artículo (procedimientos en ejercicio del derecho de petición y aquéllos cuya estimación tuviese como consecuencia la transferencia de facultades relativas al dominio público o a los servicios públicos). Esta conclusión se confirma por el hecho de que el supuesto que nos ocupa no está incluido en la larga lista de excepciones (silencio negativo) contenida en el Anexo II de la Disposición Adicional Vigésima Novena de la Ley 14/2000, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. No obstante, quizá convendría reflexionar sobre este resultado, para adoptar un criterio diferente (silencio negativo).

– Los Centros reconocidos por la CICYT serán inscritos en el Registro que se llevará en la citada Comisión Interministerial, a cargo de la Secretaría General del Plan Nacional.

La desaparición de alguno de los requisitos exigidos para el reconocimiento determinará la extinción de éste, pero no es automática, sino que habrá que tramitar el correspondiente expediente, con audiencia del interesado, que terminará por resolución motivada de la CICYT, a propuesta de la Secretaría General del Plan, antes citada. La resolución habrá de dictarse en el plazo de seis meses y también será recurrible, en los términos antes expuestos, si bien aquí no se plantea el problema del silencio, ya que el procedimiento se habrá iniciado de oficio (aunque sea en virtud de denuncia).

Para verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos, la CICYT puede solicitar de estos Centros la información que estime necesaria, así como realizar las comprobaciones oportunas (artículo 4).

La extinción del reconocimiento se inscribirá también en el Registro de CIT.

C) Efectos del reconocimiento

Desde esta perspectiva, la regulación vigente resulta bastante pobre, ya que el único efecto que se prevé en el RD 2609/1996 es la posibilidad de acceder, "cuando así se establezca", a las ayudas convocadas en el marco del Plan Nacional de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico (artículo 3.5)[29]. Además de este acceso a las subvenciones, hay otros efectos indirectos no mencionados en el citado Real Decreto. En particular, la contratación con los CIT permite beneficiarse de las deducciones fiscales previstas en el impuesto de sociedades por actividades de investigación científica e innovación tecnológica[30]. A estas previsiones hay que añadir las contenidas en la legislación autonómica aplicable, como ya hemos puesto de relieve.

(29) En la actualidad, en ejecución del Plan vigente para el período 2000-2003 (aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de noviembre de 1999), la Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 31 de enero de 2001 (BOE de 2 de febrero) establece las bases y publica la convocatoria de concesión de ayudas para la realización de proyectos de I+D en el marco del citado Plan. Según dicha Orden, podrán ser beneficiarios de las ayudas los centros públicos de I+D, los privados sin ánimo de lucro y los centros tecnológicos que no se encuentren inhabilitados para la obtención de subvenciones públicas o para contratar con el Estado u otros entes públicos (apartado segundo.1). La propia Orden aclara que se consideran "centros tecnológicos" a estos efectos "los Centros de Innovación y Tecnología reconocidos y registrados como tales por la Comisión Interministerial de Ciencia y Tecnología según el Real Decreto 2609/1996, de 20 de diciembre, que estén dotados de sistemas de contabilidad analítica".

(30) En efecto, a partir del 11 de enero de 2000, la realización de dichas actividades dará derecho (artículo 33 de la Ley 43/1995, del Impuesto de Sociedades, en la redacción introducida por el artículo 31 de la Ley 55/1999, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social) :

– a una deducción de la cuota íntegra del 30 por ciento de los gastos efectuados en el período impositivo por este concepto;

El régimen de los CIT, podría quizá, revisarse, reforzando en otros aspectos los efectos del reconocimiento de estos Centros, por ejemplo, en relación con el personal, permitiendo que se incorporen a ellos personal de los OPIs y de las Universidades (y a la inversa).

VI. RECAPITULACIÓN

1. Las tareas de investigación, desarrollo tecnológico e innovación se llevan a cabo en España, fundamentalmente, por los Organismos Públicos de Investigación, las Universidades y los Centros de Innovación Tecnológica. La ordenación jurídica de esas tareas carece de unidad, pese a la existencia, desde 1986, de una Ley de Fomento y Coordinación General de la Investigación Científica y Técnica (Ley 13/1986, de 14 de abril), con pretensión de regulación general de la materia. Esa falta de unidad se debe, en parte, a la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas y, también en parte, a las peculiaridades del régimen jurídico de las Universidades, cuya autonomía garantizada en la Constitución impide que la ley (estatal o autonómica) regule con detalle los aspectos comprendidos en ella, entre los que figura la investigación. La regulación detallada de estos aspectos corresponde a los estatutos respectivos, que, sin embargo, han prestado muy poca atención a estas cuestiones. Hay, pues, un doble nivel de regulación (legal y estatutario), que es común a los OPIs y las Universidades, si bien con la importante diferencia de que los estatutos de los OPIs no son expresión de una autonomía constitucional, sino normas orgánicas adaptadas a la legislación administrativa general, con las peculiaridades permitidas por ésta y previstas en la normativa propia de cada organismo.

EL OBJETIVO ESENCIAL DE LOS CENTROS DE INNOVACIÓN Y TECNOLOGÍA ES DESARROLLAR Y FORTALECER LA CAPACIDAD COMPETITIVA DE LA INDUSTRIA, EL COMERCIO, LA AGRICULTURA Y LA PESCA, DESARROLLANDO ACTIVIDADES DE I+D Y FOMENTANDO LA INVESTIGACIÓN COOPERATIVA ENTRE EMPRESAS

2. La impresión es que se trata de un conjunto normativo abigarrado y complejo, cuyo manejo y aplicación no resulta fácil. Esto ocurre en casi todos los ámbitos, pero en éste resulta más acusado por la incidencia de una pluralidad de legislaciones (estatal y autonómica, general y especial) y la proliferación de modificaciones en los últimos años, casi todas ellas introduci-

– a una deducción adicional del 10 por ciento del importe de los siguientes gastos:

a) gastos de personal de la entidad correspondientes a investigadores cualificados adscritos en exclusiva a actividades de I+D;

b) gastos correspondientes a proyectos de I+D contratados con Universidades, OPIs o CIT reconocidos y registrados como tales.

das por la vía (siempre incómoda de manejar) de las leyes de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Este fenómeno refleja, desde luego, la preocupación de los poderes públicos por adaptar el régimen de la investigación a las circunstancias cambiantes, pero produce también una inevitable sensación de "parcheo", en cuanto se modifican aspectos concretos de la normativa vigente, pero con pérdida de la visión de conjunto. Quizá haya llegado el momento de elaborar una nueva Ley de la Ciencia (o como se la quiera denominar), a la altura del momento y aprovechando la experiencia adquirida en los quince años de vigencia de la Ley 13/1986.

3. La conclusión anterior se refuerza a la vista de las previsiones incumplidas de la normativa vigente, que ponen de relieve la toma de conciencia de que las peculiaridades de la actividad investigadora requieren una respuesta en el plano jurídico–institucional, pero sin que todavía se haya dado el paso, quizá por el temor a introducir quiebras en la legislación administrativa general o por la resistencia de los Departamentos "defensores" de esa legislación. En efecto, está prevista la aprobación de una normativa específica para el personal de los OPIs en materia de acceso, adscripción de puestos, carrera, promoción y movilidad (artículo 61 de la Ley 50/1998). Pero esa normativa aún no se ha dictado, si bien se han adoptado medidas parciales. Lo mismo ocurre con las especialidades del régimen presupuestario y económico–financiero de estos organismos. Está prevista la modificación en tal sentido de la Ley General Presupuestaria, en virtud del mismo precepto legal, pero esa modificación tampoco se ha llevado a cabo.

4. Es muy probable que las dificultades prácticas para introducir especialidades en el régimen jurídico de los organismos investigadores y del personal a su servicio consistan, precisamente, en que se presentan como excepciones o derogaciones a las reglas establecidas con carácter general sobre la organización y el empleo público. Pero es imprescindible asumir que el apoyo a la investigación e innovación es una responsabilidad de los poderes públicos y que, en el marco de las políticas correspondientes, esas especialidades pueden y deben encontrar plena justificación.

5. Tanto los OPIs como las Universidades tienen hoy una amplia discrecionalidad para crear estructuras de apoyo a las actividades de I+D+i. Ésta es una conclusión que se deduce claramente del examen de la normativa vigente. Entre esas opciones se incluye la creación de sociedades mercantiles o la participación en aquéllas cuyo objetivo sea la realización de dichas actividades. Desde luego, no se trata de que ambos tipos de Organismos se lancen ahora a una carrera desenfrenada de creación de empresas de base tecnológica, pero sí de que impulsen decididamente la innovación mediante el apoyo y la participación en ese tipo de empresas, así como facilitando la incorporación a ellas de su propio personal. En esta línea, la experiencia de los parques científicos que se está iniciando en algunas Universidades puede resultar muy útil para detectar problemas y estudiar soluciones.

6. Las disposiciones vigentes permiten, sin duda, una movilidad del personal funcionarial de los OPIs superior a la que resulta del régimen general vigente para la

Administración General del Estado. En cambio, la movilidad del personal parece estar bastante más restringida en el ámbito de las Universidades públicas. A este respecto, se echa en falta la previsión para las Universidades de una disposición semejante a la que se ha incluido para los OPIs en el artículo 66 de la Ley 24/2001, según el cual, los funcionarios de dichos Organismos que pasen a prestar servicios en las citadas sociedades mercantiles podrán solicitar la concesión de licencias temporales, conservando su puesto de trabajo de origen. El régimen de movilidad del personal investigador debería establecerse a escala europea, no solamente para incentivar el desplazamiento de los investigadores españoles, sino también para propiciar la incorporación de investigadores de otros Estados a los grupos y empresas existentes en el nuestro.

7. Los contratos de prestación de servicios de investigación que realicen los OPIs están excluidos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas desde la Ley 13/1986, rigiéndose por las normas del derecho civil o mercantil que les sean de aplicación (artículo 19.2). Esta regulación dota, en principio, a estos contratos de una mayor flexibilidad, pero hay dudas sobre si la exclusión del ámbito de la LCAP se refiere sólo a los efectos y extinción de los contratos o si se extiende también a las fases de preparación y adjudicación. Parece que la interpretación correcta es la segunda, pero la duda es demasiado importante para dejarla al criterio del intérprete y, sobre todo, no parece tener sentido alguno imponer al organismo la obligatoriedad de realizar un proceso de selección, cuando no hay gasto público, sino ingresos derivados de la prestación del servicio y, además, el organismo habrá sido previamente seleccionado por la empresa que desea recurrir a sus servicios. En otras palabras, en estos casos el OPI no es Administración "contratante", sino "contratista" de un tercero que le encarga determinados servicios. Es evidente que la LCAP no está pensada para esos supuestos, sino, al contrario, para los casos en que la Administración "contratante" tiene que seleccionar a un contratista. En consecuencia, la exclusión de estos contratos del ámbito de la LCAP está plenamente justificada. Hay que potenciar su celebración, sin trabas innecesarias, que serán adecuadas a los contratos administrativos típicos, pero en modo alguno a la prestación de servicios de I+D.

8. Los OPIs pueden también suscribir convenios de colaboración con otros organismos o entidades, con fines bastante amplios. Sin embargo, la nueva redacción del artículo 15.3 de la Ley de la Ciencia, introducida por el artículo 88 de la Ley 24/2001, dispone que estos convenios no podrán tener por objeto ninguno de los comprendidos en los contratos regulados por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) o en normas administrativas especiales. No está muy claro el alcance de esta prohibición, pero debería ponerse en conexión con la exclusión del ámbito de la LCAP de los contratos de prestación de servicios de investigación a que acabamos de hacer referencia. Si los citados contratos están excluidos de la LCAP, sometiéndose al Derecho Civil y Mercantil, no pueden verse afectados por la prohibición, ya que su objeto no será uno de los comprendidos en el ámbito de la LCAP. En otras palabras, la prestación de servicios de investigación por los OPIs a empresas privadas podrá ser objeto de contrato (privado, excluido de la LCAP) o de convenio, conforme al citado artículo 15.3. Lo que habría que hacer es delimitar los supuestos en que procede la celebración de contratos de prestación de servicios de investigación y aquellos otros en que se puede acudir a la vía del convenio,

si bien no se trata de aumentar la rigidez mediante la definición de una tipología cerrada de relaciones.

9. Las Universidades públicas también pueden celebrar contratos de investigación, posibilidad que se mantiene en la nueva Ley Orgánica de Universidades y que establecía la LRU. La naturaleza de estos contratos no está clara y, en la práctica, se han planteado problemas por la falta de encaje de esta figura en alguna de las modalidades de contratación previstas con carácter general. Habría que estudiar la conveniencia de someter estos contratos al derecho privado, como se hace en el ámbito de los OPIs, sobre todo si quienes los formalizan en nombre de la Universidad son fundaciones (privadas, aunque de titularidad pública) constituidas con esa finalidad. Estos contratos no suponen inversión de fondos públicos, sino que, al contrario, generan ingresos para el presupuesto de la Universidad correspondiente, por lo que no tiene sentido someterlos a las reglas de la LCAP. También habría que intentar una delimitación entre los supuestos que pueden ser objeto de estos contratos y aquellos otros que deben instrumentarse mediante convenios de colaboración, es decir, el mismo problema que antes hemos señalado respecto de los OPIs. Ésta es una materia que merece una reflexión mucho más profunda de la que es posible hacer aquí.

10. Por último, la regulación vigente de los Centros de Innovación y Tecnología debe considerarse como un primer paso que es necesario superar, aprovechando la experiencia adquirida. En principio, estos Centros son privados (por eso se "reconocen"), pero en algunas Comunidades Autónomas se comprenden bajo esta denominación tanto centros privados como públicos. Se debería aclarar el concepto y permitir la inclusión en él de las empresas de base tecnológica, aunque sean creadas o participadas por Universidades u OPIs. El requisito de que los Centros no tengan fines lucrativos puede ser un obstáculo a dicha inclusión, por lo que, quizá, convendría revisarlo. También se deberían reforzar los efectos del reconocimiento de estos Centros, actualmente limitados a la posibilidad de acceder a las ayudas o subvenciones públicas que se convocen en el marco del Plan Nacional de Investigación Científica y Desarrollo Tecnológico. En particular, se debería permitir la incorporación de personal de los OPIs y, eventualmente, de las Universidades, facilitando su movilidad.

11. En definitiva, éste es un ámbito de actuación en el que, una vez más, las técnicas del derecho público y las del derecho privado no se excluyen sino que deben concurrir para afrontar uno de los mayores retos de nuestra época: fomentar la investigación y orientarla hacia la innovación. Ésta es lo contrario de la rutina. Por eso, como señala el Libro Verde de la Comisión Europea, tropieza con tantos obstáculos y tantas resistencias: "por eso también se ha convertido en un acto capital para las sociedades europeas" (pág. 9).

Notificaciones administrativas: presunciones y ficciones[1]

FRANCISCO VELASCO CABALLERO

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

Sumario:

I. Planteamiento. II. La notificación como condición de eficacia. A) Notificación como condición de eficacia externa y paulatina del acto administrativo. B) Comunicación por medio de la notificación. C) "Ficción" de conocimiento mediante la notificación o su intento. **III. La notificación como prestación informativa. IV. Práctica de la notificación.** A) Requisitos para que la notificación personal surta efectos de conocimiento presunto del acto administrativo. a) Tiempo para la notificación. b) Forma de la notificación. c) Lugar. d) Receptores de la notificación. B) Requisitos para la ficción de conocimiento. **V. Síntesis final.**

I. PLANTEAMIENTO

El Derecho público español regula con detalle las notificaciones administrativas. Tanto en la legislación general como en leyes sectoriales. De aplicación general son los arts. 57 a 59 LRJ-PAC (en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero), complementados –para las notificaciones por medio del operador del servicio postal universal– por los arts. 39 a 44 del RD 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del

(1) **Indicaciones metodológicas previas:** a) Este trabajo tiene un objetivo explicativo o racionalizador del "material jurídico" positivo referido a las notificaciones administrativas; para este fin explicativo se ha atendido con especial rigor a las premisas y postulados propuestos por CANARIS, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas* (traducción de J.L. De Castro), Civitas, Madrid, 1995. En la selección del material objeto de explicación se han establecido límites: las referencias jurisprudenciales son selectivas hasta 1997, y sólo exhaustivas a partir de ese año. Una información más completa sobre la jurisprudencia se puede encontrar en: PIÑAR, "La eficacia de los actos administrativos", en SANTAMARÍA y PAREJO, *Derecho administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo*, CEURA, Madrid, 1989, pp. 294 y ss.; ALIAGA AGULLÓ, *Notificaciones en Derecho tributario*, Marcial Pons, Madrid, 1997; GARCÍA NOVOA, *Las notificaciones tributarias*, Aranzadi, Pamplona, 2001. b) La explicación propuesta en este estudio ha sido previamente sometida a un grupo de control (Seminario de Derecho administrativo de la UAM). c) Por último, las notas a pie de página contienen únicamente los datos o referencias sobre las que reposan las propuestas explicativas; para la comprensión total del discurso explicativo no es necesario, por tanto, detenerse en las notas.

Servicio Postal Universal (que deroga el Decreto 1653/1964, de 14 de mayo). Con carácter sectorial, la legislación tributaria también regula expresamente las notificaciones administrativas: arts. 105, 124 y 125 LGT (en la redacción dada por la Ley 6/1997, de 30 de diciembre); art. 70.4 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales (en la redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre); Disposición Adicional 939/1986, de 25 de abril (Reglamento General de la Inspección de los Tributos: RGIT); art. 103 del RD 1684/1990, de 20 de diciembre (Reglamento General de Recaudación: RGR); art. 27 del Real Decreto Legislativo 2795/1980, de 12 de diciembre (Texto Articulado sobre el Procedimiento Económico-administrativo: LPEA); arts. 78 a 87 del Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo (Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-administrativas: RPREA); art. 17 del Real Decreto 2244/1979, de 7 de septiembre (Reglamento del recurso de reposición previo al económico-administrativo)[2]. Por último, en Leyes administrativas especiales también se contienen algunas normas especiales sobre notificaciones. Valgan como ejemplo los arts. 77 y 78 del Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo (Ley de Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial: LSV), en la redacción dada por la Ley 19/2001, de 19 de diciembre, que contiene varias normas especiales sobre notificación de denuncias; o el art. 10 de la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, Reguladora del Derecho de Reunión (en la redacción dada por la Ley Orgánica 9/1999, de 21 de abril). Amén de la regulación positiva, el régimen de las notificaciones administrativas se completa con un amplio elenco de criterios jurisprudenciales. Y ello porque los Jueces y Tribunales de lo Contencioso-administrativo con frecuencia enjuician la validez de actos administrativos adoptados en procedimientos donde, por notificación defectuosa, no se oyó a los interesados; también dedican los mismos Jueces y Tribunales extensa atención a si, por defectos en la notificación, los recursos contenciosos son o no extemporáneos. De las notificaciones administrativas se ocupa, incluso, el Tribunal Constitucional: Los defectos de notificación en procedimientos sancionadores pueden ser causantes de indefensión (contraria al art. 24.1 CE); y la apreciación rigorista de un Tribunal contencioso sobre si un recurso fue extemporáneo (precisamente, por un defecto en la notificación del acto impugnado) puede ser denegatoria del acceso a la jurisdicción (con contravención, también del art. 24.1 CE).

La abundancia de reglas y criterios jurisprudenciales aconseja una explicación sistemática. En la actualidad prima una explicación de las notificaciones como "actos administrativos" de los que dependen la eficacia de otros actos administrativos (los notificados)[3].

(2) La articulación aplicativa de las normas descritas (que aquí se consideran desde una perspectiva explicativa), en GARCÍA NOVOA, *Las notificaciones...*, p. 25.

(3) Por todos: GARRIDO FALLA y FERNÁNDEZ PASTRANA, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, 3ª Ed. Civitas, Madrid, 2000, p. 154; TARRÉS, "Notificación y publicación de los actos administrativos" en TORNOS (Coordinador), *Administración pública y procedimiento administrativo*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 219; BELADIEZ, *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, Madrid, 1994, p. 175; OLMEDO, "Notificación y publicación de los actos administrativos tras la Ley 4/1999", en *Actualidad Administrativa*, núm. 26 [1999], pp. 755 y ss. (p. 758). En la jurisprudencia anterior a la LRJ-PAC, véase la exposición completa de PIÑAR, *La eficacia...*, p. 311). Una notable excepción a esa explicación es la contenida en LÓPEZ MERINO, *La notificación en el ordenamiento jurídico español*, CEMCI, Granada, 1987, explicación a la que se aludirá más adelante.

Esta explicación es hoy cuestionable: de un lado, se encuentra muy condicionada por un concepto amplio de acto administrativo, justificado bajo la vigencia de la LJCA de 1956, pero ya no al amparo de la Ley 29/1998[4]. De otro lado, la consideración de las notificaciones como "actos administrativos" ha llevado a resultados difícilmente comprensibles, como la anulación independiente de los "actos de notificación"[5]. Y por último, la explicación de las notificaciones como "actos administrativos" relega a un segundo plano el verdadero *telos* de las normas sobre notificaciones: el conocimiento por los destinatarios de los actos que les afectan.

En la ordenación sistemática que sigue se considera la notificación como una "actuación administrativa" de información a los particulares por medio de la cual los particulares pueden conocer el contenido de los "actos administrativos" y desde ese momento ajustar su conducta a lo que en ellos se establece; se parte aquí, por tanto, de la clara distinción entre el "acto administrativo" y la "actuación administrativa" de notificación. El art. 57.2 LRJ-PAC dispone que la eficacia de los actos quedará demorada cuando esté supeditada a su notificación o publicación. Y el art. 58.1 LRJ-PAC establece el deber de notificación de los actos administrativos que afecten a los derechos e intereses de los particulares. Se trata no sólo de las "resoluciones" que ponen fin a un procedimiento, sino también de otros "actos de trámite" relevantes; las propias Leyes administrativas identifican ciertos "actos de trámite" que deben ser notificados, como la denuncia de la infracción de tráfico (art. 77 LSV) o, en general, la iniciación del procedimiento sancionador (art. 135.1 LRJ-PAC). La distinción elemental entre el acto administrativo y su notificación explica que una notificación ilegal (por no practicarse con los requisitos que establecen las Leyes administrativas) no afecte a la *validez* del acto administrativo, sino sólo a su *eficacia*[6]. Cuestión distinta es que la ineficacia de una acto administrativo –por defectuosa notificación– sea a su vez causa de *invalidez* de actos administrativos posteriores: una sanción puede ser inválida (por contraria al

LA NOTIFICACIÓN ES UNA CONDUCTA ADMINISTRATIVA DE INFORMACIÓN A LOS PARTICULARES POR MEDIO DE LA CUAL ÉSTOS PUEDEN CONOCER EL CONTENIDO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y AJUSTAR SU CONDUCTA A LO QUE EN ELLOS SE ESTABLECE

(4) *Vid.* VELASCO, *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 48-49; y *La información administrativa al público*, Montecorvo, Madrid, 1998, p. 57. La importancia del sistema de acciones y pretensiones de la LJCA de 1998 para la conceptualización de la actuación administrativa ha sido destacado en el Voto Particular formulado por la Magistrada Casas Baamonde (al que se adhieren los Magistrados García Manzano, Pérez Vera y Gay Montalvo) a la STC 235/2001, de 13 de diciembre.

(5) *Vid.* ALIAGA AGULLÓ, *Notificaciones...*, p. 35.

(6) Entre otras, SSTS de 14 de octubre de 1992, Ar. 7591 y 22 de marzo de 1999, Ar. 3022.

art. 24.2 CE) porque la previa propuesta de resolución fue ineficaz, al no ser debidamente notificada[7], la misma sanción puede ser inválida por prescripción de la infracción, debido a una deficiente notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador[8].

La distinción elemental entre el "acto administrativo" y la "actuación informativa" de la Administración, permite una doble comprensión de los preceptos reguladores de las notificaciones: como hecho determinante de la *eficacia del acto administrativo;* y como *prestación informativa* a cargo de las Administraciones Públicas. Ambas consideraciones, aunque entrelazadas, presentan diverso alcance jurídico. Una notificación defectuosa (por no informar sobre lo que la Ley establece, o por practicarse deficientemente) impide –al menos parcialmente– la eficacia del acto administrativo; eso es lo que resulta del art. 57.1 LRJ-PAC. Pero además, la falta de notificación (o una notificación que contradiga los requisitos de los arts. 58 y 59 LRJ-PAC o de las normas administrativas especiales) es objetivamente ilegal, y cabe la reacción procesal contra ella; luego veremos con qué clase de acciones.

II. LA NOTIFICACIÓN COMO CONDICIÓN DE EFICACIA

Ya se ha dicho que para el art. 57.2 LRJ-PAC la notificación es una condición de eficacia de aquellos actos administrativos que afectan a los derechos o intereses de los particulares. Pero de ahí no resulta la conclusión de que sin notificación al interesado no hay eficacia del acto administrativo; ni tampoco que la notificación despliegue automáticamente todos los efectos propios del acto administrativo notificado. Varias consideraciones son aquí relevantes:

A) Notificación como condición de eficacia externa y paulatina del acto administrativo

Tomando como modelo el arquetipo de negocio jurídico privado, se puede distinguir entre dos formas o grados fundamentales de eficacia de los actos administrativos: *eficacia interna* y eficacia externa[9]. La eficacia interna se iniciaría con la simple aprobación del acto, y a ello haría referencia el art. 57.1 de la LRJ-PAC. Esta eficacia interna supone, fundamentalmente, que la Administración autora del acto ha de observar ya límites formales para adoptar una resolución en sentido distinto. Y ello tanto en relación con los actos favorables como por referencia a los actos de gravamen. El *acto favorable* dictado (aunque no comunicado) vincula ya a la Administración, por lo que sólo es revisable de acuerdo con los arts. 102 y 103 LRJ-PAC o revocable de acuerdo con el art. 105 LRJ-PAC. Aquí, a dife-

(7) STSJ de Aragón de 5 de octubre de 2000 (Ar. 91526 de 2001).

(8) SSTSJ de Castilla y León de 29 de diciembre de 2000 (Ar. 113298 de 2001) y de 15 de marzo de 2001 (Ar. 140619).

(9) VELASCO, *Las cláusulas...*, p. 85.

rencia de lo que ocurre con las declaraciones de voluntad negociales en Derecho privado, importa el mantenimiento del acto administrativo desde un punto de vista objetivo. En todo caso, aunque no se aceptase la categoría de la eficacia interna de actos favorables, bastaría con que el particular se diera por enterado del acto (en cualquier momento después a su producción) para que el acto administrativo desplegara todos sus efectos[10]. La eficacia interna también se presenta en los actos de gravamen: La obligación impuesta, una vez dictado el acto administrativo ya no ha de ser reformable *in peius*.

La *eficacia externa* del acto administrativo se produce, lógicamente, en relación con los particulares destinatarios de los actos. Ahora bien, esta eficacia externa no es uniforme, sino que presenta diferencias temporales y subjetivas. Con este planteamiento se pretende revisar el tópico de que el acto administrativo tiene un momento concreto y único de inicio de eficacia. Frente a esta afirmación tópica, la realidad muestra que la eficacia de los actos administrativos es irregular en el tiempo y en relación con sus destinatarios. De acuerdo con la regulación del art. 57.2 y 58.1 LRJ-PAC los actos administrativos son eficaces desde el momento en que son conocidos por sus destinatarios; a tal fin sirven las normas sobre notificación y publicación de los arts. 58 a 60 LRJ-PAC (así como los arts. 105, 124 y 125 LGT). Pero ocurre que cuando un mismo acto administrativo ha de ser notificado a varios destinatarios no se puede señalar un único momento de inicio de eficacia, sino tantos momentos como destinatarios conocedores del acto administrativo puedan existir.

B) Comunicación por medio de la notificación

Los actos administrativos que definen las situaciones jurídicas de los particulares sólo pueden ser observados por éstos en la medida en que sean conocidos. Y es que tanto los actos de gravamen como los favorables tienen por fin siempre la *dirección de la conducta* de sus destinatarios. Ese efecto sólo es posible, lógicamente, cuando hay previo conocimiento del acto administrativo. Así que el inicio de la eficacia externa de los actos administrativos se concreta en el momento de su conocimiento por cada uno de los posibles destinatarios. Ésta es la verdadera regla inducible de –entre otros– los arts. 57 y 58 LRJ-PAC; 105, 124 y 125 LGT; 27 LPEA, y 78 a 87 RPREA. Ahora bien, *el conocimiento del acto administrativo es un hecho que requiere comprobación*. Varias son las formas de determinar que ha habido conocimiento.

a) La forma elemental de probar el conocimiento del acto administrativo –aunque no haya sido notificado– es mediante declaración expresa del interesado[11]. Tal es la previsión legal del art. 125.1 LGT. El mismo conocimiento real puede derivar de otras pruebas, como un documento público[12].

(10) En este sentido, STS de 9 de mayo de 1997 (Ar. 5652).

(11) Así resulta de la STS de 9 de mayo de 1997 (Ar. 5652).

(12) Así, un certificado municipal: STS de 19 de junio de 2001 (Ar. 6290). La jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto es necesariamente limitada: al tratarse de una prueba de hechos (el conocimiento del acto) no es posible la plena revisión en casación (STS de 31 de enero de 2001, Ar. 4915), limitada a enjuiciar la forma en que fue "valorada" la prueba del conocimiento del acto.

b) También se puede establecer que hubo conocimiento mediante una inferencia lógica: A partir de ciertos hechos base (como la propia conducta del destinatario) se puede colegir que existió conocimiento[13]. Se trata de una *presunción judicial*. Así, cuando acreditada la condición de cónyuges de dos personas se presume que marido y mujer se informan mutuamente de los actos administrativos notificados a sólo uno de ellos[14]. O cuando en un caso de posible notificación defectuosa de liquidación tributaria se afirma que: "se dan todos los indicios necesarios, según las reglas del criterio humano, para sacar la conclusión presuntiva (art. 1253 CC) de que "Hotel Cupido, SA" tuvo pleno conocimiento, en su momento inicial oportuno, del contenido de las liquidaciones notificadas a su dependiente, pues así se infiere del dato del domicilio, siempre coincidente, de la repetición monótona de la misma forma de practicar la notificación..."[15]. Tratándose de una presunción judicial cabe, lógicamente, prueba en contrario[16].

c) En tercer lugar, la inferencia del hecho del conocimiento se simplifica mediante un *sistema de presunciones legales*[17]. De esta forma, la Ley establece que una notificación practicada en la forma descrita en los arts. 59 LRJ-PAC y 105.3 y 4 LGT se presume conocida por su destinatario. Y por ello, todo el contenido de la notificación (el resolutivo y el informativo) es eficaz desde que consta la práctica de la notificación. Tratándose de una presunción legal, *cabe la prueba en contrario*[18]; no se trata aquí de probar un hecho negativo (el desconocimiento del interesado) sino de probar un hecho impeditivo de la inferencia lógica. Además de la presunción general de conocimiento (seguida de la notificación regular) las Leyes también establecen presunciones de conocimiento en casos de *notificaciones defectuosas:*

– Una primera forma específica de presunción se contiene el art. 58.3 LRJ-PAC para los casos en que la notificación, conteniendo el texto íntegro del acto notificado omitiese

(13) Critica esta posibilidad: ALIAGA, *Notificaciones...*, p. 82.

(14) STSJ de Madrid de 1 de febrero de 1996.

(15) STS de 22 de mayo de 1997 (Ar. 3708). En el mismo sentido: STS de 25 de febrero de 1999 (Ar. 889): presunción de conocimiento en varios copropietarios a partir de la notificación a un comunero que venía actuando en nombre de los demás; STS de 22 de diciembre de 2000 (Ar. 2437 de 2001): presunción de conocimiento por medio de notificación –irregular– a persona que no precisa su relación con el destinatario, pero que fue cauce idóneo para otras notificaciones anteriores sí efectivas. En estos casos la conclusión del conocimiento no deriva del cumplimiento de los requisitos procedimentales de la notificación sino que es una inferencia lógica a partir de varios hechos: de una lado, una notificación irregular, y de otro lado, un contexto en el que se pude presumir que lo notificado (aun de forma irregular) llegó a conocimiento del destinatario.

(16) GARCÍA COBALEDA, en SALA SÁNCHEZ (Coordinador), *Comentario a la reforma del Procedimiento Administrativo,* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 321.

(17) Esta explicación de la regulación de las notificaciones (tanto administrativas como judiciales) se encuentra en LÓPEZ MERINO, *Las notificaciones...*, pp. 291 y ss. y pp. 327 y ss. Si bien en el concepto de presunción incluye también lo que aquí se consideran como verdaderas ficciones.

(18) STS de 22 de marzo de 1990 (Ar. 2110). En contra, LÓPEZ MERINO, *Las notificaciones...*, p. 295, atendiendo, básicamente, a razones de seguridad jurídica.

algún otro contenido preceptivo (esto es, la información procesal o "pie de recursos"). Aquí presume la LRJ-PAC el conocimiento cuando el particular realice actos "que permitan suponer ese conocimiento" o cuando interponga cualquier recurso que proceda. La legislación tributaria limita esa presunción a dos situaciones: interposición del recurso pertinente e ingreso de la deuda tributaria (art. 125.1 LGT). Se suele hablar aquí de "convalidación" de la notificación[19]. Sin embargo, el tenor del art. 58.3 LRJ-PAC se refiere exclusivamente a que las notificaciones "surtirán efectos": No establece la Ley una forma de superación de la actuación notificadora ilegal, que determine la validez de aquella actuación; establece un sistema de eficacia –por medio de presunciones– que prescinde del dato de la validez.

– Además, en el ámbito tributario se mantiene una presunción otrora contenida con carácter general en el art. 79.4 LPA de 1958. Según el art. 125.1 LGT "Surtirán efecto por el transcurso de seis meses las notificaciones [de liquidaciones tributarias] practicadas personalmente a los sujetos pasivos que conteniendo el texto íntegro del acto hubieran omitido algún otro requisito, salvo que se haya hecho protesta formal dentro de este plazo en solicitud de que la Administración rectifique la deficiencia". Se trata de una presunción de conocimiento de la información adicional a la notificación (el "pie de recursos") vinculada al paso del tiempo sin que el interesado exija la emisión de aquella información.

LA EFICACIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SE CONCRETA CON SU CONOCIMIENTO POR LOS DESTINATARIOS, MEDIANTE DECLARACIÓN EXPRESA DEL INTERESADO, PRESUNCIÓN JUDICIAL O POR PRESUNCIONES LEGALES QUE ADMITEN PRUEBA EN CONTRARIO

En los dos casos de presunciones legales destacados (la del art. 58.3 LRJ-PAC y las del art. 125.1 LGT) se puede afirmar –frente a lo que con carácter general resulta de la jurisprudencia– que "el conocimiento presunto sólo está referido a la información procesal de la notificación". El texto íntegro del acto, en la medida en que ha sido propiamente notificado (aun sin información procesal) ya es eficaz desde la notificación. *Sólo el conocimiento de las posibilidades de recurso queda en duda hasta que, por presunción, se pueda determinar su conocimiento por el destinatario.* En suma, cuando el acto notificado contiene el texto íntegro hay que concluir que el acto es eficaz (por ser conocido) y sólo queda suspendido en el tiempo el cómputo del plazo para recurrir[20].

(19) Por todos, OLMEDO, *Notificaciones y publicaciones...*, p. 762, y GARCÍA NOVOA, *Las notificaciones...*, p. 90.

(20) Coincide en el resultado: BELADIEZ, *Validez...*, p. 179. Ésa es también la regla para la "ilustración sobre recursos" de la Ley procesal administrativa alemana (art. 58.1 VwGO): *vid.* KOOP, *Verwaltungngsgerichtsordnung Kommentar*, 9ª, München, 1992, pp. 570 (párrafo 2) y 580 (párrafo 4).

C) "Ficción" de conocimiento mediante la notificación o su intento

Bien distinto de los supuestos anteriores –referidos a la prueba del conocimiento de un acto administrativo– es el caso en el que la Ley impone una *ficción legal* de conocimiento del acto. Mediante la *presunción* –ora judicial, ora legal– se parte de la realidad (de lo que normalmente acontece) para concluir que otro hecho fue o es. La ficción legal, en cambio, crea la realidad: impone como consecuencia jurídica un determinado estado de cosas, resulte o no de la experiencia de los hechos[21]. Así, cuando media un doble intento de notificación personal y sigue notificación edictal, el artículo 59.4 LRJ-PAC impone la ficción de que el destinatario tiene conocimiento del acto notificado y por tanto puede ajustar su conducta a lo prescrito por la Administración. A la Ley le es indiferente si el acto administrativo es propiamente conocido o no o su destinatario; o si se dan las circunstancias de hecho que permitan concluir lógicamente que el interesado conoció el acto administrativo. Lo mismo se puede decir del efecto jurídico que sigue al intento de notificación rehusado por el destinatario (59.3 LRJ-PAC y 105.5 y 124.5 LGT): la Ley impone la ficción de conocimiento de la notificación[22] y, consecuentemente, la del acto notificado. Tratándose de una *fictio legis* no cabe la prueba de hechos impeditivos del conocimiento fingido; cabe, eso sí, el planteamiento sobre si la ficción impuesta por la Ley es conforme con la Constitución, en especial con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE[23].

III. LA NOTIFICACIÓN COMO PRESTACIÓN INFORMATIVA

Cuando lo notificado es una *resolución* administrativa (no un acto de trámite) la Administración debe acompañar al acto administrativo en cuestión cierta información adicional. De acuerdo con el artículo 58.2 LRJ-PAC la notificación deberá contener el texto íntegro de la *resolución* con indicación de si es o no definitivo en la vía administrativa, la expresión de los recursos que procedan, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos. Similares contenidos informativos dispone para las liquidaciones tributarias el artículo 124.1.b) LGT, debiendo añadirse en este caso, además, información sobre el "lugar, plazo y forma en que debe ser satisfecha la deuda tributaria" [artículo 124.1.c) LGT]; la información adicional es aún más extensa en el caso

(21) Una explicación suficiente, precisa y útil de la distinción entre presunción y ficción, en MORILLO-VELARDE, *Los actos presuntos*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 43. Una explicación más completa de la distinción elemental entre "presunción" y "ficción" que se sigue en el texto se encuentra en MARÍN-BARNUEVO, *Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho tributario*, Mc Graw-Hill, Madrid, 1996, pp. 135 y ss. Se utilizan indistintamente los términos "presunción" y "ficción", en materia de notificaciones administrativas, en la STS de 14 de enero de 1988 (Ar. 8658).

(22) Hasta aquí, GARCÍA COBALEDA, *cit.*, p.122.

(23) En este sentido, SSTC 194/2000, de 19 de junio, FJ 8º; 181/2000, de 29 de junio. Sobre estas SSTC y el juicio constitucional sobre las ficciones legales *vid.* CAAMAÑO "Leyes al por mayor, derecho a la diferencia y garantía judicial", en *REDC*, núm. 69, 2000, pp. 259 y ss. (p. 276); y más modestamente, VELASCO, "Crónica de jurisprudencia en procesos sobre inconstitucionalidad de leyes, en aspectos no competenciales", en AA VV, *La libertad ideológica. Actas de las VI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid, 2001, pp. 113 y 141 y ss.

de las providencias de apremio (artículo 103.2 RGR). En estos preceptos se distingue –aunque de forma incompleta– entre el contenido de la *notificación* y el contenido de la *resolución*, partiendo aparentemente de la premisa de que la información sobre recursos (o sobre la forma de pago de la deuda tributaria) es un complemento a la decisión administrativa que se notifica. Con todo, esta regulación no se corresponde con la contenida en el artículo 89.3 LRJ-PAC, que regula el contenido de la resolución[24]. Se dice aquí que las *resoluciones* contendrán la decisión y expresarán además los recursos, el órgano ante el que recurrir y el plazo para interponerlos. Partiendo de un concepto estricto y preciso de resolución[25] hay que considerar aquí que esa información es, más allá del tenor literal del artículo 89.3 LRJ-PAC, una contenido adicional a la verdadera resolución, por lo que su ausencia no afecta a la validez del acto administrativo notificado[26].

Dado que la LRJ-PAC ha regulado con detalle la notificación, siempre será posible un *juicio de legalidad* consistente en cotejar la notificación efectivamente realizada –u omitida– y la regulación legal. Mas de ello no resulta (al menos después de publicada la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa) que el juicio de legalidad deba dar lugar a una acción de nulidad. Dado que la notificación es una prestación informativa individualizada, su no prestación (o prestación defectuosa) por la Administración debe conducir a pretensiones y condenas de hacer, conforme a los artículos 29.1 y 32.1 LJCA. Así parecía ya deducirse de alguna Sentencia anterior a la Ley 29/1998: Ante un defecto informativo (en la notificación) sobre cuáles eran los recursos posibles (en el caso, la reclamación económico-administrativa), ordena la Sala la retroacción de actuaciones a fin de que la Administración cursara nueva notificación con información procesal correcta. La Sala procede, entonces, a un juicio de legalidad sobre el contenido de la notificación, pero no anula propiamente ésta, sino que condena a la práctica de una notificación completa[27].

El juicio de legalidad sobre la *notificación* no impone un juicio negativo sobre la eficacia del *acto notificado*. Pues, según se ha visto en el párrafo anterior, aun con una notificación defectuosa se puede inferir, en el caso concreto, el conocimiento del acto por su destinatario. En tal caso, el juicio de legalidad sobre la ausencia de información sólo puede conducir a la *condena a ofrecer la información procesal* en una nueva notificación, pero no negar la eficacia del acto administrativo. Lo que sí puede derivar de un juicio de ilegalidad en relación con la notificación es la ineficacia de obligaciones o plazo vinculados precisamente a dicha información. Así, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo no corre cuando al acto administrativo notificado no se acompaña la información sobre ante qué órgano era recurrible la resolución notificada[28]. En estos casos la resolución admi-

(24) Esta apreciación, en MARTÍN REBOLLO, "Disposiciones y actos administrativos" en LEGUINA y SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 180.

(25) Por todos, MENÉNDEZ REXACH, "Procedimientos administrativos: finalización y ejecución" en LEGUINA y SÁNCHEZ MORÓN, *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, Madrid, 1993, p. 250

(26) En este sentido, BELADIEZ, *Validez...*, cit., p. 176, nota 25.

(27) STS de 6 de mayo de 1997 (Ar. 4391).

(28) STSJ de Murcia de 10 de marzo de 1999 (Ar. 706).

nistrativa no es completamente ineficaz; lo único ineficaz es la exigibilidad de deberes procesales (como la temporaneidad), impidiéndose así la apreciación de la causa de inadmisión del artículo 51.1.d) LJCA (caducidad del plazo para recurrir). Al punto, incluso, de que la apreciación de esa causa legal de inadmisión puede ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE)[29].

IV. PRÁCTICA DE LA NOTIFICACIÓN

Tanto los artículos 58 y 59 LRJ-PAC como el artículo 105 LGT (amén de otros preceptos específicos en leyes especiales) regulan la forma de notificación de los actos administrativos para que éstos puedan desplegar el efecto presunto o fingido de conocimiento. Esas reglas generales tienen su complemento reglamentario, cuando la notificación se practica por correo, en los artículos 39 a 44 del RD 1829/1999, de 3 de diciembre (Reglamento del Servicio Postal Universal). A continuación se hacer referencia a todas esas reglas procedimentales partiendo de la premisa explicativa de que se trata de actuaciones administrativas donde *lo relevante es su eficacia para desencadenar la presunción o ficción de conocimiento.*

A) Requisitos para que la notificación personal surta efectos de conocimiento presunto del acto administrativo

Desde esta perspectiva, varias son las cuestiones relevantes en cuanto a la práctica de la notificación:

a) Tiempo para la notificación

Según el artículo 58.2 LRJ-PAC, toda notificación deberá ser cursada *dentro del plazo de diez días* a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado. Ese plazo general admite modulaciones; por ejemplo: setenta y dos horas en el caso de resoluciones administrativas previas al ejercicio del derecho de reunión (artículo 10 de la Ley Orgánica 9/1983). Tras la modificación del artículo 58.2 LRJ-PAC por la Ley 4/1999 (que sustituyó la preposición "en" por "dentro"), y a la vista de otras normas referidas al tiempo de la notificación (arts. 27.1 LPEA y 78.1 RPREA) debe concluirse que "cursar" equivale a "practicar" la notificación, aunque ésta resulte fallida en su primer intento o sea rehusada[30]. Cuestión distinta es la relevancia jurídica que pueda tener el incumplimiento de ese plazo. La notificación no practicada a tiempo, en tanto prestación informativa debida por la Administración, puede ser exigida mediante una *pretensión de condena* a que se practique la notificación (artículo 29.1 LJCA). Otra cosa es el interés real del destinatario del acto en obtener aquella notificación. Téngase en cuenta que si el acto administrativo es favorable la simple falta de notificación no enerva su eficacia externa: basta con una declaración unilateral de conocimiento por parte del destinatario para que la resolución sea eficaz;

(29) STC 158/2000, FJ 6º.

(30) Otra opinión: GARCÍA COBALEDA, cit., p. 299.

así que sólo la certeza jurídica del destinatario del acto justifican aquí la una acción de condena a realizar la notificación. Y si el acto es de gravamen, la falta de notificación propicia la postergación de su eficacia externa, razón por la cual sólo la certeza jurídica (el conocimiento preciso de cuál es el gravamen) justifica la pretensión a que se condene a la Administración a la notificación regular. Por último, y como complemento de lo dicho, *el plazo de diez días resulta irrelevante a efectos del silencio administrativo.* Conforme al artículo 42.2 LRJ-PAC los efectos del silencio se despliegan si transcurrido el plazo máximo legal el acto no sólo no está dictado, sino que incluso dictado, aún no ha sido notificado[31]. Por ello, un acto administrativo dictado en tiempo y notificado antes del plazo de diez días puede aún haber sido tardío y no haber evitado el despliegue de efectos propios de silencio.

LA NOTIFICACIÓN COMO PRESTACIÓN INFORMATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN SE CONCRETA EN EL ACOMPAÑAMIENTO AL ACTO ADMINISTRATIVO DE INFORMACIÓN ADICIONAL SOBRE LOS RECURSOS, ÓRGANO ANTE EL QUE RECURRIR Y PLAZOS

b) Forma de la notificación

Según los artículos 59.1 LRJ-PAC y 105.3 LGT las notificaciones se practicarán *por cualquier medio* que permita tener constancia de la recepción. Ello excluye, de acuerdo con la jurisprudencia, la comunicación telefónica[32]. Ahora bien, esta exclusión sólo tiene sentido en la medida en que la comunicación no vaya acompañada de algún instrumento de constancia (por ejemplo, la grabación de la conversación telefónica aceptada por el propio destinatario del acto). Las formas ordinarias de notificación son hoy por medio de agente notificador especial y por medio del operador del servicio postal universal (ora por carta certificada, ora por telegrama certificado). Pero también caben otras formas. Así, por medio de empresas postales privadas[33], o por órganos administrativos distintos de los que dictan la resolución[34].

(31) En este sentido, GALLEGO, MENÉNDEZ REXACH, RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, DE MARCOS, RODRÍGUEZ CHAVEZ y CHINCHILLA, *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 240, párrafo 11.

(32) STS de 11 de junio de 1990 (Ar. 5386).

(33) Implícitamente: STS de 26 de abril de 1995 (Ar. 3333). En el mismo sentido FUSTER, "Las notificaciones postales" en http://www.noticias.juridicas.com., marzo 2002.

(34) STS de 12 de noviembre de 1999 (Ar. 2665 de 2000): Alcalde que notifica a funcionaria interina (interventora) la revocación de su nombramiento, adoptada por la Dirección General de Función Pública. En esta STS se enjuicia la competencia del órgano (Alcalde) para notificar. Se somete así al "acto" de notificación a un juicio de legalidad por razón de la competencia. Sin embargo, ese juicio de legalidad resulta superfluo si se atiende al sentido instrumental de las notificaciones respecto del acto que comunican. Con independencia de quién notificara (órgano público competente o incompetente, o incluso sujeto privado) lo importante es que la notificación se produjo (y de ello quedó constancia), y esto es lo relevante para la eficacia del acto administrativo.

c) Lugar

De acuerdo con los artículos 59.2 LRJ-PAC y 105.4.1 LGT, la notificación ha de practicarse en el *lugar adecuado*. Consideran directamente estos preceptos que es lugar adecuado, en principio, el *señalado por el propio destinatario* (bien en una solicitud concreta, bien con carácter general). Ello permite excluir que en el caso de resoluciones tributarias la notificación haya de practicarse siempre en el domicilio fiscal del sujeto pasivo. En todo caso, cuando se ha indicado un primer domicilio, sobre el interesado recae la carga de comunicar a la Administración un posible cambio de domicilio. Así resulta expresamente del artículo 45.2 LGT, para los contribuyentes; y del artículo 77.1.2 LSV, para los propietarios de vehículos y conductores. De tal forma que la *presunción de conocimiento* del acto administrativo rige cuando se practica una notificación en el último domicilio comunicado, aunque ya no sea el actual[35]. Claro que se trata de una presunción legal desvirtuable por prueba en contrario del destinatario del acto. Esa prueba ha de referirse no ya al hecho del cambio de domicilio, sino a la desvinculación del interesado respecto de ese último domicilio comunicado a la Administración. Aquí lo relevante no es calificar de correcta o incorrecta una notificación en el último domicilio administrativo (o fiscal), sino la presunción de que la notificación practicada en ese domicilio (aunque no sea ya actual) permite el conocimiento pleno del acto por su destinatario. Presunción esta que no se puede considerar ajena a la realidad: quien cambia de domicilio no se desentiende de las comunicaciones postales que llegan a la dirección anterior[36]. Fuera de los supuestos de domicilio previamente comunicado, sobre la Administración recae la carga de identificar –a partir de los bancos de datos de que dispone lícitamente la propia Administración– el lugar adecuado donde practicar la notificación[37] que, entre otros, puede ser el lugar de trabajo[38].

d) Receptores de la notificación

Dicen además los artículos 59.1 LRJ-PAC y 105.4.1 LGT que la recepción ha de ser por el interesado o su representante. Hay que distinguir aquí entre una *recepción directa* del interesado (o representante) y una recepción indirecta. La recepción directa por el interesado se refiere a todos los posibles destinatarios de la resolución. Por ello la jurisprudencia viene exigiendo que en los supuestos de *comuneros pro indiviso*[39] y obligados

(35) Otra opinión: ALIAGA, *Notificaciones...*, p. 67

(36) Como excepción a lo anterior, en la STS de 10 de enero de 1997 (Ar. 365) se considera que el cese como vocal del consejo de administración de una sociedad anónima extinguía el señalamiento del domicilio social de la sociedad a efectos de notificaciones (en el caso se parte del dato relevante de que la Administración actuante es el Banco de España, y aquella organización administrativa tiene necesariamente registrado el cese del notificado como miembro del consejo de administración).

(37) ALIAGA, *Notificaciones...*, p. 74.

(38) MARTÍN REBOLLO, "Nota al art. 61 LRJ-PAC", en *Leyes Administrativas*, Aranzadi, Pamplona, 2000, p. 435.

(39) STS de 25 de febrero de 1999 (Ar. 889).

solidarios[40] no baste con la notificación a uno de los destinatarios, sino que es necesaria la notificación a todos. También es una forma de notificación directa la que se hace en la persona del representante. Si el representante es voluntario es exigible la acreditación de poder; pero esta acreditación no es necesaria cuando el representante es legal (así, la notificación al presidente de una comunidad de propietarios, que es representante legal de la comunidad)[41]. Según hemos dicho ya, la recepción de la notificación también puede ser *mediata*, lo cual está expresamente referido en los artículos 59.2 LRJ-PAC y 105.4.2 LGT al prever la notificación a persona "que se encuentre en el domicilio y haga constar su identidad" o que "se encuentre en el lugar donde haya de practicarse [la notificación], siempre que tal persona pueda identificarse debidamente" (artículo 85.3.2 RPREA). El domicilio a que se refieren los artículos 59.2 LRJ-PAC y 105.4.2 LGT ha de interpretarse en sentido lato incluyendo, en el caso de las fincas urbanas, a las viviendas contiguas[42]. De esta forma, la jurisprudencia ha entendido que es válida la notificación a una vecina del destinatario[43]. Si bien la notificación mediata es posible, como estamos viendo, la jurisprudencia es especialmente *rigurosa en la exigencia de formalidad*[44]. Así, considerando inválida la notificación a quien decía ser hermano del destinatario y no se acreditó con el DNI[45].

B) Requisitos para la ficción de conocimiento

Varios son los supuestos en los que la Ley establece una ficción de conocimiento del acto administrativo. No se trata ahora de la presunción (judicial o legal) de conocimiento del acto por sus destinatarios; aquí el conocimiento es una consecuencia jurídica directamente establecida cuando se cumplen ciertos requisitos fijados en el supuesto de hecho de la norma que establece la ficción. Los requisitos desencadenantes de la ficción legal de conocimiento son diferentes en cada caso:

a) Por dos veces ha de intentarse la notificación personal (el segundo intento ha de ser en los tres días siguientes y en hora distinta a la del primer intento). A la vista de lo dispuesto en el artículo 42.3 del Reglamento del Servicio Postal Universal, el segundo intento de notificación ha de considerarse fallido si no pudiendo ser practicado –y quedando "aviso de llegada" en el domicilio del destinatario– transcurriese un mes más (durante el cual la notificación quedará disponible para el destinatario en "lista de espera"). Si el doble inten-

(40) STS de 11 de mayo de 1996 (Ar. 4303).

(41) ALIAGA, *Notificaciones...*, p. 21.

(42) Esta posibilidad derivaba del antiguo artículo 271.2 del Decreto 1653/1964, de 14 de mayo, criterio hoy no expresamente contenido en el Reglamento del Servicio Postal Universal de 1999.

(43) STS de 17 de febrero de 1997 (Ar. 1489).

(44) Expresamente: STS de 6 de abril de 1995 (Ar. 3301).

(45) STS de 14 de noviembre de 1992 (Ar. 8679). Otros supuestos próximos, en SSTS de 21 de julio de 2000 (Ar. 10102) y de 20 de diciembre de 2000 (Ar. 1137 de 2000). *Vid.* también la jurisprudencia y Resoluciones del TEAC estudiadas por ALIAGA, *Notificaciones...*, p. 78.

to de notificación personal es fallido la Ley establece una *ficción de conocimiento* por medio de la *notificación edictal*. Así resulta del artículo 58.2 y 4 LRJ-PAC. La jurisprudencia es especialmente rigurosa ya no sólo en la exigencia de doble intento de notificación personal[46], sino incluso en el cumplimiento de todos los requisitos del antiguo Reglamento del Servicio de Correos (cuando éste era el medio de notificación): se exige con rigor la justificación de por qué los intentos de notificación no fueron efectivos[47] y la indicación precisa de la fecha y hora en que se hizo entrega del "aviso de llegada"[48]. Regulación especial para la ficción de conocimiento por notificación personal fallida es la contenida en el artículo 105.6 LGT. Conforme a este precepto, a los dos intentos de notificación personal en el domicilio del sujeto pasivo sigue un intento de notificación "por comparecencia": citación única –mediante anuncios– en un Diario Oficial y en los "lugares destinados al efecto" (léase tablones de anuncios) de la Administración tributaria correspondiente al último domicilio conocido; si el destinatario de los anuncios no comparece en el plazo de diez días se tendrá la notificación por producida a todos los efectos.

b) Otro supuesto de ficción de conocimiento es el previsto en los artículos 59.3 LRJ-PAC y 105.5 y 124.5 LGT. Prevén estas normas que cuando el interesado o su representante *rechacen la notificación* se tendrá por efectuado el trámite[49]. Ni siquiera es necesaria la posterior notificación edictal (como ocurre en los casos de notificación personal fallida). Es claro que aquí la Administración no presume el conocimiento de un acto rechazado, simplemente impone la ficción (que no admite prueba en contrario) de que el acto rechazado es conocido. Es precisión importante que el rehuse de la notificación sólo puede provenir del propio interesado (o representante), no de tercera persona que se halle en el domicilio[50]. Cuando sea tercera persona la que rechace la recepción habrá de intentarse nueva notificación personal. Pero si este segundo intento resulta fallido por la misma causa (esto es, por la negativa a recibir la notificación por persona distinta del destinatario) se considerará que la notificación ha sido *rechazada* (artículo 42.5 del Reglamento del Servicio Postal Universal), lo que permite concluir que ya no es necesario proceder a la notificación edictal. De manera que aquí la ficción legal es especialmente intensa: se finge el conocimiento porque una o varias personas distintas del destinatario rechacen –por dos veces– la notificación domiciliar[51].

(46) STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de enero de 1999 (Ar. 30).

(47) En este sentido, STSJ de Islas Baleares de 29 de junio de 1999 (Ar. 953); STSJ de La Rioja de 26 de junio de 1998 (Ar. 1907); STSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de enero de 1999 (Ar. 30); STSJ de Madrid de 13 de enero de 1999 (Ar. 33), y STSJ de Aragón de 5 de octubre de 2000 (Ar. 91526 de 2001).

(48) STSJ de Aragón de 5 de octubre de 2000 (Ar. 91526 de 2001); SSTSJ de Castilla y León de 29 de marzo de 2000 (Ar. 113298 de 2001) y de 15 de marzo de 2001 (Ar. 140619), y STSJ de Cantabria de 26 de enero de 2001 (Ar. 28).

(49) Así, STS de 4 de mayo de 1998 (Ar. 4719).

(50) STSJ del País Vasco de 28 de julio de 1998 (Ar. 4541).

(51) En contra (pero antes de la aprobación del Reglamento del Servicio Postal Universal de 1999): DELGADO GARCÍA, "El nuevo marco normativo de las notificaciones tributarias", en *Revista de Información Fiscal*, julio-agosto de 1999, pp. 9 y ss. (p. 19).

c) Como ficción de conocimiento de actos administrativos ha de considerarse también la notificación edictal *por falta de un lugar o medio conocido donde practicar la notificación* (artículo 59.4 LRJ-PAC), ficción que en el ámbito tributario sólo tiene lugar transcurridos diez días desde la publicación del edicto. A la notificación edictal ha de preceder una actuación de diligente averiguación por parte de la Administración sobre un posible domicilio del destinatario de la notificación[52]. En todo caso, siendo la notificación edictal un medio sustitutivo de la personal, los anuncios han de contener la misma información que la que la Ley fija para la notificación personal (la del artículo 58.2 LRJ-PAC); así que si en el anuncio público no se contiene información sobre posibles recursos, la notificación edictal no surte efectos para el cómputo de los correspondientes plazos procesales[53].

V. SÍNTESIS FINAL

Los enunciados explicativos principales que se han desarrollado al lo largo de este estudio son los siguientes:

a) La notificación es una *prestación informativa individualizada* de la Administración. Esa prestación individualizada es exigible por medio de una pretensión de condena a hacer (artículos 29.1 y 32.1 LJCA).

b) La eficacia del acto administrativo depende de su *conocimiento* por cada uno de sus destinatarios, no necesariamente de la práctica regular de la notificación. El conocimiento del acto es susceptible de prueba.

c) A la práctica regular de la notificación (personal o edictal) liga la Ley el *efecto presunto o fingido* de que los actos administrativos son conocidos por sus destinatarios. Hay presunción legal de conocimiento del acto administrativo cuando se notifica personalmente con observancia de los requisitos fijados en las leyes; hay ficción legal cuando –dándose ciertas circunstancias de hecho– la Ley establece directamente que el destinatario conoce el acto administrativo, sin posible prueba en contrario.

(52) *Vid.* ALIAGA, *Notificaciones...*, pp. 69 y ss., y las Sentencias de Tribunales Superiores de Justicia allí analizadas.

(53) STS de 7 de febrero de 2000 (Ar. 1589).

I. DERECHO COMUNITARIO

Sumario:

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

Cada vez es mayor la relevancia de los principios generales del derecho reconocidos por el Tribunal de Justicia para la resolución de los litigios sometidos ante el mismo.

La Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de febrero de 2002 (asunto T-169/00, **Esedra),** que se pronuncia sobre la decisión de la Comisión de no adjudicar a la demandante el contrato público relativo a la gestión del *Centre de la petite enfance Clovis* (una guardería y un parvulario para los hijos de los agentes de las instituciones europeas), razona sobre la aplicabilidad al caso planteado de los principios de no discriminación, la obligación de motivación de las decisiones administrativas y la desviación de poder.

Frente a la alegación de la demandante relativa a la existencia de una discriminación contra ella dado que no dispuso de un plazo idéntico al concedido a los demás candidatos para la presentación de su oferta, el Tribunal considera que no se ajusta a los hechos, pues se benefició de la misma prórroga que éstos. A su vez, entiende el TPI que del examen del pliego de condiciones, de la oferta de la empresa adjudicataria de contrato, de las peticiones de aclaración y de las respuestas de la misma se deduce que la Comisión no

vulneró el principio de no discriminación establecido por el artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/50 y por el artículo 99, letra h), número 2, de las normas de desarrollo del Reglamento financiero. Según la demandante, la evaluación de las ofertas de los licitadores tampoco se realizó de forma imparcial, puesto que la asociación de padres y el comité paritario de gestión del centro preescolar (en lo sucesivo, "COCEPR"), dos organismos que le son hostiles por motivos injustificados, participaron en ella. La demandante considera igualmente que la Comisión quiso hacer tabla rasa del pasado y apartarla del CPE Clovis, debido a que aquélla se encargaba de su gestión cuando supuestamente se cometieron en él actos de pedofilia en 1997 (...). El Tribunal de Primera Instancia estima sin embargo que no cabe cuestionar la participación de un representante de la asociación de padres en la evaluación de las ofertas habida cuenta de la importancia de la participación financiera de los padres en los gastos del CPE Clovis y de su interés por las cuestiones pedagógicas relacionadas con el bienestar de los niños. "Asimismo, la existencia de una discriminación contra la demandante no puede deducirse del descontento manifestados por la presidenta de la asociación de padres respecto a la manera en que Esedra gestionaba el CPE Clovis. Además, la alegación de la demandante según la cual la asociación de padres pidió a la Comisión que resolviera el contrato de gestión entonces en vigor con la demandante se basa únicamente en una octavilla del comité local de personal y dicho documento no permite imputar semejante petición a la referida asociación. (...) Debe precisarse que fue la demandante y no la Comisión quien puso fin al contrato de gestión del CPE Clovis, lo que demuestra claramente que esta última no la consideró responsable de los acontecimientos supuestamente acaecidos en 1997. Igualmente, el hecho de que el comité local de personal criticara la manera en que la demandante ejecutaba el contrato y pidiera a la Comisión que atribuyera de nuevo la gestión del CPE Clovis es irrelevante para la apreciación de la oferta de la demandante, puesto que dicho comité no participó en el proceso de evaluación. Por tanto, procede desestimar la alegación de la demandante relativa a la supuesta voluntad por parte de la Comisión de apartarla de la gestión del CPE Clovis debido a que se encargaba de ella cuando supuestamente se cometieron actos de pedofilia en 1997. De cuanto antecede se deduce que la demandante se equivoca al sostener que la Comisión no procedió a la evaluación de las ofertas de manera imparcial".

Acerca de la obligación de motivación establecida en el artículo 253 del Tratado CE, según la cual debe mostrarse de forma clara e inequívoca el razonamiento del autor del acto, para, por un lado, permitir a los interesados conocer las razones de la medida adoptada con el fin de defender sus derechos y, por otro lado, permitir al juez ejercer su control (Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 1995, Koyo Seiko/Consejo, T-166/94, Rec. p. II-2129, apartado 103), la STPI de 26 de febrero de 2002 entiende que la Comisión ofreció una motivación suficientemente detallada de las razones por las que rechazó la oferta de la demandante, precisando el nombre de la adjudicataria y las ventajas relativas de la oferta seleccionada en comparación con las de la demandante según los criterios de adjudicación establecidos en el pliego de condiciones. Asimismo, esta motivación ha permitido a la demandante hacer valer sus derechos y al Tribunal de Primera Instancia ejercer su función de control.

Por lo que se refiere a la desviación de poder, el TPI recuerda que el concepto de desviación de poder tiene un alcance preciso en Derecho comunitario y se aplica al supuesto en que una autoridad administrativa utiliza sus atribuciones con una finalidad distinta de aquella para la que le fueron conferidas. A este respecto, es jurisprudencia reiterada que sólo cabe considerar que una decisión incurre en desviación de poder cuando queda de manifiesto, de acuerdo con indicios objetivos, oportunos y concordantes, que fue adoptada para alcanzar una finalidad distinta de las que se invocan (véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de febrero de 1997, Kernkraftwerke Lippe-Ems/Comisión, Asuntos acumulados T-149/94 y T-181/94, Rec. p. II-161, apartados 53 y 149, confirmada en casación por la Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de abril de 1999, Kernkraftwerke Lippe-Ems/Comisión, C-161/97 P, Rec. p. I-2057). Pues bien, en el presente caso, los elementos presentados por la demandante no permiten acreditar que la Comisión persiguiera una finalidad distinta de adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa y más baja en función de los criterios de adjudicación previstos en el anuncio de licitación y en el pliego de condiciones. Así, la demandante no presenta indicios objetivos, oportunos y concordantes, en el sentido de la jurisprudencia antes citada, que puedan poner de manifiesto que la Comisión hizo uso de sus atribuciones para excluirla del contrato controvertido debido a acusaciones según las cuales supuestamente se cometieron actos de pedofilia en el CPE Clovis cuando la demandante se encargaba de su gestión y a una supuesta hostilidad hacia ella por parte de la asociación de padres y de las organizaciones representativas del personal.

3. FUENTES

Respecto al tema de fuentes, la jurisprudencia comunitaria no ha sido muy prolífica en el período al que circunscribimos nuestro estudio.

Deben destacarse, no obstante, tres resoluciones del Tribunal de Justicia que circulan paralelamente y que resuelven decisiones prejudiciales sobre la interpretación de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos. Además, fueron dictadas el mismo día.

En primer lugar, la **STJCE de 25 de abril de 2002, As. C-52/00, Comisión c. República Francesa,** despeja la duda acerca de si el objeto de las directivas comunitarias respecto a las materias que regulan se limita únicamente a una armonización mínima de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros o, por el contrario, entraña una armonización total. Esta última es la interpretación por la que se inclina el Alto Tribunal y que la mencionada resolución reproduce, en su apartado 24, del siguiente modo:

> "(...) la directiva pretende, en las materias que regula, obtener una armonización completa de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros".

Idéntica conclusión se reproduce textualmente en el apartado 20 de la **STJCE de 25 de abril de 2002, As. C-154/00, Comisión c. República Helénica** y, aunque no en los mismos términos, también en la **STJCE de 25 de abril de 2002, As. C-183/00, María Victoria González Sánchez c. Medicina Asturiana, SA**, apartado 34.

En segundo término, el Tribunal de Justicia aclara que cuando se cuestione la legalidad de una disposición prevista en una directiva debe tenerse bien presente la existencia de dos tipos de recursos con diferentes objetos: los contemplados en los artículos 226 y 227 TCE –que tienen por objeto que se declare que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones– y aquellos regulados en los artículos 230 y 232 TCE –cuya finalidad es controlar la adecuación a Derecho de los actos y de las omisiones de las instituciones comunitarias–. Así, resulta imposible –salvo que el propio Tratado lo autorice expresamente– que un Estado pueda entremezclar los objetos de ambos recursos, no pudiendo por ello invocar la ilegalidad de una directiva cuyo incumplimiento le impute la Comisión. En concreto y más genéricamente, las **SSTJCE de 25 de abril de 2002, As. C-52/00, Comisión c. República Francesa** y **de 25 de abril de 2002, As. C-154/00, Comisión c. República Helénica,** en sus respectivos apartados 28, indican:

> "(...) un Estado miembro no puede, si una disposición del Tratado no lo autoriza de forma expresa, invocar eficazmente la ilegalidad de una decisión de la que es destinatario como motivo de oposición frente a un recurso por incumplimiento basado en la inobservancia de dicha decisión. Tampoco puede invocar la ilegalidad de una directiva cuyo incumplimiento le impute la Comisión".

En un tercer orden de ideas, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas señala que "(...) el hecho de que la Comisión, en previsión de una eventual revisión de la Directiva, haya decidido consultar a los medios interesados acerca de la oportunidad de suprimir" alguna disposición que la misma contenga, "no puede eximir a los Estados miembros de la obligación de atenerse a las disposiciones comunitarias en vigor" (**SSTJCE de 25 de abril de 2002, As. C-52/00, Comisión c. República Francesa** y **de 25 de abril de 2002, As. C-154/00, Comisión c. República Helénica,** apartados 34 y 26, respectivamente).

Por último, la **STJCE de 25 de abril de 2002, As. C-52/00, Comisión c. República Francesa** –apartado 33– y la del mismo día **As. C-154/00, Comisión c. República Helénica** –apartado 24–, incidiendo esta vez en algunos pronunciamientos jurisprudenciales ya plasmados en números anteriores de esta crónica, establecen la imposibilidad de que los Estados miembros invoquen disposiciones de su Derecho Interno para limitar el alcance de las disposiciones comunitarias:

> "(...) invocar las disposiciones del ordenamiento jurídico interno a fin de limitar el alcance de las disposiciones de Derecho Comunitario implica menoscabar la unidad y la eficacia de dicho Derecho, por lo que no es admisible".

4. RECURSOS

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

Durante este lapso temporal han recaído numerosas sentencias en recursos de anulación y omisión por parte tanto del Tribunal de Justicia como del Tribunal de Primera Instancia. Entre otras sentencias hay que señalar la STJ de 21 de marzo de 2002, Asunto C-36/00, que desestima el recurso planteado por el Reino de España relativo a la anulación de la Decisión 2000/131/CE de la Comisión, de 26 de octubre de 1999, relativa a la ayuda estatal concedida por España en favor de los astilleros de titularidad pública. No obstante, en la STJ de 18 de abril de 2002, Asuntos acumulados C-61/96, C-132/97, C-45/98, C-27/99, C-81/00 y C-22/01, se estimaron las pretensiones de anulación del Reino de España relativas a la cuotas de pesca de anchoa. Igualmente hay que destacar la STPI de 10 de abril de 2002, Asunto T-209/00, en la cual se determina que cabe un recurso contra el Defensor del Pueblo pues aunque sea la Comunidad la que posee personalidad jurídica propia "no puede inferirse de ello que el hecho de haber dirigido una demanda directamente contra un organismo comunitario puede comportar la inadmisibilidad del recurso. En efecto, debe considerarse que una demanda de tal naturaleza va dirigida contra la Comunidad representada por dicho organismo" (FJ 48º). En relación con la afectación y el recurso de anulación si bien el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 25 de abril de 2002, Asunto C-96/01 P, señaló que aunque los cuatro vendedores actuales de SIR eran los destinatarios concretos de la disposición controvertida, puesto que iban a resultar afectados por dicha disposición, la posibilidad de determinar, con mayor o menor precisión, la identidad de los sujetos de derecho a los que se aplica una medida no implica en absoluto que se deba considerar a estos sujetos individualmente afectados por dicha medida, siempre que conste que esta aplicación se efectúa en virtud de una situación objetiva de Derecho o de hecho definida por el acto de que se trate. A contrario y como hecho revolucionario, el Tribunal de Primera Instancia en su Sentencia de 3 de mayo de 2002, Asunto T-177/01, ha determinado que existe afectación de los intereses y por lo tanto una persona física o jurídica puede acudir al recurso de anulación cuando un reglamento o una decisión sea susceptible de perjudicar los intereses de una persona física o moral de forma sustancial, dada su situación particular. Así ha modificado la visión estricta de qué debe entenderse por persona afectada directa e individualmente. En la versión francesa de la sentencia, única disponible hasta el momento juntamente con el comunicado de prensa 41/02, en palabras del Tribunal *"une personne physique ou morale doit être considérée comme individuellement concernée par une disposition communautaire de portée générale qui la concerne directement, si la disposition en question affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations. Le nombre et la situation d'autres personnes également affectées par la disposition ou susceptibles de l'être ne sont pas, à cet égard, des considérations pertinentes"* (FJ 51º).

Finalmente respecto las numerosas y muy voluminosas sentencias recaídas en los asuntos sobre el cartel en el mercado de los tubos preaislados, hay que destacar la STPI de 20 de marzo de 2002, Asunto T-28/99, que constituye la única sentencia en la que el Tribunal admitió las alegaciones de una de las partes y así dispuso que al no acreditar la Comisión que *Sigma Tecnologie di rivestimento Srl* hubiera participado en un cartel que abarcara todo el

mercado común sólo puede considerarla responsable de una participación en el acuerdo relativo al mercado italiano y por lo tanto no cabe imponerla una multa basada en su participación en la infracción muy grave constituida por dicho cartel.

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

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

D) Cuestiones prejudiciales

En nada ha variado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia durante el período que comprende esta crónica. Siendo cierto lo anterior, también lo es que, el repasar algunas de las líneas jurisprudenciales asentadas por el Tribunal de Justicia en el campo de las cuestiones prejudiciales y las medidas cautelares, siempre puede aportarnos nuevos elementos de discusión y de debate.

En primer lugar, y a modo de premisa, es importante destacar que, al contrario de lo sucedido en ocasiones anteriores, han sido las sentencias relativas a los requisitos de admisibilidad/inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales, las que han ocupado la mayor parte del tiempo del Tribunal. Así las cosas, ello ha propiciado que se hayan convertido –permítaseme la expresión–, en el argumento "estelar" del período de referencia.

Ahora bien, y en segundo lugar, eso no significa que se hayan descuidado otra serie de contenidos, tales como: el alcance de la propia competencia del Tribunal; las materias que, eventualmente, pueden constituir objeto de decisión prejudicial; o la relativa flexibilidad formal de la que hace gala el Tribunal de Justicia en este tipo de procedimientos, y de los que daremos debida cuenta en las páginas que siguen. Del mismo modo, conviene anticipar desde ahora, la importancia de algunos de los pronunciamientos judiciales que, bajo forma de autos, han confirmado doctrinas ya por todos conocidas, como la del "acto claro", o la del "acto aclarado". Por el contrario, y entre los argumentos llamemos "ausentes", cabe destacar, el concepto de órgano jurisdiccional nacional, tema abordado por el Tribunal de Justicia en innumerables sentencias y que, en esta ocasión, no ha aparecido en ninguno de los pronunciamientos prejudiciales del Tribunal.

Por último, y como suele ser habitual, poco o muy poco podemos decir, tanto de las cuestiones prejudiciales de validez, como de las medidas cautelares. El número de sentencias que han abordado estos temas ha sido escaso (no más de cinco) y, además, sus contenidos no han pasado de ser breves reflexiones sobre aspectos demasiado genéricos de las mismas.

Comenzando por las "cuestiones prejudiciales de interpretación", cuatro han sido los argumentos tratados por el Tribunal de Justicia en sus distintos autos y sentencias, a saber: a) los requisitos de admisibilidad que debe tener en cuenta, tanto el órgano jurisdiccional interno, como el propio Tribunal de Justicia, con carácter previo a la puesta en marcha del mecanismo prejudicial; b) el alcance y las materias que pueden integrar el objeto del análisis prejudicial; c) el examen de atribución de competencia que corresponde al órgano jurisdiccional remitente, y d) la flexibilidad en el respeto a las reglas formales que presiden este tipo de procedimientos.

Por lo que se refiere al primero de ellos (admisibilidad), cinco han sido las sentencias del Tribunal de Justicia que se han ocupado de esta cuestión. En ellas, el Tribunal de Justicia y casi de forma ritual, examina cada uno de los motivos o causas de inadmisibilidad esgrimidos por las partes, para, a renglón seguido, repetir incansablemente y bajo fórmula ya consabida: a) que corresponde, exclusivamente a los órganos jurisdiccionales internos apreciar, tanto la necesidad, como la pertinencia de las cuestiones prejudiciales propuestas, y b) que sólo la falta de relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, la naturaleza hipotética de la cuestión planteada, o la falta de elementos de hecho o de Derecho indispensables para dar una respuesta útil, posibilitan la negativa del Tribunal a pronunciarse.

La **Sentencia del TJCE de 19 de febrero de 2002, Arduino, as. C-35/99,** constituye el primer ejemplo de lo anteriormente expuesto. En este caso, es el Gobierno italiano quien duda acerca de la admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada (apdo. 19 de la Sentencia), utilizando para ello dos argumentos: a) la naturaleza hipotética de la cuestión, ya que, en el estado actual del procedimiento principal (ya se han abonado las cantidades reclamadas), el litigio carece de objeto (apdo. 21), y b) la falta de elementos de hecho y de Derecho indispensables en la resolución de remisión, para permitir al Tribunal de Justicia dar una respuesta útil (apdo. 23). El Tribunal de Justicia desmonta cada uno de los motivos de inadmisibilidad apuntados por el Gobierno italiano, ya que: a) el litigio principal sigue aún pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente, a lo que hay que añadir, que el Gobierno italiano no aporta pruebas de la existencia de un acuerdo entre las partes (apdo. 27), y b) la información contenida en la resolución de remisión ha sido completada por las observaciones escritas presentadas ante el Tribunal, tanto por parte de la Comisión, como por parte de los Gobiernos de otros Estados miembros (apdos. 28 y 29). La conclusión no puede ser otra:

> "(...) De cuanto precede se desprende que las cuestiones planteadas por el *Pretore di Pinerolo* son admisibles".

Sea como fuere, y en lo que aquí nos interesa, lo más relevante del contenido de la Sentencia queda recogido en los apartados 24 y 25 de la misma, donde el Tribunal de Justicia repasa el reparto de competencias existente en el procedimiento prejudicial y los motivos de inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales:

> "24. A este respecto, procede recordar que, conforme a reiterada jurisprudencia, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida por el artículo 177 del Tratado, corresponde exclusivamente al órgano

jurisdiccional nacional, que conoce del litigio y que debe asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones prejudiciales se refieren a la interpretación del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse.

25. Sin embargo, el Tribunal de Justicia también ha indicado que, en supuestos excepcionales, le corresponde examinar las circunstancias en las que el juez nacional se dirige a él, con objeto de verificar su propia competencia (...) La negativa a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o 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 (...)"

En la **Sentencia del TJCE de 5 de marzo de 2002, Reisch, As. ac. C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99,** si bien los motivos varían, la solución final a la que lleva el Tribunal es la misma que en el supuesto anterior: admisibilidad de la cuestión prejudicial planteada. GWP Gewerbeparkentwicklung GMBH fundamenta su alegato de inadmisibilidad sobre las base de dos argumentos: a) el hecho de que se trata de una situación de carácter interno (apdo. 20 de la Sentencia), y b) la inexistencia de relación alguna de situación y normativa caso concreto, con una situación o normativa de Derecho comunitario (apdo. 21). La contra-argumentación del Tribunal, de un lado, rebate la postura defendida por GWP Gewerbeparkentwicklung GMBH y, de otro, vuelve a hacer hincapié en el reparto de competencias entre órganos jurisdiccionales en el procedimiento prejudicial y en cuáles son los motivos de inadmisibilidad:

"(...) 23. Pues bien, en los litigios principales el órgano jurisdiccional remitente pide que el Tribunal de Justicia interprete unas disposiciones del Tratado con el mero fin de apreciar si éstas pueden condicionar los efectos de las normas nacionales que le corresponde aplicar. Por lo tanto, no cabe sostener que la cuestión prejudicial planteada en cada uno de estos asuntos tenga un objeto distinto de la interpretación de las disposiciones del Tratado.

24. Por lo que se refiere al segundo motivo, de los documentos obrantes en autos se desprende, sin que ello haya sido discutido, que todos los elementos de los litigios principales se circunscriben al interior de un único Estado miembro. Pues bien, una normativa nacional como la SGVG, indistintamente aplicable a los nacionales austriacos y a los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, sólo puede, por lo general, estar comprendida en las disposiciones relativas a las libertades fundamentales establecidas en el Tratado en la medida en que se aplica a supuestos que guardan relación con los intercambios intracomunitarios (...).

25. Sin embargo, esta afirmación no implica que no proceda responder a las cuestiones prejudiciales planteadas al Tribunal de Justicia en el presente asunto. En efecto, en princi-

> pio corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar, a la luz de las peculiaridades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia (...). Éste sólo puede rechazar una petición formulada por un órgano jurisdiccional nacional si resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no guarda relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal (...).
>
> 26. En el caso de autos, no resulta evidente que el órgano jurisdiccional remitente no necesite la interpretación del Derecho comunitario solicitada. En efecto, tal respuesta podría serle útil en el supuesto de que su Derecho nacional concediera a un nacional austriaco los mismos derechos que el Derecho comunitario reconoce a un nacional de otro Estado miembro en la misma situación (...).
>
> 27. En consecuencia, procede examinar si las disposiciones del Tratado, cuya interpretación se solicita, se oponen a la aplicación de una normativa nacional como la de los asuntos principales, en la medida en que sea aplicable a personas que residen en otros Estados miembros (...)".

Las **SSTJCE de 21 de marzo de 2002, Cura Anlagen, As. C-451/99** y **de 25 de abril de 2002, González Sánchez, As. C-183/00,** difieren en poco o en nada de las dos sentencias ya examinadas, por lo que valga para éstas, lo dicho en cuanto a aquéllas.

Más interés, sin duda, reviste la **SSTJCE de 19 de marzo de 2002, Hervein y Hervillier, As. C-393/99 y C-394/99.** En efecto, en este caso los motivos de inadmisión esgrimidos, tanto por el Gobierno belga, como el Consejo, guardan una mayor relación, no tanto con las causas de inadmisión clásicas, cuanto con el valor de cosa juzgada de las sentencias prejudiciales previas. En nuestra opinión, estamos ante una interpretación, un tanto novedosa y no menos forzada, de la doctrina del acto aclarado, a la que inmediatamente nos referiremos. Sea como fuere, el Tribunal tampoco admite en esta ocasión los motivos de inadmisión, y ello por las siguientes razones:

> "(...) 27. Deben desestimarse dichas alegaciones. No se puede considerar que el Tribunal de Justicia se haya pronunciado definitivamente sobre una cuestión controvertida por el hecho de haberse abstenido de examinar una cuestión jurídica sobre la que no ha sido preguntado y que, además, no ha sido planteada por las partes ni por quienes han presentado observaciones en un asunto prejudicial. Por otra parte, nada impide que el Tribunal de Justicia se pronuncie, a iniciativa de un órgano jurisdiccional nacional y en el marco de la cooperación que el Tribunal de Justicia mantiene con dicho órgano jurisdiccional en virtud del artículo 234 CE, sobre la validez de un acto, adoptado por las instituciones de la Comunidad, que ya ha tenido la ocasión de interpretar.
>
> 28. Por tanto, se ha de declarar la admisibilidad de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal *du travail de Tournai* (...)".

En definitiva, y por lo que a las causas de inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales se refiere, el Tribunal viene a confirmar, en todas y cada una de las sentencias objeto de

análisis, dos extremos ya de sobra conocidos: a) que corresponde, exclusivamente, al órgano jurisdiccional de remisión examinar la pertinencia y la necesidad de la respuesta prejudicial, y b) que el Tribunal sólo puede negarse a responder en una serie de supuestos tasados. Consecuencia del juego combinado de ambos criterios es la admisión de la mayor parte de las cuestiones prejudiciales que llegan al Tribunal de Justicia, así como el considerable incremento de trabajo para la institución.

En cuanto al resto de materias a las que aludíamos al inicio (la extensión del objeto de interpretación, el antiformalismo del procedimiento prejudicial, teoría del acto claro y del acto aclarado, etc.) han merecido una menor atención por parte del Tribunal.

Las **SSTJCE de 19 de febrero de 2002, Besix, As. C-256/00** y **de 27 de febrero de 2002, Weber, As. C-37/00,** abordan el argumento de la materia que puede ser objeto de interpretación. Ello nos brinda una excelente oportunidad para recordar que, el objeto de una cuestión prejudicial, no son sólo los textos de los Tratados u otros actos institucionales (tal y como se contempla, expresamente, en el art. 234 CE), sino también, actos de otros órganos internacionales creados en virtud de un acuerdo internacional e, incluso, acuerdos celebrados entre los Estados miembros, siempre y cuando sus disposiciones otorguen al Tribunal de Justicia competencia interpretativa judicial. Pues bien, el Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y al que se refieren las sentencias ahora estudiadas, constituye el mejor exponente de este tipo de acuerdos, con lo que pasa a convertirse en eventual objeto de interpretación prejudicial. Ahora bien, es importante no olvidar que esto es así, no por aplicación de las previsiones del artículo 234 CE, sino por el contenido de las disposiciones existentes en el Protocolo de dicho Convenio.

La **STJCE de 19 de febrero de 2002, Wouters, As. C-309/99,** se refiere a una cuestión de tono menor, y que apenas sí merece algún comentario. Como es de todos conocido, el procedimiento prejudicial se caracteriza por un ausencia casi total de reglas formales, por lo que el Tribunal de Justicia tiene reconocidas unas amplias facultades para reformular las cuestiones prejudiciales planteadas, reordenarlas, acumularlas en una sola o, como ocurre en este caso, no entrar en el análisis de las distintas variantes de una misma cuestión prejudicial, si entiende que dicha cuestión ya ha sido resuelta o carece de sentido, vista la respuesta dada a las precedentes. La fórmula utilizada con mayor frecuencia por el Tribunal la encontramos en la propia sentencia (apdo. 72):

> "(...) Habida cuenta de la respuesta dada a la letra a) de la primera cuestión, no procede abordar las letras b) y c) de dicha cuestión".

No menos importantes que las sentencias interpretativas del Tribunal lo han sido los autos, donde también se enfrentan importantes aspectos relacionados con el mecanismo prejudicial. Destacamos dos de ellos, pues constituyen un excelente exponente, tanto de la doctrina del acto claro, como de la doctrina del acto aclarado. Ambas doctrinas ofrecen un mismo resultado: no obligación del órgano jurisdiccional remitente de plantear

la cuestión prejudicial incluso en aquellos casos en los que debería hacerlo y respuesta por remisión del Tribunal y, sin embargo, los presupuestos de los que parten una y otra, son del todo distintos. En el caso del acto claro, la premisa inicial no es otra que el hecho de que la aplicación del Derecho comunitario se imponga con tal evidencia, que resulte imposible para el juez nacional albergar duda razonable al respecto. Por el contrario, en el caso de la doctrina del acto aclarado, el presupuesto de aplicación deriva, no de la evidencia del precepto o preceptos de Derecho comunitario discutidos, sino del hecho de que el Tribunal ya ha tenido oportunidad de dar una interpretación del mismo o de los mismos, en un pronunciamiento anterior. El apartado 23 del **Auto del TJCE de 4 de marzo de 2002, Verwayen-Boelen, As. C-175/00,** constituye un buen ejemplo de la primera de las doctrinas, mientras que el apartado 25 del **Auto del TJCE de 21 de marzo de 2002, Gründerzentrum-Betrieb, As. C-264/00,** lo es de la segunda:

> "23. Ahora bien, del inequívoco tenor literal del artículo 67, apartado 3, del Reglamento 1408/1971 se desprende que, salvo en los supuestos a que se refiere expresamente dicha disposición, no ha lugar a la totalización de períodos de seguro o de empleo en virtud del artículo 67, apartados 1 o 2, de dicho Reglamento cuando el interesado no haya cubierto, en último lugar, períodos de seguro o de empleo con arreglo a lo dispuesto en la legislación a cuyo amparo sean solicitadas las prestaciones (...)".

> "25. Considerando que la respuesta a estos tres extremos de la cuestión puede deducirse claramente de la jurisprudencia, el Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 104, apartado 3, de su Reglamento de Procedimiento, informó al órgano jurisdiccional remitente de su intención de resolver mediante auto motivado e instó a los interesados a los que se refiere el artículo 20 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia para que presentasen sus eventuales observaciones al respecto (...)".

No podemos concluir este apartado sin referirnos, si quiera brevemente, al segundo grupo de cuestiones prejudiciales que pueden plantearse ante el Tribunal de Justicia: las "cuestiones prejudiciales de validez". Como ya advertíamos al inicio, poco o nada cabe decir del contenido de aquellas sentencias en las que se han resuelto dudas que afectan a la validez de determinados preceptos de Derecho comunitario, salvo quizá citarlas y subrayar que, en consonancia con su jurisprudencia anterior y salvo la **STJCE de 18 de abril de 2002, Duchon, As. C-290/00** (en la que el Tribunal aprecia y declara la invalidez del artículo 9 bis del Reglamento 1408/1971, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento 118/1997), en todas las Sentencias aquí examinadas **(la STJCE de 12 de marzo de 2002, Eridania, As. C-160/98** y **la STJCE de 12 de marzo de 2002, Omega Air, As. ac. C-27/99 y 122/00),** el Tribunal de Justicia se limita a declarar la no existencia de motivos que permitan apreciar la invalidez del precepto o preceptos controvertidos.

En resumen, tanto en lo que concierne a las cuestiones prejudiciales de interpretación, como de validez, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea no ha hecho sino confirmar, todos y cada uno de los elementos que integran la jurisprudencia del Tribunal en esta materia.

E) Medidas cautelares

Labor estéril resulta la de encontrar, en el contenido de las sentencias del Tribunal, alusión alguna a este argumento. Nos limitamos pues a reproducir una breve reflexión del Abogado General en cuanto a los problemas derivados de la justicia cautelar, y que se contienen en el apartado 44 de las **Conclusiones de 21 de marzo de 2002, Unión de Pequeños Agricultores vs. Consejo, As. C-50/00:**

> "Por último, en comparación con los recursos directos ante el Tribunal de Primera Instancia, los recursos ante los órganos jurisdiccionales nacionales presentan grandes desventajas para los particulares. Tales recursos, con la fase adicional de una cuestión prejudicial con arreglo al artículo 234 CE, pueden provocar retrasos y costes adicionales considerables. Los potenciales retrasos inherentes a los procedimientos incoados ante los órganos jurisdiccionales nacionales, junto con las posibles vías de recurso internas, hacen que en muchos casos sea necesario adoptar medidas cautelares. No obstante, si bien los órganos jurisdiccionales nacionales pueden suspender la aplicación de un acto nacional basado en un acto comunitario o adoptar medidas cautelares hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie, el ejercicio de dicha facultad está sujeto a varios requisitos y depende en cierta medida –a pesar de los intentos del Tribunal de Justicia por facilitar criterios para la aplicación de dichos requisitos– de la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales nacionales. En cualquier caso, las medidas cautelares acordadas por un órgano jurisdiccional nacional quedarían limitadas al Estado miembro de que se tratase, por lo que los demandantes deberían interponer recurso en más de un Estado miembro. Ello menoscabaría la aplicación uniforme del Derecho comunitario, habida cuenta de la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales adoptaran resoluciones contradictorias en los diferentes Estados miembros, y en casos extremos podría minarla por completo."

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

El Tribunal de Justicia ha fallado tan sólo dos sentencias en este ámbito en el período que ahora es objeto de análisis. La primera de ellas es la **STJCE (Sala Sexta) de 23 de abril de 2002, Asunto C-234/99,** en la que se analizan dos cuestiones prejudiciales relativas a una ley danesa que gravaba la exportación de cerdos, disponiendo concretamente: Se percibirá un impuesto sobre la producción por cada cerdo –incluidos las cerdas, los verracos, los cochinillos y los lechones– producido y sacrificado en Dinamarca y declarado apto para el consumo humano como resultado de un control efectuado por la autoridad pública. El impuesto se devengará también sobre los cerdos sacrificados para consumo propio. El impuesto se fijaba en una cantidad de coronas danesas según el peso de los cerdos.

El Sr. Nygård, productor de cerdos con domicilio en Dinamarca, exportó a Alemania, entre el 1 de agosto de 1992 y el 1 de julio de 1993, cerdos vivos con destino al mata-

dero. Pagó en Alemania, por este concepto, un impuesto sobre la producción por cada cerdo entregado a los mataderos, con arreglo a la Ley alemana de establecimiento de un fondo central para la promoción de ventas en los sectores agrícola, forestal y alimentario. Dado que rehusó pagar el importe que se le reclamaba por dichos cerdos en concepto de impuesto sobre la producción, el Sr. Nygård fue demandado ante el Tribunal de Primera Instancia de Skjern (Dinamarca), que le condenó a pagar la cuota íntegra del impuesto sobre la producción adeudado por los cerdos exportados. El Sr. Nygård apeló ante el Vestre Landsret alegando, con carácter principal, que el impuesto que grava los cerdos exportados vivos constituye en su totalidad una exacción de efecto equivalente a un derecho de aduana de exportación, en el sentido de los artículos 9, 12 y 16 del Tratado.

Para el TJCE, "procede concluir que un impuesto como el que se examina en el litigio principal no constituye una exacción de efecto equivalente a derechos de aduana de exportación, por lo que su compatibilidad con el Derecho comunitario ha de apreciarse a la luz del artículo 95 del Tratado".

Un impuesto percibido por un organismo de Derecho público, según criterios idénticos, sobre los cerdos producidos en un Estado miembro para ser sacrificados en el mercado nacional o para ser exportados vivos a otros Estados miembros, cuyo producto se destina a ambos tipos de producción, no está comprendido en la prohibición de exacciones de efecto equivalente a derechos de aduana de exportación en el sentido de los artículos 9, 12 y 16 del Tratado. Por el contrario, dicho impuesto puede calificarse de tributo interno discriminatorio, prohibido por el artículo 95 del Tratado CE, siempre y cuando las ventajas derivadas del destino de su producto compensen parcialmente la carga que grava los cerdos producidos para ser sacrificados en el Estado miembro de que se trata, desfavoreciendo así a la producción de cerdos destinados a ser exportados vivos a otros Estados miembros.

Por otra parte, la circunstancia de que un impuesto nacional se destine a financiar un régimen de ayudas, que ha sido autorizado por la Comisión con arreglo a las disposiciones del Tratado relativas a las ayudas de Estado, no se opone a que un órgano jurisdiccional nacional examine la compatibilidad de dicho impuesto con otras disposiciones del Tratado que tengan efecto directo.

La segunda Sentencia en este ámbito es la **STJCE de 23 de abril de 2002, Asunto C-143/00.** Se trataba de un litigio sobre marcas y envasado de medicamentos. El caso fue el siguiente: la High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, planteó, con arreglo al artículo 234 CE, ocho cuestiones prejudiciales sobre la interpretación del artículo 7, apartado 2, de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (DO 1989, L 40, p. 1), en su versión modificada por el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992 (DO 1994, L 1, p. 3), y de los artículos 28 CE y 30 CE. El artículo 7 de la Directiva 89/104, que lleva por título "Agotamiento del derecho conferido por la marca", dispone: "1. El derecho conferido por la marca no permitirá a su titular prohibir el uso de la misma para productos

comercializados en la Comunidad con dicha marca por el titular o con su consentimiento.

2. El apartado 1 no se aplicará cuando existan motivos legítimos que justifiquen que el titular se oponga a la comercialización ulterior de los productos, en especial cuando el estado de los productos se haya modificado o alterado tras su comercialización."

El problema que se planteaba en este Sentencia era que cada uno de los medicamentos objeto de los litigios del procedimiento principal fue comercializado en la Comunidad por una de las demandantes en dicho procedimiento usando una marca; fue comprado, asimismo, en la Comunidad, por una de las demandadas en el procedimiento principal e importado al Reino Unido. Para dichas importaciones, las demandadas en el procedimiento principal modificaron hasta cierto punto el envasado de los medicamentos así como los prospectos que los acompañaban. La manera en que se modificó el envasado de los distintos medicamentos varía de un caso al otro.

Para el TJCE, el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 89/104/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1988, Primera Directiva relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas, en su versión modificada por el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, de 2 de mayo de 1992, debe interpretarse en el sentido de que el titular de una marca puede invocar su derecho de marca para impedir a un importador paralelo llevar a cabo un reenvasado de medicamentos, salvo que el ejercicio de dicho derecho contribuya a compartimentar artificialmente los mercados entre los Estados miembros.

Un reenvasado de medicamentos mediante sustitución del embalaje es objetivamente necesario en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia si, de lo contrario, se obstaculiza el acceso efectivo al mercado de que se trate o a una parte importante de éste debido a una fuerte resistencia de una proporción significativa de consumidores frente a los medicamentos reetiquetados.

El importador paralelo debe, en todo caso, respetar el requisito de advertencia previa para tener el derecho de reenvasar los medicamentos que llevan la marca. Si el importador paralelo no respeta dicho requisito, el titular de la marca puede oponerse a la comercialización del medicamento reenvasado. Corresponde al importador paralelo advertir por sí mismo del reenvasado previsto al titular de la marca. En el supuesto de que existieran objeciones, corresponde al juez nacional apreciar, tomando en consideración todas las circunstancias pertinentes, si el titular dispuso de un plazo razonable para actuar en relación con el proyecto de reenvasado.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

Tres han sido las sentencias dictadas por el TJCE en este período que ahora analizamos (marzo a mayo de 2002).

La primera de las sentencias de en este apartado tiene por objeto analizar la interpretación de la Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, y por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y 90/619/CEE (Tercera Directiva de seguros de vida) (DO L 360, p. 1). Se trata de la **STJCE (Sala Sexta) de 5 de marzo de 2002, Asunto C-386/00, Axa Royale Belge SA y otros.** El artículo 31 de la Directiva dispone concretamente:

> "1. Antes de la celebración del contrato de seguro, deberán haberse comunicado al tomador, como mínimo, las informaciones enumeradas en el punto A del Anexo II.
>
> 2. El tomador de seguro deberá ser informado, durante todo el período de vigencia del contrato, de cualquier modificación relativa a las informaciones enumeradas en el punto B del Anexo II.
>
> 3. El Estado miembro del compromiso no podrá exigir de las empresas de seguros que faciliten informaciones suplementarias a las enumeradas en el Anexo II más que si tales informaciones resultan necesarias para la comprensión efectiva por parte del tomador de los elementos esenciales del compromiso.
>
> 4. Las normas de desarrollo del presente artículo y del Anexo II serán adoptadas por el Estado miembro del compromiso."

Según el TJCE, el artículo 31, apartado 3, de la Directiva 92/96/CEE del Consejo, de 10 de noviembre de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo de vida, y por la que se modifican las Directivas 79/267/CEE y 90/619/CEE (Tercera Directiva de seguros de vida), se opone a una normativa nacional que establece que la proposición de seguro de vida o, a falta de proposición, la póliza debe informar al tomador de que la resolución, la reducción o el rescate de un contrato de seguro de vida en vigor, con vistas a la suscripción de otro contrato de seguro de vida, será, por lo general, perjudicial para el tomador del seguro.

STJCE (Sala Quinta) de 21 de marzo de 2002, Asunto C-451/99, Cura Anlagen GmbH y Auto Service Leasing GmbH (ASL). El asunto fue el siguiente: Con arreglo al artículo 79 de la Ley austriaca sobre los vehículos automóviles, de 1967, la utilización en Austria de un automóvil con placas de matrícula extranjeras que no tenga un lugar de estacionamiento permanente en Austria sólo está autorizada durante un período máximo de un año. En febrero de 1999, ASL y Cura Anlagen celebraron un contrato de *leasing* en virtud del cual ASL dio en arrendamiento a Cura Anlagen, por un período de treinta y seis meses, un turismo (en este caso, un automóvil de marca Audi, modelo A3), matriculado en Alemania, por una cantidad fija mensual que incluía el coste del seguro obligatorio, más una cantidad adicional por tramos de mil kilómetros recorridos por encima de una determinada distancia.

Tras haber introducido su vehículo en Austria, en febrero de 1999, Cura Anlagen no pudo utilizarlo en dicho país de conformidad con las cláusulas del contrato debido a las dis-

posiciones de la ley austriaca de 1967 que prohíben la circulación en Austria de un vehículo con placas extranjeras por un período superior a tres días.

Según el TJCE, las disposiciones del Tratado CE relativas a la libre prestación de servicios (artículos 49 CE a 55 CE) se oponen a la legislación de un Estado miembro, como la legislación controvertida en el litigio principal, que obliga a una empresa establecida en ese Estado miembro, que toma en *leasing* un vehículo matriculado en otro Estado miembro, a matricularlo en el primer Estado miembro para poder utilizarlo más allá de un período de tiempo de tal brevedad, en este caso tres días, que hace imposible o excesivamente difícil cumplir las obligaciones impuestas. Las mismas disposiciones del Tratado se oponen a la legislación de un Estado miembro, como la legislación controvertida en el litigio principal, que obliga a una empresa establecida en ese Estado miembro, que toma en *leasing* un vehículo matriculado en otro Estado miembro, a matricularlo en el primer Estado miembro imponiéndole uno o varios de los requisitos siguientes:

– la obligación de residencia o de establecimiento en el Estado miembro de utilización para la persona a cuyo nombre el vehículo está matriculado allí, en la medida en que obliga a la empresa de *leasing* bien a tener un establecimiento principal en dicho Estado miembro, o bien a aceptar la matriculación del vehículo a nombre del arrendatario y la correspondiente limitación de sus derechos sobre el vehículo;

– la obligación de asegurar el vehículo con un asegurador autorizado en el Estado miembro de utilización, en el supuesto de que dicha obligación implique que el asegurador debe tener su establecimiento principal en ese Estado miembro, como Estado de origen en el sentido de las Directivas sobre seguros distintos del seguro de vida, y disponer de una "autorización administrativa" en dicho Estado;

– la obligación de inspección técnica, cuando el vehículo ya haya sido objeto de inspección técnica en el Estado miembro de establecimiento de la sociedad de *leasing*, salvo si dicha obligación está destinada a comprobar que el vehículo reúne los requisitos impuestos a los vehículos matriculados en el Estado miembro de utilización que no están cubiertos por los controles efectuados en el Estado miembro de establecimiento de la sociedad de *leasing* y/o que el estado del vehículo no se ha deteriorado desde que fue inspeccionado en este último Estado miembro, si entre tanto ha circulado por la vía pública, siempre que se imponga un control similar cuando un vehículo anteriormente inspeccionado en el Estado miembro de utilización sea presentado para su matriculación en dicho Estado;

– el pago, en el Estado miembro de utilización, de un impuesto sobre el consumo, cuya cuota no es proporcional a la duración de la matriculación del vehículo en dicho Estado.

Por último, la **STJCE (Sala Quinta) de 21 de marzo de 2002, Asunto C-298/99, Comisión de las Comunidades Europeas, contra República Italiana,** tuvo por objeto el

reconocimiento mutuo de diplomas en el sector de la arquitectura. La Directiva 85/384 establece el reconocimiento automático de algunos títulos en el sector de la arquitectura con arreglo a dos regímenes distintos. La Comisión, como guardiana de los Tratados demandó a Italia por incumplimiento de ciertas obligaciones relativas al reconocimiento de diplomas; el TJCE estimó el incumplimiento señalando que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 12, 22, 27 y 31 de la Directiva 85/384/CEE del Consejo, de 10 de junio de 1985, para el reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos en el sector de la arquitectura, y que incluye medidas destinadas a facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios, en su versión modificada por la Directiva 86/17/CEE del Consejo, de 27 de enero de 1986, por la que se modifica, con motivo de la adhesión de Portugal, la Directiva 85/384 y, por lo que se refiere a la prohibición prevista en el artículo 9, apartado 1, del Decreto 129/1992, del artículo 59 del Tratado, al:

– no haber adoptado todas las medidas necesarias para dar cumplimiento al artículo 4, apartado 1, párrafo segundo, al artículo 4, apartado 2, al artículo 11, letra k), séptimo guión, y al artículo 14 de la Directiva 85/384;

– no haber adoptado todas las medidas necesarias para proceder al reconocimiento automático de los diplomas, certificados y otros títulos de conformidad con los artículos 2, 3, 7, 8 y 9 de la Directiva 85/384;

– haber adoptado el artículo 4, apartado 2, letra a), del Decreto-ley del Presidente de la República núm. 129, de 27 de enero de 1992, que, en infracción de los artículos 52 y 59 del Tratado CE (actualmente artículos 43 CE y 49 CE, tras su modificación), exige con carácter general que la solicitud de reconocimiento de título vaya acompañada del título original o de una copia autenticada de dicho diploma;

– haber adoptado el artículo 4, apartado 2, letra c), del Decreto 129/1992 y el artículo 4, apartado 1, letra c), del Decreto del Ministerio de Universidades e Investigación Científica y Tecnológica núm. 776, de 10 de junio de 1994, que, en infracción del artículo 52 del Tratado, exige con carácter general que la solicitud de reconocimiento de título vaya acompañada de un certificado de nacionalidad;

– haber adoptado el artículo 4, apartado 3, del Decreto 129/1992 y el artículo 10 del Decreto 776/1994, que, en infracción del artículo 52 del Tratado, exigen en todos los casos la traducción jurada de todos los documentos adjuntos a una solicitud de reconocimiento de título;

– haber adoptado el artículo 11, apartado 1, letras c) y d), del Decreto 129/1992, que, en infracción del artículo 12 de la Directiva 85/384, prevé el reconocimiento de títulos obtenidos después del 5 de agosto de 1987;

– mantener el artículo 9, apartado 1, del Decreto 129/1992, que, en infracción del artículo 59 del Tratado, prohíbe de modo general a los arquitectos establecidos en otros

Estados miembros que desean prestar servicios en Italia crear en territorio italiano un establecimiento principal o secundario;

– obligar, mediante el artículo 9, apartado 3, del Decreto 129/1992 y los artículos 7 y 8 del Decreto 776/1994, a los arquitectos establecidos en otros Estados miembros que desean prestar servicios en Italia a inscribirse en el Consejo provincial territorialmente competente del Colegio de Arquitectos, y retrasar, como consecuencia de esta formalidad, en infracción del artículo 22 de la Directiva 85/384, la primera prestación de servicios de estos arquitectos en Italia.

C) Libre circulación de trabajadores

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

D) Libre circulación de capitales

El TJCE ha tenido ocasión de examinar la compatibilidad con el Derecho comunitario de determinada legislación austriaca relativa a la adquisición de bienes inmuebles. En efecto, la Ley de Transmisión de Bienes Inmuebles de Salzburgo, que pretende, en el marco de la política de ordenación del territorio, evitar que las actividades turísticas predominen en determinadas regiones, introduce tanto un procedimiento de notificación y aprobación anterior a la adquisición de bienes inmuebles como un sistema de control y sanción posterior. Un régimen jurídico similar –el del Estado de Tirol– había sido objeto de la STJCE de 1 de junio de 1999, Konle, As. C-302/97, en la que el Tribunal de Justicia había llegado a la conclusión de que la autorización previa constituía un obstáculo demasiado severo para la libre circulación. No obstante, la legislación de Salzburgo ahora examinada contenía un obstáculo, en principio, menos severo a la libre circulación de capitales, pues en este procedimiento de notificación y aprobación generalmente basta con una declaración del adquirente de la parcela edificable a la autoridad competente acerca del uso proyectado de la parcela y sólo en el caso de que albergue dudas razonables sobre ese uso, se inicia un procedimiento similar a la autorización previa de la sentencia Konle. Sin embargo, la respuesta del Tribunal de Justicia será similar a la dada en el asunto Konle, pues en su **Sentencia de 5 de marzo de 2002, Reisch, As. Ac. C-515/99, C-519/99 a C-524/99 y C-526/99 a C-540/99,** declara que los artículos 56 a 60 CE no se oponen a un procedimiento de declaración previa como el previsto por el régimen de adquisición de bienes inmuebles de Salzburgo pero se oponen a un procedimiento de autorización previa como el previsto en dicho régimen.

Para llegar a tal conclusión, el TJCE parte de que el derecho a adquirir, a explotar y a enajenar bienes inmuebles en el territorio de otro Estado miembro, genera movimientos de capitales cuando se ejerce (STJCE de 30 de mayo de 1989, Comisión/Grecia, 305/87) y de que el establecimiento de un procedimiento de notificación y aprobación restringe la libre circulación de capitales (sentencia Konle, antes citada, apartado 39). No obstante,

cabría admitir tales restricciones si las normas nacionales persiguen de forma no discriminatoria un objetivo de interés general y si respetan el principio de proporcionalidad. Como ya señalara en la sentencia Konle, el Tribunal de Justicia afirma que las restricciones al establecimiento de residencias secundarias en una determinada zona geográfica que un Estado miembro decide para mantener, con un objetivo de ordenación del territorio, una población permanente y una actividad económica autónoma respecto del sector turístico constituye una finalidad de interés general y que la exigencia de declaración previa, para la adquisición de parcelas edificables, es conforme al Derecho comunitario. Por otro lado, al igual que en la citada sentencia Konle, no se considera proporcional el establecimiento de un procedimiento de autorización previa de la adquisición en el supuesto ahora enjuiciado. Y es que el TJCE considera que, "habida cuenta de la posibilidad de control que el régimen de declaración previa concede al poder público, de la existencia de sanciones penales y de una acción específica de nulidad que puede ejercitarse ante el juez nacional en el supuesto de que el proyecto realizado no sea conforme con la declaración inicial, el procedimiento de autorización previa (...) no puede considerarse una medida estrictamente indispensable para impedir las infracciones a la ley controvertida en los litigios principales relativa a las residencias secundarias. Máxime cuando las autoridades competentes pueden supeditar la concesión de la autorización previa a la observancia de prescripciones que la Ley de Transmisiones de Salzburgo no somete a ningún marco normativo material y exigir al adquirente la constitución de una garantía cuyo importe puede ascender al valor del bien" (apartado 38).

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) Desaparición sobrevenida del objeto: inexistencia por la puesta en libertad del demandante tras recurrirse en amparo. b) Principio de subsidiariedad [art. 44.1.a) de la LOTC]: consecuencias del agotamiento de la vía judicial previa mediante recursos frustrados o indebidos. c) Poderes públicos *ex* artículo 41.2 de la LOTC y actos revisables en amparo constitucional: no incluye la adecuación al Derecho Comunitario de los poderes públicos nacionales. d) Asamblea de una Ciudad Autónoma. Amparo: es procedente el contencioso-administrativo y, en consecuencia, no es aplicable el cauce del artículo 42 de la LOTC frente a actos de órganos de dichas asambleas que violen el artículo 23 CE. e) Invocación del derecho fundamental en la vía judicial [artículo 44.1.c) de la LOTC] y contenidos del escrito de denuncia de las dilaciones indebidas. B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley. a) Derogación de preceptos preconstitucionales en cuestiones de inconstitucionalidad. Dudas sobre si el órgano judicial debe elevar la cuestión, inaplicar el precepto o integrarlo *secundum Constitutionem*. b) Ausencia de motivación de la negativa a plantear una cuestión de inconstitucionalidad: necesidad de exteriorizar el razonamiento que justifique la decisión (artículo 24.1 CE). c) Juicio de relevancia (artículo 35.2 de la LOTC): sólo debe declararse inadmisible una cuestión por la falta de este requisito cuando pueda rechazarse *a limine* la aplicabilidad de los preceptos. C) Controversias competenciales. a) Declaración de inconstitucionalidad y nulidad *pro futuro*: para salvaguardar la seguridad jurídica y la suficiencia de las haciendas locales (artículo 40.1 de la LOTC). **3. Criterios de distribución de competencias.** A) Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana: constitucionalidad de su supresión mediante Decreto-Ley. Corporaciones de Derecho público de interés general. B) Incrementos retributivos a funcionarios autonómicos: límites estatales para la consecución de objetivos de política económica (artículos 149.1.13 y 18 y 156 CE y artículo 2 LOFCA). C) Decreto-Ley de prórroga de presupuestos. Interpretación conjunta del ordenamiento vigente: el Decreto-Ley no deroga necesariamente las normas

básicas contenidas en la ley de presupuestos prorrogada. D) Régimen disciplinario de funcionarios públicos: normas básicas vigentes, imposibilidad de encontrar normas básicas en la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964 (artículo 149.1.18 CE). E) Condiciones básicas de igualdad de los ciudadanos en materia de régimen disciplinario de los funcionarios públicos y de límites a la legislación autonómica sobre el suelo (artículo 149.1.1 CE). F) Mar territorial: excepcionalidad en la extensión a dicho ámbito de las competencias autonómicas sobre espacios naturales protegidos; aplicación del título estatal sobre pesca marítima.

1. INTRODUCCIÓN

Se reseñan las Sentencias dictadas el primer trimestre del año 2002, desde la STC 1/2002, de 14 de enero, a la STC 68/2002, de 21 de marzo. En materia procesal, es relevante la STC 35/2002, de 11 de febrero, en la que se aprecia lesión del derecho fundamental *ex* art. 24.1 CE por la falta de exteriorización de una motivación adecuada y suficiente, que funde la negativa del órgano judicial a no plantear la cuestión de inconstitucionalidad a instancias de una parte; afirmación que, con tanta rotundidad, puede ser la primera vez que se sostiene. Es destacable asimismo la STC 54/2002, de 27 de febrero, sobre los efectos de una sentencia en un recurso, que es realmente un conflicto de competencia legislativa, ya que se dicta una declaración de inconstitucionalidad que conlleva una nulidad *pro futuro* y se fundamenta tal decisión en los principios de seguridad jurídica y de suficiencia de las Haciendas locales.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo

a) Desaparición sobrevenida del objeto: inexistencia por la puesta en libertad del demandante tras recurrirse en amparo

La **STC 8/2002, de 14 de enero,** recuerda que la puesta en libertad bajo fianza de quien se encontraba en prisión provisional, tras la formulación del recurso de amparo y antes de admitirse la demanda, no priva de objeto al recurso de amparo (FJ 2º), pues podrían haberse violado derechos fundamentales y el demandante se encontraba en prisión en el momento de recurrir. Como regla general, el enjuiciamiento debe concretarse en el momento en que se formula la demanda ponderando entonces las circunstancias atinentes a la libertad personal (art. 17 CE).

b) Principio de subsidiariedad [artículo 44.1.a) de la LOTC]: consecuencias del agotamiento de la vía judicial previa mediante recursos frustrados o indebidos

El Voto Particular a la **STC 33/2002, de 11 de febrero,** suscita una controversia sobre la lógica inherente al principio de subsidiariedad, que el mismo Magistrado ya abrió en otro Voto Particular a la STC 4/2000, de 17 de enero, rechazando la posición habitual de la jurisprudencia. Según don Vicente Conde Martín de Hijas, no puede considerarse acertado simultáneamente que sea correcto el Auto que inadmite el recurso con el que se agotan los recursos utilizables en la vía judicial, y, al tiempo, y, a efectos de la violación constitucional, las Sentencias de las instancias y grados precedentes, cuyos vicios constitucionales no se remediaron en la resolución de aquel recurso; deben extraerse consecuencias del incorrecto agotamiento de la vía previa y debió haberse declarado el recurso extemporáneo. En este caso, fue inadmitido un recurso de casación para la unificación de doctrina por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo por falta de contradicción entre las resoluciones judiciales.

Estimamos rigorista en exceso la posición del Voto discrepante por sendas razones, primero, habida cuenta de que no se prologó artificial o dolosamente la vía previa y, sobre todo, vista la complejidad, si no confusión, que frecuentemente entraña saber cómo agotar debidamente la vía previa. Esta comprensión aboca –a nuestro entender– a una interpretación antiformalista de los requisitos procesales del amparo.

c) Poderes públicos *ex* artículo 41.2 de la LOTC y actos revisables en amparo constitucional: no incluye la adecuación al Derecho Comunitario de los poderes públicos nacionales

La **STC 41/2002, de 25 de febrero,** insiste (FJ 2º) en un caso de discriminación en que no corresponde al Tribunal Constitucional controlar la adecuación al Derecho Comunitario de la actuación de los poderes públicos nacionales, pues este control compete a los órganos de la jurisdicción ordinaria y en su caso al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas a través del recurso por incumplimiento (el actual art. 227 del Tratado). Y recoge la jurisprudencia previa.

d) Asamblea de una Ciudad Autónoma. Amparo: es procedente el contencioso-administrativo y, en consecuencia, no es aplicable el cauce del artículo 42 de la LOTC frente a actos de órganos de dichas asambleas que violen el artículo 23 CE

En la **STC 44/2002, de 25 de febrero,** se analiza un curioso supuesto en el cual unos miembros de la Asamblea de Melilla intentan una amparo del art. 42 de la LOTC contra un acuerdo del Presidente de la Asamblea de Melilla y de la Ciudad por el cual se inadmitió una moción de censura. Sin aclarar directa y expresamente la compleja y debatida naturaleza jurídica de dicha Asamblea, el Tribunal Constitucional deniega el amparo, puesto que los recurrentes intentaron previamente un recurso contencioso-administrativo, que les fue admitido a trámite y en el que además obtuvieron reparación a la lesión del derecho fundamental *ex* art. 23.2 CE que invocaban.

Estimamos que si la vía contenciosa era procedente, según la jurisdicción ordinaria, juicio que el Tribunal Constitucional no rechaza, no existía el carácter directo del amparo que el cauce del art. 42 de la LOTC demanda y, por consiguiente, esta otra vía no la era procedente.

e) Invocación del derecho fundamental en la vía judicial [artículo 44.1.c) de la LOTC] y contenidos del escrito de denuncia de las dilaciones indebidas

La **STC 51/2002, de 26 de febrero,** enjuicia un caso de Juez imparcial y dilaciones indebidas. El Tribunal Constitucional advierte (FJ 2º) que no basta con advertir al órgano judicial de "la excesiva duración del proceso", la denuncia de las dilaciones indebidas, en cuanto invocación del derecho fundamental previo al amparo constitucional, debe permitirse al órgano judicial pronunciarse sobre el retraso y repararlo, poniendo fin a la dilación padecida o bien declarando la violación del derecho fundamental con el fin de poder reclamar ante las instancias oportunas.

La invocación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas parece ser más exigente o rigurosa, por su misma naturaleza, que en otros derechos.

B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley

a) Derogación de preceptos preconstitucionales en cuestiones de inconstitucionalidad. Dudas sobre si el órgano judicial debe elevar la cuestión, inaplicar el precepto o integrarlo *secundum Constitutionem*

La **STC 10/2002, de 17 de enero,** analiza una cuestión de inconstitucionalidad planteada respecto del art. 557 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativo a que no pueden considerarse domicilio las habitaciones de los hoteles ("tabernas, casas de comidas posadas y fondas") respecto de los huéspedes que se encuentren alojados allí accidental o temporalmente. Un precepto preconstitucional que ha permanecido inalterado desde el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 y delimita de forma negativa el delito de entrada o registro domiciliario. El Tribunal Constitucional estima el precepto inconstitucional por violar el art. 18.2 de la Constitución y lo entiende derogado. El Pleno se plantea que el propio Tribunal *a quo* podía haber inaplicado este artículo preconstitucional de entenderlo contrario a la Constitución o, incluso, realizar una interpretación e integración del art. 191 del viejo Código Penal conforme a la Norma Fundamental cuando reenvía a la ley, remisión que incluye la Constitución. Pero la Sala albergó dudas de constitucionalidad dada la coexistencia de diversas interpretaciones y optó por elevar la cuestión. El Tribunal Constitucional desecha la posibilidad de una inconstitucionalidad parcial que le ofreció el Ministerio Fiscal (FJ 10º).

Parecida resulta ser la **STC 39/2002, de 14 de febrero,** una cuestión de inconstitucionalidad respecto del art. 9.2 del Código Civil redactado por el Decreto 1836/1974, de 31

de mayo, inciso último, redacción anterior a la Ley 11/1990, de 15 de octubre, una disposición referida a la ley aplicable, subsidiariamente y en defecto de una ley común, a los cónyuges durante el matrimonio, eligiendo la del marido al tiempo de celebración. El problema se reduce a la validez de la norma preconstitucional en el lapso de tiempo que va entre la entrada en vigor de la Constitución (Disposición Derogatoria Tercera) y la publicación de la Ley de 1990. De nuevo, vuelve a suscitarse el debate sobre si el órgano judicial debió plantear la cuestión o inaplicar el precepto por entenderlo derogado por el art. 14 CE. Esta preferencia por la ley nacional del marido como punto de conexión del Derecho internacional Privado *ex* art. 9.2 del viejo Código Civil se estima inconstitucional y derogada.

Es interesante, desde la perspectiva de las fuentes del Derecho, la derogación de una disposición preconstitucional que ya había sido derogada por una ley posconstitucional circunscrita al lapso de tiempo que va desde la entrada en vigor de la Constitución en 1978 hasta su derogación por ley en 1990. En definitiva, un caso de derogación por inconstitucionalidad sobrevenida de un precepto que al tiempo del enjuiciamiento ya había perdido su validez.

b) Ausencia de motivación de la negativa a plantear una cuestión de inconstitucionalidad: necesidad de exteriorizar el razonamiento que justifique la decisión (artículo 24.1 CE)

Importante es la **STC 35/2002, de 11 de febrero,** que acaba por reconocer una larga aspiración doctrinal: se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en sus vertientes de ausencia de motivación e incongruencia omisiva, si la sentencia no exterioriza, de manera suficiente y adecuada, la motivación (art. 120 CE) en la cual se funda la negativa del órgano judicial a plantear una cuestión de inconstitucionalidad (FJ 3º). No cabe un pronunciamiento "apodíctico" pese a ser ese planteamiento una potestad exclusiva de Jueces y Tribunales.

c) Juicio de relevancia (artículo 35.2 de la LOTC): sólo debe declararse inadmisible una cuestión por la falta de este requisito cuando pueda rechazarse *a limine* la aplicabilidad de los preceptos

La **STC 37/2002, de 14 de febrero,** contempla un interesante supuesto en el que se impugna en el contencioso-administrativo previo una disposición general, un reglamento de Cataluña sobre personal al servicio de las entidades locales, el Letrado del Parlamento autonómico sostiene que esta norma viene a desarrollar la ley catalana de régimen local, pero no la de la función pública autonómica, siendo ambas cuestionadas por el órgano judicial. El Tribunal Constitucional rechaza la excecepción (FJ 2º) reiterando su conocida doctrina según la cual sólo cuando resulte evidente la ausencia del juicio de relevancia cabe declarar inadmisible una cuestión. Debe admitirse si no es "rechazable *a limine* la tesis de la aplicabilidad de los preceptos".

C) Controversias competenciales

a) Declaración de inconstitucionalidad y nulidad *pro futuro*: para salvaguardar la seguridad jurídica y la suficiencia de las haciendas locales (artículo 40.1 de la LOTC)

Es importante en sus efectos la **STC 54/2002, de 27 de febrero,** que declara la inconstitucionalidad y nulidad del artículo único de una ley del Parlamento Vasco que establecía para los propietarios de suelo urbano consolidado por la urbanización de un deber de cesión del 10 por ciento del aprovechamiento urbanístico lucrativo o, en el supuesto de obras de rehabilitación, el 10 por ciento del incremento de aprovechamiento urbanístico; todo ello por violar normas básicas estatales. En el FJ 9º se determina el alcance de la declaración de nulidad y se afirma el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) al que responde la previsión del art. 40.1 de la LOTC, según el cual las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de una ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada. Pero más allá de ese mínimo impuesto por dicho art. 40.1, la seguridad jurídica también reclama que la declaración de inconstitucionalidad sólo sea eficaz *pro futuro*, esto es, en relación con los nuevos supuestos o con los procedimientos judiciales y administrativos en los que no haya recaído resolución firme. Pues dotar de una eficacia *ex tunc* a la declaración de inconstitucionalidad:

> "distorsionaría gravemente la actividad de gestión urbanística desarrollada al amparo de la norma que se declara inconstitucional, tanto para los Municipios vascos como para los particulares, transcendiendo, incluso, las previsibles consecuencias económicas adversas que la revisión de las cesiones obligatorias ya firmes supondrían para los Municipios con el consiguiente riesgo de quiebra del principio de suficiencia de las Haciendas locales a que se refiere el art. 142 CE".

Estimamos muy acertada esta técnica. Es correcto trasladar a los recursos que encubren conflictos de competencia legislativa las técnicas experimentadas en los conflictos positivos para salvaguardar las situaciones de hecho y de derecho legítimamente creadas al amparo de la norma que se estima viciada de incompetencia territorial. Entre ellas, una declaración de nulidad con efectos prospectivos o *pro futuro* que es bien conocida en el Derecho comparado y se ha revelado eficaz para salvaguardar el no menos constitucional principio de seguridad jurídica. Sólo recordar que la LOTC no prevé esta técnica de creación jurisprudencia, ya usada en varias ocasiones, y que debería incorporarse por el legislador a la ley procesal aprovechando cualquier reforma procesal de la misma.

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Durante este trimestre se han dictado cinco sentencias resolutorias de controversias competenciales. Ninguna de ellas contiene doctrina novedosa alguna digna de ser resaltada. Solamente la presencia de problemas en la delimitación del territorio cuando las com-

petencias para la protección de espacios naturales se extienden al mar territorial **(STC 38/2002, de 14 de febrero)** merece una mención por tratarse de una cuestión todavía no suficientemente perfilada por el Tribunal. En el resto de decisiones se reiteran posiciones jurisprudenciales sobre temas ya resueltos: la extensión de las condiciones básicas de igualdad en materia de aprovechamiento urbanístico **(STC 54/2002, de 27 de febrero),** límites a los incrementos salariales autonómicos a sus funcionarios **(STC 24/2002, de 31 de enero),** supresión de cámaras oficiales de propiedad urbana **(STC 11/2002, de 17 de enero de 2002)** y régimen disciplinario de funcionarios autonómicos y locales **(STC 37/2002, de 14 de febrero).**

A) Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana: constitucionalidad de su supresión mediante Decreto-Ley. Corporaciones de Derecho público de interés general

Respecto al uso del Decreto-Ley para proceder a esta supresión el TC recuerda (en la **STC 11/2002, de 17 de enero)** que ya ha reconocido en el pasado que excepcionalmente se pueden fijar normas básicas mediante este instrumento normativo y que en la STC 178/1994 se estableció con claridad que la supresión de las Cámaras de la Propiedad Urbana tenía carácter básico. Tampoco ha existido invasión de las competencias autonómicas de desarrollo legislativo en materia de corporaciones de Derecho público, pues, esta cuestión ya fue plenamente resuelta por la STC 178/1994.

B) Incrementos retributivos a funcionarios autonómicos: límites estatales para la consecución de objetivos de política económica (artículos 149.1.13 y 18 y 156 CE y artículo 2 LOFCA)

En la **STC 24/2002, de 31 de enero,** se resuelve un Recurso de Inconstitucionalidad presentado por el Gobierno contra el art. 2.1.a) de la Ley del Principado de Asturias 1/1996 en el que se preveía un incremento salarial superior al establecido por el Estado para los funcionarios públicos. Esta cuestión ha sido ya resuelta en anteriores ocasiones. La definición de los diversos conceptos retributivos de los funcionarios se incardina en la competencia del Estado *ex* art. 149.1.18, pero su cuantificación o el establecimiento de límites a la misma, con lo que ello supone de limitación a la autonomía financiera de las CCAA en su vertiente de poder de gasto, debe reconducirse al art. 149.1.13 CE y al principio de coordinación previsto en el art. 156.1 con el alcance previsto en el art. 2.1.b) LOFCA (SSTC 103/1997 y 62/2001).

Centrándose en el art. 149.1.13 CE, recuerda que la fijación de límites superiores al incremento retributivo es una medida económica general dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público, decisión (coyuntural y de eficacia limitada en el tiempo) justificada constitucionalmente en razón de una política de contención de la inflación y de reducción del déficit público. Igualmente justificada está la imposición de estos topes máximos en el límite a la autonomía financiera establecido en el principio de coordinación (art. 156.1 CE) con el alcance del art. 2.1.b) LOFCA (STC 62/2001), pues exige que las CCAA acomoden su actividad financiera a las medidas oportunas adoptadas por el Estado para alcanzar determinados objetivos de política económica. Tales topes serán por tanto plenamente conformes con el orden de distribución de competencias.

C) Decreto-ley de prórroga de presupuestos. Interpretación conjunta del ordenamiento vigente: el Decreto-ley no deroga necesariamente las normas básicas contenidas en la ley de presupuestos prorrogada

En la citada **STC 24/2002, de 31 de enero,** se planteaba una segunda cuestión, pues nos encontramos ante el supuesto en el que el establecimiento de los límites estatales al incremento salarial de los funcionarios autonómicos había sido realizado por el Decreto-ley dictado como consecuencia de la devolución al gobierno del proyecto de ley de presupuestos. El precepto impugnado de la ley asturiana preveía un incremento salarial a los funcionarios autonómicos en ejecución de los acuerdos alcanzados con las centrales sindicales. Sin embargo, el tope máximo de incremento (no respetado en la citada ley) fijado en el Decreto-ley de prórroga de los presupuestos no establecía norma expresa respecto a que tal tope fuera de aplicación también en los casos en que debían cumplirse acuerdos suscritos con los sindicatos. El TC, con buen criterio, recuerda que el citado Decreto-ley se dictó para responder a las necesidades derivadas de una situación de prórroga presupuestaria lo que exige que sus previsiones se integren con las recogidas en la anterior ley de presupuestos donde se preveía la inaplicabilidad de los acuerdos que implicasen incrementos retributivos superiores a los autorizados. El que no se previera expresamente en el Decreto-ley no puede interpretarse como derogación de la anterior ley de presupuestos y, por tanto, el límite de incremento retributivo debe interpretarse en los mismos términos y con el mismo alcance previsto legalmente para el ejercicio presupuestario anterior, por lo que la norma asturiana ha de considerarse inconstitucional.

D) Régimen disciplinario de funcionarios públicos: normas básicas vigentes, imposibilidad de encontrar normas básicas en la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964 (artículo 149.1.18 CE)

En la **STC 37/2002, de 14 de febrero,** se resuelven dos cuestiones de inconstitucionalidad contra diversos preceptos de la Ley 7/1985 reguladora de las bases de régimen local y de la Ley de Cataluña 17/1985 de la función pública de la administración de la Generalidad, reguladores del régimen disciplinario de funcionarios al servicio de la Generalidad y de las corporaciones locales situadas en Cataluña.

Como es conocido, en materia de función pública corresponde al Estado (*ex* art. 149.1.18 CE) la competencia exclusiva para fijar las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos. A las CCAA les corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución en lo que se refiere a sus propios funcionarios y a los de las corporaciones locales. Respecto al contenido de la expresión *régimen estatutario de los funcionarios públicos* (arts. 103.3 y 149.1.18 CE) el TC ha declarado en su jurisprudencia que se tata de una expresión cuyos contornos no pueden definirse en abstracto y *a priori* debiendo entenderse contenido en su ámbito "la normación relativa a la adquisición y pérdida de la condición de funcionario, a las condiciones de promoción de la carrera administrativa y las situaciones en que ésta puedan darse, a los derechos y deberes y responsabilidad de los funcionarios y a su régimen disciplinarios, así como a la creación e integración, en su caso, de cuerpos y escalas funcionariales y al modo de provisión de puestos de trabajo al servicio de las

Administraciones Públicas" (SSTC 99/1987 y 56/1990). Desde la perspectiva competencial ha de incluirse (además de otras cuestiones que no vienen al caso) el régimen disciplinario en cuanto constituye uno de los aspectos esenciales de la regulación de su régimen estatutario (STC 235/1991).

La siguiente cuestión a examinar es la calificación, en el auto de planteamiento de la cuestión, como básicos de determinados preceptos de la ley de funcionarios civiles del Estado de 1964 y del texto refundido de régimen local de 1986. El problema radica en si es posible inferir normas básicas de legislación preconstitucional cuando el legislador posconstitucional ha procedido a establecer una regulación aparentemente completa e innovadora de las bases de la materia en cuestión. La noción formal de bases elaborada por el TC se compadece mal con la posibilidad de poder seguir infiriendo bases de normas preconstitucionales cuando el legislador ha procedido a regular la materia de manera aparentemente completa e innovadora, "a menos que declare expresamente la pretendida naturaleza básica de esas normas legales preconstitucionales o dicha naturaleza resulte, sin lugar a dudas, de ser éstas un complemento indispensable de las normas básicas posconstitucionales por deducirse de su propia estructura que no han pretendido agotar la regulación de todos los aspectos de la materia." Sin embargo, el legislador posconstitucional no ha procedido de tal forma por lo que no cabe atribuir naturaleza básica a los preceptos contenidos en la de funcionarios civiles del Estado de 1964.

La Sala proponente calificó también como básicos en esta materia algunos preceptos de la LRL todos ellos reguladores de diversos aspectos del régimen disciplinario de los funcionarios de la administración local. Tales preceptos no han sido declarados básicos en ninguna norma estatal por lo que no pueden ser considerados como tales. Además no pueden en ningún caso considerarse como canon del control de constitucionalidad de la ley de la función publica de la Administración de la Generalidad pues tal norma ha sido aprobada en ejercicio de una competencia propia para regular el estatuto de sus propios funcionarios (art.10.1. EAC) y no al amparo de su competencia en materia de régimen local (art. 9.8 EAC). De hecho es claro que quedan fuera de su ámbito de aplicación expresamente los del personal al servicio de las corporaciones locales radicadas en el territorio de Cataluña [art.2.3.b) Ley 17/1985].

E) Condiciones básicas de igualdad de los ciudadanos en materia de régimen disciplinario de los funcionarios públicos y de límites a la legislación autonómica sobre el suelo (artículo 149.1.1 CE)

En el caso de la citada **STC 37/2002,** el Alto Tribunal entiende que el art. 149.1.1 CE no impone un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias, sino que se refiere, a lo sumo, a la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales (STC 120/1998). En la aplicación de esta doctrina al ámbito del derecho administrativo sancionador (STC 87/1985), que afecta a ciudadanos sometidos a una especial sujeción, ha de admitirse que las CCAA puedan establecer, con fundamento razonable, tipos que difieran de los regulados en las normas básicas, siempre que no las contradigan.

En la **STC 54/2002, de 27 de febrero,** se vuelven a aplicar los mismos criterios y la misma jurisprudencia que en la STC 164/2001 para declarar inconstitucional un precepto de una ley vasca que contradecía patentemente el art. 14 de la LRSV considerado condición básica de igualdad en la citada STC 164/2001.

F) Mar territorial: excepcionalidad en la extensión a dicho ámbito de las competencias autonómicas sobre espacios naturales protegidos; aplicación del título estatal sobre pesca marítima

En la **STC 38/2002, de 14 de febrero,** se resuelven sendos conflictos positivos de competencia planteados por el Gobierno contra diversos preceptos del decreto de Andalucía sobre plan de ordenación y el plan rector de uso y gestión del parque natural Cabo de Gata-Níjar y por la Junta de Andalucía contra Orden Ministerial del Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación por el que se establece la reserva marina de Cabo de Gata-Níjar.

Recuerda el TC que el territorio se configura como un elemento definidor de las competencias de los poderes públicos territoriales. Respecto al mar territorial, excepcionalmente pueden ejercerse competencias autonómicas si concurre un explícito reconocimiento estatutario (vertidos industriales o contaminantes en aguas territoriales, salvamento marítimo) o si así deriva de la naturaleza de la competencia (acuicultura, ordenación del sector pesquero, marisqueo). Sin embargo, la competencia esgrimida, protección de espacios naturales, hace problemática su extensión al mar territorial. De ello cabe deducir dos consecuencias: primera, la competencia autonómica sólo se extenderá al mar territorial cuando excepcionalmente así lo exijan las características del espacio protegido y, segunda, tal competencia está limitada por la competencia estatal sobre pesca marítima que al recaer sólo sobre uno de los elementos que constituyen el objeto de la protección resulta más específica y, por ello, ha de prevalecer en caso de colisión.

En principio las competencias autonómicas sólo se pueden extender parcialmente al mar territorial de forma excepcional cuando así venga exigido por la continuidad y unidad del espacio físico protegido. Pero ello no se compadece con el desconocimiento de las competencias estatales que pueden legítimamente desarrollarse en el mismo espacio físico, aunque en este tema debe extremarse la adopción de medidas de cooperación que pueden ser en algún caso insuficientes. En tales supuestos la competencia exclusiva del Estado no puede ceder ante las competencias exclusivas de las CCAA. Considera, pues, plenamente constitucional la Orden Ministerial impugnada y declara contrarios al orden de distribución de competencias diversos preceptos del plan de ordenación aprobado por la Junta de Andalucía.

En su voto particular, el magistrado GARCÍA MANZANO, sostiene exactamente lo contrario. A su juicio, respecto a la configuración del territorio en esta materia, existe una incorrecta identificación entre *imperium* y *dominium*. Critica también que la STC subraye en exceso la excepcionalidad de la intervención autonómica en el mar territorial. En su opi-

nión en dicho espacio marítimo pueden ejercerse competencias autonómicas siempre que el espacio a proteger constituya una unidad y justifique un tratamiento conjunto de sus zonas terrestre y marítima cuando tal protección sea coherente y eficaz. En segundo lugar, considera inexistente la invasión de la competencia exclusiva sobre pesca marítima porque declarar una zona marina, y su régimen jurídico protector como parte integrante de un parque natural, no supone ejercicio de competencia sobre pesca marítima. No se regula la pesca en el mar, sino que se preserva un espacio marino para tutelar el entero y único sistema objeto de protección por quien es competente para ello.

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

III. DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTADES PÚBLICAS

Sumario:

1. Consideraciones preliminares. 2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A) Introducción. B) Derecho a la vida, obligaciones positivas del Estado y asesinado en una prisión (artículo 2). C) Internamientos y exigencias del artículo 5 del Convenio. D) Medidas de acogimiento de niños contrarias al artículo 8 del Convenio. E) Adopción y supuesta discriminación por razón de actividad sexual. F) Libertad de expresión de un Abogado en estrados. G) Libertad de expresión en el marco laboral. H) Libertad de prensa. Distinción entre hechos y juicios de valores. I) Libertad de prensa y derecho a la difusión de la imagen. J) Restricción al nombre de un periódico no prevista por la Ley. **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Tutela Judicial Efectiva. a) Dilaciones indebidas en fase de ejecución: actitud pasiva de la administración al ejecutar una sentencia con aceptación del órgano judicial. b) Derecho de acceso a los recursos: Hay vulneración cuando la decisión judicial se basa en un error respecto de un hecho determinante para la desestimación del recurso de casación. c) Alegación inverosímil de falta de notificación que vulnera el principio *pro actione*. d) Falta de prueba del Derecho extranjero y acceso a la justicia. e) Tutela judicial: incongruencia y motivación. f) Derecho a la tutela judicial en las personas jurídico-públicas. B) Igualdad. a) Derecho a la igualdad conyugal y matrimonios con régimen común y especial. b) Discriminación por sexo: despido de una trabajadora embarazada cuando la empresa lo ignoraba. C) Derechos sustantivos. a) Detención de los extranjeros en la frontera mientras se tramita la admisión de su solicitud de asilo (artículo 17.2 CE). b) Ampliación del concepto constitucional de domicilio: las habitaciones de hotel pueden ser consideradas domicilio si, en ellas y aun con carácter eventual, el huésped desarrolla su vida privada (artículo 18.2 CE). c) Libertad de expresión en la junta de accionistas de la empresa donde se trabaja [artículo 20.1.a) CE]. d) Libertad de información de cargo público representativo artículos [20.1.d) y 23.2 CE]. e) Requisitos para constituir Grupo parlamentario. El porcentaje del 15 por ciento exigido por el RCD, no puede ser invocado más que una vez por la formación política que lo alcanzó (artículo 23.2 CE).

4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. A) Secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE). B) Libertades de expresión e información (artículo 20.1 CE). C) Derecho de asociación (artículo 22 CE). D) Derechos de participación de los cargos públicos representativos (artículo 23.2 CE). E) Derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE). F) Autonomía universitaria (artículo 27.10 CE). G) Libertad sindical (artículo 28.1 CE).

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la presente crónica se analizan sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del primer trimestre de 2002 y del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 1/2002, de 4 de enero a la 68/2002, de 21 de marzo. Destacaremos por su importancia la Sentencia 64/2002 relativa a la exigencia de un mínimo de Diputados para constituir Grupo parlamentario y el problema que se plantea en relación a Diputados "prestados" (caso Bloque Nacionalista Galego).

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre el 1 de enero y el 31 de marzo de 2002 el TEDH resolvió un total de 415 sentencias. Sin embargo en 48 de ellas apreció una excepción preliminar y 33 son para la determinación de daños no pecuniarios, lo que significa que en el período se dictaron 334 sentencias de fondo.

Hay que tener en cuenta que, al igual que en crónicas anteriores, un importante número de ellas –en torno a 260– analizan la existencia de dilaciones indebidas en procedimientos judiciales, destacando en este aspecto la situación Italiana, con 209 sentencias, así como, en sentido contrario, que no existen condenas a España por este motivo.

De las restantes y siguiendo el orden del Convenio, merece la pena destacar, incluyendo un único caso de demanda frente a las autoridades españolas en el caso **Diego Nafria contra España de 14 de marzo,** las siguientes:

Paul y Audrey Edwards contra el Reino Unido de 14 de marzo, que analiza el alcance de las obligaciones positivas del Estado en un supuesto de asesinato de un prisionero (artículo 2).

H.M. contra Suiza, y Magalhaes Pereira contra Portugal, ambas de 26 de febrero Internamientos y exigencias del artículo 5 del Convenio.

Kutzner contra Alemania de 26 de febrero. Medidas de acogimiento de niños contrarias al artículo 8 del Convenio.

Frette contra Francia de 26 de febrero. Adopción y supuesta discriminación por razón de actividad sexual (artículos 14 y 8).

Nikula contra Finlandia de 21 de marzo. Libertad de expresión de un Abogado en estrados (artículo 10).

Diego Nafria contra España de 14 de marzo. Libertad de expresión en el marco laboral (artículo 10).

Unabhangige Iniative Informationsvielfalt contra Austria y Dichand y otros contra Austria, ambos de 26 de febrero. Libertad de prensa. Distinción entre hechos y juicios de valores (art. 10).

Krone Verlag contra Austria de 26 de febrero. Libertad de prensa y derecho a la difusión de la imagen (art.10).

Gaweda contra Polonia de 14 de marzo. Restricción al nombre de un periódico no prevista por la Ley (art. 10).

B) Derecho a la vida, obligaciones positivas del Estado y asesinado en una prisión (artículo 2)

Paul y Audrey Edwards contra el Reino Unido de 14 de marzo. En ella se analiza la supuesta vulneración del artículo 2 del Convenio como consecuencia de la muerte de un enfermo mental que es asesinado en prisión por otro enfermo mental ambos sin tratamiento médico.

El Tribunal, tras recordar su doctrina de que el artículo 2 incluye la necesidad de que el Estado adopte medidas positivas para salvaguardar el derecho a la vida de las personas que se hayan bajo su jurisdicción, aplica la doctrina sentada en el caso Osman de que para que surja una obligación positiva se debe demostrar que las autoridades conocían o deberían haber conocido la existencia de un riesgo real e inmediato para la vida de una persona como consecuencia de los actos criminales de un tercero y no adoptaron las medidas que razonablemente cabría esperar que hubieran adoptado, doctrina que es particularmente aplicable a los personas que se encuentran privadas de libertad en establecimientos bajo la custodia del Estado. Por ello a la vista de las circunstancias del caso el Tribunal considera que ha existido vulneración del artículo 2 por la no adopción de las medidas necesarias para proteger la vida del hijo de los recurrentes así como de ese mismo artículo y del 13 por no desarrollar una investigación adecuada de los hechos.

C) Internamientos y exigencias del artículo 5 del Convenio

H.M. contra Suiza, y Magalhaes Pereira contra Portugal, ambas de 26 de febrero. En H.M. contra Suiza se trata de una anciana enferma ingresada contra su voluntad en un asilo. El Tribunal, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y en particular el hecho de que las autoridades cantonales han tomado la decisión en el propio interés de la recurrente para dotarla de la necesaria atención médica, así como de condiciones de vida e higiene satisfactorias, y con base a la doctrina establecida en Nielsen contra Dinamarca, considera que no existe violación del artículo 5.1 del Convenio.

En Magalhaes Pereira contra Portugal el recurrente es un Abogado, ingresado en un psiquiátrico penitenciario que considera que la duración del examen de la legalidad de su internamiento, así como que el mismo se haya realizado sin suficiente asistencia jurídica es contrario al artículo 5. El Tribunal considera que, a pesar de que la legislación portuguesa prevé controles judiciales y periódicos de los motivos de los internamientos, así como la posibilidad de solicitarlo por el interesado, sin embargo en este caso no se ha producido hasta transcurridos más de dos años y seis meses desde que lo solicitó el interesado, lo que no puede admitirse que constituya un "breve retraso" en los términos del Convenio. Asimismo considera que aunque ha contado con un Abogado de oficio, el mismo no ha tenido ninguna intervención en el procedimiento, y en particular en la audiencia que decidió el mantenimiento del internamiento, por lo que también en este aspecto se vulneró el artículo 5.4.

D) Medidas de acogimiento de niños contrarias al artículo 8 del Convenio

Kutzner contra Alemania de 26 de febrero. Los recurrentes son un matrimonio con cierto grado de retraso psíquico que consideran que la retirada de la custodia de sus hijos que sufrían igualmente retraso en su desarrollo físico y mental, así como su entrega a familias anónimas y las restricciones que sufrían en su derecho de visita implica vulneración del artículo 8.

El Tribunal centra su análisis en la necesidad de las medidas litigiosas. En este sentido comienza por admitir que existe un amplio margen de apreciación para los Estados en especial en lo que se refieren a la necesidad de poner bajo tutela a un niño, pero que es preciso ejercer un control más riguroso sobre las restricciones añadidas como el derecho de visita y sobre las garantías destinadas a asegurar la efectiva protección del derecho de los padres e hijos al respeto a su vida familiar, ya que esas restricciones comportan el riesgo de amputar las relaciones familiares entre padres e hijos, y considera que, en el caso concreto, la separación de los niños de su familia de origen, su emplazamiento en familias separadas y anónimas, con ruptura de todo contacto con sus padres durante los seis primeros meses y la extrema limitación de los derechos de visita (dos horas al mes), son todas ellas medidas que implican una "alineación" creciente de los niños con sus padres y entre sí, por lo que en definitiva considera que si las razones invocadas por las autori-

dades nacionales eran pertinentes no eran suficientes para justificar una ingerencia tan grave en la vida familiar de los recurrentes, y no resultan proporcionadas a las finalidades legítimas perseguidas.

E) Adopción y supuesta discriminación por razón de actividad sexual

Frette contra Francia, de 26 de febrero. El recurrente es un homosexual al que se le deniega la adopción. Considera que el rechazo a su petición está implícitamente fundado de manera exclusiva en su orientación sexual, y mantiene, que esa decisión, adoptada en un marco jurídico que autoriza la adopción por un solo padre adoptivo soltero, significa la exclusión de cualquier posibilidad de adoptar a una categoría de personas definidas por su orientación sexual, sin tener en cuenta sus cualidades humanas, o educativas como personas, lo que es contrario a los artículos 14 y 8 del Convenio.

El Tribunal comienza por recordar que la Convención no garantiza el derecho a adoptar y que además el derecho a la vida familiar presupone la existencia de una familia y no protege el derecho de fundarla (Marckx contra Bélgica y Abdulaziz, Cabales et Balkandali contra el Reino Unido). Sin embargo si la adopción se rechaza exclusivamente por su orientación sexual estaríamos ante una diferencia de trato en el disfrute de un derecho cubierto por el artículo 14, cuya lista es indicativa y no limitativa. En el caso concreto el Tribunal se muestra convencido de que las autoridades francesas han adoptado su decisión en la "elección de vida" del recurrente, aunque nunca citen expresamente su homosexualidad por lo que el mencionado precepto resulta de aplicación.

A continuación analiza si esa distinción es discriminatoria en el sentido del artículo 14, es decir, si carece de justificación objetiva y razonable. Para ello comienza por constatar que no existe un denominador común en el tratamiento de este tema por los Estados miembros, lo que implica un amplio margen de apreciación. Señala a continuación que la comunidad científica está dividida sobre este punto, y que hay profundas divergencias en la opinión pública al respecto por lo que considera –por cuatro votos frente a tres– que en estas circunstancias la decisión del Consejo de Estado francés no puede ser considerada discriminatoria en el sentido del artículo 14, auque cree por unanimidad que su adopción por el Consejo de Estado sin dar audiencia al interesado es contraria al artículo 6 por lo que se condena al Estado francés.

F) Libertad de expresión de un Abogado en estrados

Nikula contra Finlandia, de 21 de marzo. Ya se ha dado noticia en crónicas anteriores de jurisprudencia en esta materia. Se trata de un caso de libertad de expresión en el ejercicio de la abogacía. La recurrente en el transcurso de un juicio realizó una serie de acusaciones al fiscal que implicaban una actuación profesionalmente errónea y deshonesta, como consecuencia de ello fue condenada por difamación al pago de daños y costas procesales, lo que la recurrente considera contrario al artículo 10.

El Tribunal comienza por referirse al especial *status* de los Abogados por su posición central en la administración de justicia y su condición de intermediarios entre los ciudadanos y los Tribunales, por lo que es legítimo esperar de ellos que contribuyan a una correcta administración de justicia, por lo que aunque los Abogados están ciertamente capacitados para criticar en público a la administración de justicia, su crítica no debe sobrepasar ciertos límites. Por otra parte, señala que los límites a la crítica pueden ser menores cuando se trata de funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones, aunque no llegan al extremo de los políticos. Añade, como otro de los elementos a tener en consideración que, sin compartir la posición de la recurrente de que la libertad de expresión en la Corte debe ser absoluta por exigencia del derecho de defensa, no excluye sin embargo la posibilidad de que en determinadas circunstancias la limitación de la libertad de expresión de un Abogado en un juicio pueda incidir en ese derecho de defensa. Afirma asimismo que en general en los estados parte del Convenio los límites son más amplios en relación al juez que al fiscal que es parte en el proceso.

Afirma también que las críticas al fiscal se limitaron estrictamente a su actuación en el caso concreto en el que la recurrente actuaba como Abogada y no en general sobre el ejercicio de su profesión o otros aspectos relacionados con el que se realizaron exclusivamente en la Sala de audiencias, y enfatiza el dato de que la Corte no adoptó en aquel momento ninguna medida contra ella por la forma en que estaba realizando su defensa. Añade la importancia que tiene para el desarrollo de la defensa el que ésta pueda ser realizado sin la influencia de un potencial "efecto paralizante" que puede suponer una sanción o una obligación de pagar compensaciones y costas aunque sea ligera. Y, como consecuencia de todos estos elementos considera, por 5 votos frente a dos, que ha existido vulneración del artículo 10. La sentencia incluye un voto particular de los jueces Calfish y Pastor Ridruejo.

G) Libertad de expresión en el marco laboral

Diego Nafria contra España de 14 de marzo. El recurrente es un inspector del Banco de España que deja su puesto y se incorpora a una sociedad hipotecaria privada que posteriormente es sancionada por el Consejo de Ministros y es condenado a una sanción por la que se le prohíbe ocupar durante dos años cualquier puesto de administración o dirección de un establecimiento de crédito así como a una multa por infracción grave o muy grave de la legislación bancaria, momento en que se reintegra a su puesto en el Banco de España. Con posterioridad el Tribunal Supremo anula su sanción por considerar que se ha vulnerado su derecho de defensa. En ese momento determinado dirige una carta al Subdirector del Banco poniendo de manifiesto una serie de irregularidades cometidas en su procedimiento por el Banco. Realiza diversas copias de esta carta y una es expuesta en el tablón de anuncios del organismo, por lo que es despedido unos días más tarde. La decisión es anulada por el Tribunal número 16 de lo Social de Madrid el 31 de julio de 1997, por estimar que se había desconocido su derecho a la libertad de expresión y de información. Sin embargo el Tribunal Superior de Justicia

de Madrid el 14 de julio de 1998, considerando que la carta sobrepasa los límites de la libertad de expresión e implica un atentado a la honorabilidad de la empresa y sus empleados. El recurrente interpone un recurso de amparo que el 30 de noviembre de 1998 rechaza el recurso por falta de contenido. El recurrente considera que se ha vulnerado el artículo 10 del CEDH.

La Corte, tras reiterar su doctrina sobre la importancia de la libertad de expresión señala que el recurrente ha sido despedido por escribir una carta con acusaciones claramente ofensivas e infamantes que atentan a la honorabilidad e imagen del Banco como institución financiera y de sus empleados, y señala que el Tribunal Superior de Justicia afirma que las expresiones son una reacción instantánea e irreflexiva, un exceso verbal, sino que han sido expresadas con toda serenidad y lucidez en cuanto al fondo y la forma, para dañar la reputación de otros. Tienen también en cuenta que las acusaciones de graves irregularidades contra el Gobernador del Banco de España y otros funcionarios no se insertan en el marco de un debate público relativo a la gestión de la banca nacional (...). Y que se formulan sin aportar ningún elemento fáctico o de prueba en su apoyo, que las acusaciones constituyen, por su gravedad y por su tono, ataques personales gratuitos, comportamiento que se presta aún más a la censura por la condición del recurrente de alto funcionario de la más alta institución financiera del país, lo que le hubiera debido obligar a una mayor contención en los términos utilizados, por lo que considera en definitiva que el balance efectuado por los tribunales españoles era adecuado y, por cinco votos frente a dos que no existe vulneración del artículo 10.

H) Libertad de prensa. Impracticable distinción entre hechos y juicios de valores

Unabhangige Iniative Informationsvielfalt contra Austria y Dichand y otros contra Austria, ambos de 26 de febrero. Estamos ante dos supuestos muy similares, en el primero de ellos se condena a un periódico por acusar al Partido Liberal austriaco de Jörg Haider de incitar a la agitación racista, en el segundo al Presidente de la Comisión legislativa del Parlamento austríaco y al mismo tiempo asesor jurídico de un importante grupo de prensa de haber aprobado una normativa que favorecía a dicho grupo. En ambos se trata de analizar la distinción entre hechos –como tales en los dos supuestos difamatorios, en cuanto insuficientemente demostrados– o por el contrario juicios de valor basados en una cierta base fáctica, que contribuyen a la discusión de asuntos de interés público. El Tribunal afirma que:

> "El grado de precisión para establecer la fundamentación de una acusación criminal (...) no puede ser comparado con el que tiene que ser observado por un periodista cuando expresa su opinión en un asunto de interés público."

Y concluye que las prohibiciones impuestas a los dos medios de prensa consistentes en impedir la repetición de las críticas constituyen vulneraciones del artículo 10. El caso ilustra lo resbaladizo entre hechos y valores, que la doctrina ya critica como criterio de distinción.

I) Libertad de prensa y derecho a la difusión de la imagen

Krone Verlag contra Austria de 26 de febrero. La compañía recurrente es la editora de un periódico de Viena que publicó un artículo sobre un Diputado del Parlamento europeo que era al mismo tiempo miembro de la Asamblea Nacional austríaca y profesor, recibiendo los tres salarios y afirmando que eso era ilegal. El artículo incluía fotografías del afectado. En aplicación de la legislación austriaca se ordena al periódico que no publique fotos del afectado en relación con la información, lo que resultaría contrario al artículo 10.

El Tribunal afirma que el artículo que se refiere a la situación financiera de un político es sin duda de interés público y no corresponde a su esfera privada, por lo que la razón dada para prohibir la publicación de la fotografía junto a las informaciones –no considerarle una persona públicamente conocida– supone menospreciar la función esencial que la prensa desarrolla en una sociedad democrática y que lo importante no es si una cierta persona es de hecho conocida o no sino si es una persona pública, lo que ciertamente sucede con un político en el ejercicio de sus funciones, por lo que no hay ninguna razón por la que un periódico deba abstenerse de publicar su fotografía y por unanimidad considera que se ha vulnerado el artículo 10.

J) Restricción al nombre de un periódico no prevista por la Ley

Gaweda contra Polonia, de 14 de marzo. El recurrente es un editor al que se niega registrar el nombre de un periódico editado en una pequeña ciudad polaca con el nombre de "Mensual social y político. Un tribunal moral europeo" porque de acuerdo a la ley de prensa polaca el nombre de una publicación tiene que estar en relación con su contenido y el propuesto parece sugerir que una Institución europea se ha instalado en esa ciudad y por ser el nombre desproporcionado ya que difícilmente puede concebirse que un periódico de dimensión europea pueda publicarse en esa ciudad, por lo que en definitiva puede contribuir a engañar a los lectores. Con posterioridad intenta registrar otro periódico con el nombre de "Alemania, un enemigo desde hace mil años" que tampoco se le autoriza, en esta ocasión por poder dañar las buenas relaciones con Alemania. En ambos casos el recurrente se niega a cambiar el nombre de la publicación.

El Tribunal considera que la negativa a registrar el nombre de un periódico significa lo mismo que el rechazo a su publicación y centra su análisis en si la restricción está "prevista por la ley", lo que implica que esté formulada con la suficiente precisión para permitir al ciudadano modular su conducta con relación a ella y considera que no se da esa circunstancia cuando la ley prevé que se puede negar la inscripción si el nombre de la publicación está "en conflicto con la realidad", por lo que no puede considerarse que la restricción a la libertad de prensa esté "prevista por la ley".

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela Judicial Efectiva

a) Dilaciones indebidas en fase de ejecución: actitud pasiva de la Administración al ejecutar una sentencia con aceptación del órgano judicial

La **STC 7/2002, de 14 de enero,** Sala Segunda, estima parcialmente amparo contra resoluciones dictadas en incidente de ejecución de Sentencia de la Sala de lo C-A de Galicia sobre provisión de puestos vacantes en la función pública gallega. Las dificultades en ejecutar las sentencias anulatorias de la convocatoria según informe de la Asesoría Jurídica de la Xunta que redefinía puestos de trabajo y consolidaba los efectos de la convocatoria anulada, hace que esta forma de ejecución vulnere el derecho a la ejecución de sentencias. Las resoluciones de la Sala de lo C-A, a requerimiento de este recurrente inciden en el sentido de la ejecución expuesta por el ejecutivo autonómico, ya que el recurrente no exponía cuáles son las disposiciones que a favor del interesado habría que adoptar en concreto y que resultaron impedidas por la actuación administrativa.

Este amparo, planteado en su vertiente del derecho de ejecución de las Sentencias firmes es considerado por el TC, ya que, aunque la vulneración del derecho de ejecución aparece en múltiples ocasiones íntimamente conectado con el derecho a no sufrir dilaciones indebidas, en este caso no se puede apreciar que los Autos de la Sala de lo C-A induzcan a que no se va ha ejecutar la Sentencia. La complejidad que viene resultada de la ejecución de la Sentencia está estrechamente ligada con la forma en que la Administración, de conformidad con la Sala de lo C-A, pretende ejecutar la Sentencia. Sin embargo, para el TC (FJ 9º), se ha de valorar la relevancia que para el derecho a no sufrir dilaciones indebidas presenta la forma de ejecución de la Sentencia, ya que la complejidad de la ejecución, aunque innegable, es consecuencia, al menos en parte, de la opción ejecutiva adoptada por la Administración y aceptada por el órgano judicial, como así se deduce del cotejo que el TC hace en los FFJJ 10º y 11º, de la dilación indebida denunciada con la duración normal constitucionalmente aceptable del incidente en cuestión.

b) Derecho de acceso a los recursos: Hay vulneración cuando la decisión judicial se basa en un error respecto de un hecho determinante para la desestimación del recurso de casación

La **STC 13/2002, de 28 de enero,** Sala Primera, desestima amparo contra Sentencia de la Sala Primera del TS que declaró no haber lugar a recurso de casación interpuesto contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, por error manifiesto e incongruencia al declarar la desestimación por concurrencia de una causa de inadmisibilidad por razón de la cuantía. Para la demandante, existe un error de hecho patente, y es la afirmación de que la cuantía del procedimiento no fue impugnado por su parte, cuando de conformidad con el Auto de admisión, tal impugnación se había producido en contestación a la demanda. Para el TC (FJ 5º), en cuanto a la noción de error patente, para que éste provoque vulneración del artículo 24.1 ha de ser determinante para la decisión adoptada e imputable exclusivamente al órgano judicial, y ser un error material o de hecho, lo que

no se produce en este caso, pues la *ratio decidendi* de la Sentencia dictada en casación no parte estrictamente de que la cuantía del procedimiento no fuera impugnada, sino de que no lo fue adecuadamente, dado que la impugnación genérica de la cuantía en la contestación a la demanda no le siguió el debate en la comparecencia del juicio de menor cuantía. Por lo tanto, se trata de una cuestión relativa a la interpretación de los presupuestos procesales, pero no de una decisión basada en el error respecto de un hecho determinante para la desestimación del recurso de casación.

c) Alegación inverosímil de falta de notificación que vulnera el principio *pro actione*

La **STC 60/2002, de 11 de marzo,** Sala Primera, desestima amparo contra Autos de las Salas de lo C-A del TSJ de Cantabria que inadmite recurso, pues apreció, según el recurrente, indebidamente, el carácter confirmatorio y consentido del acto administrativo impugnado, al considerar eficaz un previo acto administrativo del que no fue notificado el demandante en tiempo y forma, por lo que se quiebra la eficacia del "principio *pro actione*" y el derecho a no sufrir indefensión. En relación a la notificación del acto administrativo el TC observa que está acreditada la notificación del acuerdo municipal de demolición de obra al interesado. Conectándolo con el acceso a la jurisdicción, el TC (FJ 3º) considera que mientras que el principio *pro actione* despliega toda su efectividad cuando se trata del acceso a la jurisdicción, cuando se trate del acceso a los recursos (con la excepción al derecho al doble grado en la vía penal), el control constitucional de las decisiones judiciales que declaran la inadmisibilidad de los recursos ha de ceñirse en el resto de los órdenes jurisdiccionales al análisis de si la resolución judicial de inadmisión ha incurrido en error patente, arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad; lo que no ocurre en este caso.

d) Falta de prueba del derecho extranjero y acceso a la justicia

La **STC 33/2002, de 11 de febrero,** Sala Segunda, estima parcialmente amparo contra Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. Problema de despido sometido por la relación laboral al Derecho inglés. Las resoluciones judiciales vulneran la tutela judicial por denegarle una resolución sobre el fondo, al declarar aplicable de forma errónea el Derecho inglés, en su vertiente del derecho al acceso al proceso en orden a la obtención de una resolución sobre el fondo de la pretensión; ya que bajo la apariencia de una sentencia desestimatoria se ha inadmitido la demanda al entender los órganos judiciales que existía un motivo impeditivo para entrar a conocer de la pretensión de la parte actora (FJ 4º). Para el TC, la resolución judicial puede tacharse de arbitraria cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, no es expresión de la administración de justicia, sino mera apariencia de ésta, por ser fruto de un mero voluntarismo judicial o expresar un proceso deductivo irracional o absurdo (FJ 5º). En este caso (FJ 6º) el Juzgado de los Social y el TSJ interpusieron un óbice inexistente que impidió de forma no razonable la adopción de una resolución sobre el fondo de la pretensión, por lo que el amparo debe de ser estimado.

En su **voto particular,** el Magistrado Conde Martín disiente de que las Sentencias pretenden resolver la aplicación de la norma española de conflicto sobre la legislación aplicable. No hay situación de indefensión, sino que es una mera potestad de la jurisdicción ordinaria mediante un juicio de legalidad que no es arbitrario ni irracional ni ha producido error patente.

e) Tutela judicial: incongruencia y motivación

La **STC 35/2002, de 11 de febrero,** también comentada en procesos constitucionales, esta Sentencia de la Sala Primera, estima amparo contra Sentencia del Juzgado de lo C-A de Córdoba que, según el demandante (una empresa de TV por cable) no motiva el porqué la administración aplica de manera retroactiva una legislación restrictiva de derechos industriales, partiendo de unos fundamentos que nada tienen que ver con los planteamientos de la demanda, así como una ausencia de motivación a la petición de cuestión de inconstitucionalidad en el sentido de por qué el objeto del recurso impide de plano esta acción. En este caso, la Sentencia incurre en incongruencia omisiva, al no dar respuesta a la vulneración del artículo 9.3 CE por el órgano administrativo, ya que no dedica el más mínimo razonamiento a la cuestión planteada. En lo que respecta a la falta de motivación acerca de la pertinencia de promover la cuestión de inconstitucionalidad, las partes carecen de un derecho al planteamiento de esta acción, por lo que impide que la decisión del Tribunal de no elevarla vulnere la tutela judicial. Ahora bien, que esta potestad atribuida en exclusiva a los jueces no significa en modo alguno que no deba de ser exteriorizado de manera suficiente y adecuada el razonamiento que desde la perspectiva tanto fáctica como jurídica, ha llevado al órgano judicial a la decisión de plantear o no dicha cuestión de inconstitucionalidad, pues no cabe olvidar que la exigencia de motivación de las Sentencias tiene rango constitucional (FJ 3º).

f) Derecho a la tutela judicial en las personas jurídico-públicas

La **STC 56/2002, de 11 de mayo,** Sala Primera, estima amparo promovido por la Universidad de Sevilla contra auto aclarativo de Sentencia de la Sección Segunda de la Sala de lo C-A del TSJ de Andalucía, pues modifica radicalmente el contenido de dicha Sentencia. El TC reitera su doctrina (STC 175/2001) acerca de que las personas jurídicas de derecho público no tienen titularidad de derechos fundamentales, sólo en supuestos excepcionales disfruta del derecho a la tutela judicial, en concreto las garantías procesales en atención al interés objetivo en que el proceso sirva de forma idónea a la función jurisdiccional atribuida por la Constitución a jueces y tribunales, en concreto la estabilidad de las resoluciones que pongan fin al proceso. De este modo, sí tienen derecho a la inmodificabilidad de las sentencias (FJ 3º).

Por su parte, la **STC 63/2002, de 11 de marzo,** Sala Primera, estima amparo promovido por el Consejo General de Colegios de Diplomados de Enfermería de España contra Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valencia y contra Auto del Juzgado de Instrucción de dicha localidad, que acordó sobreseimiento y archivo de actuaciones, negando el derecho a la acción penal (proceso electoral irregular, falsedad de documento público, etc.) Para el TC las corporaciones tienen naturaleza mixta (pública y privada),

por lo que de dicha naturaleza no deriva en el caso analizado restricción alguna del contenido del derecho a la tutela efectiva sin indefensión (FJ 2º). En este caso, el Auto del Juzgado de Instrucción no está fundamentado, al no entrar en el fondo de la cuestión suscitada (irregularidades en la elección a Junta de Gobierno de un Colegio de Enfermería) e, igualmente, el Auto de la Audiencia tampoco salva la falta de fundamentación, por lo que se vulnera el artículo 24.1 de la Constitución.

B) Igualdad

a) Derecho a la igualdad conyugal y matrimonios con régimen civil común y especial

La **STC 39/2002, de 14 de febrero,** Pleno, resuelve y estima cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia de Reus respecto del artículo 9.2 del CC redactado por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, en relación a la vulneración del derecho a la igualdad conyugal por designación de la ley nacional del marido para regir supletoriamente el régimen económico del matrimonio. Se plantea el problema de los "matrimonios mixtos", tanto en Cataluña como en las CCAA con Derecho civil propio. El artículo 9.2 aplicable al caso, pese a su posterior modificación en 1990, podría ser contrario a los artículos 1, 9 y 14 CE al discriminar injustificadamente a la mujer (Catalana) al someterla al régimen económico matrimonial (sociedad de gananciales en el presente caso) de la ley personal del marido (Código Civil común). En caso de declararse inconstitucional el régimen aplicable no satisfaría la pretensión en el juicio ordinario del recurrente (el marido) pues sería la separación de bienes determinada por la compilación civil catalana al aplicarse residualmente la noción de residencia habitual.

El TC considera (reiterando su doctrina) que cuando la duda de constitucionalidad se plantea en relación con normas preconstitucionales, esta circunstancia no impone en sí misma y de modo absoluto que el órgano judicial deba abstenerse de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, ya que si bien puede examinar y resolver por sí mismo la eventual contradicción con el ordenamiento constitucional de una norma anterior a la Constitución, también puede optar por deferir la cuestión a esta Jurisdicción Constitucional (FJ 2º).

Ciñéndose al caso concreto, el TC (FJ 3º) considera que una vez que los contrayentes decidieron no hacer uso de la posibilidad de otorgar capitulaciones matrimoniales para determinar así el régimen económico de su matrimonio, la norma de conflicto que establece conforme a qué ley personal habrá de determinarse el régimen económico del matrimonio, deberá ajustarse a los preceptos constitucionales. Se duda, por lo tanto, de la utilización de la ley personal del marido al tiempo de la celebración del matrimonio como punto de conexión que obliga a aplicar el artículo 9.2 CC, lo que es contrario al artículo 14. En este caso, dicho artículo introduce una diferencia de trato que no tiene ninguna justificación constitucionalmente aceptable y que vulnera no sólo el artículo 14 sino más específicamente el artículo 32 CE. El desajuste de la norma cuestionada con la CE tiene lugar con independencia de si el resultado de su aplicación en cada caso con-

creto es más o menos favorable a la mujer. Ello dependerá de la ordenación sustantiva del régimen económico del matrimonio que resulte aplicable; pero, antes de ello, la discriminación constitucionalmente proscrita reside en la utilización en la norma de conflicto de un punto de conexión que no sea formalmente neutro. La mera utilización de un punto de conexión que da preferencia al varón supone en sí, superada la neutralidad formal de las normas de conflicto, una vulneración del derecho a la igualdad (FJ 5º).

b) Discriminación por sexo: despido de una trabajadora embarazada cuando la empresa lo ignoraba

La **STC 41/2002, de 25 de febrero,** Sala Segunda, desestima amparo contra Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía que inadmite recurso de súplica contra Sentencia del Juzgado de lo Social de Almería que declara improcedente pero no nulo un despido de una trabajadora por razones de carácter objetivo, ignorando la empresa que la trabajadora estaba embarazada de ocho semanas. La recurrente considera que se utilizaron razones de carácter objetivo para encubrir un despido discriminatorio por razón de sexo, pues era de conocimiento público en la empresa. La jurisdicción ordinaria no apreció indicios de carácter discriminatorio.

El TC reitera su doctrina por la cual cuando se ventila vulneración del artículo 14, la jurisdicción social debe alcanzar la convicción de que la extinción laboral fue enteramente extraña a una conducta discriminatoria por razón de sexo. El órgano judicial debe de considerar probado que los hechos imputados al trabajador fueron en verdad los únicos causantes de la extinción en la intención del empleador y calificar tales hechos como ajenos a todo propósito discriminatorio. En este caso (FJ 4º), como resaltan las resoluciones impugnadas, si se afirma que la causa del despido es el embarazo habrá de consignarse la existencia de tal embarazo y el conocimiento o desconocimiento de la empresa demandada, por lo que, constando expresamente en los hechos probados que la empresa demandada no conocía el embarazo, resulta difícil imputar tal vulneración a la decisión extintiva empresarial y entender que la empresa ha basado su decisión en dichas circunstancias.

C) Derechos sustantivos

a) Detención de los extranjeros en la frontera mientras se tramita la admisión de su solicitud de asilo (artículo 17.2 CE)

STC 53/2002, de 27 de febrero, Pleno. Esta controvertida sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad, promovido por el Defensor del Pueblo. El precepto impugnado es el artículo 5.7.3 de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición del refugiado (LDA), tal y como quedó su redacción tras la reforma operada mediante la Ley 9/1994. La disposición impugnada establece:

> "Durante la tramitación de la admisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello."

Este precepto debe conectarse, como afirma el TC, con el artículo 5.7.1 LDA que fija el plazo máximo de cuatro días para resolver, y con el artículo 5.7.2 LDA que otorga venticuatro horas al extranjero para solicitar el reexamen de su petición, la cual habrá de resolverse en una máximo de dos días. Por último, el artículo 5.7.4 LDA establece que el transcurso de los plazos máximos (cuatro y dos días) sin resolución expresa de la Administración supondrá la admisión a trámite de la petición y la consiguiente autorización de entrada.

Para el Defensor del Pueblo, la norma impugnada vulnera el derecho a la libertad y, en particular, las garantías judiciales y el plazo máximo de detención (artículo 17.2 CE) y también el artículo 81.1 CE pues la Ley 4/1994 carece del carácter de orgánica.

El TC comienza por unas consideraciones relativas al Derecho comunitario europeo sobre la materia y, en particular se refiere, por primera vez, a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que incluye el derecho de asilo (artículo 18) y el derecho a no ser expulsado o devuelto a un Estado donde pueda sufrir persecución (artículo 19). Resalta así la conexión entre asilo, control de la inmigración y seguridad europea. La referencia europea se enlaza con las alusiones al Derecho internacional (FJ 3º).

Una vez trazado el marco comunitario e internacional el TC recuerda que el artículo 13.4 CE reconoce el derecho de asilo y remite al legislador ordinario su regulación. El derecho de asilo no es, por tanto, uno de los reservados a ley orgánica.

Para el TC el extranjero puede abandonar cuando quiera las dependencias fronterizas donde aguarda a que sea admitida su solicitud; no puede sin embargo entrar incondicionalmente en España puesto que "no disfruta del derecho fundamental a entrar y salir libremente de España (artículo 19 CE), sólo reconocido constitucionalmente a los españoles" (FJ 4º).

Los extranjeros gozan del derecho de libertad (artículo 17.1 CE) pero no es éste un derecho absoluto e ilimitado; el ordenamiento prevé concretas limitaciones para su ejercicio. Por su parte, el límite constitucional de las setenta y dos horas (artículo 17.2 CE) se refiere a la medida cautelar de privación de libertad de carácter penal y no es aplicable cuando la privación de libertad sirve a un fin distinto como, en este caso, la protección de quien se dice perseguido. Esta conocida doctrina del TC se completa con la idea también reiterada según la cual el límite temporal no es uniforme sino que debe adaptarse a las finalidades que, en cada caso, persigue la privación de libertad y ha de ser cierta y previsible como ocurre con el artículo 5.7.3 LDA, y proporcionada, en este caso lo es para evitar que se eludan las leyes reguladoras de la entrada, residencia y circulación de los extranjeros en España. Por esto mismo la medida prevista es asimismo ponderada ya que hay un bien constitucional que la justifica.

En resumen, la limitación de la libertad contemplada en el artículo 5.7.3 LDA es cierta, limitada tanto en relación con los sujetos, con el tiempo, con el espacio (no impide la

salida de España al extranjero) y en el modo de la restricción (no es penitenciaria ni disciplinaria). Y es una limitación de la libertad plenamente controlada (FJ 10º). No faltan las garantías judiciales, en especial, el *habeas corpus* (FJ 11º).

Un voto particular –mejor construido que la sentencia–, de los Magistrados Vives Antón, Jiménez Sánchez, y Delgado Barrio, no difiere del fallo pero discrepa abiertamente con su fundamentación. Para comenzar, consideran los discrepantes que el artículo 5.7.3 LDA no comporta una restricción de la libertad consagrada en el artículo 17.1 CE; únicamente se impide al extranjero la entrada en España y sólo supone una limitación de la libertad de circular. Apuntan también que al no incidir en el derecho de libertad no se requiere ley orgánica.

Sería en cambio exigible la ley orgánica si se considera, como hace la mayoría, que se trata de una privación de libertad, pues entienden los discrepantes que toda limitación del contenido de un derecho implica desarrollarlo.

Otro voto particular lo suscribe Cachón Villar. Entiende que la norma impugnada es inconstitucional pues si el peticionario de asilo formula recurso contencioso-administrativo, como la propia ley autoriza (artículo 21.2 LDA), permanecerá por tiempo indeterminado en las dependencias fronterizas. Esta indeterminación temporal es sin embargo paliada por el reglamento de desarrollo que permite hallar una interpretación conforme integrando la norma impugnada con otras de la ley y con su reglamento.

b) Ampliación del concepto constitucional de domicilio: Las habitaciones de hotel pueden ser consideradas domicilio si, en ellas y aun con carácter eventual, el huésped desarrolla su vida privada (artículo 18.2 CE)

STC 10/2002, de 17 de marzo, Pleno. Se trata de una cuestión de inconstitucionalidad que trae causa de un procedimiento penal seguido contra el director de un hotel y varios policías como presuntos autores de dos delitos de allanamiento y registro de domicilio ilegales (artículo 191.1 y 2 del Código Penal, texto refundido de 1973). Uno de los policías acusados registró, con el beneplácito del director del hotel, la habitación ocupada por dos periodistas, mientras otros dos vigilaban. No hubo ni consentimiento de los huéspedes ni autorización judicial.

La cuestión de inconstitucionalidad, planteada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Sevilla, tiene por objeto el artículo 557 de la LECrim, inalterado desde 1882, desde la perspectiva del artículo 18.2 CE. El artículo impugnado establece:

> "Las tabernas, casas de comida, posadas y fondas no se reputarán como domicilio de los que se encuentren o residan en ellas accidental o temporalmente, y lo serán tan sólo de los taberneros, hosteleros, posaderos y fondistas que se hallen a su frente y habiten así con sus familias en la parte del edificio a este servicio destinada."

El TC parte de su conocida jurisprudencia a propósito del concepto constitucional de domicilio. Recuerda la interconexión entre los apartados 1 y 2 del artículo 18 CE, sien-

do instrumental la inviolabilidad del domicilio respecto del derecho a la intimidad personal y familiar aunque cada uno posea autonomía. Se trata, pues, de preservar un ámbito reservado de la vida de las personas –el domicilio– excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad (FJ 5º).

Aunque la Constitución no ofrece una definición expresa de domicilio, el TC la ha ido perfilando: su rasgo esencial "reside en constituir el ámbito espacial apto para (...) el desarrollo de la vida privada". Lo anterior significa, primero, que la idea de domicilio no coincide plenamente con la utilizada por el Derecho privado (artículo 40 del Código Civil), caracterizada por la habitualidad, y, en segundo lugar, resulta tener más amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico administrativo de domicilio (FJ 6º).

La delimitación negativa del domicilio llevada a cabo por el TC en numerosas sentencias refuerza la conexión con la intimidad, de tal suerte que lo definitorio del domicilio es "(...) su aptitud para desarrollar en él la vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual" (FJ 7º).

Las habitaciones de los hoteles aunque en ellas puedan realizarse actividades de carácter mercantil, profesional o de otra naturaleza (entonces no serían consideradas domicilio) también son lugares idóneos para constituir domicilio de sus huéspedes que allí desarrollan su vida privada como ocurría con los ocupantes de las habitaciones registradas por la policía en el caso planteado (FJ 8º).

Para el TC el artículo 557 LECrim excluye a las habitaciones de hotel del requisito de autorización judicial, a pesar de que no las mencione expresamente. Sin embargo, los términos del precepto, propios de la época en la que fue redactado, no permiten otra interpretación (FJ 9º).

Bien es cierto que la exclusión de establecimientos de hostelería de la necesidad de autorización judicial no es contrario al artículo 18.2 CE, pues se trata de establecimientos abiertos al público, pero la incompatibilidad del precepto cuestionado con el artículo 18.2 CE:

> "se produce sólo en la medida en que impide con carácter absoluto que dichos establecimientos o una parte de los mismos, específicamente sus habitaciones respecto de sus huéspedes, sean consideradas domicilio, esto es, espacios en los que los huéspedes de los hoteles despliegan su privacidad" (FJ 9º).

Al no ser posible una interpretación conforme al artículo 18.2 CE del precepto cuestionado, el TC opta por declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de todo el precepto y no sólo de los párrafos sugeridos por el Ministerio Fiscal. El texto resultante, de seguir la sugerencia del fiscal, sería inocuo pues del artículo 18.2 CE se deriva que los establecimientos de hostelería, cuando en ellos se realizan actividades no privadas, están abiertos al público y no constituyen domicilio (FJ 10º).

c) Libertad de expresión en la junta de accionistas de la empresa donde se trabaja [artículo 20.1.a) CE]

STC 20/2002, de 28 de enero, Sala Primera. El demandante trabajaba para la Caja Postal como director de oficina bancaria. Como accionista de la entidad, se expresó en términos muy duros contra el máximo gestor de la entidad bancaria, en una junta de accionistas celebrada en junio de 1994. En julio del mismo año recibió la carta de despido en la que se le acusaba de transgredir "(...) la buena fe contractual, mucho más si se tiene en cuenta el puesto de confianza que Ud. ocupa".

Se trata de un nuevo caso relativo a la protección de la libertad de expresión frente al ejercicio del poder disciplinario empresarial en el seno de una relación laboral. Pero resalta el TC la notoriedad pública del máximo gestor del banco. Además el demandante no empleó expresiones formalmente injuriosas, se limitó a un análisis crítico de la gestión desde su condición de accionista, no como trabajador. Es decir, sus opiniones se vertieron al margen de la relación laboral. No hubo, pues, incumplimiento de la obligaciones contractuales. La empresa reaccionó de forma desproporcionada y lesionó el derecho fundamental por lo que procede declarar la nulidad del despido.

d) Libertad de información de cargo público representativo [artículos 20.1.d) y 23.2 CE]

STC 47/2002, de 25 de febrero, Sala Segunda. La demandante es una Concejal que, durante dos tensos plenos municipales, imputó al entonces Alcalde ofrecer dinero al marido de la ahora recurrente para que ella cambiara el sentido de su voto. Condenada la recurrente por calumnias y agotada la vía judicial, en este amparo aduce lesión de sus libertades de expresión e información. El TC, centra la cuestión en dilucidar si hubo lesión de la libertad de información, y considera que no se cumplió el requisito de veracidad (la inveracidad no ha sido desmontada por la actora ni con datos ni con una actividad dirigida a demostrar sus imputaciones). Las circunstancias exculpatorias aducidas (la tensión del debate o las provocaciones) no dan cobertura constitucional a las imputaciones por las que fue condenada. Desestima el amparo.

e) Requisitos para constituir Grupo parlamentario. El porcentaje del 15 por ciento, exigido por el RCD, no puede ser invocado más que una vez por la formación política que lo alcanzó (artículo 23.2 CE)

STC 64/2002, de 11 de marzo, Sala Segunda. Los recurrentes impugnan un acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados, confirmatorio de otro anterior por el que se denegaba la constitución del Grupo parlamentario Galego (BNG). Tras las últimas elecciones, un Diputado del PNV y otro de CIU se avinieron a colaborar con los tres diputados del BNG para así alcanzar el mínimo de cinco Diputados exigido por el Reglamento del Congreso para formar Grupo parlamentario.

El TC reitera su doctrina sobre el derecho reconocido en el artículo 23.2 CE en relación con el reconocido en el apartado 1 del mismo precepto. Se trata de un derecho de configuración legal mediante la cual queda delimitado un *ius in officium*. Sin embargo no cual-

quier acto de un órgano parlamentario que infrinja la legalidad del *ius in officium* resulta lesivo del derecho fundamental, sino sólo cuando afecte al núcleo de la función representativa parlamentaria. El TC estima que la facultad de constituir grupo integra ese núcleo constitucionalmente relevante del *ius in offcium*. Así las cosas, a la Mesa le corresponde sólo la verificación reglada de los requisitos previstos reglamentariamente.

El artículo 23.1 del RCD establece como regla un número mínimo de quince diputados; autoriza empero como excepción la creación de un grupo con sólo cinco diputados de una o de varias formaciones políticas que hubieren obtenido "al menos el quince por ciento de los votos correspondientes a las circunscripciones en que hubieren presentado candidaturas o el cinco por ciento de los emitidos en el conjunto de la Nación".

La Mesa de la Cámara denegó motivadamente la solicitud presentada por los cinco Diputados ahora recurrentes, por entender que sólo el BNG cumplía la exigencia del quince por ciento; no cabía considerar cumplido el requisito respecto de las otras dos formaciones en presencia ya que éstas habían utilizado respectivamente su porcentaje para formar grupos parlamentarios propios (FJ 4º).

A juicio de los recurrentes, quien está obligado a cumplir el requisito del porcentaje no es la formación política, como sostenía la Mesa, sino cada diputado, pues el derecho a formar grupo a cada uno de ellos corresponde y no a la formación política (FJ 5º)

Para el TC, sin embargo, es coherente con nuestro sistema electoral (LO 5/1985 donde se habla siempre de porcentaje de votos obtenidos por las candidaturas) de listas cerradas y bloqueadas, referir el porcentaje a las candidaturas puesto que el cociente atribuido a cada candidato es mero resultado de una operación matemática, no expresión fidedigna de la voluntad de los electores pues éstos votan una lista cerrada y bloqueada (FJ 5º).

Aclarado todo lo anterior, el TC centra el debate en dilucidar si la interpretación de la Mesa (según la cual el porcentaje de votos obtenidos por una candidatura no puede ser invocado, una vez que algunos diputados elegidos en ellas lo han utilizado para formar grupo diferente) vulnera, por arbitraria, el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas (artículo 23.2 CE) en relación con el derecho de los ciudadanos a participar en asuntos públicos (artículo 23.1 CE).

A juicio del TC, la interpretación de la Mesa del Congreso es coherente con el carácter de excepción que la posibilidad de formar grupo con cinco diputados tiene respecto de la regla que exige quince. Es asimismo coherente con la prohibición de formar grupos separados a diputados que pertenezcan a una misma formación política, prohibición que no impide la integración de uno o varios diputados en grupo distinto al formado por los elegidos en las candidaturas presentadas por la misma formación política. La interpretación de la Mesa no sólo no es arbitraria sino que está provista de razonabilidad (FJ 6º).

Los demandantes de amparo aducen también que se lesionó su derecho reconocido en el artículo 23.2 CE en su vertiente de derecho a un ejercicio igual de sus funciones dentro de la legalidad parlamentaria, porque consideran que se alteró bruscamente, *ex post facto* y para un caso único, la línea hasta ahora seguida en la Cámara en materia de constitución de grupos parlamentarios, apartándose de ella sin explicación ni razonamiento. Aducen casos anteriores: el de constitución del grupo andalucista en la I Legislatura, el de constitución del grupo de Coalición Canaria en la V y en la VI Legislaturas, así como la no declaración de caducidad del grupo de Coalición Canaria en la V Legislatura.

Ninguno de los precedentes aportados presenta la identidad necesaria para ser considerado. El primero porque se redujo el número de parlamentarios requeridos mediante reforma del Reglamento de la Cámara. En los dos siguientes tampoco puesto que los diputados de otras formaciones políticas no invocaron el porcentaje obtenido para formar otro grupo distinto del grupo de Coalición Canaria. Respecto del último precedente apuntado, el abandono del diputado aragonesista, para incorporarse al grupo mixto, no fue estimado por la Mesa como fraude a la ley, y se aplicó la norma reglamentaria según la cual un grupo quedará disuelto sólo cuando su número se reduzca a uno inferior a la mitad del mínimo exigido para su constitución. Se desestima el amparo.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE)

Motivación por reenvío: valor de la solicitud de la policía para motivar el auto que ordena practicar escuchas telefónicas

La **STS de 4 de julio de 2001,** Sala de lo Penal, (ponente José Antonio Marañón Chávarri) considera que, para apreciar si la autorización del juez se encuentra suficientemente motivada, es posible integrar el texto del auto que acuerda intervenir un teléfono con el contenido de la solicitud policial. Avala así la práctica de redactar el auto judicial remitiéndose a los indicios expuestos por la policía en su solicitud.

B) Libertades de expresión e información (artículo 20.1 CE)

Límites derivados del derecho al honor: acusación de "crimen literario" contra el director de un periódico

La **STS de 2 de julio de 2001,** Sala de lo Civil, destaca tanto por los problemas jurídicos que plantea, como por la transcendencia pública de los hechos que enjuicia. El periodista y escritor D. Francisco UMBRAL realizó una colaboración para un informativo diario en televisión, en la que comentó el veinticinco aniversario de la muerte de un estudiante en la sede del Tribunal de Orden Público en extrañas circunstancias mientras era interrogado. Se trata de un episodio muy conocido, que provocó numerosas protestas y que posteriormente ha sido abordado en documentales, ensayos y novelas (como ejemplo, Joaquín LEGUINA, *El corazón del viento*, Alfaguara, 2000, págs. 255-260).

D. Francisco UMBRAL defendió en su intervención la versión del asesinato frente a la del suicidio, difundida por las autoridades del Régimen, y criticó la posterior campaña informativa desarrollada por el director y editorialista del ABC, para lo que empleó los siguientes términos: "el crimen contra Enrique R., el crimen literario, lo perpetuó don Torcuato L. T., novelista de éxito entre las marquesas, explicando en un artículo que había tenido acceso a los diarios íntimos de Enrique y que el chico era maricón, como diciendo que daba igual matarle o dejar que se matase; que era material de desecho, carnaza del patio de caballos, despojo adolescente que está mejor muerto" y cerró la entrevista señalando que el director del ABC fue "el puntillero que remató" al estudiante Enrique R.

La mayoría de la Sala (ponente José Almagro Nosete) se inclina por considerar que, en el presente caso, las libertades de expresión e información prevalecen sobre el derecho al honor. Utiliza como criterios de ponderación la relevancia pública del tema, la notoriedad pública de los intervinientes y los antecedentes que reflejan el clima de polémica entre las partes, para lo que toma en cuenta distintos artículos que en el pasado ambos escritores se habían ya cruzado. La posición de la mayoría es que la crítica de D. Francisco UMBRAL no vulnera el derecho al honor de D. TORCUATO LUCA DE TENA y que debe entenderse que encajan dentro del contexto de la sátira y del uso habitual de figuras retóricas.

Hay un sólido voto particular, emitido por el magistrado Francisco Marín Castán, que avanza los argumentos que podrían protagonizar un eventual recurso ante el Tribunal Constitucional. Se basa, en primer lugar, en el deslinde entre las libertades de expresión e información. En la intervención del demandado, se afirma, junto a juicios de opinión desfavorables respecto al demandante (libertad de expresión), se atribuyen al demandante unos determinados hechos (libertad de información). Según el voto particular, los límites derivados del derecho al honor son distintos en cada caso, mientras que la libertad de expresión no cubre las opiniones vejatorias, la libertad de información se encuentra vinculada a la veracidad de los hechos atribuidos. En este caso, se sostiene, existe una vulneración del derecho al honor porque los hechos que se imputan al demandante son falsos. Según el magistrado discrepante, mientras que el demandado acusa a la línea editorial del ABC de justificar la defenestración del estudiante por su condición de homosexual, la hemeroteca revela que el periódico no aludió a la opción sexual del fallecido ni justificó su asesinato, sino que, por el contrario, apoyó la versión policial del suicidio difundiendo extractos del diario del estudiante para demostrar sus tendencias suicidas y depresivas. El voto particular concluye que, por reprobable que fuese la línea editorial del periódico, existe una notable diferencia entre justificar un crimen y defender la versión del suicidio, y por lo tanto falta el requisito de la veracidad en la información.

C) Derecho de asociación (artículo 22 CE)

Las federaciones deportivas no forman parte del objeto del derecho

La **STS de 8 de junio de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, analiza si un acto administrativo que obliga a una federación regional de fútbol a cambiar sus estatutos vulnera el

derecho de asociación. El TS desestima el recurso porque las federaciones deportivas que tienen encomendadas funciones de carácter público deben considerarse "Corporaciones Sectoriales de base privada pero de interés público" y quedan al margen de las puramente privadas, acogidas por el artículo 22.

D) Derechos de participación de los cargos públicos representativos (artículo 23.2 CE)

Derecho fundamental y cuestiones de legalidad ordinaria

En el período que abarca esta crónica el Tribunal Supremo (Sección Séptima, Sala Tercera) ha resuelto varios recursos de Concejales municipales contra actos del Alcalde en los que se denegaban distintas peticiones. El común denominador lo conforma la estrecha conexión entre la solución del recurso por vulneración del derecho fundamental y cuestiones de legalidad ordinaria, se pone así de manifiesto la importancia de la intervención del legislador para configurar el contenido del derecho. Así, la **STS de 14 de septiembre de 2001** (ponente Fernando Martín González) considera que la decisión del Alcalde de excluir una propuesta del orden del día del Pleno no vulnera el artículo 23 CE, porque se inscribe dentro del marco de sus competencias y la denegación estuvo formalmente motivada. Por el contrario, la **STS de 14 de septiembre de 2001** (ponente Juan José González Rivas) condena al Alcalde de un ayuntamiento con régimen de concejo abierto a convocar pleno para discutir una moción de censura porque considera que esta posibilidad está prevista en el artículo 197 LOREG, tras la reforma introducida por la LO 8/1999, de 21 de abril. En el mismo sentido, la **STS de 17 de septiembre de 2001** (ponente Manuel Goded Miranda) condena al Alcalde a convocar un pleno extraordinario para discutir la creación de una comisión especial de cuentas. El argumento central es que la competencia para crear la comisión corresponde según la legislación ordinaria al pleno y no, como sostenía el alcalde, a la alcaldía.

Tutela en ejecución de sentencia

La **STS de 5 de junio de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima (ponente Nicolás Maurandi Guillén) constituye un interesante ejemplo de tutela de los derechos fundamentales en ejecución de sentencia.

Los antecedentes del caso se remontan a una anterior sentencia firme que condenaba al Alcalde de un municipio a convocar un pleno para discutir una moción de censura que se había negado a tramitar. Durante la ejecución de la sentencia, el alcalde emite un decreto recusando a un concejal e impidiéndole participar en la votación de la moción de censura. Una concejala del ayuntamiento, demandante en el pleito principal, acude al tribunal encargado de la ejecución de la sentencia para pedir que se garantice la participación de todos los concejales en la moción de censura. El Tribunal desestima la demanda incidental por considerar que la nulidad del nuevo decreto de la alcaldía debe discutirse en un nuevo juicio declarativo.

Recurrida la decisión en casación, el TS la anula por entender que el Tribunal encargado de la ejecución debe utilizar el incidente de ejecución de sentencia para evitar que la sen-

tencia previa quede desvirtuada y facilitar el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos a través de sus representantes.

E) Derecho a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE)

Expulsión de extranjeros del territorio nacional: recurso contra actos de trámite

Resulta sobresaliente la cantidad de sentencias de la Sección Séptima de la Sala de lo Contencioso-Administrativo que, basándose en el derecho a la presunción de inocencia, anulan resoluciones administrativas de expulsión de extranjeros por cometer actividades ilícitas **(SSTS de 13, 19, 20 y 26 de septiembre de 2001).**

Dentro de este conjunto, destaca la **STS de 20 de septiembre de 2001** (ponente Ramón Trillo Torres) en la que el acto recurrido no es el acuerdo definitivo de expulsión, sino la propuesta de expulsión cursada por el Ministerio del Interior. En el acto impugnado se solicita la expulsión de un ciudadano chino que regentaba un restaurante y que había sido detenido durante una redada en la que se perseguía el tráfico ilegal de trabajadores. El demandante, sin embargo, fue puesto en libertad después de comprobar que todos sus empleados contaban con la documentación en regla. A pesar de que el ciudadano chino es notoriamente inocente se inicia un procedimiento de expulsión.

En contra de la petición del Abogado del Estado de que se inadmitiera el recurso por dirigirse contra un acto de trámite, el TS anula la propuesta de expulsión por vulnerar el derecho a la presunción de inocencia. Considera que el recurso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales cabe contra los actos de trámite, "cuando éstos por sí mismos vulneran derechos fundamentales, con independencia de la lesión que pudiera derivarse del acto que finalice el procedimiento".

F) Autonomía universitaria (artículo 27.10 CE)

Configuración del contenido conforme a los acuerdos entre el Estado Español y la Santa Sede

La Universidad Autónoma de Madrid aprueba los planes de estudio de dos centros universitarios en los que se imparte la diplomatura de magisterio. El arzobispado de Madrid-Alcalá recurre ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid alegando que los planes aprobados son ilegales por contravenir lo dispuesto en los Acuerdos Iglesia-Estado sobre la asignatura de religión, en concreto, no contenían como optativa ninguna asignatura destinada a enseñar educación religiosa. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid anula parcialmente los planes y obliga a la Universidad a incluir una asignatura de formación religiosa.

La **STS de 3 de julio de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, (ponente Fernando Martín González) desestima el recurso de la Universidad partiendo de que la autonomía universitaria es un derecho de configuración legal, de forma que el legislador y los tratados internacionales, en este caso los Acuerdos de 1979, modulan el contenido de la autonomía universitaria.

G) Libertad sindical (artículo 28.1 CE)

Límites a las facultades del órgano confederal de un sindicato para cesar a una ejecutiva regional

La **STS de 18 de septiembre de 2001,** Sala Cuarta, (ponente Antonio Martín Valverde) examina la decisión del órgano ejecutivo confederal de un sindicato de cesar a los miembros de una ejecutiva regional y reemplazarlos por una junta gestora. Se trata de un caso que destaca por referirse a un conflicto interno y que conecta con el problema del funcionamiento democrático de los sindicatos.

El TS sistematiza los límites que debe respetar la decisión del órgano confederal exclusivamente desde la perspectiva de la libertad sindical: a) que el cese y nombramiento de la junta gestora estén previstos en los estatutos sindicales; b) que los hechos o situaciones que los justifiquen tengan gravedad y trascendencia, y c) que el procedimiento para adoptar el acuerdo de disolución o sustitución de funciones no incurra en irregularidades graves. Tras comprobar que se cumplen los requisitos anteriores, la Sala resuelve que, en este caso, no ha existido vulneración del artículo 28.1 CE.

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

IV. FUENTES DEL DERECHO

Sumario:

1. Consideración preliminar 2. Ley Orgánica. A) Constituyen objeto de reserva las restricciones al propio derecho fundamental pero no las limitaciones que modulan su forma de ejercicio. B) Constituye objeto de la reserva de Ley Orgánica la regulación de los aspectos que afecten de manera directa al desarrollo de los derechos fundamentales o a sus elementos esenciales. C) No es jerárquicamente superior a la Ley Ordinaria. **3. Bases.** A) Se exime excepcionalmente de la exigencia de determinar formalmente los preceptos básicos de una Ley cuando dicho carácter se infiera claramente de su estructura. B) No constituye normativa básica en materia de régimen disciplinario de los funcionarios la regulación de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964. C) Las Bases estatales relativas a la función pública local no vinculan la regulación del régimen estatutario de los funcionarios autonómicos. D) La competencia estatal *ex* artículo 149.1.1 CE no se identifica con la competencia para dictar legislación o normativa básica. **4. Ley.** A) Ley de Presupuestos: el reconocimiento de compatibilidad del ejercicio de la función pública con determinadas actividades privadas puede formar parte del contenido eventual de dicha Ley. B) Reserva de Ley en materia sancionadora: exige la predeterminación de la sanción imponible; exige la tipificación legal de la infracción. C) Reserva de Ley en materia de funcionarios: la regulación de las características de las funciones públicas cuyo ejercicio exclusivo corresponde a los funcionarios públicos en el artículo 92.2 LBRL, satisface la exigencia de reserva legal del artículo 103.3 CE. D) Reserva legal de Ley: la Ley que asume el contenido de un reglamento sólo puede ser modificada por otra Ley. E) Efectos de la inconstitucionalidad de las Leyes: discrepancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sobre los efectos que causa la declaración de inconstitucionalidad de una Ley sobre los actos de aplicación de la misma cuya firmeza no proviene de una Sentencia judicial. **5. Reglamento.** A) Distinción entre acto y norma: las relaciones de puestos de trabajo tienen naturaleza normativa; los Acuerdos de los Congresos de la Abogacía constituyen Derecho interno en cuanto se convierten en normas aprobadas por el Consejo General

y su Asamblea de Decanos. B) Clases de Reglamentos. a) Reglamento ejecutivo: complemento indispensable de la Ley; no son reglamentos ejecutivos los instrumentos de planeamiento medioambiental. b) Reglamento independiente: constituye ejercicio de la potestad doméstica de los Ministros por lo que no requiere habilitación legal expresa. c) Reglamento técnico: su regulación puede entenderse completada por remisión a normas técnicas aprobadas por organismos de normalización, así como por referencia a productos que se ajustan a las mismas. C) Competencia: los Ayuntamientos pueden establecer condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones en su término municipal. D) Procedimiento de elaboración de disposiciones generales. a) Omisión del Dictamen del Consejo de Estado. b) Audiencia a los interesados: la audiencia sólo es preceptiva cuando se trata de asociaciones o de Colegios Profesionales; no es preceptiva la audiencia a los Colegios Profesionales cuando el objeto de la regulación no es el ejercicio ni el ámbito de la profesión colegiada de que se trate sino la relación estatutaria que existe entre ella y los funcionarios públicos; el cumplimiento correcto de este trámite exige que específicamente se notifique a la parte interesada la oportunidad de formular las alegaciones no siendo suficiente la publicación en el Boletín Oficial de la resolución por la que se aprueba la celebración del trámite. c) Omisión de la tabla de vigencias. E) Interpretación de los reglamentos: es obligado atenerse al texto publicado en el correspondiente periódico oficial y no a los comentarios de la Administración relativos a la misma. F) Control judicial de los reglamentos. a) Impugnación: admisibilidad del recurso de casación por infracción de normas autonómicas o locales; el recurso directo contra reglamentos no constituye la vía idónea para reclamar responsabilidad patrimonial de la Administración. b) Efectos de la declaración de nulidad de una disposición según si la impugnación es directa o indirecta. **6. Principios constitucionales.** A) Principio de igualdad: la existencia de situaciones jurídicas distintas justifica el trato diferenciado; no es susceptible de ser aplicado en relación con el régimen competencial de las Comunidades Autónomas; no impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo; no cabe invocar para justificar su infracción un precedente adminis-

trativo ilegal; el canon de control resulta más estricto en los supuestos enumerados en el artículo 14 CE. B) Principio de irretroactividad de las normas: no se admite otorgar efectos retroactivos a una norma que suponga restricción de derechos; sólo se admite que una Ley tenga efectos retroactivos si lo dispone expresamente. C) Principio de confianza legítima: no ampara la mera expectativa de la invariabilidad de las circunstancias ni garantiza que las situaciones de ventaja económica deban mantenerse indefinidamente estables.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, por lo que se refiere a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Ar. 675 de 2002 y respecto de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Ar. 1.219 de 2001. Por lo que se refiere al Tribunal Constitucional ha sido analizada hasta la STC 80/2002, de 8 de abril.

Tiene especial interés en esta entrega la discrepancia que mantienen distintas Secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sobre los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad de una Ley sobre los actos dictados a su amparo en el caso de que no hayan adquirido firmeza como consecuencia de una sentencia judicial.

Para un sector de la jurisprudencia resulta discriminatorio permitir la revisión de los actos administrativos dictados en aplicación de una Ley declarada inconstitucional que hayan adquirido firmeza en vía administrativa dando en consecuencia un trato más favorable a aquellos que no acudieron a la vía judicial que a los que acudieron a la misma obteniendo como resultado una sentencia firme confirmatoria del acto impugnado. En consecuencia considera que ambos supuestos, en aplicación de lo declarado en la STC 45/1989 deben recibir un mismo trato que consiste en considerar inatacable la firmeza de dichos actos con independencia de que se produzca como consecuencia de una sentencia judicial o de su falta de impugnación. En desarrollo de este planteamiento, los sujetos afectados sólo podrían conseguir el restablecimiento de su situación jurídica lesionada mediante la reclamación de indemnización derivada de la responsabilidad del Estado legislador.

Sin embargo, otro sector jurisprudencial se opone frontalmente a la doctrina mantenida por la citada STC 45/1989, al entender que dado que el art. 40.1 LOTC sólo excluye la retroactividad de la declaración de inconstitucionalidad de una Ley en relación con los

actos dictados a su amparo cuando exista cosa juzgada; en el resto de los supuestos, en defecto de determinación expresa de la Sentencia constitucional, son los jueces y Tribunales, en aplicación del ordenamiento jurídico y de los principios generales del Derecho los que deben determinar si se mantienen o no el resto de los actos cuya firmeza no deriva de una sentencia judicial. En esta línea el Tribunal Supremo entiende que resulta admisible la revisión de estos actos nulos, a instancia de parte, así como simultánea o sucesivamente la interposición de una acción para reclamar indemnización en virtud de la responsabilidad del Estado Legislador, admitiendo también la reclamación directa de la indemnización ya que no cabe imponer la carga de solicitar la revisión al afectado cuando es obligación de la Administración en estos casos actuar de oficio.

2. LEY ORGÁNICA

A) Constituyen objeto de reserva las restricciones al propio derecho fundamental pero no las limitaciones que modulan su forma de ejercicio

En la **STC 53/2002, de 27 de febrero,** en materia de derecho de asilo, el Tribunal aplica la doctrina establecida en la STC 292/2000 de 30 de noviembre (FJ 11º) que precisa los supuestos en que la imposición de límites a un derecho fundamental cae en la reserva de ley orgánica (art. 81.1 CE) y cuándo se puede considerar una regulación del ejercicio del derecho (art. 53.1 CE) no reservado a aquella forma legal. En el caso de que los límites legales sean restricciones del propio derecho fundamental se consideran una forma de desarrollo del derecho y por lo tanto materia reserva de Ley orgánica. Si los límites que se fijan lo son a la forma concreta en que cabe ejercer el haz de facultades que compone el contenido del derecho fundamental en cuestión (restricciones al modo, tiempo o lugar de ejercicio del derecho fundamental), se considera regulación del ejercicio del derecho (art. 53.1) y por lo tanto puede ser realizada por Ley ordinaria.

En aplicación de esta doctrina el art. 5.7 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, que dispone que "durante la admisión a trámite de la solicitud y, en su caso, de la petición de reexamen, el solicitante permanecerá en el puesto fronterizo, habilitándose al efecto unas dependencias adecuadas para ello", no constituye materia reservada a Ley Orgánica ya que no constituye un desarrollo frontal del derecho a la libertad personal, ni las restricciones que establece suponen una limitación esencial de aquella libertad personal. La regulación de este precepto se limita a imponer ciertas limitaciones temporales y espaciales a aquellos extranjeros que se encuentran en situación provisional de espera, que constituyen simples modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutan en circunstancias muy determinadas y no generalizables de su derecho a la libertad personal, por lo que no está sometida a reserva de Ley Orgánica.

B) Constituye objeto de la reserva de Ley Orgánica la regulación de los aspectos que afecten de manera directa al desarrollo de los derechos fundamentales o a sus elementos esenciales

La **STS de 1 de octubre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 9134, confirma el carácter restrictivo que se ha de aplicar al alcance de la reserva de Ley orgánica prevista en el art. 81 CE. Haciendo un repaso de la jurisprudencia constitucional, la sentencia llega a la conclusión de que la reserva de Ley orgánica se limita a la regulación de los aspectos que afecten de manera directa al desarrollo de los derechos fundamentales o a sus elementos esenciales. Aplicando estas conclusiones al derecho a la tutela judicial efectiva, el Tribunal responde a la alegación de los recurrentes señalando que la limitación de los recursos existentes no afecta de modo esencial a este derecho fundamental. Es más, en coherencia con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, afirma que es constitucionalmente lícita la modificación legislativa de los recursos existentes, pues "no existe norma constitucional alguna que fundamente el derecho de los justiciables a la inmodificabilidad del sistema de ordenación de los recursos legalmente establecidos". En consecuencia, confirma que con respecto a este concreto extremo no puede predicarse la reserva de Ley orgánica prevista en el art. 81 CE.

C) No es jerárquicamente superior a la Ley Ordinaria

Recordando la doctrina de la STS de 20 de enero de 2000, Ar. 1617, la **STS de 6 de octubre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 8934, señala que las Leyes orgánicas no son jerárquicamente superiores a las ordinarias, sino que se refieren a ciertas materias especificadas por el texto constitucional, en las que las Leyes orgánicas no pueden ser modificadas por las ordinarias, en la medida en que la Constitución reserva a las Leyes orgánicas su regulación. No obstante, a todo ello añade la sentencia comentada que en nuestro ordenamiento existe una categoría específica de Leyes, que la sentencia denomina "bifronte", y que se constituye por las Leyes que siendo orgánicas en la medida en que contienen preceptos que regulen materias reservadas a este tipo de Ley, también contienen preceptos de naturaleza ordinaria, esto es, no sometidos a tal reserva.

3. BASES

A) Se exime excepcionalmente de la exigencia de determinar formalmente los preceptos básicos de una Ley cuando dicho carácter se infiera claramente de su estructura

En la **STC 24/2002, de 31 de enero,** se reproduce la doctrina sobre el concepto y alcance de lo básico como título de competencia estatal. El control jurídico constitucional de la normativa básica estatal exige valorar una doble esfera, material y formal. Con la primera trata de evitarse que puedan dejarse sin contenido o inconstitucionalmente cercenadas las competencias autonómicas, en tanto que mediante la segunda debe velarse por que el cierre del sistema no se mantenga en la ambigüedad permanente que resultaría de reconocer al Estado la facultad de oponer sorpresivamente a las Comunidades Autónomas, como norma básica, cualquier clase de precepto al margen de su rango o

estructura. La efectividad de esta vertiente formal de lo básico se traduce en la exigencia de que sea la Ley la que declare expresamente el carácter básico de la norma, si bien esta exigencia puede entenderse satisfecha cuando la norma presente una estructura que permita inferir, directa o indirectamente, pero sin especial dificultad su vocación o pretensión básica.

B) No constituye normativa básica en materia de régimen disciplinario de los funcionarios la regulación de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964

El legislador ha establecido las bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas definiendo en cuanto al régimen disciplinario como norma básica común a todos ellos el art. 31 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto. En consecuencia, no cabe atribuir naturaleza básica a los preceptos de la Ley de funcionarios civiles del Estado de 1964 referidos al mencionado régimen disciplinario, al no haber sido declarados expresamente como básicos por el legislador estatal posconstitucional, ni poder inferirse dicho carácter de su posible consideración como complemento necesario de las normas básicas posconstitucionales, al no existir dato alguno que permita deducir de manera cierta y clara que el legislador posconstitucional no haya pretendido agotar la regulación de los aspectos que ha estimado básicos de la materia **(STC 37/2002, de 14 de febrero).**

C) Las bases estatales relativas a la función pública local no vinculan la regulación del régimen estatutario de los funcionarios autonómicos

La Ley de Cataluña 17/1985, de 23 de julio –función pública de la Administración de la Generalidad– dictada en ejercicio de la competencia que le confiere el art. 10.1.1 del Estatuto de Autonomía en materia de régimen estatutario de sus funcionarios debe respetar las bases que dicte el Estado en relación con el régimen estatutario de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas pero no las que, en ejercicio de esa competencia estatal, resulten o puedan resultar específicas respecto a la función pública local, (Texto Refundido de Régimen Local de 1986), las cuales únicamente podrán delimitar la competencia de desarrollo que en materia de función pública local corresponde a la Comunidad Autónoma *ex* art. 9.8 del Estatuto de Autonomía **(STC 37/2002, de 14 de febrero).**

D) La competencia estatal *ex* artículo 149.1.1 CE no se identifica con la competencia para dictar legislación o normativa básica

La expresión "condiciones básicas" no es sinónima de las locuciones "legislación básica", "bases" o "normas básicas", por lo que la competencica *ex* art. 149.1.1 CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislacion autonómica de desarrollo", de forma

que "el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la garantía de la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales". El Tribunal precisa que los arts. 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1 CE (regulación constitucional de la igualdad) no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino a lo sumo, y por lo que al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes constitucionales se refiere, una igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales. En consecuencia, la regulación por la Ley de Cataluña 17/1985, de 23 de julio, de un régimen sancionador que introduce peculiaridades respecto al régimen estatal no afecta a las condiciones básicas, entendidas como contenido primario, facultades elementales y límites esenciales, para asegurar una igualdad de los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales **(STC 37/2002, de 14 de febrero).**

Las "condiciones básicas" a que se refiere el art. 149.1.1 CE no son propiamente "bases" normativas. Ahora bien, la singularidad constitucional de las "condiciones básicas" (del art. 149.1.1 CE) no impide considerarlas como normas delimitadoras de los ámbitos competenciales del Estado y las Comunidades Autónomas. El Estado, en ejercicio de la competencia que le confiere el art. 149.1.1 CE, determina que todos los propietarios de suelo urbano "consolidado" de España patrimonializan el 100 por ciento del aprovechamiento correspondiente a cada parcela o solar. En consecuencia, el Tribunal Constitucional, anula el artículo único, apartado 1, de la Ley del Parlamento Vasco 11/1998 según el cual 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 el caso de obras de rehabilitación, el 10 por ciento del incremento del aprovechamiento urbanístico; la igualación de todos los propietarios de suelo urbano "consolidado" reside tanto en los deberes positivos a que se ha hecho referencia como en la inexistencia de deberes de cesión de aprovechamiento urbanístico. Evidentemente este planteamiento no cuestiona ni limita las competencias de cada Comunidad Autónoma para precisar, en su ámbito territorial y "en los límites de la realidad" qué debe entenderse por suelo urbano "consolidado" (STC 164/2001, FFJJ 19º y 20º), ni cuál sea la fórmula de determinación del aprovechamiento urbanístico que rija en su territorio (STC 164/2001, FJ 22º). **(STC 54/2002, de 27 de febrero.)**

4. LEY

A) Ley de Presupuestos: el reconocimiento de compatibilidad del ejercicio de la función pública con determinadas actividades privadas puede formar parte del contenido eventual de dicha Ley

En la **STC 67/2002, de 21 de marzo,** se analiza la cuestión de inconstitucionalidad suscitada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en relación con el art. 34 de la Ley 31/1991, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1992, posteriormente incluido como art. 16.4 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de

las Administraciones Públicas. En el precepto cuestionado se permite reconocer compatibilidad para el ejercicio de actividades privadas al personal que desempeñe puestos de trabajo que comporten la percepción de complementos específicos, o concepto equiparable, cuya cuantía no supere el 30 por ciento de su retribución básica, excluidos los conceptos que tengan su origen en la antigüedad.

El problema jurídico que se plantea en esta Sentencia es el de la compatibilidad de esta regulación con el contenido material de la Ley de Presupuestos que establece el texto constitucional. El Tribunal Constitucional rechaza que el citado precepto pueda considerarse contenido esencial o indisponible de la Ley de Presupuestos dado que no contiene determinación normativa alguna acerca de la previsión de ingresos o de la habilitación de gastos para el correspondiente ejercicio económico.

Sin embargo, el Tribunal admite que la regulación en cuestión es admisible en el marco del contenido eventual o posible de la Ley de Presupuestos al incidir en la política de ingresos y gastos del sector público.

B) Reserva de Ley en materia sancionadora: exige la predeterminación de la sanción imponible; exige la tipificación legal de la infracción

En la **STC 25/2002, de 11 de febrero,** se declara la inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Segunda de la Ley 15/1980 de creación del Consejo de Seguridad Nuclear, modificativa de los arts. 92 y 93 de la Ley 25/1964 de energía nuclear al establecer, en relación con las infracciones que tipifica, un conjunto de sanciones cuya cuantía se define en función de la autoridad competente, omitiendo cualquier graduación y sin ninguna correspondencia con las infracciones, lo cual impide al administrado conocer la sanción que pudiera corresponderle según el tipo de infracción.

En el caso que resuelve la Sentencia citada la imposición de sanciones al amparo de los preceptos señalados infringe el art. 25.1 CE dado que la exigencia material absoluta de predeterminación normativa que éste establece no sólo afecta a la tipificación de las infracciones, sino también a la definición, y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles y, como es lógico, a la correlación necesaria entre actos o conductas ilícitas tipificadas y las sanciones consiguientes a las mismas, de manera que el conjunto de las normas punitivas aplicables permita predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que puede hacerse merecedor quien cometa una o más infracciones concretas. La técnica legislativa que utiliza el precepto cuestionado infringe directamente el art. 25.1 CE al encomendar por entero a la discrecionalidad judicial o administrativa el establecimiento de la correspondencia necesaria entre los ilícitos y las sanciones.

En la **STC 26/2002, de 11 de febrero,** se plantea si la sanción de un millón de pesetas impuesta a la entidad recurrente por infracción del art. 39.23 del Decreto 93/1988, de 31 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de máquinas recreativas y de azar de

la Comunidad Autonómica de Canarias vulnera el art. 25.1 CE, por falta de cobertura legal de la tipificación de la infracción.

El Tribunal Constitucional considera que se ha producido infracción del art. 25.1 CE, dado que la norma aplicada constituye una regulación independiente, no claramente subordinada a la Ley, del tipo de una infracción administrativa o, lo que es igual, ante la degradación de la garantía esencial *ex* art. 25 CE que el principio de reserva de ley entraña, como forma de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes.

C) Reserva de Ley en materia de funcionarios: la regulación de las características de las funciones públicas cuyo ejercicio exclusivo corresponde a los funcionarios públicos en el artículo 92.2 LBRL satisface la exigencia de reserva legal del artículo 103.3 CE

El art. 92.2 LBRL no infringe la reserva de ley que establece el art. 103.3 CE al determinar las funciones que han de ser desempeñadas por funcionarios y *a sensu contrario*, las que no pueden ser encomendadas al personal contratado, que no podrá ocupar aquellos puestos de trabajo que impliquen ejercicio de autoridad y las calificadas como necesarias en todas las corporaciones locales, ni las que se exijan para mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función pública **(STC 37/2002, de 14 de febrero).**

D) Reserva legal de Ley: la Ley que asume el contenido de un reglamento sólo puede ser modificada por otra Ley

Los dos últimos párrafos de la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 2818/1998, de 23 de diciembre, sobre producción de energía eléctrica por instalaciones abastecidas por recursos o fuentes de energía renovables, residuos o cogeneración introducen por vía reglamentaria unas modificaciones contrarias al marco normativo establecido por el Real Decreto 2366/1994 que al ser asumido por la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico como aplicable a las empresas a él acogidas no podía ser alterado sino por virtud de otra norma legal **(STS de 2 de abril de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 433/2002).

E) Efectos de la inconstitucionalidad de las Leyes: discrepancias entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sobre los efectos que causa la declaración de inconstitucionalidad de una ley sobre los actos de aplicación de la misma cuya firmeza no proviene de una Sentencia judicial

Según el art. 39.1 LOTC la declaración de inconstitucionalidad conduce a la declaración de nulidad. No obstante la declaración de nulidad debe ser precisada, tanto en cuanto al texto normativo declarado nulo, como en cuanto a sus efectos en el tiempo. En este sentido, la vigencia simultánea de los diversos preceptos constitucionales nos exige que, al determinar el alcance de la declaración de nulidad de una Ley haya que tener en cuenta que no produzca un sacrificio desproporcionado en la efectividad de otras normas constitucionales. Por ello, más allá de la consecuencia inmediata de la declaración de nulidad, esto es, la inaplicación a nuevos supuestos, el Tribunal Constitucional debe ponderar sus consecuencias en relación con otros bienes constitucionales.

El principio de seguridad jurídica reclama en este ámbito la intangibilidad de las situaciones jurídicas consolidadas, no sólo las decididas con fuerza de cosa juzgada sino también las situaciones administrativas firmes. En el caso que resuelve la **STC 54/2002, de 27 de febrero,** el Tribunal precisa que dotar de eficacia *ex tunc* a la declaración de nulidad del artículo único, apartado 1, de la Ley 11/11998 del Parlamento Vasco que obliga a realizar la cesión de 10 por ciento en suelo urbano consolidado a sus propietarios, distorsionaría gravemente la actividad de gestión urbanística desarrollada al amparo de la norma que se declara inconstitucional, tanto por los Municipios vascos como por los particulares trascendiendo, incluso, las previsibles consecuencias económicas adversas que la revisión de las cesiones obligatorias ya firmes supondrían para los Municipios, con el consiguiente riesgo de quiebra del principio de suficiencia financiera de las Haciendas locales a que se refiere el art. 142 CE.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce que desde el punto de vista doctrinal y teórico en materia de nulidad de disposiciones administrativas rige el principio de que esa nulidad es de pleno derecho (art. 62.2 LRJPAC) lo que supone que dicha nulidad se extiende a todos los actos administrativos que encuentren su cobertura legal en la disposición anulada y además con eficacia *ex tunc* y con la imprescriptibilidad de las posibilidades de impugnación que es característica de la nulidad de tal naturaleza. Sin embargo, este planteamiento teórico no se plasma en la legalidad vigente, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9 CE).

En este sentido, ni en el supuesto máximo de nulidad de disposiciones generales como es el de inconstitucionalidad de las normas con fuerza de Ley (art. 40.1 LOTC) se admite una solución diferente. Según la STC 45/1989, de 20 de febrero, no sólo deben declararse no susceptibles de revisión las situaciones decididas mediante sentencia con eficacia de cosa juzgada, sino también –por exigencia del mencionado principio de seguridad jurídica– las derivadas de actuaciones administrativas firmes. Y todo ello con la finalidad de evitar que resulte de peor condición quien acudió a los Tribunales, sin éxito, en impugnación de actos aplicativos de disposiciones administrativas declaradas nulas con fundamento en que vulneraban o contradecían otras de rango superior, que quien teniendo la misma posibilidad, consintió la resolución administrativa que las aplicaba **(STS de 5 de diciembre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 512/2002).

El planteamiento formulado por la Sentencia reseñada es objeto, sin embargo de matización por otra línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, que entiende que el art. 40.1 LOTC sólo impide revisar los actos firmes en virtud de sentencia judicial en garantía de la seguridad jurídica.

La invariabilidad de las situaciones jurídicas, creada por la cosa juzgada, justifica que la única vía para conseguir la reparación de los daños y perjuicios antijurídicos causados por disposiciones o actos firmes dictados en aplicación de un precepto legal declarado inconstitucional, sea el ejercicio de una acción por responsabilidad patrimonial derivada

de actos del legislador, siempre que se haga valer dentro del plazo establecido que se computará a partir de la fecha de publicación de la sentencia que declare la nulidad de la Ley por ser contraria a la Constitución.

Por lo que se refiere a los actos dictados en aplicación de leyes declaradas inconstitucionales cuando no exista sentencia firme confirmatoria de la legalidad de los mismos, el Tribunal Supremo (**STS de 27 de octubre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 462/2002) disiente de la jurisprudencia constitucional formulada en la STC 45/1989, de 20 de febrero, interpretando que el art. 40.1 LOTC no impide la revisión de dichos actos. En este caso, mantiene que, cuando la propia sentencia constitucional no contenga pronunciamiento alguno al respecto, corresponde a los jueces y Tribunales ante quienes se suscite tal cuestión, decidir definitivamente sobre la eficacia retroactiva de la declaración de inconstitucionalidad.

Si no existe sentencia judicial firme, el afectado puede solicitar la revisión del acto, nulo de pleno derecho por constituir aplicación de una norma declarada nula, al amparo de lo previsto por el art. 102 LRJPAC y simultánea o sucesivamente, de no tener éxito dicha revisión, está legitimado para exigir responsabilidad patrimonial derivada de actos del legislador. También se admite que pueda el afectado utilizar directamente esta acción de responsabilidad, ya que no cabe imponer a quien ha sufrido un daño antijurídico la vía previa de la revisión de disposiciones y actos nulos de pleno Derecho a fin de dejarlos sin efecto, y sólo subsidiariamente permitirle demandar la reparación o indemnización compensatoria por responsabilidad patrimonial cuando son las propias Administraciones quienes deben proceder a declarar de oficio la nulidad de pleno Derecho de tales disposiciones o actos y el ciudadano descansa en la confianza legítima de que la actuación de los poderes públicos se ajusta a la Constitución. (En el mismo sentido, **STS de 30 de octubre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 502/2002.)

5. REGLAMENTO

A) Distinción entre acto y norma: las relaciones de puestos de trabajo tienen naturaleza normativa; los Acuerdos de los Congresos de la Abogacía constituyen Derecho interno en cuanto se convierten en normas aprobadas por el Consejo General y su Asamblea de Decanos

Reiterando su jurisprudencia, la **STS de 1 de octubre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 8257, declara que las relaciones de puestos de trabajo tienen naturaleza normativa.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 2 de febrero de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 853, afirma que los Acuerdos de los Congresos de la Abogacía Española, en concreto, los Principios reguladores de la Publicidad aprobados en el VI Congreso de la Abogacía Española, sólo representan recomendaciones dirigidas al Consejo General de la Abogacía, pero que pasan a constituir Derecho interno, y en consecuencia vinculante para los colegiados, en cuanto se constituyen en normas aprobadas por el mencionado Consejo General y su Asamblea de Decanos.

B) Clases de reglamentos

a) Reglamento ejecutivo: complemento indispensable de la Ley; no son reglamentos ejecutivos los instrumentos de planeamiento medioambiental

La **STS de 18 de junio de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 8201, resume la jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno a las relaciones entre la Ley y las normas de rango reglamentario que la desarrollan. En este sentido, el Tribunal afirma que "es ya doctrina reiterada de este Tribunal Supremo que el reglamento, en cuanto norma jurídica de carácter general emanada de la Administración, tiene un valor subordinado a la Ley a la que complementa. Por ser el reglamento una norma jurídica de colaboración, debe distinguirse entre la normación básica de las cuestiones fundamentales que siempre corresponde a la Ley, y aquellas otras normas secundarias pero necesarias para la puesta en práctica de la Ley: los reglamentos. Por medio de la potestad reglamentaria, la Administración participa en la elaboración del ordenamiento jurídico, de suerte que la norma emanada de la Administración (el reglamento), queda integrada en aquél. Pero la potestad reglamentaria no es desde luego incondicionada, sino que está sometida a la Constitución y a las Leyes (art. 97 CE y art. 1 de la LJCA), a la que corresponde –cuando el reglamento es objeto de impugnación–, determinar su validez o su ilegalidad, lo que ha de hacerse poniéndolo en relación con la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico positivo (y tratándose de reglamentos ejecutivos particularmente con la Ley que desarrollan, que se convierte así en el límite más inmediato y el parámetro referencial más próximo para calibrar su ajuste al ordenamiento), con los principios generales del Derecho y con la doctrina jurisprudencial en la medida en que ésta complementa el ordenamiento jurídico (art. 1.6 del Código Civil); así el reglamento ejecutivo, como complemento indispensable de la Ley, puede explicitar reglas que en la Ley estén simplemente enunciadas y puede aclarar preceptos de la misma que sean imprecisos, de suerte que el reglamento puede ir más allá de ser puro ejecutor de la Ley, a condición de que el comportamiento de la Administración sea acorde con la Constitución y con el resto del ordenamiento jurídico en los términos explicados, lo que adquiere singular relevancia en cuanto en el mismo se estén regulando situaciones de sujeción especial entre Administración y administrado". Inciso último que para el Tribunal tiene una especial relevancia a la vista del asunto estudiado, en la medida en que como la expendeduría de productos derivados del tabaco sigue siendo un monopolio estatal, en virtud de la Ley 13/1998, de 4 de mayo, de ordenación del mercado de tabacos y normativa tributaria, el Tribunal mantiene que entre la Administración y los expendedores de tabaco existe una relación especial de sujeción desde la que se ha de valorar la legalidad de los preceptos impugnados del Real Decreto 1199/1999, de 9 de julio, que desarrolla la Ley 13/1998.

La **STSJ de Valencia de 16 de marzo de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 1027, redunda en consideraciones similares en torno a la relación Ley-reglamento ejecutivo para afirmar la legalidad del Decreto 196/1997, de 1 de julio, y de la Orden de 30 de diciembre de 1997, dictados en desarrollo de la Ley 2/1991, de

18 de febrero, de la Comunidad Valenciana, de espectáculos, establecimientos públicos y actividades recreativas.

La **STSJ de Andalucía (Sevilla), de 2 de febrero de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 852, pone de relieve que los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales, a pesar de su contenido normativo, no son reglamentos ejecutivos: "Si por tal entendemos aquel que tiene como finalidad completar y desarrollar la Ley en que se apoya, el PORN no participa de esta característica ni cumple tal función. Sus objetivos y contenido, señalados en el art. 4.3 y 4 de la Ley 4/1989, configuran a los PORN como instrumentos de planificación para la adecuada gestión de los recursos naturales en las distintas figuras de espacios naturales, pero ello no supone completar el contenido normativo de una Ley a la que desarrolle, del mismo modo que, a título de ejemplo, un Plan General de Ordenación Urbana aun su naturaleza reglamentaria, no puede definirse como un reglamento ejecutivo de la Ley del Suelo".

b) Reglamento independiente: constituye ejercicio de la potestad doméstica de los Ministros por lo que no requiere habilitación legal expresa

La Orden Ministerial de 20 de enero de 1994 (Justicia), sobre cierre sin liquidación del servicio de previsión mutualista del Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles no constituye un reglamento ejecutivo de ley, por lo que no cabe exigir como trámite preceptivo en su elaboración el Dictamen del Consejo de Estado. El Ministro de Justicia ejerce la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento entre las que se cuenta el régimen jurídico de las cuestiones que afectan a los Registradores de la Propiedad cuyos Colegios se encuentran jerárquicamente subordinados al Ministerio de Justicia. Se trata por tanto en este caso de un típico supuesto de ejercicio de potestad doméstica, inherente a las atribuciones del Jefe del Departamento que no exige por tanto habilitación legal expresa (**SSTS de 8 de noviembre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 473/2002 y **de 5 de diciembre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 9498).

c) Reglamento técnico: su regulación puede entenderse completada por remisión a normas técnicas aprobadas por organismos de normalización, así como por referencia a productos que se ajustan a las mismas

La **STS de 14 de junio de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 435/2002, resuelve el recurso contencioso interpuesto contra el Real Decreto 2661/1998, de 11 de diciembre, por el que se aprueba la Instrucción de Hormigón Estructural. El Tribunal precisa que la citada Instrucción constituye un reglamento técnico, y que como tal, para definir los requisitos que estime necesario exigir a los correspondientes productos con el fin de garantizar la seguridad industrial, puede, en vez de fijar por sí mismo las complejas especificaciones obligatorias, hacerlo por remisión a normas técnicas aprobadas por organismos de normalización cuyo contenido queda incorporado al reglamento y participa de su fuerza obligatoria. También es posible que los reglamentos de seguridad, con o sin remisiones, a la par que fijan los requisitos técnicos, consideren que se entienden cubiertos por aquellos productos que hayan obteni-

do el reconocimiento de un nivel de seguridad industrial igual o superior precisamente por ajustarse a una determinada norma técnica que implanta dicho nivel.

C) Competencia: los Ayuntamientos pueden establecer condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones en su término municipal

Partiendo de la premisa de que las competencias municipales son establecidas por las Leyes, la **STS de 18 de junio de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 8744, reconoce que los Ayuntamientos pueden establecer condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones en su término municipal, utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. En concreto, considera que este principio es aplicable a estas instalaciones cuando los actos de los concesionarios u operadores puedan afectar a cualquiera de los intereses que la entidad municipal está obligada a salvaguardar en el orden urbanístico, incluyendo la estética y seguridad de las edificaciones y sus repercusiones medioambientales. Y más concretamente, la sentencia afirma que "las expresadas instalaciones por parte de las empresas de servicios aconsejan una regulación municipal para evitar la saturación, el desorden y el menoscabo del patrimonio histórico y del medio ambiente urbano que puede producirse, por lo que no es posible negar a los Ayuntamientos competencia para establecer la regulación pertinente". Ahora bien, la sentencia especifica que aunque del ejercicio de tales competencias podrán derivarse determinaciones en el planeamiento urbanístico en torno a la realización de las actuaciones mencionadas, éstas ni podrán contradecir el ordenamiento jurídico, ni podrán traducirse "en restricciones absolutas al derecho de los operadores a establecer sus instalaciones, ni en limitaciones que resulten manifiestamente desproporcionadas".

D) Procedimiento de elaboración de disposiciones generales

a) Omisión del Dictamen del Consejo de Estado

Tras realizar un amplio y completo repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la **STSJ de Extremadura de 13 de julio de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 1182, confirma que la omisión del preceptivo Dictamen del Consejo de Estado, o bien del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva, conlleva la nulidad de la disposición aprobada. No obstante, en el caso de autos, y en aplicación de la STS de 20 de diciembre de 1999, Ar. 9472, la sentencia comentada mantiene que la ausencia de nuevo Dictamen del alto órgano consultivo en relación con la modificación de determinados preceptos del proyecto de norma reglamentaria previamente informada por el Consejo de Estado, no comporta la nulidad de la norma reglamentaria puesto que tal alteración no puede ser calificada como sustancial y decisiva.

b) Audiencia a los interesados: la audiencia sólo es preceptiva cuando se trata de asociaciones o de Colegios Profesionales; no es preceptiva la audiencia a los Colegios Profesionales cuando el objeto de la regulación no es el ejercicio ni el ámbito de la profesión colegiada de que se trate sino la relación estatutaria que existe entre ella y los funcionarios públicos; el cumplimiento correcto de este trámite exige que específicamente se notifique a la parte interesada la oportunidad de formular las alegaciones no siendo suficiente la publicación en el Boletín Oficial de la resolución por la que se aprueba la celebración del trámite

La **STS de 24 de octubre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 8623, reitera la jurisprudencia del Tribunal, según la cual la audiencia es preceptiva para asociaciones o Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario, pero no cuando se trate de asociaciones voluntarias de naturaleza privada, que aunque están reconocidas por la Ley, no ostentan "por Ley" la representación a que el art. 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo se refiere (las "demás entidades que por Ley ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo afectados por dicha disposición"), pues es este criterio el que traduce con mayor fidelidad el ámbito subjetivo de aplicación preceptiva de este precepto.

Aplicando la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la audiencia sólo es preceptiva cuando se trata de asociaciones o de Colegios Profesionales que no sean de carácter voluntario, la **STSJ de Andalucía (Granada) de 2 de julio de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 1109, concreta la innecesariedad de intervención de las entidades representativas de los intereses del sector vitivinícola en la elaboración de la Orden de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía de 6 de noviembre de 1996, por la que se aprueba el reglamento de la denominación de origen "Pasas de Málaga" y de su Consejo Regulador.

En el mismo sentido, la **STS de 1 de octubre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 9026, se pronuncia sobre la no intervención en el trámite de audiencia del Colegio Oficial de Enfermería de Navarra, en el procedimiento de tramitación del Decreto Foral 14/1994, de 24 de enero, por el que se determinan y asignan puestos de trabajo del Servicio Navarro de Salud. A este respecto, la sentencia recuerda la STS de 23 de octubre de 2000 (Ar. 9000), en la que se declaró que la representación que la Ley atribuye a los Colegios Profesionales es la de la profesión libre que constituye el ámbito de cada Colegio, así como la de los intereses de los profesionales que ejercen esa actividad. Ahora bien, haciendo suyos los argumentos de la recién citada sentencia, se añade que dicha representación no alcanza a los deberes y derechos de los funcionarios públicos en cuanto no ejerzan profesión colegiada alguna, sino que se sujetan a la relación de servicio que les vincula con la Administración. Por ello añade que "cuando la Administración regula la relación estatutaria que existe entre ella y los funcionarios públicos, los Colegios profesionales son ajenos a dicha regulación, cuya materia no es el ejercicio ni el ámbito de la profesión colegiada de que se trate". En consecuencia la sentencia comentada considera que el Colegio Oficial de Enfermería de Navarra no tenía interés en el Decreto Foral 14/1994, pues en nada afectaba a la profe-

sión colegiada ejercida en régimen de libre competencia cuyos intereses defiende, sino que su contenido se refiere a los derechos y deberes del personal estatutario adscrito al Servicio Navarro de Salud con la condición de funcionarios públicos.

A una conclusión similar llega la **STSJ de Canarias (Las Palmas) de 9 de enero de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 859, al afirmar que no era necesaria la audiencia del Colegio Oficial de Médicos en el procedimiento de elaboración del Decreto 117/1997, de 26 de junio, del Gobierno de Canarias, por el que se aprueba el reglamento de organización y funcionamiento de las zonas básicas de salud en la Comunidad Autónoma de Canarias. Tomando como punto de partida la literalidad del art. 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, el Tribunal afirma que la intervención del Colegio de Médicos no era aconsejable en función del contenido de la norma reglamentaria, en la medida en que no estaba dirigida directa o indirectamente a regular aspectos de la profesión médica. En la misma línea, la **SAN de 31 de enero de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 866, en relación con la ausencia de audiencia del Colegio Profesional de Graduados Sociales, en la medida en que la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 26 de mayo de 1999, por la que se desarrolla el reglamento general de recaudación de los recursos del sistema de la seguridad social, no tiene por objeto regular el ejercicio profesional de los Graduados Sociales.

A este respecto resulta muy interesante la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 2 de febrero de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 852. En esta ocasión se pretende la declaración de nulidad del PORN del Parque Natural de Doñana, aprobado por Decreto 2/1997, de 7 de enero, fundado en la falta de audiencia del Ministerio de Defensa en el procedimiento de elaboración de la mencionada norma. En la medida en que en el ámbito territorial del Parque Natural de Doñana se encuentra un campo antiaéreo de uso del Ministerio de Defensa afectado por la regulación del PORN, el Tribunal afirma que la mera publicación en el Boletín Oficial de la resolución por la que se aprueba la celebración del trámite de audiencia de las entidades interesadas y afectadas no es suficiente para entender cumplido el trámite de audiencia particular que prevé el art. 6 de la Ley 4/1989 ("el procedimiento de elaboración de los planes incluirá necesariamente trámites de audiencia a los interesados, información pública y consulta de los intereses sociales e institucionales afectados y de las asociaciones que persigan el logro de los principios del art. 2 de la presente Ley"), ni tampoco que en virtud del principio de coordinación administrativa, el Ministerio de Defensa hubiera tenido ocasión de conocer la iniciación de dicho trámite por el hecho de que sí hubieran sido oídos otros órganos y organismos pertenecientes a la Administración del Estado. Por el contrario, "el cumplimiento correcto del trámite de audiencia exige que específicamente se hubiera dado oportunidad al Ministerio de Defensa (...) de formular las alegaciones que considerase oportunas en defensa de sus intereses", máxime cuando corresponde a la Administración elaboradora del PORN el velar por el cumplimiento del trámite de audiencia, y fuera fácilmente reconocible tal condición en el Ministerio de Defensa por la existencia del campo de tiro.

c) Omisión de la tabla de vigencias

La **STS de 24 de octubre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 8623, confirma que la omisión de la tabla de vigencias no es constitutiva de una irregularidad invalidante, en el mismo sentido que las SSTS de 7 de noviembre de 1992, Ar. 8640, 29 de mayo de 1996, Ar. 4449, 12 de mayo de 1998, Ar. 4163, o de 17 de noviembre de 1998, Ar. 9943.

E) Interpretación de los reglamentos: es obligado atenerse al texto publicado en el correspondiente periódico oficial y no a los comentarios de la Administración relativos a la misma

En la aplicación de la Instrucción del Hormigón Estructural aprobada por RD 2661/1998, de 11 de diciembre, las autoridades, funcionarios y organismos competentes deberán, lógicamente, aplicar el texto tal y como aparece en el Boletín Oficial del Estado, pero nada impide que la Administración publique, para facilitar su comprensión y aplicación, unos comentarios que aquéllos podrán tomar o no en consideración según sus propios criterios. Si el texto de los comentarios no se atiene a la Instrucción, que evidentemente tiene naturaleza normativa no deberán ser tenidos en cuenta y, por el contrario, si es conforme con ella nada impide que aquellos funcionarios y organismos los utilicen (**STS de 14 de junio de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 435/2002).

F) Control judicial de los reglamentos

a) Impugnación: admisibilidad del recurso de casación por infracción de normas autonómicas o locales; el recurso directo contra reglamentos no constituye la vía idónea para reclamar responsabilidad patrimonial de la Administración

El art. 93.4 LJCA limita la susceptibilidad de enjuiciar en casación las sentencias dictadas en única instancia por los Tribunales Superiores de Justicia respecto de actos de las Comunidades Autónomas a los recursos que se funden en infracción de normas no emanadas de aquellas que sean relevantes y determinantes del fallo de la Sentencia. En este sentido, un hipotético *error in iudicando* del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a la hora de aplicar el Derecho autonómico catalán en materia urbanística no constituiría una infracción directa del art. 9.9 del Estatuto de Autonomía o del art. 148.1.3ª CE susceptible de ser invocada en casación. La admisión del recurso de casación en el supuesto citado supondría dejar sin efecto por la vía de impugnaciones indirectas la limitación que establece el art. 93.4 LJCA respecto del acceso a la casación de las cuestiones de Derecho autonómico (**STS de 31 de diciembre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 10128).

El recurso directo contra reglamentos no es la vía procesal idónea para pretender el resarcimiento de los daños cuando no se solicita siquiera, con carácter previo, la nulidad del

precepto reglamentario que supuestamente los ha irrogado (**STS 14 de junio de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 435/2002).

b) Efectos de la declaración de nulidad de una disposición según si la impugnación ha sido directa o indirecta

Siguiendo la jurisprudencia dictada en unificación de doctrina por la STS de 30 de octubre de 2000, Ar. 9032, la **STS de 26 de julio de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 8319, reitera que:

> "por una parte, el que según se desprende de la exégesis del art. 86.2 de la Ley Jurisdiccional, mientras que las sentencias que en estimación de una pretensión de anulación anularen una disposición general producen efectos *erga omnes*, quedando la misma sin efecto para todos, las que en estimación de una pretensión de plena jurisdicción anularen un acto por ser nula la disposición en la que se fundaba, sólo los producen en cuanto a los que hubieren sido partes en el pleito respecto a esa pretensión, sin que supongan en modo alguno un reconocimiento de la situación jurídica de quienes no dedujeron la misma; y por otra parte, el que aunque en puridad de doctrina la declaración de nulidad en una disposición general, por ser de pleno Derecho, produzca efectos *ex tunc* y no *ex nunc*, es decir, que los mismos no se producen a partir de la declaración, sino que se retrotraen al momento mismo en que se dictó la disposición declarada nula, esta eficacia, por razones de seguridad jurídica y en garantía de las relaciones establecidas, se encuentra atemperada por el art. 120 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en el que con indudable aplicabilidad tanto a los supuestos de recurso administrativo como a los casos de recurso jurisdiccional se dispone la subsistencia de los actos firmes dictados en aplicación de la disposición general declarada nula, equiparando la anulación a la derogación, en que los efectos son *ex nunc* y no *ex tunc*, si bien respecto de los actos firmes permaneciendo en cuenta los no firmes la posibilidad de impugnarlos en función del ordenamiento jurídico aplicable una vez declarada nula la disposición general".

La misma doctrina se reitera literalmente en la **STS de 26 de julio de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 8320. En el mismo sentido, **SSTS de 21 de septiembre** y **de 11 de octubre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 635/2002 y 9893)

Mediante el recurso indirecto no cabe anular un reglamento sino que sólo cabe considerarlo nulo a efectos de enjuiciar la legalidad de los actos dictados a su amparo. En cualquier caso, no cabe por esta vía considerar nula una disposición por la existencia de vicios formales en su procedimiento de elaboración (**STS de 13 de diciembre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 524/2002).

6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de igualdad: la existencia de situaciones jurídicas distintas justifica el trato diferenciado; no es susceptible de ser aplicado en relación con el régimen competencial de las Comunidades Autónomas; no impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo; no cabe invocar para justificar su infracción un precedente administrativo ilegal; el canon de control resulta más estricto en los supuestos mencionados en el artículo 14 CE

En la **STC 21/2002, de 28 de enero,** se plantea la posible vulneración del derecho a la igualdad ante la Ley (art. 14 CE) en relación con los arts. 31.1 (igualdad tributaria) y 39 (protección de la familia) del texto constitucional por parte del art. 87 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, reguladora del Impuesto sobre la renta de las personas físicas (LIRPF). El citado precepto diferencia entre las situaciones jurídicas convivenciales de los cónyuges no legalmente separados, con hijos menores dependientes y la de los legalmente separados, a efectos de optar por una forma de tributar individual o conjunta. Aunque en un caso concreto se pueda identificar la situación fáctica –por existir por ejemplo una separación de hecho, aunque no legal–, el diverso trato responde a que las situaciones jurídicas consideradas son diferentes. El dato que justifica la definición de uno u otro régimen es la presunción jurídica de que los cónyuges viven juntos (arts. 67 y 68 CC) en tanto que constituye un efecto característico de la separación legal el cese de la convivencia de los esposos (arts. 83, 91 y ss. y 156 CC) lo que determina que la LIRPF únicamente autorice al cónyuge separado legalmente a acumular sus rentas con las de los hijos con los que conviva.

En este sentido, el Tribunal Constitucional aclara que para que el art. 14 CE resulte vulnerado por el legislador no basta con que en situaciones puntuales, al margen de los objetivos perseguidos por la Ley determinados sujetos pasivos con un determinado nivel de renta puedan verse ocasionalmente beneficiados en su declaración del IRPF por el hecho de no mantener una relación matrimonial, dado que, como en diversas ocasiones ha señalado el propio Tribunal, "las leyes, en su pretensión de racionalidad se proyectan sobre la normalidad de los casos sin que baste la aparición de un supuesto no previsto para determinar su inconstitucionalidad" (SSTC 73/1996, de 30 de abril, FJ 5º, y 289/2000, de 30 de noviembre, FJ 6º).

El principio constitucional de igualdad no impone que todas las Comunidades Autónomas ostenten las mismas competencias, ni, menos aun que tengan que ejercerlas de una manera o con un contenido y unos resultados idénticos o semejantes. La autonomía significa precisamente la capacidad de cada nacionalidad o región para decidir cuándo y cómo ejercer sus propias competencias, en el marco de la Constitución y del Estatuto **(STC 37/2002, de 14 de febrero).**

En la **STS de 28 de septiembre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 9020, se rechaza el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra la Disposición Adicional Undécima de la Ley 17/1989, de 19 de julio, de régi-

men del personal militar profesional, con base en una pretendida vulneración del art. 14 CE. La sentencia rechaza esa alegación en la medida en que tiene su fundamento en una eventual discriminación derivada del distinto trato jurídico amparado por las sucesivas normas reguladoras de la materia. En este sentido, afirma que el legislador no queda obligado por las anteriores regulaciones legales, ya que el establecimiento de "nuevos regímenes estatutarios pertenece a la soberanía del legislador".

Sobre los efectos de los cambios normativos y el principio de no discriminación, también se pronuncia la **STSJ de Murcia de 25 de mayo de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 913, afirmando que el art. 14 CE no impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo: "el principio de igualdad ante la Ley no exige que todas las situaciones, con independencia del tiempo en que se originaron o en que se produjeron sus efectos, deban recibir un tratamiento igual por parte de la Ley, puesto que con ello se incidiría en el círculo de competencias atribuido constitucionalmente al legislador y, en definitiva, en la natural y necesaria evolución del ordenamiento jurídico".

La Orden del Departamento de Sanidad de la Generalidad de Cataluña, de 12 de enero de 1994, sobre provisión de plazas vacantes de facultativos especialistas, estableció mayor puntuación para acceder a los puestos vacantes a quienes se hubieran formado por el sistema MIR. La sentencia de instancia consideró constitucional el diferente trato, en virtud de los distintos métodos de formación de los especialistas. Sin embargo, la **STS de 15 de octubre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 8604, revoca la sentencia de instancia considerando que los diferentes métodos de formación son consecuencia del cambio normativo acaecido en la regulación de la habilitación exigida para el ejercicio de una concreta actividad profesional médica. Por ello, se afirma que el seguimiento de una u otra formación habilitante dependía únicamente de que la etapa de formación coincidiera o no con cada una de las diferentes regulaciones. En la medida, por tanto, que ese distinto tratamiento tiene sólo base en la edad del titular, primar a quienes hubieran obtenido su especialidad a través del sistema MIR, supondría una discriminación frente a quienes tienen más edad y, por causas cronológicas no pudieron realizar su formación de especialista por el mencionado sistema.

La invocación de la infracción de los principios de igualdad y seguridad jurídica consagrados en los arts. 14 y 9 de la Constitución Española no puede prosperar si no se argumenta adecuadamente, no siendo suficiente a estos efectos alegar la existencia de un precedente administrativo dado que éste era ilegal. El Tribunal exige para determinar la infracción del principio de igualdad aclarar cuáles son "las diferencias comparativas" que han sido infringidas (**STS de 24 de enero de 2002,** Sala de lo Contenciso Administrativo, Sección Tercera, Ar. 4/2002).

Se plantea una cuestión de inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad en relación con el art. 9.2 del Código Civil al establecer la nacionalidad del marido al tiempo de contraer el matrimonio como punto de conexión para la determinación de la ley

aplicable a las relaciones personales del matrimonio y, en defecto o por insuficiencia de capitulaciones, como consecuencia del reenvío efectuado en el número 3 del mismo precepto, también a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. El Tribunal Constitucional declara la nulidad del citado precepto por vulnerar el derecho a la igualdad al adoptar la norma de conflicto un punto de conexión que no es formalmente neutro.

El listado de los supuestos de discriminación fijados en el art. 14 CE entre los que se cuenta el sexo, puede ser utilizado excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica, si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto y más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación **(STC 39/2002, de 14 de febrero).**

En la **STC 49/2002, de 25 de febrero,** se plantea la posible vulneración del principio de igualdad como consecuencia de la aplicación de los baremos establecidos en la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de los seguros privados a un ciudadano, taxista de profesión que había sufrido lesiones y daños materiales como consecuencia de un accidente de tráfico. A juicio del recurrente la aplicación de la citada Ley le discrimina frente a los que sufren daños en el marco de otra actividad y respecto de los que sólo sufren daños materiales, dado que determina una limitación de la indemnización por los daños producidos y excluye la indemnización del lucro cesante, al menos en su totalidad.

El Tribunal, en aplicación de la posición mantenida en la STC 242/2000, de 16 de octubre, FJ 4, declara que ninguno de los dos argumentos que sustentan la vulneración del derecho a la igualdad avalan fundadamente dicha lesión ya que el tratamiento diferenciado establecido en la Ley 30/1995 no introduce desigualdad alguna entre las personas, ya que, de un lado, la diversidad jurídica de regímenes en materia de responsabilidad civil no se articula a partir de categorías de personas o de grupos de las mismas, sino en atención exclusivamente al específico ámbito o sector de la realidad social en el que acaece la conducta o actividad productora del daño; y, de otro, el diverso tratamiento jurídico que dicha Ley efectúa entre los daños corporales o personales, a los que somete a una cuantía resarcitoria máxima, y los daños en las cosas, cuya reparación no está sujeta a límites cuantitativos no infringe el principio de igualdad, ya que "la regulación legal se aplica por igual a todas las personas, y en todas las circunstancias, sin que se constate la presencia de factores injustificados de diferenciación entre colectivos diversos".

B) Principio de irretroactividad de las normas: no se admite otorgar efectos retroactivos a una norma que suponga restricción de derechos; sólo se admite que una ley tenga efectos retroactivos si lo dispone expresamente

En la **STS de 10 de octubre de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 8589, el Tribunal resuelve la impugnación contra el Acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Sevilla de 27 de mayo de 1992, que suspendió el plazo de otorgamiento de la licencia de obras solicitada por la entidad recurrente hasta que la solicitante acreditara la adquisición del derecho

a patrimonializar la diferencia entre el aprovechamiento proyectado y el susceptible de apropiación. En virtud de la STC 61/1997, de 20 de marzo, por la que se declaró la inconstitucionalidad de la mayor parte de los preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, la sentencia comentada considera que, declarado inconstitucional y, por tanto, nulo, el art. 27 de dicha norma, por la que se establecía como aprovechamiento susceptible de apropiación el 85 por ciento del aprovechamiento tipo, debe aplicarse como "Derecho revivido" el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, según el cual, el deber de cesión es sólo el 10 por ciento en suelo urbanizable programado. A todo ello se añade la imposibilidad de aplicar retroactivamente la Ley 1/1997, de 18 de junio, de la Comunidad Autónoma de Andalucía (como dispone la Disposición Final Tercera de la Ley, a partir del día de la publicación de la STC 61/1997), pues a diferencia de otros casos en los que sí se estimó tal aplicación, en esta ocasión ello supondría una restricción de derechos que no pueden tener efectos retroactivos según el art. 9.3 CE.Y es que, si no fuera así, las normas aplicables impondrían a los propietarios la cesión del 15 por ciento, lo que supondría una restricción del derecho de propiedad urbana que con anterioridad no existía. La misma doctrina se reitera por la **STS de 17 de julio de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta , Ar. 9003.

La **STSJ de Murcia de 25 de mayo de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 913, estudia la impugnación indirecta del art. 1.2 del Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo, Reglamento de ayudas a víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, de la que se derivan algunas afirmaciones importantes en torno a la irretroactividad de las normas. La sentencia pone de manifiesto que la fijación de una fecha determinada por el Real Decreto 738/1997, a partir de la cual las muertes debidas a delitos dolosos o violentos originan el derecho de los causahabientes de la víctima a percibir las ayudas económicas previstas por la Ley 13/1995, de 11 de diciembre, relativo a las ayudas y asistencia de las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, no supone una vulneración del ordenamiento jurídico por el hecho de que las víctimas de delitos violentos producidos antes de tal fecha (en concreto, el día 13 de diciembre de 1995, según el art. 1.2 del mencionado reglamento) no puedan optar a tales ayudas. En aplicación del art. 2.3 del Código Civil, las Leyes no tienen efecto retroactivo salvo que dispusieran lo contrario. Como la Ley13/1995, de la que trae causa el Real Decreto 738/1997, no reguló ningún efecto retroactivo para el nuevo régimen de ayudas previsto por la Ley, en consecuencia en ningún caso puede preverse la retroactividad del nuevo régimen jurídico.

C) Principio de confianza legítima: no ampara la mera expectativa de la invariabilidad de las circunstancias ni garantiza que las situaciones de ventaja económica deban mantenerse indefinidamente estables

Este principio, vinculado a la seguridad jurídica y a la buena fe en las relaciones entre Administración y los particulares, supone que la autoridad pública no puede adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla y en función de las cuales los particulares han adoptado deter-

minadas decisiones. La vulneración de este principio puede justificar la anulación de un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración de las circunstancias habituales y estables generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento de una situación, al haberse producido dicha alteración sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar la conducta y proporcionadas al interés publico en juego, y sin las debidas medidas correctoras y compensatorias. El principio de confianza legítima no ampara la mera expectativa de la invariabilidad de las circunstancias ni garantiza que las situaciones de ventaja económica deban mantenerse indefinidamente estables.

En consecuencia, no cabe entender que la caída de los precios del maíz haya determinado una quiebra del principio de confianza legítima, ya que todos los operadores conocían que se estaba tramitando un Acuerdo entre la Comunidad Europea y los Estados Unidos de América y la consiguiente limitación temporal de las subvenciones vinculadas a este cultivo (**STS de 4 de junio de 2001,** Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 48/2002).

Jorge Agudo González
Ana de Marcos Fernández

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Concepto de acto administrativo. Distinción con disposiciones generales. A) Las relaciones de puestos de trabajo tienen la naturaleza de disposiciones de carácter general. **3. Clases de actos.** A) La doctrina de los "actos propios" no puede invocarse para crear, mantener o extender situaciones contrarias al ordenamiento jurídico. **4. Procedimiento administrativo.** A) La condición de interesado sólo es predicable de procedimientos presentes. **5. Requisitos del acto administrativo.** A) Las resoluciones sancionadoras no pueden reducirse a una simple confirmación mecánica de la propuesta de resolución, sin motivación propia (la exigencia de motivación afecta al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva). B) El deber de motivación es más exigible en aquellos supuestos en que estén implicados intereses legítimos de personas afectados por el acto. **6. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Notificación defectuosa realizada por correo. B) Imposibilidad de ejecución por la Administración hasta la resolución judicial de la pieza de suspensión cautelar. **7. Eliminación del acto administrativo.** A) La potestad de revisión de los actos de gravamen o desfavorables del artículo 105 LRJPAC no constituye una fórmula alternativa para impugnar fuera de plazo los actos administrativos consentidos y firmes, sino sólo para revisarlos por motivos de oportunidad. B) Concepto de error material.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre diciembre de 2001 y abril de 2002 (marginales 7200 a 450) respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y noviembre de 2001 a marzo de 2002 (marginales 788 a 1119) respecto de la doctri-

na de los Tribunales Superiores de Justicia, no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO. DISTINCIÓN CON DISPOSICIONES GENERALES

A) Las relaciones de puestos de trabajo tienen la naturaleza de disposiciones de carácter general

La **STS de 25 de septiembre de 2001,** Sala Tercera, Sección Primera, FD 1º, Ar. 7807, afirma en consonancia con la línea jurisprudencial mayoritaria del Tribunal Supremo (doctrina ordinamentalista), que "las relaciones de puestos de trabajo, aunque encuadrables en la materia de personal, participan de la naturaleza propia de las disposiciones de carácter general (...)".

En el mismo sentido se pronuncian otras muchas sentencias, entre ellas, la **STS de 1 de octubre de 2001,** Sala Tercera, Sección Primera, FD 1º, Ar. 8257.

3. CLASES DE ACTOS

A) La doctrina de los "actos propios" no puede invocarse para crear, mantener o extender situaciones contrarias al ordenamiento jurídico

La **STS de 5 de junio de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, FD 15º, Ar. 7427, afirma sobre la doctrina de los actos propios lo siguiente:

> "La doctrina de los actos propios, que este Tribunal introdujo consagrando el apotegma jurídico *venire contra factum propium quis non valet*, ha venido aplicándola en actos de ejercicio de un derecho incompatibles con la conducta anterior y la doctrina científica, a través de la protección de la apariencia, inspirada en el *common law*.
>
> En la cuestión examinada, no consta vulnerado el principio de la buena fe, de la confianza legítima ni la doctrina invocada de los actos propios, pues tanto la doctrina del Tribunal Constitucional como la jurisprudencia de este Tribunal considera que el principio de la buena fe protege la confianza que fundamentalmente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever, y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos (...). Ahora bien, este principio no puede invocarse para crear, mantener o extender, en el ámbito del Derecho público, situaciones contrarias al ordenamiento jurídico, o cuando el acto precedente resulta una contradicción con el fin o interés tutelado por una norma jurídica que, por su naturaleza, no es susceptible de amparar una

> conducta discrecional por la Administración que suponga el reconocimiento de unos derechos u obligaciones que dimanen de actos propios de la misma. O, dicho en otros términos, la doctrina invocada de los 'actos propios' sin la limitación que acaba de exponerse podría introducir en el ámbito de las relaciones del Derecho público el principio de la autonomía de la voluntad como método ordenador de materias reguladas por normas de naturaleza imperativa, en las que prevalece el interés público salvaguardado por el principio de legalidad: principio que resultaría conculcado si se diera validez a una actuación de la Administración contraria al ordenamiento jurídico por el solo hecho de que así se ha decidido por la Administración o porque responde a un precedente de ésta (...)".

Al respecto, téngase también en cuenta la STC 73/1988, de 21 de abril, que afirma la llamada doctrina de los actos propios, y las SSTS de 1 de febrero de 1990, FFDD 1º y 2º, Ar. 1258; de 13 de febrero de 1990, FD 4º, Ar. 1699; de 17 de febrero de 1992, FD 4º, Ar. 1699, y de 17 de febrero de 1997, Ar. 1147, que recogen el principio de protección de la confianza legítima regulado en el art. 3.1 LRJPAC.

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) La condición de interesado sólo es predicable de procedimientos presentes

La condición de interesado en un procedimiento administrativo requiere la existencia, como presupuesto lógico, de un expediente en tramitación, sin que pueda pretenderse que se reconozca la condición de interesado respecto de futuros procedimientos, como determina la **STS de 11 de julio de 2001,** Sala Tercera, Sección Quinta, FD 4º, Ar. 8999.

5. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Las resoluciones sancionadoras no pueden reducirse a una simple confirmación mecánica de la propuesta de resolución, sin motivación propia (la exigencia de motivación afecta al contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva)

La **STS de 19 de noviembre de 2001,** Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 1º, Ar. 9791, en conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 29/1989 y 20/1992) y del Tribunal Supremo (STS de 31 de marzo de 2000), afirma:

> "La utilización de una fórmula mecánica de visto bueno o de conformidad no se compadece bien con el carácter formal del acto resolutivo del expediente, más teniendo éste carácter sancionador y especialmente en lo que atañe al requisito de la motivación (arts. 54.1 y 138 Ley 30/1992). En efecto, el requisito de la motivación propia (...) no se satisface si los motivos de la resolución no se expresan por separado (esto no excluye la reproducción o remisión formal a los que contenga la propuesta de resolución); si no se hace así lo que debe ser una resolución autónoma (entiéndase de la exclusiva competencia del órgano decisor) se convierte en una resolución automática o de simple confirmación de la propuesta de resolución formulada por otro distinto (...). Téngase en cuenta que (res-

pecto de) las resoluciones dictadas en el procedimiento sancionador, al que, con modulaciones, son de aplicación los principios fundamentales del proceso penal (...) la exigencia de motivación no es meramente formal (no sirve cualquier forma, y sí únicamente la que satisfaga la exigencia de motivación propia y suficiente) afecta al contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de aplicación también al procedimiento sancionador administrativo (...)".

B) El deber de motivación es más exigible en aquellos supuestos en que estén implicados intereses legítimos de personas afectados por el acto

La **STS de 8 de octubre de 2001,** Sala Tercera, Sección Tercera, FD 2º, Ar. 8207, reitera la doctrina del Tribunal Supremo vertida sobre el requisito de motivación de los actos administrativos, y señala que:

"(...) la Administración no debe actuar con criterios arbitrarios y habrá de justificar las razones que le inducen a otorgar las preferencias a uno de los locales frente a los ofrecidos por los restantes concursantes. Este deber de motivación surge de la propia Constitución que proscribe la interdicción de la arbitrariedad (art. 9), motivación que será más exigible en aquellos supuestos en que estén implicados intereses legítimos de personas (...) Con base en la anterior jurisprudencia, el recurso debe desestimarse. La sentencia recurrida, al comprobar la naturaleza de los locales de los aspirantes y su personalidad, no entendía los motivos que llevaron a la Administración a rechazar el que en principio parecía más atractivo, desde el punto de vista comercial, y la persona que en apariencia debía reputarse más idónea. Este criterio, que esta Sala comparte, se reflejaba de los datos de hecho que constaban en el expediente y en los autos –mayor densidad de población de la zona de ubicación, mayor superficie del local, domicilio del aspirante, etc.– Caso de que la Administración hubiera estimado que no era así, o tenido en cuenta otras circunstancias personales de los concursantes, debió explicar en qué consistían para hacer desaparecer cualquier atisbo de arbitrariedad y permitir al no beneficiario contradecir, en su caso, las razones motivadoras del acto. No se trata (...) de sustituir el criterio técnico de la Administración por el de los ciudadanos, sino de explicar en qué consiste aquél y dar oportunidad a los órganos judiciales, caso de impugnación, de apreciar si se ha actuado dentro de los límites impuestos a la actividad de los poderes públicos (...)".

6. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Notificación defectuosa realizada por correo

Se reitera por la **STS de 7 de noviembre de 2001,** Sala Tercera, Sección Sexta, FD 4º, la configuración como defectuosa de toda notificación efectuada por correo certificado en la que aparezca una firma ilegible que no tenga semejanza con la del interesado que aparece en el expediente administrativo, y sin que conste la identidad del firmante por la referencia del empleado de correos.

B) Imposibilidad de ejecución por la Administración hasta la resolución judicial de la pieza de suspensión cautelar

La **STSJ de Andalucía (Málaga) de 21 de mayo de 2001,** FD 2º, Ar. 1107, a propósito de la orden de expulsión de un extranjero, reitera la consolidada doctrina a tenor de la cual solicitada por el destinatario de una resolución la suspensión de sus eficacia en vía jurisdiccional, "(...) mientras el Tribunal decide sobre la ejecutividad, la Administración no puede ejecutar el acto recurrido (...)", con cita de la STC 78/1996.

7. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) La potestad de revisión de los actos de gravamen o desfavorables del artículo 105 LRJPAC no constituye una fórmula alternativa para impugnar fuera de plazo los actos administrativos consentidos y firmes, sino sólo para revisarlos por motivos de oportunidad

La **STS de 11 de julio de 2001,** Sala Tercera, Sección Quinta, FD 5º, Ar. 8998, afirma que:

> "(...) la potestad de revisión que el art. 105 de la Ley 30/1992 concede a la Administración para los actos de gravamen o desfavorables no constituye una fórmula alternativa para impugnar fuera de plazo los actos administrativos consentidos y firmes, 'sino sólo para revisarlos por motivos de oportunidad'. La petición de revisión no puede ser ocasión para discutir si el acto de gravamen se ajusta o no al ordenamiento jurídico, pues ello sólo puede hacerlo el interesado impugnando en tiempo y forma el acto discutido (...)".

B) Concepto de error material

La **STS de 18 de junio de 2001,** Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 8º, Ar. 9512, resume la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la rectificación de errores materiales (art. 105.2 LRJPAC) en los siguientes puntos:

> "(...) el error material o de hecho se caracteriza por ser ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo, sin necesidad de mayores razonamientos, y por exteriorizarse *prima facie* por su sola contemplación (frente al carácter de calificación jurídica, seguida de una declaración basada en ella, que ostenta el error de derecho), por lo que, para poder aplicar el mecanismo procedimental de rectificación de errores materiales o de hecho, se requiere que concurran, en esencia, las siguientes circunstancias:
>
> 1) Que se trate de simples equivocaciones elementales de nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos;
>
> 2) Que el error se aprecie teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte;
>
> 3) Que el error sea patente y claro, sin necesidad de acudir a interpretaciones de normas jurídicas aplicables;

4) Que no se proceda de oficio a la revisión de actos administrativos firmes y consentidos;

5) Que no se produzca una alteración fundamental en el sentido del acto (pues no existe error material cuando su apreciación implique un juicio valorativo o exija una operación de calificación jurídica);

6) Que no padezca la subsistencia del acto administrativo, es decir, que no genere la anulación o revocación del mismo, en cuanto creador de derechos subjetivos produciéndose uno nuevo sobre bases diferentes y sin las debidas garantías para el afectado, pues el acto administrativo rectificador ha de mostrar idéntico contenido dispositivo, sustantivo y resolutorio que el acto rectificado, sin que pueda la Administración, so pretexto de su potestad rectificatoria de oficio, encubrir una auténtica revisión, y

7) Que se aplique con un hondo criterio restrictivo (...)"

En aplicación de dicha jurisprudencia, la **STS de 23 de octubre de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, FD 2º, Ar. 128, determina que la medición en metros cuadrados cuando es obvio que lo que corresponde es haberla realizado en metros cúbicos constituye un error evidente, manifiesto y material.

Blanca Rodríguez-Chaves Mimbrero
Juan Antonio Chinchilla Peinado

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Contratos administrativos y contratos privados. A) Cesión gratuita de terrenos municipales al ejército: contrato administrativo especial. B) Contrato de colaboración: contrato administrativo especial. **3. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.** A) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. a) Cláusula que impone al contratista el pago de todos los tributos derivados del contrato. b) Criterios de adjudicación subjetivos, no objetivos. B) Publicidad. a) Publicación de los Pliegos de Condiciones. b) Innecesaria publicación en el BOE. C) Fianza. a) Inadmisión del contratista por falta de presentación de fianza. D) Formalización del contrato. a) Existencia de contrato aunque falte su formalización. **4. Formas de adjudicación.** A) Concurso. a) Carácter no básico de la legislación sobre la Mesa de contratación. b) Vulneración del principio de igualdad al permitir a uno de los concursantes mejorar su proposición. c) Falta de personalidad jurídica del adjudicatario. d) Adjudicación del contrato por el Tribunal. No existencia de discrecionalidad administrativa. e) Adjudicación arbitraria. f) Adjudicación procedente y motivación suficiente. g) Exclusión del concurso por documentación incompleta. **5. Régimen jurídico de los contratos.** A) Prerrogativas de la Administración. a) Modificación del contrato. B) Extinción de los contratos. a) Resolución e incautación procedentes por suspensión de pagos del contratista. b) Incumplimiento del plazo de ejecución imputable a la Administración. Aplicación supletoria del Código Civil. c) Administración obligada al pago en caso de transferencia de competencia: obligación solidaria. d) Ejecución en cumplimiento del proyecto: resolución improcedente. **6. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de obra. a) Naturaleza jurídica de las certificaciones de obra. b) Legitimación para reclamar intereses de demora. c) Alteración de términos municipales: obras realizadas en el territorio del Ayuntamiento de nueva creación. d) Sanción por demora: cuantía superior a la establecida en la Ley. e) Cómputo del plazo de ejecución del contrato. f) Modificación del contrato y enriquecimiento injusto. g) Incumplimiento e incautación de fianza. h) Inexistente responsabilidad por vicios ocultos. B) Contrato de suministro. a) Calificación como único contrato de suministro aunque el destinatario sea plural. C) Contrato de gestión de servicio

público. a) Fecha inicial de revisión de precios. b) Revisión del canon como consecuencia de revisión de tarifas. c) Revisión de canon: reclamación improcedente.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de febrero a mayo de 2001, por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de junio (salvo una sentencia de enero) a noviembre de 2001, en relación con las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. De entre las sentencias analizadas llama especialmente la atención una del Tribunal Superior de Justicia de Asturias que obliga al Principado de Asturias a cumplir con las obligaciones contraídas por su Director Regional de la vivienda en un contrato celebrado verbalmente para la realización de un trabajo de investigación. Igualmente, merecen ser destacados los pronunciamientos acerca de si, en la adjudicación de concursos, la Administración ejerce o no una facultad discrecional.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

A) Cesión gratuita de terrenos municipales al ejército: contrato administrativo especial

La **STS de 12 de junio de 2001,** Ar. 7760, califica como contrato administrativo especial el contrato en virtud del cual un Municipio cedió gratuitamente al Ministerio de Defensa unos terrenos para el establecimiento de un campo de tiro.

B) Contrato de colaboración: contrato administrativo especial

La **STS de 6 de julio de 2001,** Ar. 87, encuadra el contrato analizado dentro de los denominados contratos de colaboración, regulados en el art. 191 del Reglamento General de Contratación, en el que se dice que "los contratos de colaboración tendrán la naturaleza administrativa, pero no la de contratos de obras (...)". Considera, además, el Tribunal, que esta calificación no se desvirtúa por el hecho de que se haya previsto en él un sistema de certificaciones de obra. Esto no le convierte en un contrato de obra.

3. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

a) Cláusula que impone al contratista el pago de todos los tributos derivados del contrato

La **STS de 27 de octubre de 2001,** Ar. 138, concluye realizando una interpretación literal de la cláusula, lo que conduce a considerar que ésta imponía al contratista al pago de

cualesquiera impuestos derivados de la adjudicación y ejecución del contrato. Esta interpretación difiere de la sostenida en la sentencia de instancia, que consideró que dicha cláusula encerraba un mandato de pago por cuenta de la Administración contratante que implica el resarcimiento posterior por parte de ésta.

b) Criterios de adjudicación subjetivos, no objetivos

La **STSJ de Andalucía de 27 de febrero de 2001,** Ar. 926, considera ilegal, por vulnerar el art. 87 LCAP, una cláusula del Pliego de Condiciones que recoge criterios relativos al contratista (la experiencia) que no tienen un carácter objetivo, no se encuentran ligados al objeto del contrato, sino, por el contrario, se trata de criterios puramente subjetivos. Considera el Tribunal que la experiencia puede ser valorada para apreciar la solvencia técnica o profesional de los que pretenden contratar con la Administración, como actuación previa a la adjudicación del contrato, pero no para la valoración de la oferta que no puede estar referida a los contratistas.

B) Publicidad

a) Publicación de los Pliegos de Condiciones

En la **STS de 5 de octubre de 2001,** Ar. 9040, se acepta la posibilidad de excluir la publicidad institucional en un determinado periódico por un racional y adecuado ejercicio de la discrecionalidad, con el fin de obtener un nivel óptimo y máximo de difusión publicitaria que obedece a criterios de eficacia administrativa e incluso de menor coste, claramente asumibles por la Administración y cuando, además, la propia normativa de contratación no lo prohíbe.

b) Innecesaria publicación en el BOE

La **STSJ de Extremadura de 30 de mayo de 2001,** Ar. 1091, considera que, en el caso del que conoce, no siendo exigible la publicación en el BOE (art. 79.1 LCAP), la Administración utilizó ésta con fines distintos a los de la publicidad, que ya se había dado y a cuya concurrencia habían acudido empresas solventes de ámbito nacional o multinacional. El fin que persigue la Administración es permitir la participación de un empresario, que luego resultó ser el adjudicatario, que no reunía los requisitos para su existencia en el plazo para la presentación de proyectos. Con la publicación en el BOE, la Administración lo que pretende es alargar el procedimiento administrativo y, por todo ello, concluye el Tribunal, la Administración incurre en desviación de poder.

Sobre una situación similar se pronuncia la **STSJ de Extremadura de 24 de mayo de 2001,** Ar. 846.

C) Fianza

a) Inadmisión de contratista por falta de presentación de fianza

La Mesa de contratación declaró la inadmisión de una empresa que no presentó el resguardo de haber depositado la fianza provisional. Aunque finalmente presentó dicho resguardo, lo hizo de forma extemporánea, por lo que el **TSJ de Navarra,** en su **Sentencia de 19 de febrero de 2001,** Ar. 505, considera que la inadmisión de esta empresa es procedente.

D) Formalización del contrato

a) Existencia de contrato aunque falte su formalización

La **STSJ de Asturias de 29 de mayo de 2001,** Ar. 801, considera que la encomienda verbal de un trabajo de investigación del Director Regional de la vivienda del Principado de Asturias a un grupo de profesores universitarios constituye una relación contractual bilateral y de carácter administrativo. Dicha relación negocial o contractual se perfecciona por el acuerdo verbal de voluntades entre las partes (*ex* art. 1254 Código Civil), concurriendo todos los requisitos del art. 1261 del Código Civil, y siendo obligatorio para ambas partes, que deben proceder al cumplimiento de sus respectivas obligaciones.

4. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) Carácter no básico de la legislación sobre la Mesa de contratación

Los preceptos de la LCE y RGCE que regulan la Mesa de contratación son expresión de una faceta organizativa propia de la Administración General del Estado y, por ello, no puede atribuírseles el carácter de legislación básica que se enuncia en el art. 149.1.18 CE. Así lo vino a confirmar la posterior Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (**STS de 22 de junio de 2001,** Ar. 7737).

b) Vulneración del principio de igualdad al permitir a uno de los concursantes mejorar su proposición

En la **STS de 27 de noviembre de 2001,** Ar. 167, se aprecia un quebrantamiento de la garantía de transparencia que debe existir en la contratatación administrativa al haberse permitido a uno de los concursantes una alteración sustancial de la propuesta que inicialmente había presentado, que fue realizada después de que ya conociera las proposiciones de los demás concursantes.

c) Falta de personalidad jurídica del adjudicatario

De acuerdo con lo prevenido en el art. 15 de la LCAP, la Administración solamente puede contratar con personas jurídicas que tengan plena capacidad, lo que se acredita con la escritura de constitución inscrita en el Registro Mercantil (art. 15.2). En consecuencia, la Administración no puede admitir posturas o las solicitudes por parte de quien no reúne los requisitos legales para ser sujeto de derecho frente a tercero, de quien carece de personalidad jurídica (**STSJ de Extremadura de 30 de mayo de 2001,** Ar. 1091).

Sobre una situación similar se pronuncia la **STSJ de Extremadura de 24 de mayo de 2001,** Ar. 846.

d) Adjudicación del contrato por el Tribunal. No existencia de discrecionalidad administrativa

La **STS de 26 de enero de 2001,** Ar. 1031, una vez que anula la adjudicación del concurso realizada por la Administración, ordena su adjudicación a la proposición de la recurrente como la más ventajosa. Considera que, frente a esta decisión, la Administración no puede oponer la facultad de declarar el concurso desierto, puesto que su voluntad de adjudicarlo es incuestionable al haberlo adjudicado a uno de los licitadores, si bien de forma irregular. Por tanto, defiende el Tribunal que la adjudicación ha de efectuarse no ya en uso de una potestad discrecional, sino atendiendo a un concepto jurídico inderterminado ("proposición más ventajosa").

En esta misma línea, la **STSJ de Andalucía de 15 de marzo de 2001,** Ar. 954.

e) Adjudicación arbitraria

La **STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de febrero de 2001,** Ar. 1000, anula la adjudicación de un concurso realizada a partir de unos criterios poco claros, a los que el Pliego no les atribuye ponderación ni puntuación, además de confundir un criterio de valoración con un requisito para tomar parte en el concurso, como es la capacidad económica. Junto a estas deficiencias, la resolución administrativa carece de motivación y ponderación de los criterios establecidos y tan sólo tiene como fundamento un informe de una "Comisión Calificadora", el cual carece también de ponderación, limitándose a proponer a un vencedor. Por todo ello, el Tribunal considera que la Administración incurre en arbitrariedad y, consiguientemente, que la adjudicación debe ser anulada.

f) Adjudicación procedente y motivación suficiente

Así lo considera la **STSJ de 28 febrero de 2001,** Ar. 900, en el supuesto del que conoce. Afirma el Tribunal que el concurso es un sistema de adjudicación en el que la Administración no está obligada a contratar con la entidad que realice una mejor oferta económica, pudiendo discrecionalmente la Administración decidir contratar con aquella empresa que realice la proposición más ventajosa.

g) Exclusión del concurso por documentación incompleta

La **STSJ de Madrid de 23 de febrero de 2001,** Ar. 899, considera que la Administración actuó adecuadamente al excluir a la entidad recurrente de la adjudicación del concurso, ya que la documentación presentada por aquélla era, en primer lugar, incompleta (sólo consta la copia del alta del IAE, pero no las de los últimos recibos) y, en segundo término, estaba a nombre de empresa distinta a la licitadora.

5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS

A) Prerrogativas de la Administración

a) Modificación del contrato

La **STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2001,** Ar. 909, reconoce al contratista una indemnización por ralentización y paralización de las obras, como contrapartida para el mantenimiento del equilibrio económico-financiero. Esta indemnización es limitada por el Tribunal porque entiende que esa ralentización de las obras se produjo con la plena conformidad de la empresa contratista que, sucesivamente, fue pidiendo prórrogas del plazo de ejecución, para mantener la vigencia del contrato.

B) Extinción de los contratos

a) Resolución e incautación procedentes por suspensión de pagos del contratista

La **STS de 16 de noviembre de 2001,** Ar. 9772, considera conforme a Derecho la resolución del contrato, por resultar acreditado que el contratista se encontraba en situación de suspensión de pagos. Para el TS, también es procedente la pérdida de la fianza, ya que ese efecto está previsto para la resolución contractual decretada por culpa del contratista (arts. 53 LCE y 160 RCE), y ese carácter ha de darse a la suspensión de pagos.

b) Incumplimiento del plazo de ejecución imputable a la Administración. Aplicación supletoria del Código Civil

La **STS de 13 de noviembre de 2001,** Ar. 9748, considera que la Sentencia de instancia no ignora el plazo estipulado para la ejecución de la obra, ni tampoco la cláusula penal establecida para el caso de mora, pues lo que hace es interpretar el contrato y, tras esa labor hemenéutica, determina cuál ha de ser el día inicial a partir del cual debe correr el cómputo del plazo de ejecución que fue convenido. La aplicación de las reglas del Código Civil, realizada en esta tarea interpretativa no es, en opinión del TS, contraria al orden de fuentes que se establece en la LCE, ni tampoco a la preferencia que corresponde a las normas administrativas en los contratos de esta naturaleza. Y esto porque, no existiendo reglas específicas de interpretación contractual en la LCE, esa aplicación del Código Civil

aparece autorizada en el art. 4.3 de este texto legal ("las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes").

c) Administración obligada al pago en caso de transferencia de competencia: obligación solidaria

La **STSJ de Andalucía de 31 de mayo de 2001,** Ar. 1077, acude al art. 140 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece la solidaridad de las Administraciones cuando actúan de forma colegiada, para solucionar una situación en la cual se deben pagar las minutas correspondientes a servicios prestados con anterioridad a la fecha del traspaso efectivo de competencias de la Administración General del Estado a la Administración Autonómica. El Tribunal no desconoce que el precepto en cuestión se encuentra en sede de responsabilidad patrimonial, mientras que en el caso el nacimiento de la obligación tiene una naturaleza contractual. Sin embargo, realiza una interpretación analógica, pues la razón de fondo es la misma: evitar el peregrinaje interadministrativo del ciudadano. Todo ello con el apoyo del art. 103 CE.

d) Ejecución en cumplimiento del proyecto: resolución improcedente

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de abril 2001,** Ar. 933, sostiene que la resolución del contrato realizada por la Administración no es aceptable en la medida en que, si bien queda probado que el resultado fue defectuoso, la ejecución se realizó por la entidad contratista ajustándose estrictamente a las exigencias del proyecto.

6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obra

a) Naturaleza jurídica de las certificaciones de obra

La **STS de 22 de noviembre de 2001,** Ar. 9727, afirma, en el Fundamento de Derecho octavo, que, en el caso examinado, no existe vulneración del art. 142 del Reglamento General de Contratación del Estado por cuanto que, si bien dicho precepto reconoce que el contratista tendrá derecho al abono de la obra que realmente se ejecute con arreglo al precio convenido, no nos encontramos ante un supuesto de abono de certificación de obra que condicione o limite la intervención de la Corporación local en un pago definitivo pues, como declara una jurisprudencia anterior, la naturaleza de las certificaciones de obra impide construir sobre las mismas o derivar de ellas la consideración de un acto declarativo de derechos. El contratista no tiene derecho a aquellas obras que hubiere efectuado excediéndose de la cantidad que expresamente hubiera sido convenida.

No hay que olvidar, recuerda el Tribunal, el carácter de mera provisionalidad, que no vincula a la Administración ni supone aprobación o resolución de la obra, que tienen las certificaciones.

b) Legitimación para reclamar intereses de demora

La **STS de 9 de octubre de 2001,** Ar. 8792, reitera la jurisprudencia que afirma la legitimación del endosante a partir del dato de ser el verdadero perjudicado por la posible demora en el pago de las certificaciones de obras, ya que la entidad endosataria descuenta una cantidad variable en función de la cuantía de la certificación y del tiempo de demora. Añadiéndose que ello le hace tener un interés legítimo directo en la reclamación de los posibles intereses devengados por la demora en el pago de la certificación, en cuanto que le permitirán paliar esos perjuicios sufridos por el retraso. En el mismo sentido, la **STS de 29 de octubre de 2001,** Ar. 143.

c) Alteración de términos municipales: obras realizadas en el territorio del Ayuntamiento de nueva creación

Al contratista no le afecta la segregación, ya que contrató con el Ayuntamiento originario, por lo que ésta es la Administración municipal obligada frente a él (**STS de 29 de octubre de 2001,** Ar. 143).

d) Sanción por demora: cuantía superior a la establecida en la Ley

La **STSJ de Navarra de 27 de marzo,** Ar. 683, considera válida la sanción impuesta por el Ayuntamiento al contratista por demora en el cumplimiento del contrato. El Ayuntamiento, que se percata de que la cuantía fijada en el Pliego del contrato por día de demora excedía de lo previsto en la LCAP, en la resolución en la que establecía la sanción, decidió rebajar esa cuantía hasta la cantidad máxima permitida por la LCAP.

e) Cómputo del plazo de ejecución del contrato

La **STSJ de Navarra de 27 de marzo,** Ar. 683, establece que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de ejecución del contrato es la firma del acta de replanteo a partir de cuyo momento se realizan trabajos propios de la obra.

f) Modificación del contrato y enriquecimiento injusto

La **STSJ de Asturias de 24 de abril de 2001,** Ar. 622, considera que en el caso enjuiciado no se dan los requisitos para entender que se esté ante un caso de modificación del proyecto por parte de la Administración. Estos requisitos, según jurisprudencia reiterada, son: a) que las obras hayan sido efectivamente ejecutadas y recibidas por la Administración, y b) que exista, cuando menos, una mínima apariencia de que aquéllas se realizaron al amparo de una orden de quien para el contratista tuviese "apariencia de efectiva potestad".

Lo que sí resulta suficientemente acreditado es la existencia de una serie de diferencias de mediciones a favor del contratista. El problema estriba en determinar si el

Ayuntamiento debe abonar la totalidad del importe de estas diferencias o si, por el contrario, habrá de operar el límite del 10 por ciento previsto en el Pliego de Cláusulas Generales para estos supuestos. El Tribunal opta por esta segunda opción ante la falta de la debida aprobación de las mismas y el presupuesto correspondiente.

g) Incumplimiento e incautación de fianza

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de abril 2001,** Ar. 933, sostiene que, en caso de incumplimiento, la Administración puede resolver el contrato, pero no puede dejar de realizar la liquidación, pues en todo caso debe abonar la parte de obra realizada, de la que podrán detraerse los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, si se demuestra que no quedan cubiertos con la suma de estos dos conceptos: la fianza, más el precio de la parte no ejecutada, que naturalmente hay que abonar. La liquidación podrá hacerse sobre la base de las certificaciones de obra existentes y cualesquiera medios de prueba que se tengan a disposición, para finalmente determinar la cuantía que quedase por abonar de lo realmente ejecutado, que deberá ser abonado, salvo que se acredite que los daños y perjuicios derivados del incumplimiento superan tal cantidad más la fianza de la que ya se incautó la Administración.

h) Inexistente responsabilidad por vicios ocultos

La **STSJ de Cataluña de 30 de abril de 2001,** Ar. 922, concluye afirmando que recibidas las obras tácita y definitivamente y no acreditándose la concurrencia de dolo civil entendido como incumplimiento consciente y voluntario de una obligación, no procede estimar la responsabilidad por vicios ocultos contra la entidad contratista, al amparo de lo dispuesto en el art. 56 del Texto Articulado de la Ley de Contratos del Estado.

B) Contrato de suministro

a) Calificación como un único contrato de suministro aunque el destinatario sea plural

La **STSJ de Navarra de 17 de abril de 2001,** Ar. 686, califica como contrato de suministro a un contrato cuyo objeto es la adquisición por la Administración de absorbentes de incontinencia urinaria, con destino a los diversos servicios gestionados por la Administración en que se ha de aplicar dicho producto con destino a los diversos usuarios del servicio, que son los receptores finales del producto. El hecho de que el destino de tales absorbentes adquiridos sea su entrega a los distintos centros o servicios, unos gestionados en forma directa por la Administración y otros de forma indirecta a través de concesionario o servicio concertado, no rompe la unidad interna del contrato, en cuanto que va dirigido a hacer efectiva una obligación prestacional de la Administración, consistente en facilitar el material objeto de contratación a los diversos usuarios finales del servicio. Existe únicamente una obligación accesoria por parte del adjudicatario del servicio de facilitar al centro en que se presta el servicio sanitario el material objeto de contratación, mas ello no desdibuja la unidad del contrato.

C) Contrato de gestión de servicio público

a) Fecha inicial de revisión de precios

La **STS de 24 de octubre de 2001,** Ar. 135, se pronuncia a favor de la interpretación realizada por la Sentencia de instancia, que consideró que la revisión de precios comenzaría a computarse desde la fecha de la efectiva vigencia del contrato y no desde el comienzo del año natural.

b) Revisión del canon como consecuencia de revisión de tarifas

La **STS de 30 de noviembre de 2001,** Ar. 192, reitera la doctrina sentada en la **STS de 3 de mayo de 2001,** Ar. 3433, según la cual no existe impedimento en que, pedida y obtenida por el concesionario la revisión de las tarifas, la Administración fije al mismo tiempo el canon correspondiente.

c) Revisión de canon: reclamación improcedente

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 8 de junio de 2001,** Ar. 834, declara improcedente una reclamación de revisión de canon de un contrato de gestión de servicio público por considerar el Tribunal que dicha reclamación tiene como único fundamento el que la contratista no resultó adjudicataria del nuevo contrato. Así, afirma el Tribunal, que la reclamante fue facturando mensualmente el servicio sin alteración alguna y sin realizar propuesta que determinara su voluntad de elevar el canon. Es posteriormente, al no resultar adjudicataria del nuevo contrato, cuando realiza esta reclamación.

Julia Ortega Bernardo
Mónica Domínguez Martín

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Relaciones organizativas. A) Convalidación de actos de órganos inferiores por órganos superiores. **2. Organización de las Comunidades Autónomas.** A) Jurados Provinciales de Expropiación: composición de sus miembros y designación de los mismos por las Comunidades Autónomas. **3. Administración Local.** A) Autonomía Local. Límites. a) Cambio de nombre de municipio. b) La existencia de razones de urgencia o excepcional interés público reguladas por el artículo 244 del TRLS. B) Competencias Locales. a) Las Diputaciones provinciales deben seguir prestando la asistencia sanitaria hasta que se efectúe el traspaso de medios personales y materiales a los órganos autonómicos correspondientes. b) Competencias de los Ayuntamientos para establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones. C) Organización Municipal. a) La decisión sobre la forma de prestación de un servicio público es una competencia no delegable del Pleno de la Corporación. b) Moción de censura al Alcalde en régimen de Concejo Abierto. D) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. a) La legislación local admite el régimen retributivo de dedicación parcial. E) Impugnación de acuerdos municipales. a) Legitimación de los concejales para la impugnación de convocatoria de Pleno extraordinario. F) Mancomunidades. a) El fomento y desarrollo del uso del euskera no entra dentro de los fines de la Mancomunidad. G) Consorcios. a) El puesto de Secretario e Interventor en un Consorcio está reservado a funcionarios con habilitación de carácter nacional. **4. Universidades.** A) La adscripción de Centros a Universidades Públicas y la autorización de Centros Extranjeros es competencia de la Administración General del Estado. **5. Colegios Profesionales.** A) El proceso de elaboración de los estatutos de un Colegio no está sometido al procedimiento normal de la LPA.

1. RELACIONES ORGANIZATIVAS

A) Convalidación de actos de órganos inferiores por órganos superiores

La **STS de 26 de septiembre de 2001,** Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 7669, desestima el recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. El objeto de esta casación trae causa en el recurso que se interpuso contra la resolución del Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo por el que se aprobó el acta y planos relativos al deslinde de los bienes de dominio público marítimo-terrestre colindantes con la zona de servicio del Puerto de Pajares. En el mismo, la parte recurrente alegó la incompetencia de la Junta del Puerto para tramitar el expediente administrativo que la normativa de costas reserva al citado Ministerio de Obras Públicas. En contra de esta argumentación, el TS afirmó que dicha irregularidad es irrelevante ya que el ordenamiento jurídico reduce al máximo la invalidez por irregularidades formales y restringiendo su efecto anulatorio sólo a aquellas que impedirían alcanzar la finalidad del acto o producir indefensión de los interesados. Por tanto, y en el caso que nos ocupa, la convalidación de este acto se produjo por la posterior aprobación del órgano competente al ser éste el superior jerárquico del que dictó el acto convalidado.

2. ORGANIZACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

A) Jurados Provinciales de Expropiación: composición de sus miembros y designación de los mismos por las Comunidades Autónomas

La **STS de 28 de junio de 2001,** Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 7211, consideró ajustado a derecho la designación por una Comunidad Autónoma de un ingeniero de minas que dependía funcionalmente de esta Administración actuante como miembro de un Jurado Provincial de Expropiación de una carretera. En este sentido, la Sentencia afirma que no existe infracción del artículo 32.1.b) de la Ley de 16 de diciembre de 1954 de Expropiación Forzosa (LEF), que regula la composición de los jurados de expropiación, por el hecho de haber intervenido un ingeniero de minas y no un ingeniero de caminos debido a que, como han establecido las SSTS de 30 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8424), 27 de marzo (RJ 2001, 2661) y 31 de mayo de 2001 (RJ 2001, 4166): "la designación del funcionario técnico superior integrante del Jurado debe ser interpretada conforme a la Constitución atendiendo a la organización territorial del Estado, recogida dentro del Título VIII de la misma, tanto en el aspecto autonómico como en la predicada autonomía municipal, lo que comporta que la potestad expropiatoria anteriormente detentada por el Estado, viene a ser atribuida a una pluralidad de entidades territoriales autónomas, correspondiendo la designación de dicho funcionario técnico al poder público titular de la atribución que se ejercita. De otra parte, no puede predicarse tampoco, un desequilibrio procedimental de fuerzas, por cuanto el Jurado, órgano colegiado, toma sus decisiones aunando criterios plurales, siendo en esta pluralidad de criterios, derivados de los conocimientos jurídicos de algunos de sus miembros y sus conocimientos de la realidad social

y económica en la que participan otros, el fundamento de la presunción de acierto y veracidad de que sus resoluciones gozan, según reiterada jurisprudencia, y que son a la vez garantía de su objetividad".

En consecuencia, de esta doctrina se desprende en el caso que nos ocupa, primero, la conformidad de esta designación con artículo 32.1.b) de la LEF y 103 de la Constitución, y segundo, que un defecto de composición como éste, sólo puede acarrear la nulidad, cuando, como afirma el TS, trasciende o puede trascender al tema de fondo latente en el pleito. Por último, también aclara la Sentencia, que no existe causa de abstención alguna de las previstas en el artículo 28 de la Ley 30/1992.

3. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía Local. Límites

a) Cambio de nombre de municipio

La **STS de 19 de septiembre de 2001,** Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 9130, desestima el recurso de casación planteado por el Ayuntamiento de La Coruña contra la STSJ de Galicia que confirmó la legalidad de la inscripción del citado ayuntamiento con la denominación de "A Coruña".

La Sala declara que el Decreto gallego 146/1984, que fija el nombre de "A Coruña", para el municipio antes denominado "La Coruña", está dictado en el ejercicio de una legítima competencia, ya que la competencia para alterar o modificar nombres de los municipios es autonómica, por lo que no existe vulneración de la autonomía local cuando esto se efectúa por decreto autonómico, tal como dijo al STC 214/1989.

b) La existencia de razones de urgencia o excepcional interés público reguladas por el artículo 244 del Texto Refundido de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992 (TRLS)

La **STS de 31 de diciembre de 2001,** Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 10129, desestima el recurso interpuesto por la Diputación de Guadalajara contra el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se resolvió la construcción de un almacén de combustible gastado en la Central Nuclear de Trillo al amparo de lo dispuesto por el artículo 244.2 del TRLS.

La Sentencia va a analizar la relación que existe entre el citado artículo 244 y la autonomía local, que la Diputación consideraba vulnerada al no respetarse las previsiones del planeamiento del Municipio. En este sentido, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 17 de noviembre de 1986, 14 de marzo de 1988, RJ 1988, 1999, 13 de julio 1990, RJ 1990, 6034 y 30 de enero de 1991, RJ 1991, 616) entre otras, ha venido empleando el criterio del interés respectivo para establecer una definición positiva y negativa de la autonomía local, afirmando que, positivamente, la autonomía significa un derecho de la comunidad local a la participación, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de

esta participación en función de la relación que exista entre intereses locales y supralocales dentro de las materias o asuntos tratados, y negativamente, que la autonomía no se garantiza para incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la Nación, que prevalecen en caso de conflicto sobre los intereses locales o sobre intereses generales distintos de los propios de la entidad local en cuestión. Pues bien, en el caso que se examina la invocación del principio de autonomía no tiene justificación en lo que respecta a las potestades locales de planteamiento, por la existencia de intereses generales superiores que hacen entrar en juego lo establecido en el artículo 244 TRLS, por tanto, este artículo es manifestación de la virtualidad de las circunstancias excepcionales que contempla para alterar las reglas generales en materia de competencia y procedimiento, y para que los intereses que salvaguarda prevalezcan sobre las normas de planeamiento municipal.

B) Competencias Locales

a) Las Diputaciones provinciales deben seguir prestando la asistencia sanitaria hasta que se efectúe el traspaso de medios personales y materiales a los órganos autonómicos correspondientes

La **STS de 9 de julio de 2001,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8755, casa la STSJ de Castilla y León de 17 de noviembre de 1995, declarando la nulidad del Acuerdo de la Diputación Provincial de León sobre declaración de incompetencia en materia de asistencia psiquiátrica y la no obligación de financiar los gastos de hospitalización psiquiátrica.

La Sala declara que a pesar de la dicción de la Disposición Transitoria Primera de la Ley General de Sanidad de 1986, en la que se establece que de mutuo acuerdo con los órganos de la Comunidad Autónoma debe realizarse un proceso de transferencia de los establecimientos sanitarios dependientes de las Corporaciones Locales, lo cierto es que "en tanto no se ejecute el acuerdo con las Comunidades Autónomas para llevar a cabo el proceso de transferencias de los servicios y establecimientos sanitarios a cargo de las Corporaciones Locales continuarán éstas gestionando dichos servicios (...). Aun siendo inexistentes los establecimientos y servicios psiquiátricos gestionados directamente en el caso de la Diputación Provincial de León, el cumplimiento de sus obligaciones en materia de prestación del servicio psiquiátrico ha venido realizándose a través de concierto. Por consiguiente, el citado servicio debe mantenerse en tanto se produzca el presupuesto al que la Disposición Transitoria Primera citada vincula su extinción, esto es hasta que se haya culminado el proceso de transferencias" (FFJJ 7º y 9º).

b) Competencias de los Ayuntamientos para establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones

La **STS de 18 de junio de 2001,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8744, desestima el recurso de casación planteado por "Telefónica de España, SA" contra la STSJ de Cataluña de 26 de septiembre de 1994, que declaró la conformidad a derecho de la Ordenanza de instalación de antenas del Ayuntamiento de Barcelona.

La Sala reitera la doctrina contenida en la STS de 24 de enero de 2000, Ar. 331, según la cual los Ayuntamientos pueden establecer las condiciones técnicas y jurídicas relativas a cómo ha de llevarse a cabo la utilización del dominio público que requiera el establecimiento o la ampliación de las instalaciones del concesionario u operador de servicios de telecomunicaciones por su término municipal utilizando el vuelo o el subsuelo de sus calles. "La competencia estatal en relación a las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos estéticos y de seguridad de las edificaciones y medioambientales (...). Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden, en el planeamiento urbanístico, establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de 'calas y canalizaciones' o instalaciones en edificios"(FJ 7º).

C) Organización Municipal

a) La decisión sobre la forma de prestación de un servicio público es una competencia no delegable del Pleno de la Corporación

La **STS de 16 de octubre de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8809, confirma la STSJ de Andalucía, con sede en Granada, de 26 de mayo de 1997, que declaró la nulidad de los acuerdos de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento de Roquetas de Mar en los que se estableció tanto la forma de gestión del servicio público municipal de transporte urbano de viajeros como el contenido del concierto con la empresa a la que se adjudicaba dicha gestión, siendo esa decisión una competencia del Pleno no delegable en la Comisión de Gobierno [arts. 22.2.f) y 23.2.b) LBRL].

b) Moción de censura al Alcalde en régimen de Concejo Abierto

La **STS de 14 de septiembre de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7411, desestima un recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Cardeñuela Riopico contra la STSJ de Castilla y León, con sede en Burgos, de 31 de enero de 1997, que declaró contrario a derecho la denegación presunta por parte del citado ayuntamiento de la solicitud formulada ante el alcalde-presidente de celebración de asamblea vecinal para la discusión de una moción de censura.

El Tribunal Supremo señala que el actual art. 197 LOEG, modificado por la Ley Orgánica 8/1999, de 21 de abril, establece la posibilidad de la moción de censura en régimen de Concejo abierto y aunque este precepto no era aplicable cuando se produjeron los hechos, lo cierto es que en un sistema democrático la moción de censura "no es sino el mecanismo para exigir responsabilidades políticas de los gobernantes designados por los ciudadanos, aunque sea como en el caso de los Alcaldes por vía directa, de tal forma que cualquier obstrucción a ese mecanismo altera el sistema de representación que constituye uno de los pilares básicos de nuestro sistema de Gobierno y en el presente caso, la desestimación presunta frente a la que se interpuso el correspondiente recurso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, (...), permite llegar a la conclusión de que efec-

tivamente se ha producido la vulneración del indicado precepto constitucional (art. 23.2 CE)" (FJ 3º).

D) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales

a) La legislación local admite el régimen retributivo de dedicación parcial

La **STS de 4 de octubre de 2001,** Ar. 8457, considera que debe darse una interpretación amplia al artículo 13 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales al considerar que junto a la dedicación exclusiva y de la percepción de dietas por asistencias a Plenos Municipales e indemnizaciones, el tenor de dicho artículo no es incompatible con otras remuneraciones que retribuyan la dedicación, siquiera fuera parcial y no exclusiva.

A este respecto, debemos de poner de manifiesto que el artículo 75 de la Ley de Bases de Régimen Local fue modificada en su redacción por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, al determinar que los miembros de las Corporaciones locales que desempeñen sus cargos con dedicación parcial por realizar funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requiera, percibirán retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas, en cuyo caso serán igualmente dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social en tal concepto, asumiendo las Corporaciones las cuotas empresariales que corresponda, salvo lo dispuesto en el artículo anterior. Dichas retribuciones no podrán superar en ningún caso los límites que se fijen, en su caso, en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado. En los acuerdos plenarios de determinación de los cargos que lleven aparejada esta dedicación parcial y de las retribuciones de los mismos, se deberá contener el régimen de la dedicación mínima necesaria para la percepción de dichas retribuciones.

Este precepto reformado de la Ley de Bases de Régimen Local recoge lo estipulado en el artículo 7 de la Carta Europea de la Autonomía Local al establecer que el Estatuto de los representantes locales debe permitir la compensación financiera adecuada a los gastos causados con motivo del ejercicio de su mandato, así como, si llega el caso, la compensación financiera de los beneficios perdidos o una remuneración del trabajo desempeñado.

E) Impugnación de acuerdos municipales

a) Legitimación de los concejales para la impugnación de convocatoria de Pleno extraordinario

La **STS de 25 de junio de 2001,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9545, desestima el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Lasarte-Oria contra la STSJ del País Vasco de 16 de marzo de 1994, confirmando que los concejales que hayan votado a favor de alguno de los acuerdos adoptados por el pleno extraordinario no carecen de legitimidad para impugnar la convocatoria de la sesión.

La Sala declara que:

> "la restricción *ope legis* (por ministerio de la ley) de la legitimación para impugnar un acto al hecho de haber votado en contra de él no es aplicable a quienes no hayan intervenido en la adopción del acuerdo. En el caso enjuiciado el acto impugnado es la convocatoria del Pleno extraordinario, en cuya adopción no consta que participara el recurrente (...). No existe obstáculo a que el miembro de un ente administrativo, a título individual, interponga recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos adoptados por alguno de sus órganos, aunque no haya participado en su adopción. En este caso será de aplicación la regla general, con arreglo a la cual debe ostentar un interés legítimo en la impugnación" (FJ 4º).

F) Mancomunidades

a) El fomento y desarrollo del uso del euskera no entra dentro de los fines de la Mancomunidad

La **STS de 9 de julio de 2001,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8753, estima el recurso de casación, casa la STSJ del País Vasco de 17 de marzo de 1994, declarando nulo el acuerdo de aprobación definitiva de los Estatutos de la Mancomunidad de municipios euskaldunes del Ayuntamiento de Munitibar. La Sala declara que el fin previsto en los Estatutos, esto es, el fomento y desarrollo del uso del euskera no entra dentro de los fines de la Mancomunidad de municipios, puesto que no es una obra pública y, de considerarlo un servicio público, éste sería competencia de la Comunidad Autónoma y no de los municipios mancomunados, tal como establece el Estatuto de Autonomía del País Vasco.

G) Consorcios

a) El puesto de Secretario e Interventor en un Consorcio está reservado a funcionarios con habilitación de carácter nacional

La **STS de 18 de septiembre de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8178, reitera la doctrina jurisprudencial de la STS de 30 de abril de 1999, Ar. 4692, al señalar que si el Consorcio se constituye al amparo de los artículos 57 y 87 de la LBRL, le es aplicable con carácter imperativo lo dispuesto en el artículo 92.3 de la misma Ley respecto a la reserva de los puestos de Secretario e Interventor de las Corporaciones locales a funcionarios con habilitación de carácter nacional.

En consecuencia, la Sentencia que comentamos desestima el recurso de casación y confirma la STSJ del Principado de Asturias que declaró nulo el artículo 30 de los Estatutos del Consorcio por no reservar los citados puestos para funcionarios con habilitación de carácter nacional.

4. UNIVERSIDADES

A) La adscripción de Centros a Universidades Públicas y autorización de Centros Extranjeros es competencia de la Administración General del Estado

La **STS de 16 de julio de 2001,** Ar. 7755, confirma la Sentencia de la Audiencia Nacional en virtud de recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Universidad Complutense de Madrid contra Orden Ministerial sobre adscripción de Centros a Universidades Públicas de competencia de la Administración General del Estado y autorización de Centros Extranjeros que son competencia de la misma.

El artículo 149.1.30ª de la Constitución atribuye al Estado competencia sobre la materia siguiente: "regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales". Por tanto, la regulación de las condiciones o requisitos para la homologación de los títulos académicos y profesionales es competencia del Estado. La adscripción de los Centros privados que expiden estos títulos a las Universidades públicas es un requisito para que los títulos puedan ser homologados y, en consecuencia, su regulación constituye una competencia del Estado que, consecuentemente, exigen para la adscripción la aprobación por la Administración del Estado, sin perjuicio de la intervención de la Universidad a través del previo convenio.

El TS viene a estudiar el tenor de la normativa de la antigua Ley de Reforma Universitaria para llegar a la conclusión de que en dicha Ley las potestades que integran la autonomía universitaria, no se refieren a que corresponda a la Universidad la competencia para regular o para aprobar la adscripción de los Centros privados a las Universidades públicas para impartir enseñanzas conducentes a la obtención de títulos oficiales sino que atribuía a la Universidad, en el ejercicio de la autonomía, la creación de estructuras específicas que actúen como soporte de la investigación y la docencia. En consecuencia, tampoco desde el punto de vista de la concreta regulación que verificaba la extinta LRU del contenido de la autonomía universitaria se podría reconocer a la misma la potestad de regular o de aprobar definitivamente las adscripciones objeto del litigio.

5. COLEGIOS PROFESIONALES

A) El proceso de elaboración de los estatutos de un Colegio no está sometido al procedimiento normal de la LPA

La **STS de 20 de junio de 2001,** Ar. 7659, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio Oficial de Agentes y Comisionistas de Aduanas de Madrid contra Real Decreto por el que modifican los Estatutos del Consejo General y Colegios Oficiales al haberse producido en el Texto de los Estatutos modificaciones y variaciones que dieron lugar a la articulación de la impugnación.

Los Estatutos de estas Corporaciones, en cuanto normas de organización, o en tanto se refieran a las relaciones del ente con sus miembros –*ad intra*– y siempre que respeten los

principios constitucionales, no están sujetos por regla general a los criterios que rigen en otros sectores y que regulan relaciones *ad extra*. De aquí que el proceso de elaboración de los Estatutos de los Colegios Profesionales no se ajuste estrictamente al procedimiento normal que se establece en la Ley de Procedimiento Administrativo.

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

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Sumario:

1. Concepto de sanción. A) Finalidad retributiva de las sanciones administrativas. B) Es sanción administrativa. C) No son sanciones. **2. Elementos de la infracción administrativa. 3. Fuentes del Derecho Administrativo sancionador. 4. Principio de legalidad: reserva de ley y tipicidad.** A) Posibilidad de normas sancionadoras en blanco. B) Reserva de ley y normas deontólogicas de los Colegios Profesionales. C) Reserva de Ley y colaboración reglamentaria. D) Integración del tipo por normas privadas o circulares. E) Reserva de Ley y relaciones de sujeción especial. F) La utilización en el tipo de conceptos jurídicos indeterminados exige una resolución sancionadora con una motivación más precisa. G) Tipificación de infracciones administrativas por Ordenanzas Municipales. H) No cabe la aplicación analógica ni la interpretación extensiva en el Derecho Administrativo sancionador. I) El principio de tipicidad admite cierta discrecionalidad de la Administración para imponer una sanción. J) Vulneración del principio de la predeterminación normativa de la sanción impuesta. **5. Antijuridicidad.** A) Antijuridicidad y relaciones contractuales privadas. B) Estado de necesidad como causa de justificación. **6. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable. 7. Elementos subjetivos de la infracción.** A) Prohibición de un Derecho Administrativo sancionador "de autor". B) Responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas. C) Exclusión de la culpabilidad por una interpretación razonable, aunque errónea, de las normas. D) La confianza en la actuación de un profesional no exime de culpa. E) La fuerza mayor. **8. Concurrencia de infracciones frente a la prohibición de doble sanción.** A) Infracción continuada. B) Aspectos procedimentales del *non bis in idem*. **9. Procedimiento sancionador.** A) La falta de propuesta de resolución provoca la nulidad de la sanción. B) Consecuencias de la omisión del trámite de audiencia. C) Legitimación del denunciante para ser parte interesada en un procedimiento disciplinario. **10. En especial, prueba y presunción de inocencia.** A) La prueba de la culpabilidad del presunto infractor corresponde a la Administración. B) Requisitos que ha de reunir la prueba de cargo. En especial, la ilicitud de las pruebas obtenidas con vul-

neración de derechos fundamentales. C) Requisitos del acta de inspección para que goce de valor probatorio. D) Efectos de la presunción de certeza del acta de inspección: la inversión de la carga de la prueba. Matizaciones. E) Fundamento del valor probatorio del acta de inspección. F) Valor de prueba testifical de las denuncias ratificadas de los controladores de la ORA. G) La decisión administrativa sobre las pruebas propuestas debe ser motivada. H) El momento en que debe resolverse y motivarse sobre la improcedencia de practicar ciertas pruebas propuestas. I) Aplicación del principio *in dubio pro reo* ante resultados analíticos contradictorios. **11. Resolución sancionadora.** A) La obligación de la Administración de motivar la resolución sancionadora es un derecho subjetivo público del ciudadano. B) Falta de motivación de una resolución verbal. C) Variación del contenido de la resolución definitiva frente al acta de inspección tributaria. D) La ejecutividad de las sanciones y la presunción de inocencia. **12. Extinción de la responsabilidad.** A) *Dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad del expediente. B) La caducidad del procedimiento sancionador no extingue la responsabilidad. C) No existe caducidad en los procedimientos disciplinarios militares. D) Salvo disposición expresa en contra, el incumplimiento de los plazos que marcan las normas para efectuar ciertos trámites en el procedimiento sancionador constituye una irregularidad no invalidante. E) Necesidad de que la resolución sancionadora se notifique dentro del plazo de prescripción. **13. Control contencioso-administrativo de las sanciones.** A) La indefensión en el procedimiento administrativo sancionador no es subsanable en el proceso contencioso-administrativo. B) No cabe modificar los hechos de imputación de la resolución sancionadora en el recurso jurisdiccional. C) Posibilidad de sustituir o modular la sanción.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Finalidad retributiva de las sanciones administrativas

Al ocuparse de una sanción tributaria, la **STS de 19 de diciembre de 2001,** Sección Segunda, Ar. 10119, afirma que, aunque forma parte de la deuda tributaria, no cumple la misma función que el resto de los elementos que integran aquélla:

> "La sanción cumple siempre, en todo tipo o manifestación del *ius puniendi*, al lado de otras finalidades, la simplemente retributiva. Cuando el infractor tributario satisface una san-

ción, no está contribuyendo al sostenimiento de los gastos públicos como es propio de cualquier figura tributaria (...) Está, simplemente, asumiendo la consecuencia inmediata que la Ley prevé para quien incurre en alguna de las acciones y omisiones antijurídicas" que tipifica como infracción.

B) Es sanción administrativa

– La orden de expulsión de extranjeros **(SSTS de 19 y 26 de septiembre de 2001,** Sección Séptima, Ar. 7576 y 7608). Más extrañamente, la **STS de 13 de septiembre de 2001,** Sección Séptima, Ar. 7408, ante una resolución desestimatoria de una solicitud de autorización de residencia por concurrir una de las causas de expulsión previstas por la Ley de Extranjería, se refiere "al sancionado", a la culpabilidad y a la presunción de inocencia y, al considerar conculcada esta última, anula la resolución desestimatoria.

– La denegación de la liberación del aval prestado para la restitución anticipada por parte de un operador comercial, por el incumplimiento de ciertas obligaciones formales **(STS de 24 de diciembre de 2001,** Sección Cuarta, Ar. 10239).

C) No son sanciones

– Las medidas de restauración del orden jurídico infringido **(STS de 17 de noviembre de 2001,** Sección Quinta, Ar. 10215, relativa al cierre de un restaurante por carecer de licencia de apertura), por lo que no le son aplicables las reglas y principios del Derecho Administrativo Sancionador, en concreto, la necesidad de un trámite de audiencia **(STS de 2 de julio de 2001,** Sección Séptima, Ar. 7764).

– El descenso de categoría arbitral como resultado de la evaluación de las actuaciones arbitrales **(STS de 26 de junio de 2001,** Sección Séptima, Ar. 8909).

2. ELEMENTOS DE LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

Recuerda la **SAN de 2 de noviembre de 2000,** Ar. 1053, que "la infracción administrativa, al igual que el delito o la falta, se integran por el elemento objetivo –acción u omisión, tipicidad, antijuridicidad y punibilidad–, y el elemento subjetivo –culpa o dolo–, siendo necesaria la concurrencia de todos ellos para la exigencia de la responsabilidad sancionadora".

3. FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La **STC 37/2002, de 14 de febrero,** cuestión de inconstitucionalidad, analiza la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley catalana de la función pública de la Administración de la Generalidad reguladores de su régimen sancionador.

En uno de ellos, tras reproducir en su integridad el elenco de faltas muy graves recogido en la legislación estatal, dicha ley añade una nueva conducta que responde a la finalidad de proteger el patrimonio de la Generalidad frente a daños muy graves causados por negligencia o mala fe en el desempeño de la función pública. Al respecto, el Pleno recuerda que "la potestad sancionadora no constituye un título competencial autónomo (...) y que las Comunidades Autónomas tienen potestad sancionadora en las materias sustantivas sobre las que ostenten competencias, pudiendo establecer o modular tipos y sanciones en el marco de las normas o principios básicos del Estado". Por ello, el carácter básico del precepto estatal que enumera las infracciones muy graves, "no excluye o impide la tipificación como faltas muy graves de otras conductas por las Comunidades Autónomas mediante su actividad legiferante en desarrollo de la normativa básica estatal siempre que sean compatibles, no contradigan, reduzcan o cercenen dicha normativa básica". Se aprecia que en el caso concreto dicha tipificación no es incompatible ni contradictoria con la básica estatal.

En otros preceptos de dicha ley autonómica se recoge una nueva sanción para las faltas graves y unos plazos de prescripción distintos para las faltas leves y sus sanciones. Todo ello se admite por el TC, al no considerar básicos los preceptos estatales afectados.

4. PRINCIPIO DE LEGALIDAD: RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Posibilidad de normas sancionadoras en blanco

Entiende la **STSJ de Cataluña de 4 de mayo de 2001,** Ar. 1046, que "nada veda en el ámbito administrativo sancionador la utilización de la técnica de las normas penales en blanco (...) en que se exija que la ley, señale la pena, aquí sanción, conteniendo el núcleo esencial de la prohibición, aquí incumplimiento (de) obligaciones impuestas por ley o reglamentos especiales".

B) Reserva de ley y normas deontólogicas de los Colegios Profesionales

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de mayo de 2001,** Ar. 1049, sostiene que "las normas deontológicas de la profesión, aprobadas por los Colegios Profesionales, no constituyen simples tratados de deberes morales, sino que en el orden disciplinario, determinan obligaciones de necesario cumplimiento para los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega a favor de los Colegios", por lo que el incumplimiento de dichas normas ha de entenderse subsumido dentro de la definición que realiza, en el caso concreto, el Estatuto General de la Abogacía de las conductas sancionables, como aquellas que ofenden gravemente la dignidad de la profesión o las reglas éticas que la gobiernan. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 9 de julio de 2001,** Sección Sexta, Ar. 8005, donde además, ante la alegación de que estas normas no cumplen el requisito de la publicación en un diario oficial, se mantiene "que hay que presumir que quien ejerce una profesión –intelectual o manual– conoce los deberes y obligaciones inherentes a la misma".

C) Reserva de Ley y colaboración reglamentaria

La **STC 26/2002, de 11 de febrero,** Sala Segunda, recurso de amparo, insiste en que "el art. 25.1 proscribe toda habilitación reglamentaria vacía de contenido material propio (...); la Ley ha de contener los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer (...), correspondiendo al reglamento el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley". En el caso concreto, se considera que una infracción del Reglamento de máquinas recreativas de la Comunidad Autónoma de Canarias ni está tipificado ni constituye desarrollo de ninguna de las infracciones incluidas en la legislación autonómica sobre apuestas y juegos. En la misma línea, las **SSTS de 26 de junio, 2 de julio y 16 de noviembre de 2001,** Sección Séptima, Ar. 7764, 8909 y 10139; y la **STSJ de Murcia, de 26 de septiembre de 2001,** Ar. 1421.

D) Integración del tipo por normas privadas o circulares

Se observa que, en ocasiones, aunque el tipo aparece definido más o menos genéricamente en una norma de rango legal o reglamentario, su integración efectiva –esto es, la conducta que verdaderamente constituye la infracción– puede encontrarse en normas de carácter privado o incluso en Circulares. De ello podemos ofrecer dos ejemplos en el periodo analizado.

– La Ley de Navegación Aérea de 1960 tipifica la realización del vuelo sin cumplir las disposiciones reglamentarias sobre policía y "cualquier otra infracción de las disposiciones de esta Ley o de sus reglamentos". Sobre esta base, el comandante de una aeronave es sancionado administrativamente por el incumplimiento de una Circular Operativa del Manual Básico de Operaciones de la compañía Air Europa, documento aprobado por la Dirección General de Aviación Civil. En definitiva, la conducta infractora por diversos reenvíos aparece definida en una norma de carácter privado, aunque con una aprobación pública. A ello se enfrenta, la **STSJ de Baleares de 26 de junio de 2001,** Ar. 1081, que para salvar la sanción administrativa va a utilizar la doctrina sobre la relajación del principio de legalidad en el ámbito de las relaciones de sujeción especial. El recurrente alega la infracción de la reserva de Ley en cuanto que la norma que tipifica la infracción (Circular Operativa del Manual Básico) no tiene rango legal, adoleciendo además la Ley de Navegación Aérea de una falta de concreción, vaguedad y generalidad, remitiéndose en bloque al reglamento. Ciertamente, dice el Tribunal, que "las circulares no gozan de la consideración de reglamentos (...). Sin embargo, esta afirmación cabe respecto de los administrados en régimen de sujeción general, no de los que están en relación de sujeción especial, como es el caso del comandante recurrente". A este respecto, la sentencia recoge la doctrina del TC, con arreglo a la que "la tipificación necesariamente genérica de las faltas muy graves de probidad, en su aplicación a una persona sometida a relaciones de dependencia especial y conocedora del régimen jurídico que las regula, no vulnera" la reserva de ley.

– La **STS de 3 de diciembre de 2001,** Sección Cuarta, Ar. 10172, entiende que "las Circulares del Consejo Regulador (de la Denominación de Origen Rioja) no pueden configurar infracciones, pero indudablemente (...) contribuyen a integrar determinadas infracciones (...). No se trata, como es obvio, de una remisión en blanco a la Circular, sino de la integración formal de los tipos".

E) Reserva de Ley y relaciones de sujeción especial

"La relación existente entre el Estado y los expendedores de tabaco es de sujeción especial, lo que implica una atenuación del rigor del principio de reserva de Ley en el Derecho administrativo sancionador (...). En estos casos, la reserva de Ley cumple principalmente una función de garantizar la seguridad jurídica. Claro está que también a esas relaciones de sujeción especial sigue siendo aplicable el art. 25.1, y, obviamente, el principio de legalidad del art. 9.3 CE. Pero ello en este caso no puede tener el mismo alcance que en la potestad sancionadora general de la Administración ni mucho menos que respecto a las sanciones penales. Desde luego una sanción carente de toda base normativa legal devendría, incluso en estas relaciones, no sólo conculcadora del principio objetivo de legalidad, sino lesiva de derechos fundamentales, pero esa base normativa legal también existiría cuando la Ley se remita, en la especificación y gradación de las infracciones, al Reglamento" **(STS de 16 de octubre de 2001,** Sección Tercera, Ar. 9148).

F) La utilización en el tipo de conceptos jurídicos indeterminados exige una resolución sancionadora con una motivación más precisa

Afirma la **STS de 3 de marzo de 2001,** Sala de lo Militar, Ar. 9106, que la infracción administrativa muy grave apreciada en la resolución sancionadora que se impugna está definida en Ley Disciplinaria de la Guardia Civil como "observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad de la Institución" y comprende, sin duda, ciertos conceptos jurídicos indeterminados. "Estos conceptos jurídicos no pueden, en sí mismos, estimarse incompatibles con la exigencia de *lex certa*", si bien "esa indeterminación (...) ha de estar, por así decirlo, compensada por la precisión de la Autoridad sancionadora señalando concretamente qué actos se integran en la falta que recoge aquellos conceptos indeterminados".

G) Tipificación de infracciones administrativas por Ordenanzas Municipales

Una Ordenanza Municipal de Circulación de un Ayuntamiento tipifica como infracción "sobrepasar el límite horario indicado por el comprobante, en estacionamiento de vehículo". Al respecto, la **STS de 16 de noviembre de 2001,** Sección Séptima, Ar. 10139, establece "la falta de cobertura legal de la tipificación en la Ordenanza de esta conducta", produciéndose la vulneración del principio de legalidad consagrado en el art. 25 CE. "Ni el artículo 25 LRBRL ni el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 339/1990 por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial suministran base normativa, habilitadora del artículo 7 de la Ordenanza

recurrida, por cuanto se limitan a establecer la competencia de los Municipios en materia de ordenación del tráfico, sin tipificar infracción alguna o determinar su sanción". Tampoco el art. 65.3 de la Ley de Tráfico, que establece que "tendrán la consideración de infracciones leves las cometidas contra las normas contenidas en esta Ley que no se califiquen expresamente como graves o muy graves en los números siguientes", puede habilitar esta tipificación reglamentaria. Al respecto, la Sala, tras reiterar la doctrina del TC que declara la inconstitucionalidad de las cláusulas sancionadoras residuales, mantiene que "para que la imposición de sanciones con base en este precepto sea correcta es necesario que la concreta sanción que en cada caso se quiera imponer se base en el incumplimiento de un deber establecido (con las necesarias condiciones de claridad y certidumbre) en la propia Ley, no bastando a tal efecto que su reglamento de ejecución cumpla dichos requisitos de precisión y delimitación del deber jurídico, si los preceptos reglamentarios no tienen un respaldo legal sobre el que sustenta la infracción y su correspondiente sanción, pues para que se cumplan tales exigencias, resulta preciso que dichos deberes se encuentren precisados ya al nivel de la Ley con el debido grado de especificación".

No obstante, la propia sentencia cita otros pronunciamientos del TS sobre la misma cuestión que han sostenido la cobertura legal de este tipo de infracciones tipificadas por Ordenanza. En el mismo sentido, se pronuncian dos votos particulares.

H) No cabe la aplicación analógica ni la interpretación extensiva en el Derecho Administrativo sancionador

La **STSJ de Baleares de 27 de septiembre de 2001,** Ar. 1198, reitera la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo –frente a alguna sentencia que ha distinguido entre aplicación analógica e interpretación extensiva–, según la cual "en materia sancionadora es preciso que la Ley defina el ilícito, no siendo posible por la vía de la analogía o de la interpretación extensiva la ampliación a supuestos no expresamente previstos en la Ley".

I) El principio de tipicidad admite cierta discrecionalidad de la Administración para imponer una sanción

La **STC 113/2002, de 9 de mayo,** Pleno, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad a propósito del art. 67.1 del Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial: "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".

Esta sentencia constitucional recuerda que la exigencia del principio de legalidad "no se refiere sólo a la tipificación de las infracciones, sino también, y en igual medida, al establecimiento de las sanciones aplicables". Sin embargo, "la necesidad 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 (...). El establecimiento de dicha correspondencia puede dejar márgenes más o menos amplios a la discrecionalidad judicial o administrativa; lo que en modo alguno puede ocurrir es que quede encomendada por entero a ella, ya que ello equivaldría a una

simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio (...). La atribución al órgano sancionador de una facultad discrecional de apreciación para decidir la imposición de tales penas o medidas no es algo extraño en el ordenamiento punitivo español, y cuenta con antecedentes precisos en la esfera penal, cuyas garantías son trasladables –con algunos matices– al ámbito sancionador administrativo (...). Por otra parte, el hecho de que la sanción pueda imponerse con carácter potestativo y no obligatorio, tanto para las infracciones graves como para las infracciones muy graves, sin que el propio artículo fije unos criterios específicos que sirvan como orientación para decidir sobre su imposición y graduación, no supone la consagración legal de una inadmisible discrecionalidad a favor de la administración sancionadora (...), pues la regla del artículo (cuestionado) ha de cohonestarse con el art. 69.1 de la misma Ley, en el que se establecen los criterios que han de servir para graduar, en general, las sanciones previstas en la Ley". Todo ello, lleva al Tribunal Constitucional a fallar que tal precepto cumple con las exigencias que se derivan del principio de legalidad.

J) Vulneración del principio de la predeterminación normativa de la sanción impuesta

En la **STC 25/2002, de 11 de febrero,** Sala Primera, recurso de amparo, alega la parte demandante una vulneración del art. 25 CE por infracción del principio de la predeterminación normativa de las sanciones. En concreto, la sanción, relativa a un incidente producido en la central nuclear Vandellós-I, había sido impuesta en virtud de lo dispuesto por la Disposición adicional segunda de la Ley de creación del Consejo de Seguridad Nuclear. Tal precepto incumple, según la recurrente, la garantía material de la predeterminación de la sanción porque "establece la cuantía de las sanciones omitiendo cualquier graduación, fijando sus límites máximos en función de la autoridad competente, y sin ninguna correspondencia con las infracciones, lo cual impide al administrado conocer la sanción que pudiera corresponderle según el tipo de infracción".

Al respecto, el TC afirma que "la exigencia material absoluta de predeterminación normativa afecta no sólo a la tipificación de las infracciones, sino también a la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles y, como es lógico, a la correlación necesaria entre actos o conductas ilícitas tipificadas y las sanciones consiguientes a las mismas, de manera que el conjunto de las normas punitivas aplicables permita predecir con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que puede hacerse merecedor quien cometa una o más infracciones concretas. Con base en este canon, hemos reprobado explícitamente en otros pronunciamientos la técnica utilizada por la Disposición adicional segunda de la Ley 15/1980, dado que en ella no se establece graduación alguna de las sanciones en función de las infracciones, sino un límite máximo de aquéllas en función del órgano que las impone, dejando a éste un amplísimo margen de apreciación en la fijación del importe de la multa que puede imponer al infractor, a quien no se garantiza mínimamente la seguridad jurídica. Esta técnica legislativa infringe directamente el art. 25.1 CE".

5. ANTIJURIDICIDAD

A) Antijuridicidad y relaciones contractuales privadas

Un torero es sancionado administrativamente por inasistencia injustificada a un festejo taurino. El sancionado alega "que en el contrato, que éste había celebrado con el empresario de la plaza de toros, se había estipulado que los toros a lidiar fuesen de una concreta ganadería, a pesar de lo cual resultaron ser de otra". Sin embargo, la normativa reguladora de la lidia preveía que "si los toros presentados por la ganadería anunciada fuesen rechazados por falta de trapío en el reconocimiento previo, procedía 'remendar la corrida' con otros de ganaderías distintas mediante el reconocimiento y subsiguiente aprobación de estas reses". Por este motivo, la **STS de 17 de mayo de 2001,** Sección Sexta, Ar. 7208, argumenta que "el contrato que el torero recurrente celebró con el empresario de la plaza de toros no le exime de cumplir las normas reguladoras de la lidia (...), sin que el pronunciamiento de la sentencia recurrida, al declarar ajustado a derecho el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración por incumplir tales reglas, constituya una conculcación de los preceptos del Código Civil reguladores de la libertad de pactos ni de las facultades resolutorias de los contratos, que quedan incólumes a pesar de la sanción impuesta".

B) Estado de necesidad como causa de justificación

La entidad actora, para excluir todo posible reproche sancionador, alega la concurrencia de la situación de estado de necesidad, en concreto "las gravísimas circunstancias que atravesaba la empresa" como causa que justificaba la grave infracción cometida consistente en aplicar ayudas y subvenciones públicas a fines distintos de los determinados en su concesión. Para la **STSJ del País Vasco de 19 de enero de 2001,** Ar. 1030, tal alegación no puede ser estimada pues es constante la doctrina jurisprudencial de la Sala Segunda del TS que declara que "para que se produzca y pueda apreciarse la eximente de estado de necesidad es preciso que se plantee una confrontación o colisión de bienes jurídicos dignos de protección en forma absoluta, de tal forma que el ordenamiento jurídico consienta para salvaguardar el bien jurídico más importante, la lesión o puesta en peligro del menos importante, eximiendo de responsabilidad a quien se vea obligado a producir esa lesión o puesta en peligro, teniéndose interpretado por la doctrina jurisprudencial la exigencia de que el mal causante del estado de necesidad absoluto fuera inminente y grave (...), sin que pueda apreciarse cuando no existe la colisión de bienes o no se han agotado las vías legítimas para la salvaguarda de los bienes en colisión o se acude a medios innecesariamente perjudiciales o se prescinde de otros menos gravosos".

6. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

La **STC 75/2002, de 8 de abril,** Sala Primera, recurso de amparo, tras afirmar que el principio de la retroactividad de la ley penal más favorable no es susceptible de amparo constitucional, señala que éste "supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación

con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva".

Por su parte, la **STS de 17 de octubre de 2001,** Sección Cuarta, Ar. 9903, que resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina, establece que "derogado un precepto concreto de la normativa y sustituido por otro más favorable a los particulares siendo ambos relativos a las infracciones, debe aplicarse retroactivamente el precepto más favorable aunque no estuviera vigente en la fecha de autos. Pero (...) para llevar a cabo esa aplicación es necesario que, en efecto, el nuevo precepto no considere infracción la conducta antes calificada como tal o la sancione de modo diferente (...). No procede, en el supuesto concreto, la aplicación retroactiva de normas más favorables, por cuanto la nueva normativa que sustituye a la derogada sigue calificando como infracción la conducta de que se trata y el ordenamiento jurídico aplicable establece sanciones del mismo tipo y cuantía".

7. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA INFRACCIÓN

A) Prohibición de un Derecho Administrativo sancionador "de autor"

Un Guardia Civil es sancionado disciplinariamente por "observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad de la Institución". En el relato fáctico "se recoge que el encartado contrajo numerosas deudas con diversas personas y establecimientos de variado tipo, sin que se especifiquen e individualicen estas diversas deudas, señalándose sólo que las contrajo con el lechero, el panadero, la peluquería, la compañía eléctrica, una tienda de muebles, una empresa de joyería, una gasolinera, la cafetería de la escuela y un transportista de muebles, añadiéndose que también tienen trabado embargo judicial de los haberes que percibe diferentes Juzgados de 1ª Instancia de Lora del Río, Santa Cruz de Tenerife, Lérida, Barcelona y Sevilla ante los que se siguen diversos procedimientos –de carácter ejecutivo, principalmente– a instancias de distintos Bancos, Cajas de Ahorro y otras entidades y empresas, sin que se individualice, siquiera, qué entidades de crédito o empresas son las acreedores y señalándose el importe total de estas deudas bancarias en unos diez millones de pesetas".

Ante este relato de hecho, la **STS de 3 de marzo de 2001,** Sala de lo Militar, Ar. 9106, recuerda que "infringiría frontalmente el principio de legalidad la existencia de un derecho disciplinario 'de autor' que conminara las sanciones disciplinarias en atención a la personalidad del encartado y no según la culpabilidad de éste en la comisión de hechos concretos". Y esa situación de ilegalidad es la que considera que concurre en este supuesto, pues tal motivación "no es expresión de actos externos y determinados, sino manifestación de una forma de comportarse el encartado, descrita en términos genéricos, desde luego, censurable, pero que precisamente por esa inconcreción, no puede aceptarse como fundamento de hecho de la calificación de una falta muy grave que contiene en su descripción típica expresiones de carácter genérico".

B) Responsabilidad de los administradores de las personas jurídicas

La responsabilidad de los administradores "no comporta una preterición del principio de culpabilidad que indudablemente rige en materia sancionadora, ni un olvido del de la personalidad de la sanción, sino una acomodación de estos principios a la efectividad de un deber legal (...) que arrastra, en caso de incumplimiento, la correspondiente responsabilidad de las personas físicas en cuanto integrantes del Consejo de Administración de la entidad, en la medida en que con su actuación o colaboración o por desempeñar el cargo sin la diligencia exigible o sin atender a los principios de buena administración han propiciado la producción de los hechos determinantes de la infracción" **(STSJ del País Vasco de 19 de enero de 2001,** Ar. 1030).

C) Exclusión de la culpabilidad por una interpretación razonable, aunque errónea, de las normas

En el ámbito de las infracciones tributarias, se mantiene la línea jurisprudencial que considera que el "elemento intencional está constituido por la nota de voluntariedad (en puridad, *culpabilidad*) en la acción u omisión tipificada por la Ley, nota que puede no ser apreciable cuando el comportamiento del contribuyente no es caprichoso y tiene su fundamento en una diferencia de criterio razonable respecto de la interpretación que de la norma mantenga la Administración" (entre otras, **STS de 23 de octubre de 2001,** Sección Segunda, Ar. 125; **STSJ de Aragón de 9 de marzo de 2001,** Ar. 1755; **STSJ de Madrid de 18 de abril de 2001,** Ar. 1199; y **STSJ de Extremadura de 28 de septiembre de 2001,** Ar. 1391).

D) La confianza en la actuación de un profesional no exime de culpa

Invoca el recurrente, sancionado por una infracción en materia de viviendas de protección oficial, su falta de culpabilidad, debido a la intervención de profesionales (agentes de la propiedad inmobiliaria) autorizados para ello en la confección del contrato que firmó en la creencia de que actuaba conforme a Derecho. Responde la **STSJ de Cataluña de 15 de junio de 2001,** Ar. 1065, que "se encuentra el Tribunal ante un alegato que habría que enmarcar en una actuación del actor bajo el principio de confianza legítima (...). Si el Estado autoriza a una serie de profesionales a realizar una actividad de asesoramiento (...), los ciudadanos que acuden a tales profesionales lo hacen en la confianza legítima de ser debidamente asesorados para no cometer ilícitos administrativos. (Pero) lo cierto es que no sólo la ignorancia de la Ley no excusa de su cumplimiento, sino que la pretendida causa de exención de la responsabilidad no está contemplada en nuestro ordenamiento".

E) La fuerza mayor

El recurrente había sido sancionado por no haber aportado ciertos documentos de transporte dentro del plazo establecido, frente a lo que alega fuerza mayor, pues el documento se había quemado en un incendio acontecido en las oficinas donde estaba depositado. Ante estas alegaciones y recogiendo la doctrina del TJCE, la **STS de 24 de diciembre de 2001,** Sección Cuarta, Ar. 10239, mantiene que el concepto de fuerza mayor exige "la

concurrencia de dos requisitos: a) que el incumplimiento obedezca causalmente a una circunstancia anormal, ajena al operador y a los riesgos comerciales normalmente asumidos, cuyas consecuencias aparezcan como inevitables o sólo susceptibles de ser evitadas al precio de sacrificios excesivos; y b) que se haya procedido con la diligencia razonable para evitar las consecuencias de la fuerza mayor o para paliarlas en lo posible". A este respecto, concluye que concurre el primer requisito (se trató de un incendio), pero no el segundo, pues aunque "el recurrente efectuó gestiones para lograr la sustitución del documento, demoradas por el cambio de titularidad del buque y las dificultades para dar con los nuevos armadores (...) no puso estos hechos en conocimiento de la Administración dentro del plazo de presentación, como pudo hacerlo, y sólo alegó fuerza mayor en cuanto tuvo noticia de la penalización impuesta".

8. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN

A) Infracción continuada

Inspeccionadas 43 sucursales de un mismo Banco, se observó que en 28 de ellas se incumplían las normas de prohibición de fumar y señalización de zonas diferenciadas. Por ello, la Administración consideró cometidas 28 infracciones e impuso 28 sanciones. Alegado por el Banco que se trata de una única infracción continuada, la **STSJ de Baleares de 11 de junio de 2001,** Ar. 1143, contesta que "no se está en presencia de una infracción continuada (...), sino ante veintiocho infracciones independientes, por cuanto el incumplimiento se produce en veintiocho oficinas bancarias, no son idénticas, y no se está ante un plan preconcebido habida cuenta la observancia en otras sucursales".

B) Aspectos procedimentales del *non bis in idem*

La **STS de 31 de octubre de 2001,** Sección Cuarta, Ar. 9911, mantiene la imposibilidad por la Administración de la adopción de una medida cautelar cuando la actuación judicial ya se haya producido.

9. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) La falta de propuesta de resolución provoca la nulidad de la sanción

Así lo entiende la **STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de abril de 2001,** Ar. 835.

B) Consecuencias de la omisión del trámite de audiencia

Se mantiene la línea jurisprudencial que vincula las consecuencias anulatorias de la omisión del trámite de audiencia con la generación efectiva de una situación de indefensión.

Así, la **STS de 24 de diciembre de 2001,** Sección Cuarta, Ar. 10239, considera que "debe entenderse subsanado el defecto de la falta de audiencia previa del particular en el expediente administrativo, aplicando el principio de economía procesal, cuando no existe indefensión porque aquél tuvo suficientes oportunidades de defensa en vía administrativa (...). Sin embargo, se produce indefensión cuando no se han podido alegar hechos o aportar documentos que son la base y causa jurídica de las normas aplicables".

C) Legitimación del denunciante para ser parte interesada en un procedimiento disciplinario

Una STSJ de Madrid había anulado el acuerdo sancionatorio adoptado por el Consejo General de la Abogacía que, a su vez, había anulado el archivo de actuaciones resuelto por la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Orense. El fundamento de la sentencia de instancia es que el denunciante de los hechos no estaba legitimado para recurrir tal acuerdo. La **STS de 17 de diciembre de 2001,** Sección Sexta, Ar. 10142, afirma que "la clave para determinar si existe o no un interés legítimo en el proceso de impugnación de una resolución dictada en un expediente abierto en virtud de la denuncia de un particular por una hipotética responsabilidad, debe situarse en el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen, en esa esfera". "En el caso que enjuiciamos, surge sin dificultad el interés legítimo del denunciante en la medida que los hechos denunciados directamente le afectaban como abogado en su esfera personal y profesional, pues en el caso de sustitución de un letrado por otro, deontológicamente se ha considerado obligado para el que sustituye no sólo advertir al colega que le ha precedido en el encargo, sino asegurarse de que ha sido satisfecha la minuta que se adeuda".

10. EN ESPECIAL, PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) La prueba de la culpabilidad del presunto infractor corresponde a la Administración

Según la **STSJ de Madrid de 18 de abril de 2001,** Ar. 1198, "la Administración no acredita la concurrencia de los requisitos que justifican la exigencia de responsabilidad, limitándose a expresar que la conducta del sujeto pasivo no está amparada por una interpretación razonable de la norma y que no concurren causas de exclusión de su culpabilidad, sin aportar argumentos que apoyen esas conclusiones, olvidando que no corresponde al supuesto infractor probar su inocencia sino a la Administración demostrar su culpabilidad". En idéntico sentido, **STSJ de Madrid de 18 de abril de 2001,** Ar. 1199.

B) Requisitos que ha de reunir la prueba de cargo. En especial, la ilicitud de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales

Según la **STSJ del País Vasco de 18 de junio de 2001,** Ar. 1438, "la prueba de cargo ha de reunir las siguientes características: 1) real, es decir, con existencia objetiva y constancia en el procedimiento; 2) válida por ser conforme a las normas que la regulan; 3) lícita, por lo que deben rechazarse las pruebas obtenidas con vulneración de los derechos fundamentales; y 4) suficiente, en el sentido de que no sólo se hayan utilizado medios

de prueba, sino que, además, de su empleo se obtenga un resultado probatorio que sea razonable para fundar la acusación y la condena".

En concreto, sobre la ilicitud de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, insiste la **STC 104/2002, de 6 de mayo.** Conectado con este requisito, resulta de interés la **STSJ del País Vasco de 18 de junio de 2001,** Ar. 1438. Invoca la parte recurrente vulneración de sus derechos y libertades en la obtención de las pruebas en las que se funda la Administración para imponer una sanción por contrabando de tabaco. En concreto, por haberse practicado el registro de su automóvil sin el necesario mandamiento judicial y sin contar con su consentimiento. Al respecto, la Sala entiende que "el vehículo, salvo los supuestos de caravana o roulotte, no tiene el carácter de domicilio o lugar donde se desarrolla la vida íntima de una persona, no gozando, por consiguiente, de la protección que a la intimidad domiciliaria presta y otorga el art. 18.2 CE".

C) Requisitos del acta de inspección para que goce de valor probatorio

La **STSJ de Madrid de 20 de enero de 2001,** Ar. 876, refiriéndose a las actas de la Inspección de Trabajo, insiste en que "la sanción sólo puede operar si se han sentado hechos claros directamente conocidos o mencionando las fuentes indirectas de conocimiento de modo preciso, y el valor probatorio de cargo únicamente alcanza a aquellos hechos directamente apreciados de modo que para que opere, resulta precisa una descripción indubitada, no de conclusiones jurídicas o valorativas que de ellos pueda obtener el inspector". Requisitos que no concurrían en el caso enjuiciado, donde el acta "se limita a plasmar unos hechos que la Inspectora de trabajo conoce por versiones de terceros, sin que fueran objeto de averiguación y apreciación directa por la misma, por lo que, en consecuencia, no se puede considerar más que como juicios de valor de nulo valor y efecto para fundar la existencia de un ilícito administrativo sancionable". En el mismo sentido, **STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2001,** Ar. 879.

D) Efectos de la presunción de certeza del acta de inspección: la inversión de la carga de la prueba. Matizaciones

Como se sabe, el art. 137.2 LAP se limita a atribuir valor probatorio –que no una presunción de veracidad– a los hechos constatados por funcionarios que tengan la condición de autoridad y que se formalicen en documento público. No obstante, diversa legislación sectorial sigue reconociendo a las actas de inspección una presunción de veracidad. Precisamente, es esta segunda concepción la que se sigue más habitualmente por la jurisprudencia –con algunas excepciones de las que hemos dado cuenta en crónicas pasadas–. En esta línea se manifiestan las **SSTSJ de Madrid de 20 de enero y 17 de febrero de 2001,** Ar. 876 y 879, o la **STSJ de Andalucía/Sevilla de 23 de enero de 2001,** Ar. 917. Más aún, en ellas se afirma que "el efecto más significativo que dicha presunción *iuris tantum* (de certeza) produce es el de desplazar sobre la parte sancionada la responsabilidad procesal de acreditar que los hechos reseñados en el acta no son ciertos", originándose, con ello, una

inversión de la carga de la prueba sobre el presunto infractor –lo que, por cierto, podría considerarse que vulnera la presunción de inocencia–.

En un sentido más matizado, aunque también partiendo de la presunción de veracidad, la **STSJ de Cataluña de 8 de octubre de 2001,** Ar. 1179, afirma que esta presunción "puede ceder frente a otras pruebas, por lo que no supone una inversión del *onus probandi*, un desplazamiento de la carga de probar, permitiendo al ciudadano actuar, a través de las alegaciones y medios probatorios que interesa, contra el acto de prueba aportado por la Administración". Igualmente, la **STS de 3 de diciembre de 2001,** Sección Cuarta, Ar. 10172, establece con respecto al valor de las Actas de un Veedor –sobre la base que el Reglamento del Consejo Regulador de la Denominación de Origen dispone que las circunstancias que el Veedor consigne en el acta se consideran hechos probados, salvo que por la otra parte se demuestre lo contrario–: "Esta Sala (...) ha declarado que el Acta constituye una prueba documental pública que permite considerar constatados los hechos que refleja, como resulta del art. 137.3 LRJPAC".

E) Fundamento del valor probatorio del acta de inspección

Según la **STSJ de Madrid de 17 de febrero de 2001,** Ar. 879, "el Tribunal Supremo ha establecido el fundamento (mejor: uno de los fundamentos) de dicha presunción (de certeza) en las cualidades de imparcialidad y especialización que, en principio, han de suponerse en las actuaciones de los Inspectores de Trabajo en el ejercicio de sus funciones".

F) Valor de prueba testifical de las denuncias ratificadas de los controladores de la ORA

Para la **STSJ de Murcia de 26 de septiembre de 2001,** Ar. 1421, "el testimonio de un particular, como es el controlador de la ORA, es una prueba legítima, que en principio, aunque no goce de la presunción de veracidad reconocida a las denuncias de las Autoridades y sus Agentes, puede tener eficacia probatoria, sobre todo cuando la otra parte no prueba hechos que por ser contradictorios con los denunciados, pongan de manifiesto la imposibilidad o improbabilidad de estos últimos (...). Solamente en los expedientes en los que el controlador ha ratificado expresamente su denuncia haciendo constar su nombre y apellidos, cabe considerar su declaración como prueba testifical, y tal prueba debe ser valorada conjuntamente con las demás pruebas practicadas para decidir si ha sido desvirtuado o no el principio de presunción de inocencia".

G) La decisión administrativa sobre las pruebas propuestas debe ser motivada

La **STC 104/2002, de 6 de mayo,** recurso de amparo, Sala Primera, reitera que el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa "resulta vulnerado en aquellos supuestos en los que el rechazo de la prueba propuesta carezca de toda motivación o la motivación que se ofrezca pueda tacharse de manifiestamente arbitraria o irrazonable". En la misma línea, la **STSJ de Andalucía/Granada, de 14 de mayo de 2001,** Ar. 1068, aclara que "no se trata de un derecho absoluto e incondicionado a que se lleven a cabo todas aquellas pruebas que se propongan ". En el caso enjuiciado en esta

última, el sancionado propuso como prueba la declaración de un testigo presencial de la maniobra denunciada "lo que no mereció la menor contestación de la Administración, de tal manera que ni se admitió, ni se denegó, ni se practicó, conculcando el derecho de defensa del sancionado (...), sumiéndolo en una absoluta indefensión". A este respecto, la **SAN de 2 de noviembre de 2000,** Ar. 1053, mantiene que "la denegación de pruebas sólo será relevante a efectos de tutela de derechos fundamentales cuando la denegación de las mismas haya producido efectiva indefensión".

H) El momento en que debe resolverse y motivarse sobre la improcedencia de practicar ciertas pruebas propuestas

La **STSJ de Baleares de 11 de junio de 2001,** Ar. 1143, sostiene que "la improcedencia del medio de prueba propuesta por el expedientado en el seno del procedimiento sancionador corresponde adoptarla al Instructor y, naturalmente, antes de que el expediente sea resuelto. Por consiguiente, ni es el órgano resolutor quien puede decidir respecto a la improcedencia de la prueba propuesta ni es ya momento para hacerlo".

I) Aplicación del principio *in dubio pro reo* ante resultados analíticos contradictorios

Se impone sanción por conducir un vehículo con una tasa de alcohol en aire superior a 0,4 mg/l. Si bien, afirma el Tribunal, en la **STSJ de Cataluña de 28 de junio de 2001,** Ar. 1214, que "frente al etilómetro utilizado que dio como resultado unas tasas de alcohol en aire de 0,42 mg por litro de aire expirado y de 0,41 mg por litro de aire expirado, se practicó determinación voluntaria de alcohol en sangre que dio lugar a un resultado emitido por el Instituto Nacional de Toxicología cifrado en 0,6 gramos de alcohol etílico por litro de sangre. De todo ello cabe inferir (...) que si bien en las pruebas de alcohol en aire espirado se superaron las tasas establecidas en 0,4 mg por litro de aire espirado, en las más específicas y especializadas de alcohol en sangre no se alcanzó la tasa de 0,8 gramos por litro de sangre (...). En el peor de los casos (para el sancionado recurrente), ante la contradicción existente, bien se puede comprender que se ha generado la profunda duda de la infracción reglamentaria estimada por la Administración lo que en aplicación del principio *pro reo* debe producir igualmente la anulación de la sanción recurrida".

11. RESOLUCIÓN SANCIONADORA

A) La obligación de la Administración de motivar la resolución sancionadora es un derecho subjetivo público del ciudadano

La **STSJ de Madrid de 18 de abril de 2001,** Ar. 1198, recoge que el requisito de la motivación de la resolución sancionadora "tiene por finalidad dar a conocer al administrado las razones de la decisión adoptada, lo que no sólo asegura la seriedad en la formulación de la voluntad de la Administración, sino que permite al interesado impugnar el acto de que se trate con posibilidad de criticar las bases en que se funda y, en último término, facilita el control que el artículo 106.1 CE encomienda a los Tribunales de Justicia".

En esta línea, la **STSJ de Andalucía/Granada, de 17 de septiembre de 2001,** Ar. 892, concreta estas ideas y añade que "una resolución sancionadora que no contenga ninguna motivación es una resolución materialmente dictada de plano, sin respetar la formalidad esencial procedimental, deviniendo incompatible con el orden de libertades públicas que sostiene el texto constitucional, viniendo a garantizar el derecho a la presunción de inocencia del presunto responsable, que exige que se exprese en la resolución el juicio lógico de valoración de las pruebas de cargo".

B) Falta de motivación de una resolución verbal

Se mantiene la línea jurisprudencial muy restrictiva frente a la posibilidad de resoluciones verbales en el ámbito sancionador: "Todo parece indicar, que la Gobernadora Civil ejerció su competencia sancionadora en materia de tráfico de manera verbal limitándose a prestar conformidad oral a la propuesta de resolución (...). En ningún caso consta que la autoridad sancionadora dictara resolución expresa en la que consignara hechos, fundamentos de derecho y parte dispositiva (...). De donde resulta obvio que las garantías de motivación que son exigibles a la resolución sancionadora no se cumplen en la resolución dictada en forma verbal (...) ya que dicha resolución no alcanza a incorporar el texto de la motivación que la propuesta de resolución pudiera ofrecer como soporte para el cumplimiento de este requisito" **(STSJ de Andalucía/Granada, de 14 de mayo de 2001,** Ar. 1068).

C) Variación del contenido de la resolución definitiva frente al acta de inspección tributaria

La recurrente había sido sancionada por una infracción tributaria. Alega que el Acta de la Inspección –en otro momento, la sentencia se refiere a este documento como Acta de Prueba Preconstituida–, fue modificada a raíz de las alegaciones de la propia recurrente en detrimento de sus intereses, conteniendo la liquidación definitiva una propuesta distinta a la contenida en el acta. A juicio de la recurrente, esto constituye "una *reformatio in peius*, sin un nuevo previo informe del actuario ni una puesta de manifiesto a la interesada del expediente completo". No obstante, la **STS de 13 de julio de 2001,** Sección Segunda, Ar. 7252, afirma que "la propuesta contenida en el Acta de Prueba Preconstituida es susceptible de ser matizada o modificada (...), careciendo, por tanto, del carácter inconmovible que de ella se intenta preconizar (...)". Y añade: "esa liquidación definitiva no exige, según el artículo 57.2 del citado RD 939/1986, ser conceptuada como una nueva Acta o propuesta, notificable, a efectos de nuevas alegaciones a la interesada, sino que es un acto directamente recurrible en las pertinentes vías administrativas y contencioso-administrativas".

D) La ejecutividad de las sanciones y la presunción de inocencia

La **STS de 19 de diciembre de 2001,** Sección Segunda, Ar. 10119, recuerda la STC 66/1984, de 6 de junio, en virtud de la que nuestro más Alto Tribunal "declara la constitucionalidad de la autotutela ejecutiva en materia de Derecho Administrativo sancionador y, por ende, la ejecutividad de los actos administrativos sancionadores como no contraria a la presunción de inocencia ni al derecho 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".

12. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

A) *Dies a quo* para el cómputo del plazo de caducidad del expediente

La **STS de 3 de diciembre de 2001,** Sección Cuarta, Ar. 10172, establece que "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 el del) acto que expresamente disponga la iniciación del expediente con el contenido necesario para producir los efectos inherentes a la existencia de un procedimiento sancionador en trámite (...), (esto es) aquel en que formalmente se inició el expediente sancionador, se nombró instructor, se señalaron los hechos por los que se procedía y se concedió un período de prueba".

B) La caducidad del procedimiento sancionador no extingue la responsabilidad

La **SAN de 2 de noviembre de 2000,** Ar. 1053, recoge la doctrina jurisprudencial del TS según la que "el plazo de caducidad, cuando así se establece expresamente, supone la caducidad de la acción de la Administración para perseguir los hechos a través del concreto expediente caducado, aunque no supone la extinción de la responsabilidad sancionadora".

C) No existe caducidad en los procedimientos disciplinarios militares

Así lo reitera la **STS de 3 de marzo de 2001,** Sala de lo Militar, Ar. 9106, que sostiene que no es aplicable la Ley 30/1992 y que "el exceso del tiempo máximo de instrucción sólo lleva consigo el cómputo de la prescripción a favor del encartado una vez transcurridos los referidos seis meses desde el inicio del expediente".

D) Salvo disposición expresa en contra, el incumplimiento de los plazos que marcan las normas para efectuar ciertos trámites en el procedimiento sancionador constituye una irregularidad no invalidante

Así lo reconoce la **STS de 3 de diciembre de 2001,** Sección Cuarta, Ar. 10172, a propósito del plazo establecido en el art. 20.2 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que establece que la resolución sancionadora debe adoptarse en el plazo de diez días desde la recepción de la propuesta.

E) Necesidad de que la resolución sancionadora se notifique dentro del plazo de prescripción

Para la **STS de 14 de febrero de 2001,** Sala de lo Militar, Ar. 9305, "la resolución sancionadora que pone fin al procedimiento disciplinario debe ser notificada dentro del

plazo de prescripción. La resolución válida precisa del complemento de la puesta en conocimiento del sancionado como requisito de eficacia (...). La notificación extemporánea no afecta a la validez del acto, pero obsta que éste alcance los efectos consiguientes y, por tanto, el de interrumpir la prescripción".

13. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS SANCIONES

A) La indefensión en el procedimiento administrativo sancionador no es subsanable en el proceso contencioso-administrativo

La **STSJ de Baleares de 11 de junio de 2001,** Ar. 1143, pone de relieve la independencia del procedimiento administrativo sancionador y del proceso contencioso-administrativo y, citando la STS de 12 de febrero de 1990, Ar. 774, dice: "la resolución administrativa debe dictarse respetando el sistema de garantías (...) del administrado frente a la Administración. Si este sistema no se respeta, el acto administrativo resulta viciado. La defensa posible ante la jurisdicción no elimina la realidad y significación jurídica de la indefensión producida ante la Administración, so pena de confundir los papeles de ésta y aquélla; no le corresponde a la Jurisdicción imponer las sanciones, de ahí que las garantías legales para su imposición no pueden cumplirse ante ella, cuya misión se reduce a controlar si tales garantías se observaron o no por la Administración".

B) No cabe modificar los hechos de imputación de la resolución sancionadora en el recurso jurisdiccional

"Aunque la naturaleza de proceso de pleno conocimiento del contencioso-administrativo en el que se ejerce el control jurisdiccional de las resoluciones dictadas por las autoridades con potestad sancionadora permite al Tribunal la modificación de tales hechos, formulando, en definitiva, su declaración de probanza con arreglo al debate fáctico de las partes, o estableciendo que no se encuentran suficientemente acreditados, es lo cierto que esa plena cognición no autoriza a suplir íntegramente a la Autoridad disciplinaria en el ejercicio de su facultad de fijación de los hechos por los que sanciona, porque hacerlo así (...) representaría una evidente conculcación del derecho de defensa del encartado, que ha de partir de los hechos consignados en dicha resolución, objeto de impugnación, y que son los únicos a los que puede alcanzar –en su caso– el reconocimiento que de ellos haga la parte recurrente" **(STS de 3 de marzo de 2001,** Sala de lo Militar, Ar. 9106).

C) Posibilidad de sustituir o modular la sanción

La **STSJ de Madrid de 9 de marzo de 2001,** Ar. 1043, establece que "el principio de proporcionalidad impide la libérrima discrecionalidad de la Administración para elegir la sanción a imponer. Así pues, la Administración califica los hechos constitutivos de falta, y aplica la sanción correspondiente, pero la Jurisdicción contenciosa controla a posteriori si queda probado de forma clara que el infractor haya cometido dicha falta y si la sanción aplicada es proporcional a dicha infracción, indicando en caso contrario la revocación de la sanción o la sustitución de la sanción por la más adecuada según las circuns-

tancias apreciadas por la Sala". Esto último es precisamente lo que hace la **STS de 13 de julio de 2001,** Sección Segunda, Ar. 7252, que reduce directamente la sanción en un 50 por ciento; o la **STSJ de Cataluña de 21 de junio de 2001,** Ar. 1212, que reduce la sanción disciplinaria impuesta a unos Mossos d'Esquadra de seis a tres meses de suspensión de funciones, sobre la base del principio de proporcionalidad –se les había sancionado por atentar contra la imagen del cuerpo, pero el Tribunal aprecia que eran funcionarios en prácticas y no de carrera–.

Lucía Alarcón Sotomayor
Manuel Rebollo Puig
Manuel Izquierdo Carrasco

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Causa y objeto de la expropiación. A) Ocupación previa que trae causa en un proyecto técnico que incurre en desviación de poder en la apreciación de la *causa expropriandi*. B) Expropiación parcial: juego de los artículos 23 y 46 de la LEF y cálculo del demérito producido. **3. Determinación y pago del justiprecio.** A) Cálculo del justiprecio en aprovechamientos hidroeléctricos. B) Determinación del sujeto imputable del pago de los intereses por demora en la fijación del justiprecio. Incremento de la deuda en dos puntos sobre el tipo del interés legal a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. **4. Garantías formales.** A) Vía de hecho. Compatibilidad de competencia jurisdiccional civil y contencioso-administrativa: doctrina general. **5. Garantías sustanciales.** A) Reversión: improcedencia de su aplicación para la retrocesión de los bienes cedidos en un contrato interadministrativo de donación que dejan de afectarse al fin para el que se cedieron. B) Expropiación de terrenos adyacentes a una vía de comunicación en aplicación de la Ley de ordenación de las edificaciones contiguas a las carreteras. No hay incumplimiento de la *causa expropriandi* por acordar la reparcelación de los terrenos sobrantes: reversión improcedente.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Del centenar de pronunciamientos analizados para elaborar la presente crónica puede decirse que muy pocos sientan doctrina realmente novedosa o de especial significación en la materia, si bien es verdad que más de una veintena de dichos pronunciamientos se refieren a la valoración de empresas del Grupo RUMASA, reiterando la importante doctrina que ha sido comentada por nosotros en las dos crónicas anteriores y que damos por reproducida en este número.

Especial interés suscita el tema del control por el contencioso de las vías de hecho administrativas, sobre todo puesto el tema en relación con la posibilidad o no de plantear en la actualidad interdictos civiles a la luz de lo previsto en el artículo 125 de la LEF, que al igual que el artículo 101 de la Ley 30/1992 y otros correlativos contemplados en nor-

mas especiales, no ha sido explícitamente derogado por norma alguna. Tema de especial trascendencia a efectos generales al que dedicamos la oportuna atención.

Por otra parte, quizás merezca algún realce la doctrina relativa a la determinación del sujeto imputable del pago de los intereses por demora en la fijación del justiprecio, que también se pronuncia sobre el incremento de dos puntos en el interés legal del dinero tras el tratamiento que esta cuestión ha recibido en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil.

2. CAUSA Y OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

A) Ocupación previa que trae causa en un proyecto técnico que incurre en desviación de poder en la apreciación de la *causa expropriandi*

La **STS de 29 de mayo de 2001,** Ar. 7676, resuelve en casación un recurso deducido por la Administración frente a la estimación del recurso administrativo interpuesto contra la ocupación de unos terrenos para la ejecución de un proyecto de modificación del trazado de una carretera destinado a crear un nuevo ramal de servicios y sus correspondientes accesos. La pretensión del expropiado se fundaba en la existencia de desviación de poder en la aprobación de dicho proyecto, lo que es estimado por la Sala *a quo* porque a la luz del expediente y de las actuaciones del caso, y pese a reconocer dicha Sala que la aprobación del proyecto en cuestión es un supuesto de discrecionalidad técnica, se evidencia que el diseño de los nuevos accesos y salidas beneficia de modo particular al propietario de un establecimiento hotelero situado en el borde de la carretera, cosa que se deduce –entre otras circunstancias– del incumplimiento de la reglamentación de distancias mínimas para salidas en el ramal proyectado y de la nula ponderación de las exigencias de seguridad vial en el proyecto (régimen de distancias y de seguridad que, como aprecia el Tribunal de instancia, constituyen elementos reglados de la potestad). Uniéndose a las apreciaciones de la Sala *a quo*, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación planteado, no sin antes hacer unas interesantes consideraciones sobre la desviación de poder que, dado su carácter de doctrina general y la inusual apreciación judicial de dicha tacha (máxime en supuestos de discrecionalidad técnica), merece la pena transcribir:

> "La Sala de instancia apreció la existencia de lo que en Derecho Administrativo suele designarse con la expresión desviación de poder (versión a la lengua española de su correspondiente en lengua francesa) y que, contra lo que suele pensarse, es un concepto de teoría general del Derecho, ya que puede darse en cualquier sector del ordenamiento jurídico, por más que la denominación que suele emplearse en esos otros sectores es la de fraude de ley, y que, junto con el abuso de poder, se produce cuando el titular de la potestad –el poder público en el caso que nos ocupa– utiliza una determinada unidad jurídica, como puede ser la propia competencia, para fines distintos de los previstos en la ley. Entre abuso de poder y fraude de ley hay una diferencia de grado: el abuso de poder se produce de

forma tosca y la apreciación de su existencia es, por eso, relativamente fácil. No es éste el caso del fraude de ley, que se produce mediante el empleo de técnicas que, en ocasiones, son de una sutileza tan extremada, que resulta muy difícil –a veces imposible– detectarlo y, en su caso, probar que efectivamente se ha producido.

Esto explica que no abunden en la jurisprudencia sentencias que declaren la existencia de desviación de poder en actuaciones administrativas. Y no está de más advertirlo porque con más frecuencia de lo que fuera deseable, se tiende a ver en esas desestimaciones una manifestación de un mal entendido respeto por el impresionante poder de las Administraciones públicas. No hay tal. Es la misma dificultad de acreditar la existencia de un fin ilegítimo arropado con el disfraz del fin previsto en la ley lo que hace siempre inusuales las declaraciones de existencia de este vicio, y, muy particularmente, en el ámbito de lo contencioso-administrativo."

B) Expropiación parcial: juego de los artículos 23 y 46 de la LEF y cálculo del demérito producido

La garantía patrimonial expropiatoria que con carácter general consagra el art. 1 de la LEF obliga a compensar no sólo la pérdida del bien, sino también cualquier menoscabo o consecuencia dañosa que se experimente con ocasión de la privación coactiva de la propiedad u otros derechos patrimoniales. En aplicación de este principio, y como nos recuerda la **STS de 26 de junio de 2001,** Ar. 7992, los arts. 23 y 46 de la LEF contemplan dos garantías diferentes para los supuestos de expropiación parcial: la expropiación de parte de una finca que hace antieconómica para el propietario la conservación del resto no expropiado; y el demérito que se le ocasiona por la expropiación parcial respecto de la parte no expropiada cuya explotación, sin llegar a ser antieconómica, produce una minusvalía en su aprovechamiento.

El juego de ambos preceptos está bien decantado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, como hemos podido comprobar en ocasiones anteriores (véase, por ejemplo, el número 9 de esta Revista, pág. 144), tiene declarado que cuando concurren los requisitos a los que se refiere el art. 23 de la LEF y el interesado insta la expropiación total no cabe obligar a la Administración a que la acuerde si el interés público no lo demanda, sin perjuicio del efecto prevenido en el art. 46. Junto a ello, es doctrina del Tribunal Supremo reconocer que el interesado puede optar entre pedir la expropiación total de la finca o solicitar que se le indemnice el demérito, sin que, como reitera la **STS de 23 de julio de 2001,** Ar. 8025, esta indemnización esté condicionada a la necesidad de pedir previamente la expropiación de la totalidad de la finca. No obstante, si la petición de la expropiación total se produce conforme al art. 23 de la LEF, el derecho a la indemnización por el demérito producido es, tal y como afirma la **STS de 10 de julio de 2001,** Ar. 8241, una consecuencia insoslayable de la denegación de dicha expropiación total. Insoslayable hasta el punto de poder considerar que la economía procesal que demanda el principio a la tutela judicial efectiva exige el reconocimiento de dicha indemnización en sede judicial al resolver el recurso contra la denegación de la expropiación total, sin que por ello:

> "queden enervadas en absoluto las funciones que tiene reconocidas el Jurado de Expropiación para definir el justo precio correspondiente y sin que pueda, en fin, aducirse la inexistencia de acto administrativo previo rememorando el antiguo sentido restrictivo de la jurisdicción revisora, en primer lugar porque en la actualidad ésta sólo exige la existencia de un acto administrativo previo, que en el supuesto actual se concreta en la denegación de la expropiación total, y en definitiva porque de tal denegación fluye como correlato necesario la indemnización reconocida".

En este contexto interpretativo, el Tribunal Supremo tiene declarado que la valoración del demérito no es algo definido y prejuzgado en la LEF, que no establece método alguno para calcular el monto de esa indemnización. En consecuencia, ha sido la jurisprudencia la encargada de fijar dicho método, que se cifra en un porcentaje cuya determinación queda al prudente arbitrio del Tribunal. En uso de esa libertad estimativa, los porcentajes aplicados por la jurisprudencia han sido muy variados, yendo desde el 12,5 por ciento en la STS de 22 de marzo de 1993, Ar. 1810, hasta el 90 por ciento que reconoció la de 12 de diciembre de 1984, Ar. 6101. La superficie sobre la que ha de girarse el mencionado porcentaje suele ser la de la parte de la finca no expropiada, e incluso hay jurisprudencia que declara que ésa es la superficie adecuada (STS de 22 de marzo de 1993), aunque en ocasiones se ha admitido girar el porcentaje sobre la parte expropiada, como reconoce la **STS de 15 de mayo de 2001,** Ar. 7971, ya que lo verdaderamente esencial en esta cuestión es, según afirma el último pronunciamiento citado, "que se reconozca una indemnización proporcionada al perjuicio real", sin que la Ley establezca más límite a la potestad estimativa del juzgador.

Finalmente cabe reseñar que también es doctrina consolidada del Tribunal Supremo, en los términos que refrenda la **STS de 29 de septiembre de 2001,** Ar. 9184, que la indemnización que se reconozca por el demérito de la parte sobrante no puede verse incrementada con el cinco por ciento del premio de afección, pues éste se concede únicamente para compensar la pérdida de los bienes o derechos expropiados, lo que determina su improcedencia cuando éstos permanecen en la esfera patrimonial del expropiado.

3. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

A) Cálculo del justiprecio en aprovechamientos hidroeléctricos

En materia de expropiación de concesiones de aprovechamientos hidroeléctricos, el criterio jurisprudencial consolidado es el de la indemnización compensatoria por la pérdida de todo el caudal que sea potencialmente susceptible de ser aprovechado, con independencia de cual sea el aprovechamiento real o actual del mismo. Es decir, en este tipo de aprovechamientos el justiprecio ha de girarse por la totalidad del derecho concedido y no sólo por la potencia instalada o en explotación. Junto a ello, el Tribunal Supremo ha declarado la procedencia de atemperar el montante de la valoración en función de un

tiempo diario teórico en el que es posible la generación eléctrica, que el Tribunal viene cifrando en dieciocho horas al día, pues aunque las centrales eléctricas pueden estar en funcionamiento las veinticuatro horas del día, se deben descartar seis horas diarias para proceder a las tareas de limpieza y puesta a punto que exige la normativa aplicable.

Estos criterios son los que aplica la **STS de 28 de julio de 2001,** Ar. 9170, para estimar en casación el recurso planteado por el titular de una concesión hidroeléctrica expropiada cuyo derecho había sido minusvalorado en la resolución del proceso de instancia, donde se había justipreciado tan sólo la potencia extraída por el único generador en uso (cuando la explotación contaba con otras tres bocas que permitían –al menos hipotéticamente– la explotación de otros tantos generadores), y cuyo tiempo de trabajo había sido estimado también en menos de las dieciocho horas que estipula la jurisprudencia. Estimado el recurso, el Tribunal Supremo procede a valorar el derecho de la recurrente aplicando los criterios objetivos de aprovechamiento y tiempo potencial máximo que viene aplicando a este tipo de concesiones.

B) Determinación del sujeto imputable del pago de los intereses por demora en la fijación del justiprecio. Incremento de la deuda en dos puntos sobre el tipo del interés legal a la luz de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil

La **STS de 6 de octubre de 2001,** Ar. 9196, resuelve en casación el recurso presentado por la Administración municipal expropiante contra una sentencia del TSJ de Andalucía en la que se declaraba la responsabilidad del Ayuntamiento en el pago de los intereses de demora generados en la tramitación del expediente durante el tiempo en que éste permaneció pendiente de resolución ante el Jurado de Expropiación correspondiente. Tal imputación contraviene la doctrina jurisprudencial según la cual la Administración responsable en estos casos es aquella de la que depende dicho Jurado, pero la Sala de instancia rechazó la oposición que en tal sentido había manifestado la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento afectado al contestar la demanda con los argumentos de que la declaración de responsabilidad del Jurado no puede realizarse sin darle audiencia previa y que el expropiado no debe soportar las consecuencias de un retraso al que es ajeno, mientras que la Administración expropiante tiene expedita la vía de la reclamación por responsabilidad patrimonial frente al Jurado.

Estos argumentos son rechazados por el Tribunal Supremo al estimar la casación planteada, pues, aunque sea cierto que el expropiado no debe soportar las consecuencias del retraso producido, ello no justifica que deba hacerse recaer el pago de los intereses sobre la Administración expropiante, que tampoco es la responsable de la mora. En efecto, el art. 56 de la LEF sólo impone a dicha Administración el deber de soportar los intereses por la demora en la determinación del justiprecio cuando es la culpable del retraso, y el art. 72.1 del REF, reiterando este principio de responsabilidad por culpa, señala que el pago de los intereses por demora en la tramitación del justiprecio se imputará al causante de la misma. Por ello, el Tribunal Supremo concluye que si en este caso el culpable fue el Jurado no cabe imputar las consecuencias del retraso a la Administración expropiante con el argumento de que aquélla tiene expedita la vía para reclamar su culpa al Jurado.

Dicho esto, el Tribunal Supremo recuerda la orientación jurisprudencial iniciada por su Sentencia de 3 de mayo de 1999, Ar. 4908, según la cual, y partiendo del presupuesto de que la responsabilidad por demora en la determinación del justiprecio no puede considerarse solidaria entre las Administraciones que intervienen en el expediente expropiatorio, cabe declarar dicha responsabilidad en el mismo proceso en donde se dirime la fijación del justiprecio siempre que la Administración de la que depende el Jurado hubiese sido parte en él, sin necesidad, por tanto, de que los propietarios expropiados se vean compelidos a formular una nueva reclamación. Cuando la referida Administración, sujeto imputable de la responsabilidad, no esté personada en el caso, como sucedía en el proceso que se siguió ante el TSJ, lo procedente hubiera sido que dicho Tribunal la hubiese emplazado para que alegase y probase lo que a su derecho conviniera a la vista de la oposición formulada por la Administración expropiante y a efectos de hacer posible un pronunciamiento sobre tal extremo, cosa que ahora se ve obligado a acordar el Tribunal Supremo al casar la sentencia relegando la determinación de la cuantía de los intereses debidos y del sujeto responsable de la responsabilidad por la demora en la fijación del justiprecio a la fase de ejecución de la sentencia, ordenando que se abra un incidente a tal efecto al que habrán de ser convocados, amén del expropiado, la Administración expropiante y la de la que depende el Jurado.

Finalmente, la sentencia comentada se pronuncia sobre la supuesta conculcación del art. 921 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil que es alegada por la Administración expropiante habida cuenta que la Sala de instancia incrementó en dos puntos sobre el tipo del interés legal del dinero el interés devengado a favor del expropiado por la demora en la fijación del justiprecio. El Tribunal Supremo rechaza este otro motivo de casación esgrimido por la Administración expropiante recordando su consabida doctrina sobre el art. 921 de la LEC, según la cual la única Administración excepcionada de dicho incremento en las deudas debidas por la Hacienda Pública es la Administración estatal. Sin embargo, a renglón seguido, el Tribunal Supremo realiza una consideración *ad obiter dicta* que merece ser transcrita por la significación que pueda tener en vista de la reforma operada por la nueva LEC en este punto:

> "no cabe duda que a la vista de lo establecido por el art. 576.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en el que se alude a las Haciendas Públicas, tal doctrina habrá de ser revisada, pero, a su vez esta nueva norma explica y justifica nuestra referida interpretación del art. 921, último párrafo, de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, en el que se aludía exclusivamente a 'las especialidades previstas para la Hacienda Pública por la Ley General Presupuestaria', y no, como ahora dispone el aludido art. 576.3 de la citada Ley 1/2000, a 'las especialidades legalmente previstas para las Haciendas Públicas', razón más que suficiente para que este segundo motivo de casación no pueda prosperar".

4. GARANTÍAS FORMALES

A) Vía de hecho. Compatibilidad de competencia jurisdiccional civil y contencioso-administrativa: doctrina general

La **STS de 26 de junio de 2001,** Ar. 8235, resuelve en casación un recurso planteado por un Municipio que había consumado una actuación expropiatoria a través de una manifiesta vía de hecho consistente en haber prescindido absolutamente del procedimiento establecido al efecto. El rechazo del recurso no ofrece dudas para el Tribunal Supremo, pero comoquiera que una de las alegaciones del Ayuntamiento recurrente se basa en la incompetencia de jurisdicción por la ausencia de acto previo susceptible de recurso, el Ponente (Excmo. Sr. González Navarro) se siente inclinado a hacer una serie de consideraciones en relación a la competencia de la jurisdicción contenciosa frente a las vías de hecho administrativas de las que merece la pena dar cuenta, así como añadir por nuestra parte alguna consideración sobre este tema.

El Tribunal recuerda su doctrina elaborada bajo la vigencia de la anterior LJCA –aplicable al caso de autos–, que admite pacíficamente la posibilidad de combatir las vías de hecho administrativas sin necesidad de acudir a la jurisdicción civil, reconociendo no obstante la posibilidad de la vía interdictal, más rápida y expedita, ante dicha jurisdicción. La sentencia trascribe en este punto los pasajes más lucidos de la STS de 22 de septiembre de 1990, Ar. 7285, elaborado en su día por el mismo Ponente, que contiene la mejor doctrina en materia de interdictos contra la Administración y sobre el efecto de la nulidad que conlleva la actuación en vía de hecho cuando es juzgada en sede contencioso-administrativa.

> "Pudo el apelado haber utilizado la vía interdictal ante la jurisdicción civil, pues en estos casos el ordenamiento español autoriza el empleo de esta vía procesal más rápida con carácter general en el artículo 103 de la Ley de Procedimiento Administrativo (la redacción en forma negativa que adopta este precepto no debe impedir su correcta intelección: los interdictos contra la Administración son posibles cuando el acto está viciado por falta de competencia de su autor o por no haber respetado éste las formas procesales exigibles). Pero, por las razones que sea, ha preferido recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa que también puede y debe otorgarle protección. En todo caso importa dejar claro que no sólo la jurisdicción contencioso-administrativa sino también la civil podía y tenía que otorgarle protección. En el caso de la civil por la vía interdictal. Porque el ordenamiento español desde hace muchos años admite los interdictos contra la Administración (desde hace más de un siglo, concretamente desde la famosa Real Orden de 8 de mayo de 1839 que, si bien los prohibía con carácter general los admitía cuando la Administración no hubiera actuado 'en los negocios que pertenecen a sus atribuciones'. Esta excepción pasó a la Ley municipal de 1870 –art. 89– el Estatuto Calvo Sotelo de 1924 –art. 259– y a la Ley de Régimen Local de 1955 –art. 403.2– siquiera la redacción oscura de estos preceptos no haya favorecido –antes al contrario– su aplicación. Hoy día es indudable que el ordenamiento español rechaza con carácter general –artículo 103 citado de la Ley de procedimiento y 149.1.18.ª de la Constitución), las actuaciones administrativas por vía de hecho, los cuales constituyen una forma de violencia sobre el ciudadano y sobre sus bie-

> nes incompatibles con lo que el poder público es y tiene que ser en un Estado de derecho: servidor de los ciudadanos y escudo de sus libertades. Y por ello ha reforzado la protección confiriéndole, además, de la vía normal de protección –la administrativa– la más rápida –y que debería ser atendida siempre– del interdicto civil."

Es importante notar que, como hemos dicho, el pasaje transcrito data de 1990 y es reiterado por la Sentencia comentada en su Fundamento Cuarto. B). Entonces no se hallaba planteado el problema que ha venido a traer la nueva LJCA de 1998 acerca de la compatibilidad o no del recurso contencioso contra las vías de hecho y los interdictos civiles. Por ello, la transposición de ese pronunciamiento al momento actual parecería que respalda la tesis de la compatibilidad entre ambas acciones, asunto muy clave que gravita hoy sobre las garantías del administrado. Y ello máxime a la vista de otros pronunciamientos adicionales de la Sentencia en los que deja constancia del nuevo régimen implantado por la referida LJCA de 1998, lo que conjugado con el párrafo antes transcrito conduce a la idea de que la Sentencia abona la tesis de la compatibilidad. Así:

> "En efecto, en nuestra Sentencia de 18 de octubre del 2000, tuvimos ya ocasión de decir que la nueva LJCA de 1998, de 13 de julio (que entró en vigor a los cinco meses de su publicación en el BOE del día 14 de ese mes y año) incluye en su articulado una regulación –ciertamente dispersa y quizá no del todo satisfactoria, pero, en cualquier caso, más perfecta que la existente hasta el momento de su publicación– del control de la vía de hecho: un repaso a los artículos 25, 30, 45, 71, 108 y 136 de la nueva ley, y su comparación con los artículos 103, LPA y 101, LRJPAC confirma lo que decimos. Pero incluso bajo la normativa anterior, la posibilidad de combatir la vía de hecho administrativa, sin necesidad de acudir a la jurisdicción civil sino ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ha venido siendo admitida por la jurisprudencia."

Mas la verdad es que en buena y recta interpretación de la Sentencia no es lícito llegar a esa conclusión por más que la propia Sentencia pueda dar pie a ello. Es más, no venía obligada la Sala a pronunciarse sobre ese tema dada la fecha en que se inició el asunto, e incluso se advierte en un pasaje de la Sentencia que no se quiere profundizar más ["Innecesario resulta alargar más nuestro discurso, a la vista de lo que acabamos de exponer (...)", se dice en el FJ 4º.B)], pues de lo que se trataba era de fundamentar, sin más, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de la vía de hecho controvertida, cosa en cierto modo pacífica desde hace ya no pocos años. Mas no es menos cierto que la Sentencia, al traer a colación el tema de la defensa interdictal para redondear su argumentación, se desliza hacia el meollo de la controversia que se plantea en la actualidad quizás más de lo necesario para luego quedarse en el borde mismo del problema. Por ello nos deja la Sentencia la sensación de que "sabe a poco".

Se comprenderá lo que acabamos de decir si se tiene en cuenta la rara unanimidad con que las Sentencias de la "jurisprudencia menor" emitida por las Audiencias Provinciales han abordado el problema de los interdictos contra la Administración, considerando erradicada de la jurisdicción civil tal competencia a partir de la reforma de la LOPJ de

1998 y el correlativo nuevo recurso contencioso contra las vías de hecho instaurado por la LJCA del mismo año. Así, SS de 23 de marzo de 2000, AP Las Palmas; 6 de abril de 2000, AP Lérida; 11 de mayo de 2000, AP Zamora; 30 de mayo de 2000; AP Madrid; 27 de julio de 2000, AP Pontevedra; 18 de diciembre de 2000, AP Asturias; 22 de enero de 2001, 29 de enero de 2001, AP Santa Cruz de Tenerife (tras ponderado análisis de las dos interpretaciones que se mantienen); 22 de enero de 2001, AP Vizcaya; Auto 9 de febrero de 2001, AP Zaragoza; 2 de marzo de 2001, AP León; 18 de mayo de 2001. Por excepción, no se inscriben en esta corriente y parecen aceptar la doble vía –aunque no contienen argumentos incisivos en tal sentido– las SS de 5 de octubre de 2000, AP de Toledo y la de 18 de mayo de 2001, AP Ciudad Real.

Este arranque de la jurisdicción civil nos ha parecido sorprendente dada su proclividad tradicional a la defensa de sus competencias, máxime cuando las aquí discutidas están vinculadas en buena parte a la tutela de la posesión y la propiedad. No es que no parezca mal el monopolio de la jurisdicción contenciosa para controlar las vías de hecho, pues esto es precisamente lo que propugnamos en su día (*Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988). Más ello no quita para que desde un punto de vista rigurosamente técnico no veamos discutible que la reforma de la LOPJ de 1998 haya eliminado tan claramente como se suele decir la posibilidad de entablar contra la Administración acciones civiles de tipo interdictal (ya no se llaman así en la nueva LEC). Aunque, como hemos escrito en otro lugar, la tendencia marcada inicialmente por las Audiencias Provinciales parece ya irreversible, se explica bien la expectación que suscita un futuro pronunciamiento del orden contencioso del TS que aborde y resuelva definitivamente esta cuestión.

En otro orden de cosas, la sentencia rechaza un segundo argumento esgrimido por la Administración recurrente, según el cual la acción por responsabilidad derivada de la actuación en vía de hecho habría caducado por el transcurso del plazo de un año desde la ocupación de los terrenos cuando se produjo la reclamación judicial. De forma concisa y contundente, la sentencia rechaza tal pretensión afirmando que:

> "no estamos ante un caso de ese tipo, sino ante la privación de su propiedad a un titular registral que se ha llevado a efecto sin sujeción a procedimiento. No es un año, sino treinta, los que tendrían que haber transcurrido para hablar de prescripción –que no de caducidad– según el art. 1959 del CC, plazo que no había transcurrido cuando se plantea la reclamación".

5. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Reversión: improcedencia de su aplicación para la retrocesión de los bienes cedidos en un contrato interadministrativo de donación que dejan de afectarse al fin para el que se cedieron

La **STS de 12 de junio de 2001,** Ar. 7760, conoce en casación de la denegación por parte del Ministerio de Defensa de la petición reversional solicitada por el Ayuntamiento de Lugo en relación a unos terrenos sobre los que se asentó un antiguo campo de tiro mili-

tar. Dichos terrenos fueron cedidos para tal menester por el Ayuntamiento aludido que fundamenta ahora su derecho de reversión en que tal cesión constituyó una donación modal que ha llegado al punto de su resolución, por cuanto imponía al donatario el gravamen o carga de dedicarlos a una estricta finalidad militar que desapareció tras la decisión del Ministerio de Defensa de desafectar los terrenos al fin para el que fueron cedidos.

A la vista de esta argumentación, el Tribunal Supremo declara que el contrato celebrado entre ambas Administraciones tiene naturaleza administrativa y carácter innominado, pudiéndose calificar de donación. Lo que rechaza el Tribunal Supremo –y en esto disiente del Tribunal *a quo*– es la posibilidad de aplicar a ese negocio el derecho de reversión previsto por el ordenamiento para el instituto de la expropiación, que no es aquí el caso, aunque el efecto que provoca la desaparición de la causa del contrato pueda ser el mismo. En efecto, dado que el negocio examinado se trata de un contrato innominado celebrado entre dos Administraciones Públicas para los que el ordenamiento administrativo no prevé reglas especiales de extinción, éstas habrán de ser las del Derecho común. Y, aplicando dichas reglas, la sentencia comentada concluye que la desafectación de los terrenos produce la desaparición de la causa del negocio, de la *ratio essendi* que lo justificó, por lo que desde ese momento queda desprovisto de eficacia jurídica, de modo que, habiéndose producido la condición prevista, procede la retrocesión de los bienes cedidos.

B) Expropiación de terrenos adyacentes a una vía de comunicación en aplicación de la Ley de ordenación de las edificaciones contiguas a las carreteras. No hay incumplimiento de la *causa expropriandi* por acordar la reparcelación de los terrenos sobrantes: reversión improcedente

Al objeto de ejecutar la avenida principal de acceso al aeropuerto de San Pablo de Sevilla, la Administración estatal acordó en 1958 la expropiación de las fincas comprendidas en una zona adyacente a cada lado de la mencionada avenida en aplicación de lo dispuesto en la Ley de 7 de abril de 1952, de Ordenación de las edificaciones contiguas a las carreteras, y en la Ley de Obras públicas de 1877 y su Reglamento de desarrollo. Estas disposiciones, unidas a la legislación urbanística aplicable en el momento en que tiene lugar la expropiación (Ley del Suelo de 1956), consideran superficies expropiables las zonas contiguas de influencia de las carreteras comprendidas en unas franjas laterales de veinticinco o cincuenta metros según se trate de poblaciones inferiores o superiores a los cien mil habitantes. La expropiación de estas franjas, según se deduce de esta legislación especial, tiene por finalidad permitir la ocupación de los terrenos necesarios para la realización de la obra proyectada, pudiendo ser los sobrantes objeto de parcelación para su posterior edificación en los términos que prevea el plan urbanístico correspondiente.

Ante la reparcelación de parte de los terrenos que no fueron finalmente empleados en la construcción de la vía, y que fueron adjudicados por subasta pública a una promotora, algunos de los antiguos propietarios de dichas franjas laterales de terreno solicitaron la reversión de los mismos, pretensión que fue atendida por la Sala correspondiente del TSJ de Andalucía como resultado de ponderar dos circunstancias que hacían procedente la

reversión: que la ordenación del sector y la calificación del destino de los terrenos sólo tuvo lugar varios años después de su expropiación, cuando fue aprobado el Plan General de Ordenación; y que la normativa especial en la que traía causa la expropiación de los terrenos adyacentes era anterior a la Ley de Expropiación de 1954, lo que determinaba, a juicio de la Sala de instancia, que dicha ley, y en particular la regulación de la reversión que contiene su art. 54, fuera de aplicación preferente e hiciera procedente la reversión por desaparición de la *causa expropriandi*.

Frente a esta resolución, la Gerencia Municipal del Ayuntamiento afectado interpuso un recurso de casación que es resuelto en sentido estimatorio por la **STS de 22 de mayo de 2001,** Ar. 7758. El principal argumento esgrimido por el Tribunal Supremo para casar la resolución de instancia es que la normativa especial contenida en la Ley de Ordenación de las edificaciones contiguas a las carreteras, pese a ser dos años anterior a la LEF, ha de prevalecer a ésta por la especialidad del objeto de la expropiación, dado además que dicha Ley no fue derogada hasta la aprobación de la Ley de Carreteras de 1974. Sentado lo anterior, y como quiera que el Ayuntamiento actuante no incumplió la *causa expropriandi* tal y como ésta queda definida en la normativa especial que legitimó la expropiación (según la cual, como se ha dicho, los terrenos no incluidos en el trazado de la vía podían ser objeto de parcelación para su ulterior urbanización y edificación) el Tribunal Supremo concluye que no cabe reconocer el derecho de reversión de los antiguos propietarios.

Juan Antonio Carrillo Donaire
Emilio Guichot
Francisco López Menudo

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad. A) Daños causados por un policía con su arma reglamentaria: imputación a la Administración en aplicación de la teoría del riesgo. B) Ahogamientos de bañistas en playas: imputación a la Administración municipal y no a la estatal. C) Denegación de licencia de apertura de una farmacia. **3. Objetividad del sistema y relación de causalidad.** A) Una sentencia "desfasada": exigencia de causalidad directa y asunción de la teoría del margen de tolerancia. B) Concurrencia de la víctima o de un tercero en la producción del daño: graduación del alcance de la obligación de indemnizar. **4. Antijuridicidad del daño y obligación de soportarlo.** A) Deber de soportar la pérdida de clientela derivada de un desvío temporal del acceso a un negocio de hostelería por obras de mejora de una carretera. B) Contagio de la Hepatitis C y el SIDA por vía transfusional antes del aislamiento del virus: deber de soportar el daño. **5. Daño.** A) Naturaleza de los daños indemnizables. B) Daño moral por cambio de destino de un funcionario a un sótano sin ventilación y sin atribución de función alguna: responsabilidad por acoso moral. C) Necesidad de acreditar un daño cierto para poder diferir su cuantificación en la fase de ejecución de sentencias, y rechazo de su mera invocación sin prueba suficiente. D) Evaluación de los daños morales en caso de fallecimiento de un familiar. **6. Acción de responsabilidad y procedimiento. Plazo para reclamar en los casos de leyes de ordenación del territorio desarrolladas mediante plan. 7. Responsabilidad del poder judicial. Prisión preventiva: concepto de inexistencia subjetiva.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Del conjunto de sentencias aparecidas en el período que abarca esta crónica un grupo de ellas contribuye a perfilar el criterio de la imputación en supuestos dudosos entre los que no faltan los ya proverbiales sucesos derivados del uso de las armas por funcionarios o agentes públicos actuando fuera del servicio.

Asimismo, varias sentencias constituyen un buen muestrario de supuestos en que la cooperación de tercero o de la propia víctima en la producción del resultado lesivo, aun sin llegar a romper el nexo de causalidad entre el funcionamiento del servicio y el hecho dañoso, propicia una modulación del *quantum* indemnizable.

Por otra parte, sobre el ya pacificado tema de la exclusión de la responsabilidad administrativa por los llamados "riesgos del desarrollo", ubicado ahora correctamente en sede de la antijuricidad o no del daño –y fuera del problema de la concurrencia o no de fuerza mayor–, es muy destacable la STS de 19 de junio de 2001 –una más entre las muchas que recaen sobre este tema– por cuanto da pie a un voto particular que se enfrasca en la ardua tarea de analizar, manejando criterios científicos, si antes del momento dado convencionalmente por válido –1989– de la aparición del virus de la hepatitis C, existía un verdadero estado de ignorancia invencible que impidiera evitar los numerosísimos casos de contaminación sanguínea producidos en aquella época. Un esfuerzo encomiable que, sin dirigirse a remover la doctrina por fin asentada en esta materia, representa una vuelta de tuerca al poner en cuestión nada menos que la exactitud del *factum* del que se suele partir en estos casos, para lo cual hace entrar en juego el concepto del "conocimiento técnico" como criterio distinto y autónomo del "conocimiento científico".

Otras Sentencias de interés inciden sobre otras parcelas de la institución demostrando una vez más cómo ésta es susceptible de inagotables nuevos problemas y matices.

2. IMPUTABILIDAD

A) Daños causados por un policía con su arma reglamentaria: imputación a la Administración en aplicación de la teoría del riesgo

Como en cualquier otra parcela de la responsabilidad patrimonial de la Administración ésta responde de los daños producidos por el uso de las armas reglamentarias de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado o del Ejército, ello con independencia del funcionamiento normal o anormal del servicio. No podría ser ello de otro modo, máxime teniendo en cuenta que este sector fue ya de antiguo pionero en la intronización de la responsabilidad objetiva. Todo ello, claro es, salvo que el perjudicado tenga el deber jurídico de soportar el daño en función de las circunstancias del caso.

Pero además, la jurisprudencia sigue testimoniando con firmeza el reconocimiento de responsabilidad cuando esos agentes producen daños con sus armas actuando fuera del servicio, lo que se fundamenta en el hecho de la creación del *riesgo* –en estos casos el daño no es, en puridad, referible al "servicio" como actividad– que lleva consigo la permisión a los agentes de portar el arma cuando están fuera de la esfera del servicio y, en general, el que deriva de depositar y confiar en un miembro de la organización un instrumento tan potencialmente dañoso. Si pudiera hablarse en términos culpabilísticos, el trasunto de esta situación no sería otro que el de la culpa *in vigilando* o *in eligendo*.

Ya tuvimos ocasión de poner de relieve esta doctrina del riesgo, al hilo del comentario de diversas sentencias de diferentes órdenes judiciales, que declaran, bien la responsabilidad administrativa directa (contencioso-administrativo: fallecimiento por disparo accidental de un policía fuera de servicio con su pistola reglamentaria, crónica núm. VIII); bien la responsabilidad civil subsidiaria, cuando deriva de un delito (jurisdicción penal: asesinato cometido por un policía con su arma reglamentaria en estado de embriaguez y fuera de servicio, en crónica X; militar: homicidio con imprudencia, en crónica XIII).

En el período considerado, encontramos dos nuevos ejemplos. En efecto, las **SSTS de 19 de julio de 2001,** Ar. 8018 y **de 17 de septiembre de 2001,** Ar. 7729 (Sala de lo Penal). En el primer caso, el policía estaba fuera de su horario de servicio, a altas horas de la madrugada, en una fiesta popular. A resultas de una discusión, sacó el arma reglamentaria e hirió a una persona. En el segundo, el policía cometió el delito con su arma reglamentaria, cuando se encontraba fuera de servicio, bajo los efectos de una fuerte intoxicación etílica y padeciendo una depresión reactiva a su situación de separación conyugal, de tal entidad que le había supuesto permanecer de baja en su actividad profesional, con retirada del arma, durante dos meses. En ambos casos se declara la responsabilidad administrativa (directa, en el primer caso; subsidiaria, en el segundo) en aplicación de la doctrina antes reseñada.

B) Accidentes de bañistas en playas: imputación a la Administración municipal y no a la estatal

Los hechos que dan origen a la **STS de 31 de octubre de 2001,** Ar. 9212, son el ahogamiento de un bañista en una playa, cuando el puesto de Control de la Cruz Roja se encontraba cerrado.

Se discute si el daño ha de imputarse a la Administración del Estado o a la municipal. Para dilucidarlo, la sentencia hace un recorrido muy ilustrativo por la normativa sobre costas. El art. 115 de la Ley de Costas de 1988 [y en concordancia, el art. 298.d) del Reglamento de 1989], establece que corresponde a los Municipios, en los términos previstos por la legislación de las Comunidades Autónomas, vigilar la observancia de las normas e instrucciones dictadas por la Administración del Estado sobre salvamento y seguridad de las vidas humanas en las playas. Este concepto no puede confundirse con el del art. 206.5 del Reglamento de 1989, que atribuye a la Administración del Estado el servicio público de salvamento de la vida humana en el mar, lo que queda en evidencia si se tiene en cuenta que el art. 115 de la Ley de Costas de 1988 tiene su antecedente en el 17.2 de la de 1969, de acuerdo con el cual correspondía a los Ayuntamientos vigilar la observancia en los lugares de baños de las normas generales sobre el mantenimiento del material de salvamento y demás medidas para la seguridad de las vidas humanas. A ello debe añadirse que el art. 25.2 de la Ley de Bases del Régimen Local, en sus apartados a) y h), atribuyen a los Municipios la competencia para garantizar la seguridad en los lugares públicos (entre los que incluye la sentencia las playas) y la protección de la salubridad pública. Finalmente, recuerda la doctrina constitucional, que, al examinar la naturaleza del domi-

nio público marítimo terrestre y su carácter demanial por naturaleza cuya titularidad y defensa corresponde al Estado, no impide que sobre el demanio, y en este caso concreto sobre las playas como partes integrantes del mismo, puedan concurrir una pluralidad de competencias de distintas Administraciones públicas, siendo título para su ejercicio la previa habilitación legal. De todo ello deduce que el daño ha de imputarse al Municipio y no a la Administración del Estado, como aducía aquél.

C) Denegación de licencia de apertura de una farmacia

La **STS de 17 de noviembre de 2001,** Ar. 10273, plantea una interesante disyuntiva en relación con la responsabilidad por actos de las Corporaciones de Derecho público sometidos al Derecho administrativo: ¿quién ha de responder de los daños derivados del otorgamiento o la denegación de autorizaciones de apertura de oficinas de farmacia? ¿La Administración o los Colegios Profesionales?

De acuerdo con la citada sentencia, en estos casos, hay una delegación de la Administración en los Colegios cualitativamente distinta a la prevista en el art. 22 LPC, de modo que los actos no se imputan a la primera sino a los segundos. En efecto,

> "(...) constituye una auténtica delegación intersubjetiva de una Administración territorial, en este caso la Administración del Estado, a favor de una corporación de derecho público, concretamente, en los Colegios Oficiales de Farmacéuticos y el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de España, cuyo significado se define mejor con los términos de desconcentración o descentralización (...) El Consejo General de Colegios Farmacéuticos está sujeto a las normas sobre régimen jurídico de las administraciones públicas, incluida la responsabilidad patrimonial, en cuanto ejercita, como es el caso, potestades administrativas (...) la responsabilidad patrimonial en estos casos de transferencia de competencias administrativas, entendida como una delegación intersubjetiva y no como una abdicación de titularidad reside en la Administración Corporativa que resuelve y actúa en el ejercicio de la competencia transferida, siendo ésta a la que debe formularse la reclamación por aquel concepto".

No obstante, esta doctrina probablemente necesite alguna matización, como muestra otra sentencia dictada en este período, la **STS de 26 de septiembre de 2001,** Ar. 9548. Un Colegio de Farmacéuticos deniega una autorización de apertura de oficina de farmacia, pero posteriormente la Consejería de Sanidad revoca esta decisión y concede la autorización. Recurren ante la jurisdicción contencioso-administrativa algunos farmacéuticos del municipio en que se ubica la farmacia de nueva apertura. La sentencia de instancia entiende que no concurren los requisitos para autorización de nuevas oficinas de farmacia al no tratarse de una zona constitutiva de un núcleo farmacéutico independiente dentro del mismo casco urbano de la población, y, por ello, anula la orden controvertida. Tanto la sentencia de instancia como el Tribunal Supremo asumen que la responsabilidad ha de imputarse a la Administración. En este caso, se da la circunstancia de que la

Administración de tutela dicta un acto de sentido contrario al emitido en su día por la Corporación. Ello facilita el entendimiento de que en tal caso el ente imputable sea el que aporta el *novum* de la decisión, solución en consonancia con lo que prevé el art. 21.2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998 (y antes el art. 29 de la Ley de la Jurisdicción de 1956), a efectos de legitimación pasiva. Queda en pie, sin embargo, cuál sea la solución para el caso en que por vía de recurso administrativo la Administración se limite a confirmar el acto de la Corporación recurrido.

3. OBJETIVIDAD DEL SISTEMA Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD

A) Una sentencia "desfasada": exigencia de causalidad directa y asunción de la teoría del margen de tolerancia

Esta misma **STS de 26 de septiembre de 2001,** Ar. 9548, que acabamos de comentar, constituye un ejemplo excepcional (aunque no único) de unas líneas doctrinales ya periclitadas, pero que en ocasiones afloran, como podemos ver. En primer lugar, la exigencia de una causalidad directa, inmediata y exclusiva, que ha sido sustituida por la jurisprudencia actual por la teoría de la causalidad adecuada, que admite formas de causalidad indirecta, mediata y concurrente. En segundo lugar, la teoría del margen de tolerancia cuando el daño deriva del ejercicio de potestades discrecionales, que ha de entenderse proscrita en un sistema de responsabilidad objetiva como el nuestro.

A nuestro juicio, esta sentencia no supone el inicio de un involución doctrinal, sino un pronunciamiento "desfasado", una *rara avis* a contracorriente de lo que constituye la doctrina general sobre la materia, de cuya aplicación, por lo demás, son muestras el resto de las sentencias dictadas en el período que abarca esta crónica. No obstante, por su singularidad y, en su caso, por los riesgos potenciales de una eventual generalización, nos parece de interés reproducir su contenido, sin glosa alguna que altere su literalidad:

La sentencia asume que la responsabilidad administrativa exige:

> "una relación directa, exclusiva o inmediata, de causa a efecto, que en absoluto puede ser confundida con la razonada elección por una de las soluciones jurídicamente aplicables al problema planteado, siquiera haya resultado desacertada en el caso concreto. Por otra parte, en materia de interpretación y aplicación de la normativa relativa a la apertura de farmacias no siempre los criterios han sido absolutamente unánimes, dada la extraordinaria variabilidad de las circunstancias fácticas a tener en cuenta para fijar el alcance real de conceptos jurídicos indeterminados (...) El criterio de la Administración fue incluso acogido en su día, como cierto y ajustado a derecho, por la resolución judicial de primera instancia que ahora se anula; y en todo caso no constituye sino la expresión de un punto de vista interpretativo de una disposición legal simplemente desacertado, a tenor de la doctrina jurisprudencial actual, mas nunca revelador de una actuación realizada fuera de los márgenes de una discrecional apreciación en orden a la cabal interpretación de la norma. Consecuencia de esto último habrá de ser, en todo caso, la ausencia de una lesión antijurídica irrogada al particular que pudiese justificar la indemnización de perjuicios solicitada".

Lo cierto es que conviene notar que la teoría del "margen de tolerancia" aparece y reaparece en la jurisprudencia, que unas veces la acoge (como derivada de la necesidad de no hacer condenar a la indemnización por un ejercicio razonable, aunque equivocado, de sus competencias) y otras veces la niega (como consecuencia de la objetividad del sistema, al que repugnan ese género de disquisiciones). Pueden consultarse, al respecto, los comentarios que hemos dedicado a esta cuestión en los números 2, 4, 7 y 13 de estas crónicas.

B) Concurrencia de la víctima o de un tercero en la producción del daño: graduación del alcance de la obligación de indemnizar

Como acabamos de señalar, y hemos puesto de relieve en anteriores crónicas, la jurisprudencia es constante en la exigencia de un nexo de causalidad adecuada, habiendo superado su anterior teoría de la causalidad inmediata, directa y exclusiva. Ahora bien, ello no quiere decir que la influencia en la producción del daño de otros factores distintos a la actuación u omisión administrativa no tenga influencia alguna. En efecto, la conducta de la propia víctima o de un tercero son factores que, según el grado de influencia en la producción del daño, pueden llegar a romper el nexo de causalidad o, de considerarse concausas, a moderar la cuantía de la indemnización que habrá de satisfacer la Administración.

Del seguimiento de la jurisprudencia llevado a cabo para realizar estas crónicas, nos atrevemos a apuntar (en línea de tendencia, desde luego, y no como regla sin excepciones), que los tribunales contencioso-administrativos son proclives a imputar la causalidad, por entero o, en ocasiones, compartida, a la Administración, siempre que hay un elemento de anormalidad en el servicio (a veces no muy evidente), y ello incluso en los supuestos en que el comportamiento de la víctima o del tercero ha contribuido de forma manifiesta a la producción del daño. En estos casos, se decreta el reparto de la obligación de indemnizar, en diversas proporciones, según el caso concreto, teniendo para ello una libertad estimativa muy amplia, como reconoce el propio Tribunal Supremo. Traemos a colación tres supuestos de este tipo, en los que pueden apreciarse diferentes estimaciones respecto al reparto de responsabilidades:

– El presupuesto de la **STS de 31 de octubre de 2001,** Ar. 9212, ya nos es conocido, pues lo comentamos en el apartado dedicado a la imputabilidad. Se trata del ahogamiento de una niña de doce años cuando se bañaba en una playa, sin saber nadar y sin salvavidas, y sin que su padre se lo impidiera. La responsabilidad administrativa se hace derivar de que el Puesto de Control de la Cruz Roja se hallaba cerrado (repárese que el accidente tiene lugar el 18 de junio, es decir, fuera de la temporada estival). La Administración ha de abonar el 25 por ciento de la indemnización.

– En la **STS de 9 de octubre de 2001,** Ar. 10077, una niña y su abuela pasean por el muro-malecón de un puerto cuyo acceso se encuentra prohibido por señales, y caen desde una altura de siete metros al bajar unas escaleras de piedra sin barandillas de pro-

tección, construidas para los servicios de atraque de embarcaciones. Se declara la obligación de indemnizar el 50 por ciento del perjuicio, teniendo en cuenta que, pese a ser un lugar de acceso prohibido y no existir obligación de colocar una barandilla en una escalera que no está construida para uso público, la Administración toleraba el paseo de los vecinos por las instalaciones portuarias y, por ello, debía haber colocado indicativos advirtiendo el peligro de transitar por el espigón.

– En la **STS de 23 de julio de 2001,** Ar. 8024, un automóvil que circula por una autovía sufre un reventón cuando circulaba, en contra de lo prescrito por la normativa de tráfico, por el carril de la izquierda. Como resultado, choca con la valla de seguridad de dicho margen, que no se hallaba anclada al suelo. De este dato se extrae la responsabilidad administrativa, que se eleva al 60 por ciento del perjuicio sufrido.

En otras ocasiones, el comportamiento de la víctima llega a romper por entero el nexo causal. Es lo que ocurre en la **STS de 17 de abril de 2001,** Ar. 9164. El daño deriva del lanzamiento por las fuerzas antidisturbios de pelotas de goma, una de las cuales impacta en un individuo que participaba en una manifestación ilegal y violenta. En estos casos, la Administración sólo responde cuando la respuesta o reacción de las Fuerzas de Orden Público es desproporcionada en medios y modos, atendidas las circunstancias, lo que no concurre en este supuesto, por lo que no procede, siquiera, moderar la indemnización (sobre un supuesto similar, *vid*. crónica VIII).

4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO Y OBLIGACIÓN DE SOPORTARLO

A) Deber de soportar la pérdida de clientela derivada de un desvío temporal del acceso a un negocio de hostelería por obras de mejora de una carretera

La **STS de 13 de octubre de 2001,** Ar. 10084, se refiere a un género de supuestos al que ya hemos tenido ocasión de referirnos en crónicas anteriores: los perjuicios derivados del cambio de trazado de vías públicas, permanente o temporal, o de obras en las mismas. En concreto, en el número anterior trazamos una síntesis de los diferentes supuestos que generan o no derecho a indemnización.

En el caso de autos, se trataba de unas obras de acondicionamiento de una autovía, que imponen un desvío temporal del acceso a un negocio de hostelería, con una bajada sensible de su clientela. El Tribunal Supremo recuerda que en estos casos sólo se indemniza si se produce una auténtica privación de acceso, y no cuando éste resulte más distante o complicado, porque nadie tiene derecho a que se mantengan indefinidamente los trazados de las vías públicas ni se puede impedir que la Administración competente acometa las obras de mejora o cambio que considere conveniente para el interés general, respetando siempre la accesibilidad de dichas instalaciones.

B) Contagio de la Hepatitis C y el SIDA por vía transfusional antes del aislamiento del virus: deber de soportar el daño

En el período que abarca esta crónica, se han dictado diversas sentencias que abordan el fatídico supuesto del contagio del virus de la hepatitis C por vía transfusional antes del aislamiento del virus. Nos referimos a las **SSTS de 19 de junio de 2001,** Ar. 10059; **de 20 de septiembre de 2001,** Ar. 8038; **de 6 de octubre de 2001,** Ar. 10071; **de 25 de octubre de 2001,** Ar. 9206; **de 1 de noviembre de 2001,** Ar. 10098, y **de 19 de diciembre de 2001,** Ar. 10143. La STS **de 17 de octubre de 2001,** Ar. 10136, referida al contagio del virus del SIDA, participa de idéntica problemática.

En todas ellas, el Tribunal Supremo sitúa el tema en la esfera de la antijuridicidad del daño, y no en la fuerza mayor, dado que este concepto (que no se encuentra perfectamente decantado en la jurisprudencia) hace referencia tanto a lo imprevisible e inevitable como a lo externo, requisito este último que no concurre en estos supuestos. Dada la imposibilidad de prever y evitar el daño en los casos en que el virus se transmitió en transfusiones realizadas antes del aislamiento del mismo y del ulterior desarrollo de técnicas de detección, éste no puede reputarse antijurídico y, por ende, el particular tiene el deber de soportarlo, hecha abstracción de que pueda haber un posible derecho a prestaciones asistenciales en los términos previstos por la Ley. En definitiva, la regla jurisprudencial anticipa y resulta conforme a lo que se convirtió en norma positiva con la reforma de la Ley de procedimiento llevada a cabo por la Ley 4/1999, conforme a cuyo art. 141.1 LPC:

> "Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos."

Esta doctrina ya ha sido destacada en Crónicas anteriores. Sí resulta novedoso, sin embargo, que la primera de las sentencias citadas, la de 19 de junio de 2001, Ar. 10059, cuenta con un extenso voto particular que suscribe el Magistrado Sr. González Navarro, que, tras dar muestras de un concienzudo estudio de los trabajos publicados en revistas científicas, estima que antes de 1989, año establecido por el Tribunal Supremo en sentencias anteriores como el del aislamiento del virus de la hepatitis C y creación de las pruebas de detección del mismo, existían marcadores indirectos (principalmente valores de alanino aminotrasferasa y anticuerpos frente al core del VHB) que permitían detectar, ya desde 1974, las partidas de sangre que debían ser desechadas. De este modo, no sería aplicable la exención derivada del estado de la ciencia y los conocimientos, y ello por cuanto éste sería uno de esos casos en que la técnica va por delante de la ciencia, entendida ésta como explicación de causas. Es más, subraya, en referencia al caso de autos, que en el hospital público donde se realizó la transfusión se practicaban con carácter general dichas pruebas,

pero no pudo acreditarse si se llevaron a cabo o no respecto a la partida de sangre en cuestión porque se extraviaron los archivos, lo que no puede jugar en perjuicio del particular. El voto particular abre *per se* un importante debate sobre un aspecto de estas contaminaciones que parecía definitivamente sepultado por los argumentos al uso que han acabado instalándose en el presupuesto fáctico de este tipo de reclamaciones. Es un guante que debieran recoger las Administraciones sanitarias pues a ellas corresponde propiamente el despliegue argumental y probatorio –a veces tan escaso– a efectos de esclarecer de una vez por todas (aunque quizás ya vaya siendo demasiado tarde) un asunto que por su nefasta repercusión para los ciudadanos afectados no debe quedar zanjado sino con datos científicos absolutamente rigurosos. Todo cuanto se debata sobre esto no será esfuerzo baldío pues a la postre se trata de servir del mejor modo a la justicia.

Asimismo, ha de destacarse la **STS de 6 de noviembre de 2001,** Ar. 10102. En este caso, es un Asistente Técnico Sanitario el que sufre el contagio del virus de la hepatitis C. El Tribunal Supremo considera que el vínculo de relación especial que le une a la Administración sanitaria hace que el daño no resulte antijurídico, por lo que debe ser soportado como riesgo profesional, habiendo sido compensado mediante la declaración de invalidez permanente absoluta. Cabe reseñar que en la sentencia se tiene en cuenta, en apariencia como argumento acumulativo, la ausencia de prueba de un nexo causalidad, esto es, de que el contagio se produjo en el desempeño del puesto de trabajo, lo que, nos permitimos apuntar, resulta a su vez contradictorio con el reconocimiento de la enfermedad como profesional y con el deber de soportar derivado de ella.

5. DAÑO

A) Naturaleza de los daños indemnizables

El presupuesto de la **STS de 15 de mayo de 2001,** Ar. 7970, es la remoción de un funcionario de un puesto de libre designación, que es anulada por desviación de poder, declarando el derecho a ser repuesto en dicho trabajo, con efectos retroactivos en orden a su antigüedad, y a la percepción de la diferencia retributiva dejada de percibir. El afectado solicita indemnización por tres tipos de daños:

a) *Daños de carácter material*, que cifra en los de representación y defensa y los intereses desde que fueron satisfechos, arguyendo que la responsabilidad es objetiva, mientras que la condena en costas se condiciona a una conducta procesal culposa, y en la despatrimonialización consistente en la enajenación de unos terrenos que hubo de vender como consecuencia de la reducción de retribución que le produjo el cese y para poder hacer frente a las cargas familiares.

b) *Daños personales*, concretados en el fallecimiento de la esposa y agravamiento de la enfermedad que padece por el estrés originado.

c) *Daños morales*, por el desprestigio profesional del cese y de la difusión en prensa de comentarios de miembros de la institución a la que pertenecía en relación con su cese.

La sentencia resulta muy ilustrativa de la doctrina general del Tribunal Supremo sobre el alcance de los daños indemnizables. De este modo:

a) Sobre los *daños de carácter material*, y en cuanto a las costas viene a razonar que, si bien es cierta esa diferencia de fundamento objetivo en el caso de la responsabilidad administrativa y subjetivo en el de la imposición de costas en este orden, deben prevalecer las reglas en materia de costas. Ciertamente, sigue así su doctrina general. Ahora bien, el reclamante había invocado la STS de 8 de febrero de 1991, Ar. 1214, que, en otro supuesto de daño derivado de un acto dictado con desviación de poder, había declarado reembolsable también los gastos de defensa jurídica. El Tribunal Supremo se limita a afirmar que:

> "Tampoco puede servir de apoyo de su pretensión la invocación de la Sentencia de 8 de febrero de 1991 y ello sencillamente porque el supuesto de hecho en el que se apoya no coincide con la base fáctica y jurídica de esta reclamación. En efecto, allí se trataba de una acción indemnizatoria a raíz de la imposición de indebidas e ilegales sanciones que le fueron impuestas con declarada desviación de poder y como señala la propia sentencia invocada en su fundamento jurídico cuarto, mientras en el supuesto de ilegalidad del acto producido en el curso de una actividad normal de la Administración sólo ha de alcanzar a los perjuicios directos sufridos por el lesionado –daño emergente y lucro cesante–, en cambio en el supuesto de ilegalidad del acto producida a causa del funcionamiento "anormal" del servicio de aquélla, han de indemnizarse todos los perjuicios que conocidamente –esto es, probados y acreditados–, se deriven de dicho actuar anormal e ilegal de la Administración."

Sin embargo, la sentencia produce perplejidad, pues no se acierta a ver cuál sea esa "sencilla falta de coincidencia en el supuesto de hecho que no coincide con la base fáctica y jurídica de esta reclamación", que le lleva a descartar la indemnización de las costas en este caso. Al menos, no se desprende de forma clara de la argumentación. Nos parece que era obligada la demostración de esa diferencia.

En cuanto a la supuesta "despatrimonialización", el Tribunal Supremo considera que se trata de un daño más potencial que real o efectivo, pues no se acredita el valor de mercado en el momento de la enajenación sino sólo el precio de venta; ni que la finca no habría sido vendida de no haber cesado; ni que se hubiera visto en la necesidad de venderla como consecuencia del cese. Además la diferencia de precios es la consecuencia de las fluctuaciones del mercado inmobiliario, y no del mero actuar administrativo. Finalmente, al tratarse de un puesto de libre designación, de remoción por tanto discrecional, el interesado debía haberla previsto.

b) Sobre los *daños personales*, se descarta que se haya acreditado la relación de causalidad porque el estrés (cuya relación con la remoción tampoco se ha probado) es sólo uno de los posibles factores de la enfermedad sufrida por el funcionario y por su esposa.

c) Finalmente, en cuanto a los *daños morales*, la Sala "tras debatir largamente sobre este aspecto de la reclamación", considera que habida cuenta las particulares circunstancias que se produjeron a raíz de la remoción del funcionario, con inadecuadas declaraciones en los medios de comunicación de un alto cargo, debe reconocerse indemnización por la cuantía (rebajada respecto a lo solicitado) de tres millones de pesetas. No obstante, advierte que ello no supone aceptar la interpretación que hace el demandante de la jurisprudencia sobre daños morales, "pues desde luego no puede aceptarse que la remoción de un funcionario anulada posteriormente por el Tribunal Supremo acarree necesariamente y en todo caso un desprestigio profesional, máxime cuando su nombramiento es de libre designación. Y esto aunque la causa de la anulación de la remoción fue la existencia de desviación de poder".

B) Daño moral por cambio de destino de un funcionario a un sótano sin ventilación y sin atribución de función alguna: responsabilidad por acoso moral

El relato de los hechos que dieron origen a la **STS de 23 de julio de 2001,** Ar. 8027, puede sintetizarse así. En determinados días se llenó de fango la red de abastecimiento de aguas de un municipio, lo que dio lugar a que saliera por los grifos y que hubiera reclamaciones de usuarios solicitando indemnización por los daños causados. Sospechando que el suceso podía obedecer a un sabotaje llevado a cabo por el funcionario encargado del control de la red de abastecimiento de aguas, se le incoaron expedientes disciplinarios, y paralelamente, se le destinó a un sótano sin ventilación ni luz natural y sin asignación de función alguna. El funcionario entró en depresión, clínicamente diagnosticada, y pidió licencia por enfermedad, que le fue denegada, arguyendo que su situación actual pasaba por la inactividad absoluta, por lo que la posible enfermedad no podría ser impedimento alguno para su incorporación al "puesto de trabajo". El expediente disciplinario concluyó con la imposición de sanciones, posteriormente objeto de anulación judicial, por inexistencia de prueba objetiva de cargo alguna. Aún más, la sentencia ponía énfasis en que el funcionario había alertado con anterioridad de la precariedad de las instalaciones municipales de depuración de aguas. La sentencia entiende que actuaciones como éstas "constituyen una forma de acoso moral sistemáticamente dirigido contra el funcionario público reclamante, carentes de toda justificación", y ratifica la condena a la Administración decretada por el tribunal de instancia.

C) Necesidad de acreditar un daño cierto para poder diferir su cuantificación en la fase de ejecución de sentencias, y rechazo de su mera invocación sin prueba suficiente

La **STS de 19 de noviembre de 2001,** Ar. 9789, tiene como presupuesto la anulación judicial de una resolución municipal por la que se fijaba el horario máximo de cierre de una discoteca en las 23 horas. La sentencia anulatoria declaraba, además, "el derecho de la actora a que la Corporación demandada le indemnice los perjuicios sufridos como consecuencia de la aplicación de los actos impugnados, en cuantía que se determinará en período de ejecución de sentencias". La Administración recurre en casación, por entender que la existencia de daños indemnizables ha de acreditarse con anterioridad a la sentencia y sólo así cabe que ésta declare el derecho indemnizatorio defiriendo la determinación y cuantía de los mismos al trámite incidental de ejecución de sentencias.

El Tribunal Supremo comparte esta posición de principios, al declarar:

> "(...) plenamente asumibles los presupuestos teóricos de que parte el motivo de casación que se analiza: la anulación de un acto administrativo no lleva consigo necesariamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino sólo cuando concurren los requisitos de un daño real y efectivo, individualizado y evaluable económicamente, producido por dicho acto que no haya el deber jurídico de soportar; y sólo cabe diferir a la fase de ejecución de sentencia, en el correspondiente incidente, la cuantificación del daño pero no la prueba de éste que ha de acreditarse en el proceso principal, pues sólo entonces puede reconocerse en sentencia el derecho a la indemnización".

Considera, a la luz de estos principios generales, que la sentencia de instancia no proyecta esta doctrina en el supuesto en cuestión, pues no se manifiesta sobre la existencia de perjuicios ciertos. El Tribunal Supremo entra así a conocer de esta cuestión, y determina que el demandante no ha acreditado la existencia de perjuicios ciertos, ya que se ha limitado a afirmar su producción, a anunciar su cuantificación "en el proceso procesal oportuno", y a solicitar que se declare la responsabilidad del Ayuntamiento en el resarcimiento de los daños y perjuicios causados que se fijarán en el trámite de ejecución de sentencias, añadiendo mediante otrosí "Que para en su día intereso el recibimiento del pleito a prueba". Sin embargo, dicho recibimiento se denegó por la Sala de instancia, mediante auto que no fue recurrido, porque en la solicitud no se expresaban los puntos de hecho sobre los cuales había de versar la prueba. El Tribunal Supremo tiene en cuenta estos antecedentes, y la argumentación del Ayuntamiento según el cual los horarios no habían sido respetados hasta la denegación del recurso de reposición, y debía además descontarse los meses de verano, en los que la discoteca no abría al público. Concluye así que la condena de indemnizar defiriendo la cuantificación a la fase de ejecución de sentencia "se basa exclusivamente en la suposición de dichos daños o en el 'presupuesto' de la nulidad del acto administrativo impugnado, dato insuficiente por sí solo para acoger la pretensión indemnizatoria".

El principio general acerca de la necesidad de establecer el daño para poder diferir su cuantificación parece incontestable. Ahora bien, se nos antoja ya más opinable si la sentencia no incurre en cierta rigurosidad a la hora de entender acreditada la existencia de un perjuicio, habida cuenta la solicitud de recibimiento a prueba, y considerando que la limitación del horario de una discoteca ¡hasta las 23 horas! supone necesariamente un perjuicio notable (si no la pura negación de la viabilidad de tal actividad). Probablemente buena parte de la "culpa" haya que achacarla a la insuficiencia argumental y procesal mostrada tanto por la reclamante como por el propio Tribunal de instancia.

D) Evaluación de los daños morales en caso de fallecimiento de un familiar

La **STS de 7 de julio de 2001,** Ar. 8003, sale al paso de la argumentación de la madre de un fallecido como consecuencia de una actuación admnistrativa, según la cual la indemnización resultante en estos casos de la aplicación de los baremos establecidos por el

Ministerio de Hacienda no cubre el daño moral. El Tribunal Supremo señala que la prueba de que ello no es así está en que dichos baremos contemplan incluso las circunstancias de tratarse de hijo único, la convivencia y otras circunstancias sociales, que resultan relevantes sólo en orden a la cuantificación de la compensación económica del daño moral.

6. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO. PLAZO PARA RECLAMAR EN LOS CASOS DE LEYES DE ORDENACIÓN DEL TERRITORIO DESARROLLADAS MEDIANTE PLAN

La **STS de 23 de junio de 2001,** Ar. 8217, versa sobre un asunto que ya es conocido al lector de estas crónicas, cual es el referido a la responsabilidad del legislador autonómico balear por la aprobación de Leyes, que, en aplicación de la Ley 1/1984, de 14 de marzo, declaran espacios naturales protegidos. Nos detenemos ahora en una cuestión procedimental relacionada con la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo de un año para reclamar. En concreto, la disyuntiva que se plantea es si el mismo ha de situarse en el día de la publicación de la Ley que declara espacios naturales protegidos, o en el de la publicación del Plan Especial de Protección, cuya aprobación contemplan dichas Leyes. Como declarara ya en la Sentencia de 25 de septiembre de 1999, Ar. 8311, el Tribunal Supremo entiende que, aunque la aprobación del Plan venga impuesta por la Ley autonómica con el fin de fijar el régimen urbanístico de la zona, lo cierto es que la imposibilidad de desarrollo urbanístico del terreno trae causa de la Ley, por lo que es a partir de la publicación de la misma cuando comienza a computar el plazo anual.

Sin duda es un tema polémico, y una muestra de ello la encontramos en el voto particular que formula el Magistrado Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate. Razona que la Ley 1/1984 se contenta con establecer que las Leyes que declaren espacios como Área Natural de Especial Interés se limitarán a fijar el régimen urbanístico transitorio aplicable al suelo no urbanizable de especial protección hasta la entrada en vigor del Plan Especial de protección. Es con la aprobación de dicho Plan cuando se establece el régimen urbanístico de las áreas naturales de especial interés, de no urbanizables de especial protección, estableciendo los tipos de protección, los usos y los aprovechamientos permitidos o prohibidos. En definitiva, sólo con la aprobación del Plan queda definida la situación urbanística y puede conocerse la trascendencia e importancia de los daños y, con ello, comenzar a computar el plazo de prescripción.

A esta argumentación, ciertamente razonable, se anuda otra que puede parecer más discutible. Estima el magistrado disidente que ha de darse relevancia al dato de que la Administración en vía previa no adujera la prescripción de la acción ejercitada por los recurrentes, al no haber dado respuesta a su reclamación. De esta desestimación por silencio deriva una renuncia implícita a la prescripción por lo que la Administración no podría solicitar la excepción de prescripción en vía judicial, principio este que el Magistrado entronca con la doctrina de los actos propios, interpretada por el propio Tribunal Supremo respecto de la caducidad de los plazos de interposición de los recursos administrativos o del ejercicio de derechos cuando la Administración entra a conocer del fondo de las pretensiones ejercitadas y guarda silencio respecto de la extempora-

neidad de los recursos o acciones. Esta segunda argumentación nos parece polémica, pues no resulta evidente que pueda equipararse, *a esos efectos*, un pronunciamiento expreso y una desestimación por silencio. Se comprende bien el fondo que subyace en el argumento del voto particular en cuanto conectado a la idea del perjuicio que debe arrostrar quien teniendo el deber legal de resolver expresamente no lo hace; pero no por ello debe soslayarse la paradoja que a la postre se produce; esto es, que en sede de un régimen de acto presunto negativo, el silencio de la Administración implique precisamente consentimiento –o lo que es lo mismo, una especie de declaración positiva– siquiera sea a efectos del reconocimiento de la no prescripción de la acción.

7. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. PRISIÓN PREVENTIVA: CONCEPTO DE INEXISTENCIA SUBJETIVA

La **STS de 20 de diciembre de 2001,** Ar. 10148, se refiere a una de las especies en que se clasifica el género de la responsabilidad del poder judicial, cual es la de los daños morales derivados del padecimiento de prisión preventiva seguida de libre absolución por inexistencia subjetiva u objetiva.

En el caso en cuestión, una persona es acusada de delitos sexuales (mostrar fotografías de niños desnudos en actitudes obscenas), por un menor. Se decreta la prisión preventiva a la vista de que es en su domicilio donde se encontraron las piezas de convicción; que el individuo se había sustraído a la Justicia estadounidense por los mismos hechos; y que era un extranjero contra el que existía orden de búsqueda y captura procedente de Estados Unidos. Tras permanecer en esa situación durante doscientos doce días, es absuelto. El Tribunal declara que ni en el juicio oral ni antes ha habido "la más mínima actividad probatoria", ya que el menor niega rotundamente, desde su primera declaración prestada ante la autoridad judicial y en el juicio oral, que ocurriese tal hecho, a pesar de que lo había admitido ante la policía. Afirma que "el hecho no se ha logrado probar", y se acoge al principio de presunción de inocencia "tanto más cuanto que los hechos expuestos han sido negados después de forma invariable".

El Tribunal Supremo, siguiendo lo razonado por la sentencia de instancia, interpreta, a la vista del contexto, que se está ante un supuesto de inexistencia o insuficiencia de pruebas válidamente practicadas en el procedimiento que sirvan para enervar la presunción de inocencia, lo que no es lo mismo que la total falta de pruebas, ni permite fundar la convicción sobre la inexistencia del hecho imputado, por lo que rechaza la pretensión.

El Magistrado Sr. D. Jesús Ernesto Peces Morate formula voto particular. Entiende que la verdadera causa de la absolución no estriba en la falta de pruebas del hecho delictivo sino en la inexistencia del mismo, y, por tanto, debería reconocerse el derecho a indemnización. Teniendo en cuenta que el perjudicado estuvo en prisión preventiva por tiempo superior al de la pena de privación de libertad (arresto mayor) que el delito por el que fue acusado llevaba aparejada, y que se le ha causado así un gravísimo perjuicio, agrava-

do por la circunstancia de que la prisión le supuso la denegación de los permisos de residencia y trabajo, estima que debió concederse una indemnización por importe de quince millones.

Esta sentencia pone de relieve, una vez más, la dificultad de interpretar, teniendo en cuenta el fondo y no el mero dictado de la sentencia penal, la frontera entre libre absolución por inexistencia objetiva o subjetiva y absolución por falta de prueba suficiente amparada en la presunción de inocencia. Una frontera que separa, como sabemos, los supuestos en los que procede o no procede la indemnización.

Emilio Guichot Reina
Juan Antonio Carrillo Donaire
Francisco López Menudo

X. FUNCIÓN PÚBLICA

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Carrera administrativa. A) Concurso de traslado. Preferencia a favor de los funcionarios de un Cuerpo que no resulta discriminatoria. B) Integración de escalafones del personal militar que no vulnera el principio de igualdad. **3. Derechos económicos.** A) Complemento específico y potestad de modificación de la cuantía. B) Complemento de productividad: exige una valoración individualizada del rendimiento del funcionario que entraña un margen de discrecionalidad. C) Retribuciones de las tareas de refuerzo realizadas por médicos en Equipos de Atención Primaria en días que no son fines de semana ni festivos. D) Indemnizaciones por gastos obligados por razón del servicio: derecho de los ATS/DUE al reintegro de las cuotas satisfechas a colegios profesionales. **4. Derechos laborales.** A) Derecho a prolongar la situación de servicio activo cumplida la edad de jubilación: también corresponde al personal interino. **5. Derechos sociales.** A) El complemento de pensión del personal no facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social puede modificarse por el propio INSALUD. B)Ayudas por estudios: el personal sanitario no facultativo de la Seguridad Social interino también tiene derecho a su percepción. C) La recuperación del capital seguro de vida tiene la naturaleza de un derecho expectante, no adquirido ni consolidado hasta que no se produzca el hecho desencadenante de la prestación. D) El derecho a casa-habitación de los maestros constituye una situación jurídica derivada de su estatuto funcionarial y, por tanto, no susceptible de regulación mediante ordenanza municipal. **6. Situaciones administrativas.** A) El permiso remunerado de ausencia por motivos personales de los funcionarios de la Unión Europea equivale a la situación de excedencia voluntaria y no implica incompatibilidad con el desempeño de otro puesto de trabajo público o privado. B) La comisión de servicios forzosa, como excepcional forma de provisión de puestos de trabajo, requiere motivación suficiente y su terminación en un plazo máximo de seis meses. **7. Régimen disciplinario.** A) Reserva de ley en la tipificación de infracciones disciplinarias. Se entiende cumplida con la tipificación por ley de una falta más grave conexa.

B) Principio *non bis in idem*. No tiene aplicación en los supuestos de sanción disciplinaria a un funcionario de policía que ha sido condenado como autor de un delito. C) Proporcionalidad de las sanciones disciplinarias. **8. Extinción de la relación funcionarial.** A) La pena de inhabilitación especial determina la pérdida de la condición de funcionario. B) Cese de funcionario interino: no es conforme a Derecho cuando se basa en la jubilación del titular de la plaza y la vacante se cubre con un nuevo interino.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas dictada en materia de Función Pública desde el mes de abril hasta el mes de noviembre de 2001. De entre todas las Sentencias mencionadas merece especial atención la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2001, Ar. 7466. En dicha Sentencia el Tribunal ha venido a eximir del pago de la colegiación obligatoria a determinados colectivos de personal del INSALUD que desempeñan en exclusiva funciones en dicha institución, toda vez que el resarcimiento de estos gastos a otros colectivos de personal supone una vulneración del principio de igualdad que no puede justificarse por el mero hecho de que unos sean funcionarios y otros personal estatutario.

2. CARRERA ADMINISTRATIVA

A) Provisión de puestos de trabajo: Concurso de traslado. Preferencia a favor de los miembros de un Cuerpo que no resulta discriminatoria

La **STS de 4 de junio de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7426, ha señalado que el derecho de preferencia establecido en la Disposición Transitoria del Real Decreto 429/1988, que trae causa de la Disposición Transitoria Vigésima Primera de la LOPJ, en cuya virtud los Secretarios procedentes de la Jurisdicción de Trabajo tendrán preferencia, mientras permanezcan en órganos del orden jurisdiccional laboral, para ocupar las plazas de las Secretarías de los Juzgados de lo Social y en las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional o Tribunales Superiores de Justicia, no vulnera los arts. 14 y 23.2 de la Constitución.

Frente a la pretensión del recurrente, a juicio de la Sala, la norma citada, que determinó la resolución del concurso de traslado impugnado, no produce entre los Secretarios procedentes de la Jurisdicción de Trabajo no especializados en el Cuerpo de Secretarios ni en los demás Secretarios Judiciales ninguna situación de desigualdad contraria a los preceptos constitucionales mencionados. La preferencia cuestionada resulta justificada por la distinta procedencia y formación de los miembros de un Cuerpo respecto al cual se ha

ordenado su integración en el Cuerpo de Secretarios Judiciales y a los que el legislador respeta unas expectativas de traslado a partir de dicha integración. Por añadidura, recuerda la Sala que los Cuerpos y Escalas del personal al servicio de las Administraciones Públicas son estructuras de creación legal, por lo que la constatación de diferencias entre unos y otros no determina sin más vulneración del derecho de igualdad ante la ley ni tampoco altera el estatuto básico de deberes y derechos del Cuerpo de Secretarios Judiciales.

B) Integración de escalafones del personal militar que no vulnera el principio de igualdad

La **STS de 28 de septiembre de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9020, desestima el recurso de casación interpuesto contra Sentencia de la Audiencia Nacional desestimatoria del recurso contra unas Órdenes Ministeriales de la Administración Militar que aprueban los escalafones definitivos del personal militar profesional. El recurrente impugnó las citadas Órdenes Ministeriales, elaboradas conforme a la Ley 17/1989 y al Real Decreto 1637/1990, alegando que el sistema de integración establecido por las mismas resulta contrario al principio de igualdad del art. 14 de la Constitución.

Señala la Sala que el sistema de integración contemplado por las Órdenes impugnadas, tomando en consideración el empleo y orden de escalafón que tengan los componentes de las escalas integradas (orden en la escala de origen en el momento de la integración y el tiempo de servicios cumplidos desde el acceso a la misma), no contradice el principio de igualdad, pues dicha integración aparece establecida con criterio de generalidad y abstracción para todos los componentes de esas escalas. Tampoco puede prosperar la pretensión del recurrente de comparación con otras regulaciones anteriores y posteriores, ya que el legislador no queda vinculado por las mismas y pertenece a su soberanía establecer nuevos regímenes estatutarios que, si así se considera por razones de oportunidad, pueden ser distintos para los diferentes Cuerpos de funcionarios. Y ello, porque, en definitiva, no existe un derecho adquirido que permita a los funcionarios mantener indefinidamente inalterada su situación anterior.

3. DERECHOS ECONÓMICOS

A) Complemento específico y potestad de modificación de la cuantía

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de julio de 2001,** Ar. 1150, afirma que el complemento específico, en cuanto es una retribución complementaria que atiende a las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo y en particular a su especial dificultad técnica, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad, puede ser modificado cuando también cambien estas circunstancias. En el presente caso, el complemento inicialmente era más elevado en atención a que la titular del puesto desarrollaba accidentalmente tareas propias de la Secretaría e Intervención del Ayuntamiento y, por tanto, asumió durante un tiempo una mayor responsabilidad, dificultad y dedicación a la que correspondía a su puesto de trabajo. En el momento en que se pone fin a ese

desempeño adicional de tareas, la Administración reduce el complemento. El tribunal afirma que el Acuerdo por el que fija el mismo en una cantidad que responde a una media entre el complemento del puesto de trabajo inferior y el del superior, supone la aplicación de un criterio técnico discrecional de valoración perfectamente razonable al que no puede hacerse ningún reproche de ilegalidad.

B) Complemento de productividad: exige una valoración individualizada del rendimiento del funcionario que entraña un margen de discrecionalidad

La **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 6 de abril de 2001,** Ar. 786, reitera una doctrina jurisprudencial constante en la que se afirma que el complemento de productividad en cuanto retribuye el especial rendimiento, la actividad extraordinaria y el interés o iniciativa con que el funcionario desempeña su puesto de trabajo no puede implicar el establecimiento de una cuantía para determinados puestos de trabajo o determinados grupos profesionales, pues exige una valoración individualizada de la forma en que cada funcionario desarrolla su función. La Sala recuerda la doctrina sentada por el TS en su Sentencia de 1 de junio de 1987, Ar. 3982, conforme a la cual en la realización de esa valoración "ha de existir una cierta discrecionalidad de la Administración conocedora del funcionamiento de cada uno de los servicios, lo que no es causa de discriminación sino de trato adecuado según las circunstancias de cada caso". Esa discrecionalidad no está exenta de control jurisdiccional, pero para la anulación de la valoración el recurrente debe probar que la valoración realizada por la Administración es contraria a Derecho, lo que en el presente caso no ha tenido lugar.

C) Retribuciones de las tareas de refuerzo realizadas por médicos en Equipos de Atención Primaria en días que no son fines de semana ni festivos

La **STS de 16 de octubre de 2001** (Sala Social) Ar. 8739, reitera la doctrina ya establecida en las SSTS de 27 de noviembre de 1996 y 2 y 4 de octubre de 2000, de acuerdo con la cual la legislación ha establecido un sistema específico único para la retribución de las tareas de refuerzo, por lo que no es posible pretender que cuando los servicios se presten en días que no sean ni fines de semana ni festivos se retribuyan en concepto de atención continuada y no como horas de refuerzo.

D) Indemnizaciones por gastos obligados por razón del servicio: derecho de los ATS/DUE al reintegro de las cuotas satisfechas a colegios profesionales

La **STS de 11 de julio de 2001** (Sala Social) Ar. 7466, considera que efectivamente 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 considerados como gastos indemnizables por incurrirse en ellos por razón del servicio. Además, la Sala afirma que las Entidades de la Seguridad Social han reconocido el derecho al reintegro de esas cantidades a sus Letrados y Médicos y que el no reconocimiento del mismo derecho a los

ATS/DUE implica claramente una vulneración del 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.

4. DERECHOS LABORALES

A) Derecho a prolongar la situación de servicio activo cumplida la edad de jubilación: también corresponde al personal interino

La **Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid de 12 de junio de 2001,** Ar. 894, afirma que el personal interino también tiene derecho a la prolongación en el servicio activo una vez alcanzada la edad reglamentaria de jubilación. Se argumenta que al personal interino, como a cualquier otro tipo de funcionario de empleo, se le aplican, de acuerdo con el art. 105 de la LFCE, las normas correspondientes a los funcionarios de carrera que no sean incompatibles con su situación, y que el derecho a la prolongación en el servicio activo, reconocido en el art. 33.2 de la Ley 30/1984, no presenta ningún problema de incompatibilidad con la situación de interinidad, porque la prolongación no impide que cuando concurran los supuestos correspondientes (reincorporación, provisión de la plaza) se acuerde el cese en el desempeño del puesto de trabajo. Por tanto, se concluye que el hecho de que en la Orden de 5 de febrero de 1997 de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial de Castilla y León sólo se prevea el procedimiento para la prolongación en el servicio activo de funcionarios de carrera no puede impedir el ejercicio de un derecho reconocido legalmente. En consecuencia, anula los actos desestimatorios de la pretensión de la recurrente y declara el derecho de ésta a ser indemnizada por daños y perjuicios y, más concretamente, al importe de las cantidades dejadas de percibir desde la fecha en que se produjo indebidamente su cese hasta que sea efectiva su reincorporación al servicio activo, debiendo deducirse las cantidades que haya percibido por conceptos que sean incompatibles con el de servicio activo.

5. DERECHOS SOCIALES

A) El complemento de pensión del personal no facultativo de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social puede modificarse por el propio INSALUD

Las **STS, de 10 de julio y 26 de septiembre de 2001,** (Sala Social) Ar. 7442 y 318/2002, reiteran la doctrina sentada en las SSTS de 28 de junio de 1996, 12 de junio de 1997 y 4 y 10 de abril de 2001, de acuerdo con las cuales el INSALUD puede mofidicar la cuantía de esta mejora porque el propio Estatuto del Personal No Facultativo en su art.151 habilita al INSALUD para adaptar el complemento a las variaciones de la pensión básica de jubilación, lo cual es lógico porque lo que se consagra realmente es el derecho a un complemento que sumado a la pensión básica abonada por el INSS garantice lo que se percibía en activo en el momento de la jubilación, "no siendo de aplicación el art.145

de la LPL, pues ni el INSALUD actúa aquí como Gestora ni se trata de resoluciones que afecten a los beneficiarios de la Seguridad Social en cuanto tales (...), sino al personal estatutario por jubilación y su objeto es una mejora voluntaria de carácter temporal".

B) Ayudas por estudios: el personal sanitario no facultativo de la Seguridad Social interino también tiene derecho a su percepción

La **STS de 3 de julio de 2001** (Sala Social) Ar. 9578, reitera la doctrina ya sentada en las SSTS de 17 de abril y 29 de noviembre de 2000, conforme a la cual el personal sanitario no facultativo de la Seguridad Social tiene derecho a las ayudas por estudios siempre que desempeñen una plaza perteneciente a la plantilla del INSALUD con independencia de que lo hagan como personal nombrado en propiedad o con carácter interino, pues no concurren circunstancias objetivas que justifiquen un trato diferenciado a los trabajadores en razón de la duración de sus relaciones contractuales.

C) La recuperación del capital seguro de vida tiene la naturaleza de un derecho expectante, no adquirido ni consolidado hasta que no se produzca el hecho desencadenante de la prestación

La **STS de 28 de mayo de 2001,** Ar. 7974, se ha vuelto a pronunciar respecto a los efectos de la integración del personal perteneciente a la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local en el régimen general de la Seguridad Social. En concreto, el funcionario impugna el acuerdo del Consejo de Ministros por el que se deniega su solicitud de indemnización por la supresión de la prestación Capital Seguro de Vida que realizó el Real Decreto 480/1993, de 2 de abril. Según el artículo 69 de los Estatutos de la MUNPAL, de 9 de diciembre de 1975, "los asegurados en activo y los jubilados que hubieran llegado a ostentar la condición de asegurados en la Mutualidad causarán a su fallecimiento un capital seguro de vida".

El demandante alega, entre otros argumentos, que estamos ante un derecho expectante, cuyo ejemplo más llamativo es el de las obligaciones aplazadas, cuyos correlativos derechos ya están adquiridos por su titular pero su eficacia está sometida a un plazo cierto, y no ante una mera expectativa. Para su resolución, el Tribunal recuerda la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 65/1987, de 21 de mayo, respecto a la integración en el régimen general de la Seguridad Social de los funcionarios de la Mutualidad de Previsión, así como las STS de 22 de abril y de 18 de junio de 1986, Ar. 3913 y 3677, respectivamente. A tenor de dicha doctrina, la petición de un trato especial dentro del sistema general de Seguridad Social carecería de fundamento jurídico no sólo constitucional sino legal cuando tuviera por objeto, pura y simplemente, la defensa de intereses corporativos o el mantenimiento de situaciones de privilegio. "Las prestaciones complementarias y voluntarias (y los medios para su efectiva satisfacción) se sitúan fuera del mínimo obligatorio determinado por las normas reguladores del Régimen General de la Seguridad Social, para incluirse en las previsiones que la misma Mutualidad (y no los poderes públicos) determina. No puede, pues, pretenderse que más allá de las prestaciones propias de la Seguridad Social en el Régimen General, los poderes públicos

hayan de prestar también obligatoriamente cobertura a un conjunto de prestaciones adicionales que la Mutualidad ha incluido voluntariamente en sus estatutos (...) La cobertura de los poderes públicos, pues, de carácter obligatorio, se reducía, en los términos de la normativa anterior a la Ley 44/1983, a las prestaciones correspondientes al Régimen General de la Seguridad Social, por lo que la exclusión de otro tipo de cobertura no puede estimarse restrictiva de derechos".

Recordada la doctrina del Tribunal Constitucional, pasa a analizar la Sala el alcance de la Disposición Segunda, número 1, de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen local, según la cual, "los funcionarios públicos de la Administración local tendrán la misma protección social, en extensión e intensidad, que la que se dispense a los funcionarios públicos de la Administración del Estado". Por ello, precisamente, la pretensión del funcionario recurrente de que la integración de la MUNPAL en el régimen general no supuso su desaparición, ni por tanto la del capital seguro de vida, ha de ser rechazada, toda vez "no hay razones que justifiquen un trato diferenciado de unos funcionarios públicos respecto de otros en materia de Seguridad Social, que es una función pública, una función asumida por el Estado. Que la Seguridad Social se haya convertido en una función pública implica que las prestaciones de la Seguridad Social no se presentan ya como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual. Dicho en otras palabras: habida cuenta que la Seguridad Social es una función pública, el nivel y condición de las prestaciones que dispensa no viene determinado por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que forman parte del ordenamiento jurídico, que por serlo, están sujetas a las modificaciones que considere oportuno establecer el legislador. El Estado no debe ni puede asumir el coste financiero de situaciones de privilegio, tanto menos si éstas tienen un origen puramente contractual y no legal. En consecuencia, que la cobertura de carácter obligatorio que ha de prestar el poder público se reduzca al régimen general de la Seguridad Social, excluyendo cualquier otro tipo de cobertura no puede estimarse restrictiva de derechos".

A mayor abundamiento, y hechas las reservas que anteceden, entiende la Sala que es innegable que ese derecho cuyo reconocimiento se pretende por quien aquí aparece como demandante no es tal derecho, pues no pasa de ser una mera esperanza de un derecho futuro, un derecho *in fieri* en formación, una situación interina que el legislador protege de forma transitoria en tanto se produce su definitiva consolidación, pero no un derecho que se hubiera incorporado a su patrimonio desde el momento en que pactó entregar periódicamente a la Mutualidad una cuota para constituir un capital del que la norma le había privado. Podemos hablar, si se quiere, de que hay una expectativa. Lo que no podemos declarar es que estamos ante un verdadero y propio derecho. Ni tampoco de que el titular de la expectativa sea el mutualista".

D) El derecho a casa-habitación de los maestros constituye una situación jurídica derivada de su estatuto funcionarial y, por tanto, no susceptible de regulación mediante ordenanza municipal

La **STS de 2 de julio de 2001,** Ar. 8202, ha declarado la nulidad de una Ordenanza Local para la utilización de viviendas municipales con la finalidad de regular su ocupación por los profesores de EGB destinados en el municipio, procediendo unilateralmente la

Corporación al cambio de calificación jurídica o de destino de las viviendas de los maestros, a la fijación de un canon o alquiler sobre las mismas y al establecimiento de los criterios y reglas de prioridad para su adjudicación. La Junta de Andalucía interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el acuerdo aprobatorio de dicha ordenanza por entender que la misma se estaba extralimitando en el ejercicio de sus competencias, pues corresponde a la Administración autonómica la determinación de las condiciones en que los funcionarios docentes han de desempeñar su cometido, entre las que se incluyen el acceso a las viviendas para profesores.

Al respecto recordará el Tribunal que el Ayuntamiento demandado carece de competencias para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios docentes pues, "según multitud de sentencias de esta Sala Tercera, el uso de viviendas por funcionarios públicos, en consideración a su condición de tales, constituye una situación jurídica derivada de su estatuto funcionarial, lo que refuerza la insusceptibilidad de su regulación mediante Ordenanza municipal, al tratarse de funcionarios docentes cuyo estatuto se determina por la normativa autonómica en el marco de la legislación básica del Estado".

6. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

A) El permiso remunerado de ausencia por motivos personales de los funcionarios de la Unión Europea equivale a la situación de excedencia voluntaria y no implica incompatibilidad con el desempeño de otro puesto de trabajo público o privado

En ocasiones, una de las cuestiones más problemáticas del régimen de la función pública comunitaria es la de determinar las equivalencias en los distintos Derechos internos de las situaciones administrativas previstas por la normativa comunitaria, tal como sucede en el presente caso. En este supuesto, efectivamente, una funcionaria del Parlamento Foral de Navarra había sido nombrada como funcionaria del Parlamento europeo, quedando por tanto en situación de servicios especiales en su Administración de origen. Años más tarde, solicitó la reincorporación al servicio activo en el Parlamento navarro por haber sido declarada por el Parlamento Europeo en situación de beneficiaria de una *conge de convenance personnelle*.

El acuerdo del Parlamento Foral de Navarra por el que se acordó dicha reincorporación motivó la interposición de dos recursos que fueron acumulados por la Sala y resueltos por la **STSJ de Navarra de 4 de junio de 2001,** Ar. 915. El primero de ellos fue presentado por la funcionaria que interinamente había ocupado hasta ese momento dicho puesto de trabajo por entender que el permiso concedido no había supuesto el cese en su puesto como funcionaria comunitaria. Al mismo tiempo, la Asociación de Funcionarios presentó otro recurso por entender que la situación de servicios especiales suponía una situación de privilegio injustificada. Ambos motivos de impugnación fueron denegados. El primero de ellos porque, tal como aclaró el escrito presentado por la

Dirección General del Personal y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo como contestación a los interrogantes planteados por el Parlamento navarro, si un funcionario de las Comunidades Europeas se acoge a un permiso no remunerado de ausencia por motivos personales, no por ello deja de ser funcionario comunitario. Tiene derecho a su reincorporación una vez que el citado permiso haya concluido, sin que exista ningún inconveniente para que el funcionario pueda durante dicho permiso reincorporarse de nuevo al puesto de trabajo de su Administración de origen.

Por lo que respecta al segundo de los motivos de la impugnación, el Tribunal entiende que "la situación de servicios especiales no es una situación de privilegio sino la contraprestación que las Administraciones tienen que dar para conseguir el bien por ellas pretendido que es el reclutamiento de funcionarios para que marchen a trabajar en instituciones ubicadas en países distintos, alejados de su ambiente familiar y social, lo que supone un gravamen para el funcionario". La razón de ello estriba en que las instituciones comunitarias se nutren hoy por hoy de funcionarios de los Estados miembros, de tal forma que de no existir esta especial situación administrativa, no habría ningún funcionario que fuera a ocupar los puestos funcionariales de las Comunidades Europeas si como consecuencia de ello tuviera que perder su condición de funcionario en su Administración de origen.

Sentado lo anterior, se plantea el Tribunal si esta situación sólo procede cuando el funcionario adquiere la condición de funcionario de las instituciones europeas y se integra en las mismas por primera vez o por el contrario es admisible para otras veces, ya que el artículo 17 del Estatuto del Personal del Parlamento Foral establece que procederá esta situación de servicios especiales "cuando adquieran la condición de funcionarios al servicio de organizaciones internacionales o de carácter supranacional". Al respecto, entiende la Sala que una interpretación finalista de dicho precepto requiere interpretarlo en el sentido de que dicha situación "no puede limitarse al primer momento en que se prestan tales servicios y excluirse a los supuestos en que tales servicios se prestan en períodos sucesivos en el tiempo. Si efectivamente el legislador hubiera querido hacer tal limitación lo debería haber expresado de forma clara y expresa".

B) La comisión de servicios forzosa, como excepcional forma de provisión de puestos de trabajo, requiere motivación suficiente y su terminación en un plazo máximo de seis meses

En el presente caso, un funcionario impugna la resolución por la que se acuerda su adscripción en comisión de servicios a otro puesto de trabajo para la realización de tareas que, por causa de su mayor volumen temporal o por otras razones coyunturales, no podían ser atendidas con suficiencia por los funcionarios que las desempeñaban con carácter permanente. Para ello se basa principalmente en el Decreto 46/1987, de 2 de julio, por el que se regulan las situaciones administrativas de los funcionarios de la Diputación Regional de Cantabria, que exige su desempeño voluntario, lo que no sucedía en este caso.

La **STSJ de Cantabria de 18 de abril de 2001,** Ar. 1016, no obstante, parte del análisis de dicho Decreto y, más concretamente, de la regulación que en el mismo se hace de la comisión de servicios forzosa. Ello será únicamente posible cuando un puesto de traba-

jo quede vacante y la autoridad competente, por razones de urgente e inaplazable necesidad, proceda a cubrirlo en comisión de servicio, durante un plazo máximo de seis meses, con otro funcionario capacitado para su desempeño en razón de su grado personal. "La comisión de servicios como excepcional forma de provisión de puestos de trabajo requiere una motivación suficiente de las razones por las que debe acudirse a tal figura". Aunque en el caso concreto la autoridad motivó dicha resolución una vez transcurridos más de siete meses desde que se acordó, la Sala entiende que el principio de economía procesal impide la anulación del acuerdo impugnado cuando el resultado de la reproducción de las actuaciones anuladas hubiera de conducir presumiblemente al mismo resultado.

La causa que hace prosperar el recurso interpuesto es la relativa a la temporalidad de la comisión de servicios que, conforme indica el mencionado Decreto 46/1987, se extenderá a un plazo máximo de seis meses, toda vez que el acuerdo impugnado contempla una cláusula que evidencia un carácter permanente a la asignación de las funciones encomendadas que, por su propia naturaleza, desnaturaliza la comisión de servicios.

7. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

A) Reserva de ley en la tipificación de infracciones disciplinarias. Se entiende cumplida con la tipificación por ley de una falta muy grave conexa

Partiendo de recordar que la reserva de ley en materia sancionadora no excluye la colaboración reglamentaria en la determinación de infracciones y sanciones, y de manera especial en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, la **STS de 23 de octubre de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8613, señala que dicha exigencia es respetada cuando las normas reglamentarias se limitan a concretar o desarrollar un núcleo básico de antijuridicidad establecido por una norma con rango de ley. Señala la Sentencia citada que el art. 89 de la LFCE constituye habilitación legal suficiente para la regulación reglamentaria de infracciones graves y leves. Dicha habilitación se mantiene tras la Ley 30/1984, y sigue permitiendo la determinación reglamentaria de las infracciones graves y leves no tipificadas por esta norma.

No es posible admitir, por tanto, que la "falta grave de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave", tipificada en el art. 7.1.i) del Real Decreto 33/1986 suponga vulneración del principio de reserva de ley, pues el núcleo básico de antijuridicidad de la misma se encuentra establecido en el art. 31.f) de la Ley 30/1984, que tipifica como falta muy grave "la notoria falta de rendimiento que comporte inhibición en el cumplimiento de las tareas encomendadas" y, como declara la Sala, "(...) ello significa reconocer que la falta de rendimiento es una conducta reprobable en términos disciplinarios, y que, cuando no presente los rasgos específicamente establecidos para apreciar la falta muy grave, podrá encarnar una falta de menor entidad".

B) Principio *non bis in idem.* No tiene aplicación en los supuestos de funcionarios de policía que, habiendo sido condenados como autores de un delito, son después sancionados en vía disciplinaria

La aplicación del principio *non bis in idem* no puede prosperar en un supuesto como el enjuiciado por la **STS de 20 de septiembre de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8185, que enjuicia la sanción de separación del servicio impuesta a un miembro de la Ertzaina, previamente condenado como autor de un delito contra la propiedad. Según se advierte en la Sentencia citada, la jurisdicción penal no puede limitar ni condicionar el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración en el ámbito específico de sus atribuciones. En el caso examinado, la comisión del citado delito tiene especial trascendencia en el ámbito del Cuerpo al que pertenece el funcionario condenado. Asimismo, la especial importancia de esta conducta infractora en el régimen disciplinario y el lógico interés de la Administración en que los funcionarios de la Policía autónoma vasca cumplan irreprochablemente sus funciones (prevención, averiguación de delitos y persecución de los delincuentes) impiden considerar desproporcionada la sanción de separación del servicio.

C) Proporcionalidad de las sanciones disciplinarias

Según señala la **STS de 20 de septiembre de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8183, no puede entenderse desproporcionada la imposición de la sanción más grave contemplada por la normativa disciplinaria, la separación del servicio, por la comisión de una falta tipificada bajo el concepto de "cualquier conducta constitutiva de delito doloso", cometida por un funcionario del Cuerpo Nacional de Policía condenado como autor de un delito de depósito de armas.

Pese a que la sentencia penal no atribuyese al funcionario de policía el conocimiento de los resultados delictivos (delitos de estragos y asesinato) realizados por la persona a quien éste entregó las armas que tenía a su cuidado, la Sala juzga proporcionada la sanción de separación del servicio, teniendo en cuenta que la conducta de dicho funcionario denota un claro y gravísimo incumplimiento de las funciones de custodia encomendadas al mismo, así como una inexcusable falta de previsión de las gravísimas consecuencias que podrían derivar de tal actuación.

Sin embargo, haciendo mención de la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual corresponde a los órganos judiciales la actividad de calificación para subsumir las conductas en los tipos legales y el control de la adecuación de la sanción al hecho cometido, aplicando para ello los criterios valorativos jurídicos plasmados en normas escritas o inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, la **STS de 20 de noviembre de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 9756, señala que en el caso enjuiciado no concurren especiales circunstancias agravantes que hagan merecedora la infracción de la sanción más grave de las previstas para dicha falta.

El conocimiento por los superiores de la situación de incompatibilidad en que se encontraba el funcionario expedientado, la falta de concreción de la resolución sobre la naturaleza e importancia de los perjuicios derivados de tal conducta y la ausencia de reinci-

dencia, son criterios que, según declara la Sala, atenúan la gravedad de la conducta enjuiciada e impiden que pueda ser castigada con la sanción más grave posible [artículos 14.a) y 15 del Real Decreto 33/1986].

8. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL

A) La pena de inhabilitación especial determina la pérdida de la condición de funcionario

La pena de inhabilitación especial comporta la pérdida definitiva del empleo sobre el que recae. Esta circunstancia resulta coherente con el requisito de aptitud para el acceso a la función pública consistente en no hallarse inhabilitado para el ejercicio de funciones públicas. La pena de inhabilitación especial actúa a modo de condición resolutoria que opera automáticamente cuando se impone dicha sanción. En consecuencia, como declara la **STS de 31 de octubre de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8821, la pérdida de la condición de funcionario derivada de la imposición de una pena de inhabilitación no constituye una sanción disciplinaria ni la aplicación de los efectos administrativos de una condena penal, sino simplemente la aplicación del art. 37.1.d) de la LFCE; de ahí que no haya necesidad de seguir procedimiento sancionador alguno al efecto.

B) Cese de funcionario interino: no es conforme a Derecho cuando se basa en la jubilación del titular de la plaza y la vacante se cubre con un nuevo interino

La **STSJ de Extremadura de 22 de mayo de 2001,** Ar. 845, afirma que no es conforme a Derecho el cese de una interina derivado de la jubilación del titular de la plaza, cuando la vacante se cubre a continuación con un nuevo interino. La Sala afirma el derecho del personal interino a continuar en el puesto para el que fue nombrado hasta la cobertura definitiva de la plaza, bien por reincorporación o bien porque se provea reglamentariamente, salvo que la plaza sea amortizada. No es, por tanto, lícito cesar a un interino con la finalidad de nombrar a otra persona con el mismo carácter interino, pues ello resulta contrario a la propia naturaleza de la interinidad y vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Miguel Sánchez Morón
Belén Marina Jalvo
Eva Desdentado Daroca
Josefa Cantero Martínez

XI. URBANISMO

Sumario:

1. Planificación urbanística. A) Actos preparatorios: procede la suspensión de la tramitación de una licencia de apertura de un bar mientras se acuerda la revisión del PGOU para limitar la saturación de bares musicales en una zona de la ciudad. B) El visado del Colegio de Arquitectos es exigible a los proyectos para obtención de licencias, pero no al documento técnico que sirve para la elaboración de los planes urbanísticos. C) Determinaciones obligatorias del PGOU en suelo no urbanizable: accesos al mar y propiedad privada. D) Los "planos de ordenación" no entran en vigor hasta la completa publicación de las normas urbanísticas. **2. Régimen del suelo urbanizable no programado: no puede autorizarse el emplazamiento de un parque comercial. 3. Ejecución del planeamiento.** A) Solares e Inmueble de Edificación Forzosa. **4. Expropiaciones urbanísticas.** A) Valoraciones urbanísticas. a) Normativa aplicable. b) Premio de afección. B) Intereses de demora. a) Sujeto obligado al pago. b) Fecha inicial del cómputo en las expropiaciones urgentes. **5. Intervención en la edificación y uso del suelo: licencias urbanísticas.** A) Normativa aplicable a la concesión de licencias en supuestos de alteración del planeamiento durante su tramitación. B) Condicionamiento impuesto a las licencias de obras. **6. Protección de la legalidad urbanística.**

1. PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA

A) Actos preparatorios: procede la suspensión de la tramitación de una licencia de apertura de un bar mientras se acuerda la revisión del PGOU para limitar la saturación de bares musicales en una zona de la ciudad

Entendía el recurrente que el artículo 120 RPU (que prevé la suspensión del otorgamiento del licencias en el área objeto del planeamiento) no es aplicable a materias ajenas al ámbito de lo urbanístico, como sería un procedimiento de obtención de una licencia de actividad para instalar un bar. La **STS de 30 de octubre de 2001,** Ar. 9418, considera, por el contrario, que la reglamentación urbanística del uso del suelo tiene una significación más amplia, pues el contenido típico del PGOU incluye la determinación de los usos pormenorizados y las condiciones higiénico-sanitarias de las diferentes zonas de la ciudad. Lo que permite limitar la instalación de bares y establecimientos análogos por razones ambientales o higiénico-sanitarias. Además, estima que la licencia de aper-

tura de un bar tienen una evidente dimensión urbanística por lo que, en suma, resulta aplicable el artículo 120 RPU a dicha aprobación.

B) El visado del Colegio de Arquitectos es exigible a los proyectos para obtención de licencias, pero no al documento técnico que sirve para la elaboración de los planes urbanísticos

La **STS de 27 de julio de 2001,** Ar. 8324, recuerda que el visado colegial representa el ejercicio de una función pública, consistente en controlar el ejercicio de la profesión, que no puede realizar otra Administración y cuya omisión determina la nulidad de las licencias de obras concedidas.

Ahora bien, como también ha reiterado en sentencias anteriores, la exigencia del visado sólo existe cuando se trata de proyectos técnicos para obtener licencias (art. 228.3 TRLS de 1976), pero no cuando se trata de instrumentos de planeamiento, en el presente caso un PERI.

C) Determinaciones obligatorias del PGOU en suelo no urbanizable: accesos al mar y propiedad privada

El Gobierno Autónomo, al aprobar definitivamente el PGOU de Pollensa, eliminó la servidumbre de paso peatonal establecida por el Ayuntamiento sobre los caminos privados de acceso a la costa norte. El motivo aducido fue la defensa de sus valores ambientales.

La **STS de 18 de octubre de 2001,** Ar. 8591, anula tal acuerdo, sobre la base de dos argumentos. Primero, que la evaluación de impacto ambiental defendía el uso peatonal bajo determinadas limitaciones. Segundo, que las previsiones del artículo 28 de la Ley de Costas –relativo a los accesos al mar que deben prever los planes y normas de ordenación territorial y urbanística del litoral– tienen naturaleza imperativa:

> "Entendemos que el principio general se establece en el apartado primero del precepto. En él se ordena la constitución de la servidumbre de acceso público y gratuito al mar. Es la naturaleza de los terrenos sobre los que haya de discurrir la servidumbre la que deberá dar lugar a la fijación de sus características. En terrenos de especial protección, y cuando así lo exijan sus peculiaridades que deben resultar del expediente, se podrá acordar parte de la exclusión total del uso público. Pero mientras no conste en el expediente, sino al contrario, la necesidad de esta exclusión el principio ha de ser el del uso público, aunque con las limitaciones que resulten procedentes."

D) Los "planos de ordenación" no entran en vigor hasta la completa publicación de las normas urbanísticas

La jurisprudencia ha señalado en incontables ocasiones el deber de publicar las normas urbanísticas, que esta publicación es imprescindible para la entrada en vigor de los Planes y que tal deber no alcanza a otros documentos, como la memoria y los planos de ordenación.

La **STS de 3 de diciembre de 2001,** Ar. 202/2002, añade ahora, y esto es novedoso, que la mera publicación del acuerdo de aprobación definitiva del Plan y la posibilidad de consulta de los planos y la memoria en las oficinas municipales no bastan para que éstos entren en vigor, de modo que su eficacia también queda condicionada a la completa publicación de las normas urbanísticas:

> "El Plan es único aunque se componga de distintos elementos, porque todos ellos coadyuvan a la misma finalidad de ordenación del ámbito territorial a que se refieran. No cabe aceptar, por tanto, que junto a las determinaciones de un nuevo plan mantengan su vigencia las del derogado por él. Normas Urbanísticas y Planos de ordenación no son elementos estancos, aunque tampoco estos últimos son simple expresión gráfica de lo indicado en la normativa urbanística. Con independencia de las normas urbanísticas los planos no tienen virtualidad alguna. Unas y otros son elementos imprescindibles para que el Plan tenga existencia, y la falta de publicación de las Normas Urbanísticas condiciona la vigencia entera del Plan. Por eso la entera vigencia del Plan queda condicionada a la completa publicación de sus normas en el Boletín Oficial que corresponda."

2. RÉGIMEN DEL SUELO URBANIZABLE NO PROGRAMADO: NO PUEDE AUTORIZARSE EL EMPLAZAMIENTO DE UN PARQUE COMERCIAL

La Sentencia de instancia había aceptado la legalidad de una autorización de la Comisión Provincial de Urbanismo de Málaga para construir un Parque Comercial en suelo urbanizable no programado al amparo de lo establecido en los artículos 85 y 86 TRLS de 1976, es decir, entre tanto se aprueba un PAU. Entendía la Sala del TSJ de Andalucía que la ubicación de un Hipermercado en carretera no producía los efectos nocivos que el legislador quiere prohibir, pues se trata de un elemento excepcional y aislado, que no incide en la densidad de población.

La **STS de 17 de julio de 2001,** Ar. 9884, considera, sin embargo, que el caso ha sido mal enfocado, pues el problema esencial es si la edificación autorizada, por su naturaleza u otras circunstancias, tiene que situarse en el medio rural. La respuesta es que no, por estos tres motivos:

> a) "su esencia comercial, las características urbanas de su construcción y las finalidades perseguidas, en las que carece de relevancia el aspecto rural, y que exigen la permanente relación de multitud de personas, unas de modo estable y otras contingente y variable, parecen rechazar su existencia en ese tipo de suelo"; b) "la prohibición de las edificaciones características de las zonas urbanas, contenida en el artículo 85.3, convierte en imposible la autorización de una edificación que es propia de una zona urbana"; c) "el procedimiento para la autorización regulado en este precepto [art. 44 RGU] exige que se justifique la necesidad de que el emplazamiento de la edificación pretendida se lleve a cabo en el medio rural",

extremo al que no hacía mención ni la petición ni la resolución recurrida.

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Solares e Inmueble de Edificación Forzosa

El TS tiene que resolver el problema de qué sucede con los arrendamientos existentes en una finca que ha sido inscrita en el Registro Municipal de Solares de Edificación Forzosa. El conflicto surge en torno a la extinción de dichos arrendamientos y a las indemanizaciones a que pudieran tener derecho lo arrendatarios.

A este respecto, la **STS de 15 de octubre de 2001,** Ar. 331, señala que:

> "la inclusión de la finca en el Registro Municipal de Solares de Edificación Forzosa en la forma prevista por los artículos 156.2 y 157 del mentado Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1975, 25 del Reglamento de Disciplina Urbanística y preceptos concordantes del Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares (...), no determina por sí sola la extinción de los arrendamientos, aunque sea preciso incoar el correspondiente expediente de valoración en cumplimiento de lo ordenado por el referido artículo 157 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y 20 del mentado Reglamento de Edificación Forzosa y Registro Municipal de Solares, aprobado por Decreto 635/1964" (FJ 3º).

Por el contrario, continúa diciendo el TS:

> "la extinción de los arrendamientos, una vez inscrita la finca en el Registro Municipal de Solares, se produce en virtud de su enajenación o del otorgamiento de la licencia para edificar, según prevén los números primero y segundo del tantas veces citado artículo 161 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, y sólo en estos supuestos es obligación del propietario indemnizar a los arrendatarios en la forma dispuesta por el número tercer del mismo artículo 161. Si la extinción de los arrendamientos se ha producido por cualquier otra causa con anterioridad a la enajenación de la finca o al otorgamiento de la licencia de edificación, no es aplicable lo dispuesto por el tan repetido artículo 161.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo en cuanto a los derechos de los arrendatarios a ser indemnizados con cargo al propietario, sin perjuicio de las indemnizaciones que puedan corresponderles con arreglo a la legislación civil común o especial de arrendamientos urbanos" (FJ 3º).

En el supuesto objeto de discusión, no se había producido ninguno de los dos requisitos exigidos por el TS, a saber, ni se había enajenado la finca incluida en el Registro Municipal de Solares, ni los propietarios habían obtenido licencia para construir, y de esta forma, la extinción de los arrendamientos no se había producido *ope legis*, conforme a los previsto en el art. 161, números 1 y 2 TRLS de 1976, y por tanto, no cabía la indemnización del arrendatario recurrente recogida en el número 3 de citado precepto.

4. EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) Valoraciones urbanísticas

a) Normativa aplicable

En una abundante jurisprudencia, entre las que caben citar las **SSTS de 5 de junio de 2001,** Ar. 7759, **23 de junio de 2001,** Ar. 8219, y **17 de octubre de 2001,** Ar. 9197, el Tribunal Supremo ha mantenido que, declarada la inconstitucionalidad del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por la STC de 20 de marzo de 1997, resultan inaplicables a las valoraciones de las expropiaciones forzosa por razón de urbanismo los artículos 59, 60 y 61 de dicho texto. El vacío legal creado ante esta situación debe colmarse acudiendo al TRLS de 1976 y al Reglamento de Gestión Urbanística de 1978.

b) Premio de afección

La **STS de 13 de noviembre de 2001,** Ar. 10255, al resolver el recurso de casación interpuesto por la Generalidad de Cataluña contra las resoluciones del Jurado Provincial de Barcelona que habían fijado el valor de unas fincas expropiadas, determina, a efectos de fijar la base sobre la que determinar el 5 por ciento del premio de afección, que no pueden incluirse en la misma las indemnizaciones por ocupación temporal. Sí deben, sin embargo, integrarse en aquélla los elementos auxiliares, ya que éstos caben dentro del concepto legal indeterminado "afección".

B) Intereses de demora

a) Sujeto obligado al pago

Las **SSTS de 17 de abril de 2001,** Ar. 9306 y **9 de junio de 2001,** Ar. 8214 y **27 de septiembre de 2001,** Ar. 9549, reiteran la nueva orientación que a partir de las Sentencias de 3 de mayo de 1999, 23 de mayo y 6 de junio de 2000, 10 de febrero y 17 de abril de 2001, sigue la doctrina jurisprudencial de este Tribunal a la hora de determinar el sujeto responsable del abono de los intereses de demora en la determinación del justiprecio expropiatorio, indicando como tal a la Administración del Estado de la que depende el Jurado Provincial de Expropiaciones cuando el retraso es imputable a éste por no haber concluido en tiempo el expediente de justiprecio, y no al Ayuntamiento que remitió debidamente el mismo al Jurado.

Por su parte, la **STS de 22 de septiembre de 2001,** Ar. 9176, señala que esta misma obligación incumbe a la Administración cuando, amparándose en la irregular situación hereditaria de los propietarios expropiados, no incoe el correspondiente procedimiento de justiprecio dentro del término fijado imperativamente por el artículo 52.7 LEF, esto es, una vez realizado el depósito y ocupada la finca.

b) Fecha inicial del cómputo en las expropiaciones urgentes

Las **SSTS de 19 de junio de 2001,** Ar. 7989, **14 de julio de 2001,** Ar. 8010, **4 de octubre de 2001,** Ar. 9191 y **28 de diciembre de 2001,** Ar. 10150, siguiendo la doctrina de la Sala de lo Contencioso-administrativo a este respecto, considera que si bien el artículo 52.8 LEF establece que la fecha inicial para el cómputo de los intereses legales de demora en las expropiaciones tramitadas por el procedimiento de urgencia es el día siguiente de la ocupación, la correcta interpretación de este precepto y del artículo 56 del mismo texto legal obliga a entender que, a fin de no hacer de peor condición al expropiado por el trámite de urgencia que por el ordinario, el cómputo debe iniciarse, cuando no se haya ocupado efectivamente los bienes o derechos antes de transcurrir los seis meses de iniciarse el expediente expropiatorio, al día siguiente del transcurso de los seis meses.

5. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO: LICENCIAS URBANÍSTICAS

A) Normativa aplicable a la concesión de licencias en supuestos de alteración del planeamiento durante su tramitación

El **Tribunal Supremo,** en sus **Sentencias de 5 y 6 de octubre de 2001,** Ar. 7961 y 7962, resuelve el tema de cuál ha de ser el planeamiento aplicable para contrastar la legalidad de unas licencias para construcción de una gasolinera que fueron solicitadas estando en vigor un Plan General de ordenación urbana que las amparaba pero que, sin embargo, en la fecha en la que fueron resueltas, y dado que dicho plan fue anulado, resultaban ilegales. Para la Sala:

> "(...) En los casos en que tenga lugar una alteración del planeamiento durante la tramitación de un expediente de concesión de licencia de obras, ha de aplicarse el nuevo plan si la licencia se resuelve en el plazo de tres meses desde la fecha de la solicitud, y el plan estuviera vigente cuando se formuló la petición si la Administración por causa imputable a ella, resolvió tardíamente, esto es transcurridos tres meses desde aquella fecha (…)"

No obstante, el Tribunal mantiene que dicha doctrina no es aplicable en el presente caso puesto que en el supuesto enjuiciado no nos encontramos ante una modificación de planeamiento sino de la aplicación de un plan que en la fecha en la que se concedió la licencia ya había sido anulado por la Administración.

Y continúa señalando que:

> "Tampoco cabe oponer la jurisprudencia de esta Sala acerca de la legislación aplicable en los supuestos de alteración del planeamiento, pues como acertadamente advierte el Tribunal de instancia se trata de una doctrina citada sobre la base de modificaciones váli-

das en el planeamiento. En modo alguno de esa doctrina puede resultar la consecuencia de que haya de tenerse en cuenta para conceder una licencia de obra un plan que en la fecha en que se resuelve la Administración, cualquiera que ésta sea hubiera sido declarado nulo" (FJ 5º).

B) Condicionamiento impuesto a las licencias de obras

Las **SSTS de 3 de octubre,** Ar. 7649, **21 de noviembre,** Ar. 10222 **y 22 de noviembre,** Ar. 9726, todas ellas **de 2001,** mantienen que determinadas especificaciones que se imponen al otorgamiento de las licencias urbanísticas, como el destinar determinadas plazas de garaje para aparcamiento por horas o la entrega efectiva de determinados terrenos que han de ser cedidos, no constituyen condiciones propiamente dichas, y que además, si se aceptaron en su momento por el interesado constituyen un acto propio de obligado cumplimiento.

Por otra parte, la **STS de 18 de octubre de 2001,** Ar. 8295, declara, en contra de lo mantenido por el recurrente, la imposibilidad de la Administración pública de otorgar una licencia condicionada a la aprobación del Proyecto de Urbanización, ya que la normativa urbanística prohíbe edificar en tanto no se ejecuten las correspondientes obras de urbanización o sea aprobado el referido Proyecto.

6. PROTECCIÓN DE LA LEGALIDAD URBANÍSTICA

La **STS de 11 de octubre de 2001,** Ar. 7966, conoce de la impugnación de la sentencia del Tribunal de instancia que había ordenado demoler una construcción ejecutada sin ajustarse a la licencia concedida.

Los recurrentes afirman que, con carácter previo a la orden de demolición, era preciso que se evacuara trámite que posibilitara la legalización de las obras realizadas. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende, siguiendo el acuerdo de la Comisión de Patrimonio Histórico Gallego, que las mismas no son susceptibles de legalización, razón por la que se considera innecesario el citado requerimiento de legalización.

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) Normas reguladoras de los patrimonios públicos. Relación de la legislación de régimen local y las leyes sectoriales. B) Bienes patrimoniales afectos a fines públicos. Diferenciación de los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos. Consecuencias de dicha distinción en la enajenación de los bienes. C) Enajenación de los bienes públicos. Procedimiento para hacer efectiva la reversión del bien enajenado por incumplimiento de la condición. D) Enajenación de los bienes públicos. Condiciones para permutar un bien municipal. E) Utilización de los bienes de dominio público. Calificación del uso y consecuencias que se derivan de la misma. F) Utilización de los bienes de dominio público. Viviendas cedidas a maestros. Regulación por Ordenanza de las mismas. G) Potestades administrativas. Potestad de investigación. **3. Aguas continentales.** A) Aguas privadas: cuestiones sobre inscripción en el Catálogo. B) Aguas subterráneas: afección a otros aprovechamientos. C) Aprovechamientos hidroeléctricos: modificación de concesiones. D) Régimen económico-financiero. E) Riegos: tramitación de concesiones. F) Sequía: competencia de la Comunidad Autónoma y no indemnizabilidad por las medidas extraordinarias adoptadas. G) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento a poblaciones. **4. Aguas marítimas.** A) Extensión del demanio marítimo: nociones de acantilado y dunas y su inclusión en el mismo. B) Deslinde: atribución al Estado de la posesión y de la propiedad de los bienes del demanio costero prevalente sobre las inscripciones registrales. Recurso ante la jurisdicción civil. C) Usos: privativos y comunes especiales. Legislación precedente: la concesión de desecación de marismas supone la desafectación del bien. D) Puertos: obligaciones anudadas a la construcción de los mismos y naturaleza de tasa del canon de ocupación del demanio portuario. E) Pesca marítima. Intervención administrativa: autorización para el ejercicio de la actividad pesquera y para la construcción de buques. Transmisibilidad de los títulos autorizatorios. Funciones de las Asambleas de las Cofradías de Pescadores. **5. Carreteras.** A) Accesos: responsabilidad y construcción de los mismos. B) Proyectos de carreteras: aprobación. C) Indemnización por daños y per-

juicios en edificación próxima a autovía. **6. Montes: ejercicio del derecho de retracto.** **7. Patrimonio cultural: diversas cuestiones sobre bienes de interés cultural.**

1. CONSIDERACIÓN PREVIA

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi correspondiente a 2001 desde la sentencia núm. 6976 a la 10324 (cuadernillos 32 a 46) y la del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 12/2002, de 17 de enero, hasta la 98/2002, de 29 de abril.

2. BIENES LOCALES

A) Normas reguladoras de los patrimonios públicos. Relación de la legislación de régimen local y las leyes sectoriales

En algunos casos existen leyes especiales que regulan específicamente los patrimonios públicos. Sin embargo, tales normas no regulan de forma completa el estatuto de los bienes, por lo que es preciso acudir a las contenidas en la normativa local general.

Éste es el caso enjuiciado en la **STS de 12 de noviembre de 2001,** Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 8960, en el que se plantea la relación entre la normativa urbanística y la de régimen local con motivo de las condiciones que se exigen a un Ayuntamiento para que pueda permutar unos bienes. En la misma se afirma que es posible que a través de los procedimientos urbanizadores puedan los Ayuntamientos adoptar decisiones que afecten a su patrimonio sin seguir, en su caso, el procedimiento señalado por el Reglamento de Bienes, pero en el supuesto debatido se ha infringido el artículo 118 del Reglamento citado ya que lo que se ha pactado a través de las bases de actuación de una unidad de ejecución y el proyecto de urbanización es una auténtica permuta de bienes inmuebles por otros bienes inmuebles, con abono de una cantidad por diferencia a cargo del Ayuntamiento. Se ha faltado a lo ordenado en el artículo 118 ya que no consta la existencia de una valoración técnica de los bienes a permutar ni incluso, que se haya hecho el reconocimiento previo a favor del Ayuntamiento del 15 por ciento del aprovechamiento. En consecuencia, este hecho constituye una infracción legal con eficacia anulatoria puesto que los miembros de la Corporación no podían conocer adecuadamente que la decisión adoptada fuera inconveniente para los intereses municipales.

En contra de esta argumentación no se puede alegar que en ciertos casos los procedimientos urbanísticos pueden prevalecer, como norma especial, frente a las normas generales del Reglamento de Bienes. La naturaleza jurídico-pública de una Entidad local y el obligado respeto a los intereses generales a los que sirve justifican que sea necesario en todo caso que cualquier enajenación o permuta de bienes patrimoniales sea precedida siempre de una acreditación fehaciente del justiprecio de los bienes que van a salir del patrimonio del Ente local de que se trate.

B) Bienes patrimoniales afectos a fines públicos. Diferenciación de los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos. Consecuencias de dicha distinción en la enajenación de los bienes

Dentro de los bienes patrimoniales es preciso diferenciar entre aquellos afectos a finalidades públicas y los que no están destinados a dichos fines públicos. Dentro de los primeros se comprende el patrimonio municipal del suelo.

De la distinción realizada se deriva una diferente regulación de las enajenaciones de bienes patrimoniales. Así, los afectos a fines públicos pueden enajenarse exclusivamente para hacer efectivo el fin que cumplen y siempre que se respeten las condiciones previstas en la ley sectorial; en cambio, los restantes bienes patrimoniales pueden venderse libremente, observando las normas generales contenidas en la normativa local.

Las consecuencias de la diferente regulación de la enajenación de ambos tipos de bienes patrimoniales puede apreciarse en la **STS de 31 de octubre de 2001,** Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 8391, al examinar la legalidad de un acto de aprobación de un convenio en el que se preveía la permuta de bienes integrantes del patrimonio municipal del suelo con un particular para hacer efectivas finalidades distintas a las previstas en la legislación urbanística para esta clase de suelos. En la medida que esos fines eran ajenos a los previstos en las normas reguladoras de este tipo de patrimonios, el Tribunal considera ilegal esta enajenación. Asimismo, tampoco mediante las cláusulas de un convenio se pueden establecer reglas que exceptúen la aplicación de las normas generales de enajenación a los restantes bienes patrimoniales y, en particular, la regla de enajenación mediante subasta, dado que serían contrarias a lo previsto en la legislación de régimen local.

C) Enajenación de los bienes públicos. Procedimiento para hacer efectiva la reversión del bien enajenado por incumplimiento de la condición

En el artículo 111 del Reglamento de Bienes se establece que si los bienes cedidos no fuesen destinados al uso dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejasen de serlo posteriormente se considerará resuelta la cesión y revertirán aquéllos a la Corporación local. No obstante, la decisión municipal que se adopte en este sentido debe respetar el procedimiento legalmente establecido. Exigencia de un expediente que se contiene en la **STS de 2 de julio de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8237, reiterando jurisprudencia anterior.

En la Sentencia citada se parte de que el contrato de enajenación del bien que se pretendía recuperar es un contrato administrativo en el caso debatido. De esta calificación se deriva que la resolución por incumplimiento de una condición resolutoria no puede verificarse de la misma forma que un contrato privado, sino con observancia de la legislación aplicable para la resolución de los contratos administrativos, singularmente el artículo 114.2 de la Ley de Régimen Local de 1986. Ello conlleva la necesidad de tramitar un expediente previo y, desde luego, el perceptivo e inexcusable trámite de audiencia previa al particular afectado.

La exigibilidad de este trámite de audiencia no es contraria a lo establecido en el artículo 111 del Reglamento de Bienes citado, puesto que una cosa es el efecto sustantivo del incumplimiento, esto es, la resolución y la reversión, y otra bien diferente el procedimiento a seguir por la Administración para acordar este efecto, que requiere de la previa audiencia del afectado.

Sin embargo, la audiencia del interesado no es un valor absolutamente formal, que en todo caso determine una nulidad en el caso de no haberse producido en el momento procedimental previsto legalmente, sino que tanto en el ámbito administrativo como en el procesal, su eficacia invalidante queda vinculada al hecho sustantivo de que se hubiera producido indefensión. Indefensión que en el caso concreto enjuiciado por el Tribunal no concurre, dadas las circunstancias que se mencionan en la Sentencia.

D) Enajenación de los bienes públicos. Condiciones para permutar un bien municipal

En la **STS de 16 de julio de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 7757, se afirma que la permuta es un sistema excepcional de enajenación de bienes patrimoniales municipales, frente a la norma general de realización de subasta pública (art. 80 de la Ley de Régimen Local de 1986), que demanda el cumplimiento estricto de los requisitos establecidos por el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. Estos requisitos son que, previo expediente, se acredite la necesidad de efectuar la permuta y que la diferencia de valor entre los bienes que se trate de permutar no sea superior al 40 por ciento del que lo tenga mayor.

En la Sentencia mencionada, citando jurisprudencia anterior, se afirma que la necesidad de la permuta es un concepto jurídico indeterminado, con un amplio margen de apreciación de la Administración, que se concreta en la valoración de dos extremos diferentes que atañen a la necesidad de la adquisición de determinados bienes y, además, a que para tal adquisición, desde el punto de vista del interés público, resulte indicada la permuta. Condiciones que se cumplen en el caso enjuiciado.

Finalmente, en la Sentencia se afirma que es posible la permuta de un bien municipal por cosa futura. El artículo 1538 del Código Civil dispone que la permuta es un contrato para el cual cada uno de los contratantes se obliga a dar una cosa para recibir otra. El artículo 1271 de dicho texto legal previene que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aún las futuras. En consecuencia, la entrega de un solar a cambio de la entrega de las viviendas a construir sobre dicho solar tiene la condición de contrato de permuta, en el que las viviendas a construir sobre el solar constituyen una cosa futura, pero perfectamente cierta y determinada.

E) Utilización de los bienes de dominio público. Calificación del uso y consecuencias que se derivan de la misma

Para poder calificar jurídicamente el uso del bien de dominio público es necesario tener en cuenta el tipo de utilización y las circunstancias concurrentes. Circunstancias que son

examinadas en la **STS de 9 de octubre de 2001,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 8212, para calificar la utilización de la vía pública por un kiosco. Así, resulta que de conformidad con el art. 78 del Reglamento de Bienes y la jurisprudencia del TS que se cita la ocupación de vía pública por el kiosco debe considerarse como privativa y que por ello precisa de una concesión. Sin embargo, dadas las circunstancias concurrentes el Tribunal considera la ocupación como un acto de mera tolerancia.

En concreto, resulta que por actos administrativos anteriores no recurridos ni tampoco objeto del pleito se dio por cancelada la autorización de ocupación del titular del kiosco. Pero el Ayuntamiento no actuó en consecuencia con las decisiones adoptadas y no procedió al desalojo, sino que toleró la explotación y percibió las correspondientes tasas con posterioridad. Por tanto, con los actos administrativos de cancelación de la ocupación se produjo una modificación del título jurídico habilitante para la explotación, que se convirtió en un acto de mera tolerancia. Nueva configuración para cuya protección no pueden alegarse por el particular los preceptos relativos a las concesiones administrativas, ni los preceptos dedicados a la revocación de las concesiones y la recuperación de oficio de los derechos constituidos sobre bienes de dominio público, dado que el supuesto al que se aplican es diferente.

F) Utilización de los bienes de dominio público. Viviendas cedidas a maestros. Regulación por Ordenanza de las mismas

En la **STS de 2 de julio de 2001,** Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 8202, se reitera jurisprudencia anterior sobre la obligación de ceder los Ayuntamientos viviendas a maestros. Pero además en dicha Sentencia se rechaza la posibilidad de que los Ayuntamientos regulen por Ordenanza la utilización de viviendas municipales por los profesores de EGB.

En concreto, en la Sentencia se parte de que los Municipios tienen autonomía para la gestión de sus respectivos intereses. Pero dicha autonomía, entendida bien de forma positiva o negativa, tal y como se expone en la Sentencia, no permite extender la competencia municipal hasta el extremo de pretender regular las condiciones y reglas de prioridad o preferencia de los solicitantes de viviendas, el procedimiento de adjudicación de las mismas y la duración de la adjudicación, por ser aspectos que trascienden de lo que puede calificarse como competencia propiamente municipal y por incidir en el ámbito competencial de la Administración autonómica educativa; a este respecto debe recordarse que el uso de viviendas por funcionarios públicos, en consideración a su condición de tales, constituye una situación jurídica derivada de su estatuto funcionarial, lo que refuerza la insusceptibilidad de su regulación mediante Ordenanza municipal, al tratarse de funcionarios docentes cuyo estatuto se determina por la normativa autonómica en el marco de la legislación básica del Estado. Ni tampoco queda salvada esa competencia municipal por una eventual alegación en el sentido que la ordenanza no contradiga lo prescrito en la normativa estatal y autonómica de referencia.

G) Potestades administrativas. Potestad de investigación

Los Entes locales tienen atribuida la potestad de investigación de sus bienes en la legislación de régimen local. En este sentido, en la **STS de 10 de diciembre de 2001,** Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 9845, se afirma que el Reglamento de Bienes otorga potestades para la investigación y recuperación de los bienes desprendiéndose del mismo que los Municipios pueden declarar su titularidad, sin perjuicio de que los particulares que se entiendan perjudicados puedan recurrir ante la jurisdicción civil. Ejercicio de la potestad que está sometido al procedimiento y condiciones establecidos en el citado Reglamento.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Aguas privadas: cuestiones sobre inscripción en el Catálogo

De la **STS de 2 de abril de 2001,** Ar. 8987, se deduce que no pudo denegarse la inscripción de un aprovechamiento de aguas con destino a riegos en el Catálogo de aguas privadas a que hacía referencia la DT Cuarta .2 de la Lag. de 1985, puesto que el argumento de la CH del Guadalquivir de supeditar esa inscripción a que previamente constase inscrito el aprovechamiento de la concesión de la Compañía minera al que se subordinaba aquél no puede sostenerse. De este modo, el precepto aplicable no es el art. 55 de la Lag. (posterior art. 57 TR de Lag.) que dispone que los titulares de aprovechamientos mineros pueden utilizar las aguas que capten con motivo de las explotaciones mineras, y si existieran aguas sobrantes, se pondrán a disposición del Organismo de cuenca, sino el art. 26 de la Lag. de 1879 que indicaba que los concesionarios de pertenencias mineras tienen la propiedad de las aguas halladas en sus labores mientras conserven las de sus minas.

Asimismo, en la **STS de 20 de septiembre de 2001,** Ar. 7454, el tema debatido es si procede o no la inscripción de un concreto aprovechamiento en el Catálogo de aguas privadas. El TS afirma en esta Sentencia que dado que la inscripción en el mencionado Catálogo posee efectos declarativos y no constitutivos, y debido a que la Lag. de 1985 y el RDPH imponen a los titulares legítimos de aprovechamientos de aguas calificadas como privadas por la legislación anterior que optaran por mantenerlas en tal régimen, la obligación de declarar su existencia al Organismo de cuenca correspondiente para su inscripción en dicho Catálogo (DT Cuarta), no puede denegarse lo solicitado por la titular del aprovechamiento. No es tampoco obstáculo el hecho de que se pida la inscripción pasado el plazo de 3 años a que hace referencia el art. 195 del RDPH, por la razón de que la propia Administración ha de ser la más interesada en que consten en dicho Catálogo el máximo número de aprovechamientos, pues así se consigue una mayor información, indispensable para el control del recurso hídrico.

B) Aguas subterráneas: afección a otros aprovechamientos

En la **STS de 12 de junio de 2001,** Ar. 6951, se considera correcta la concesión de aguas subterráneas con destino al riego que se discute, ya que las partes recurrentes no consiguen demostrar que dicha concesión afecte a otros aprovechamientos preexistentes en el sentido del art. 184.6 del RDPH, es decir los haga inviables (la extracción de aguas se situaba a 25 km de distancia). Tampoco es óbice la ausencia de aprobación del Plan Integral de Explotación de los acuíferos de la Mancha Oriental por aplicación analógica de la DT Sexta de la Lag. de 1985 y de jurisprudencia anterior (SSTS de 10 de abril y de 23 de mayo de 2000; crónica XII.3.A del núm. 10 de esta Revista).

C) Aprovechamientos hidroeléctricos: modificación de concesiones

Cuando se pretende cambiar la titularidad de una concesión es preciso solicitar del Organismo de cuenca la correspondiente inscripción, sin embargo ésta tendrá carácter provisional si el aprovechamiento no se encuentra en condiciones de explotación (arts. 146.1 RDPH y 147.3 RDPH). Estos preceptos son invocados en la **STS de 7 de noviembre de 2001,** Ar. 9162, para resolver el caso controvertido. En efecto, el Alto Tribunal entiende ajustadas a derecho unas resoluciones administrativas que declaraban caducada la concesión hidroeléctrica que se pretendía transmitir, en aplicación del art. 148.6 RDPH (que dispone que si en este tipo de expedientes se llega al convencimiento de que la explotación del aprovechamiento estuvo paralizada por período superior a tres años consecutivos, se iniciará el oportuno procedimiento de extinción de la concesión) no pudiendo caber la citada transferencia. En este caso, quedó demostrado que la central hidroeléctrica dejó de funcionar en 1955, debido a que quedó inundada en parte como consecuencia de la construcción de otra central hidroeléctrica que disponía de embalse, previos determinados pactos entre los titulares.

D) Régimen económico-financiero

De la **STS de 25 de julio de 2001,** Ar. 7114, se deduce que los regadíos tradicionales (existentes antes de 1933) están sujetos al canon de regulación. De este modo, siguiendo jurisprudencia anterior (*v.gr.* SSTS de 19 de mayo de 1998, crónica XII.3.F del núm. 3 de *Justicia Administrativa* y de 17 de septiembre de 1999, crónica XII.3.F del núm. 7 de esta Revista) se resuelve a favor de la liquidación girada para 1990 por este concepto a la Comunidad de regantes de Lorca respecto de dos pantanos. En efecto, del art. 5 del Decreto de 25 de abril de 1953 no se desprende que estos regadíos queden liberados de la mencionada figura tributaria.

En la **STS de 6 de octubre de 2001**, Ar. 8936, se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra un Acuerdo del Consejo de Ministros de diciembre de 1999, sobre aprobación de nuevas tarifas para el aprovechamiento del acueducto Tajo-Segura y lo declara no ajustado a derecho. Según el FJ 5º, la cuenca alta del Guadiana y dentro de ella, las Tablas de Daimiel se rigen por el régimen introducido en virtud del art. 5.1 del RD-Ley 8/1995, de 4 de agosto, por lo que los beneficiarios sólo han de sufragar los costes correspondientes de

amortización, explotación y conservación de tales derivaciones, sin que queden obligados a asumir los gastos previstos en los arts. 7.2 y 9 de la Ley 52/1980, de 16 de octubre, es decir las tarifas en este caso no se someten al régimen general del acueducto, sino al específico del ya citado RD-Ley 8/1995.

Por otro lado, respecto al canon de vertido la **STS de 27 de mayo de 2001,** Ar. 6717, señala que la liquidación girada a una empresa de tintes por más de siete millones de pesetas, para el ejercicio de 1989 no puede anularse, ya que el argumento aducido por dicha empresa acerca de que el art. 295.3 del RDPH vulnera la previsión legal del art. 105.2 de la Lag. de 1985, con infracción del principio de jerarquía normativa no es atendible. Precisamente en jurisprudencia anterior, resolviendo casos similares (así, SSTS de 26 de febrero y 31 de mayo de 2000; respectivamente *vid*. crónicas XII.3.E del núm. 9 y XII.3.D del núm. 10 de *Justicia Administrativa*) el TS ya llegó a la conclusión de que la expresión "en su caso" contenida en el citado art. 105.2 significa que no es una necesidad imperiosa que deba existir Plan Hidrológico de cuenca aprobado para que pueda otorgarse válidamente una autorización de vertido.

De similar temática pero incidiendo en que el canon de vertido basado en una autorización provisional otorgada en el marco de la Orden de 23 de diciembre de 1986 es conforme al ordenamiento aplicable se encuentran las **SSTS de 3 y de 7 de julio de 2001,** Ar. 7247 y 6740. No se vulnera el principio de reserva de ley ni el de jerarquía normativa por la Orden mencionada, ya que la obligación de satisfacer el canon surge por los arts. 92 y ss. Lag. en conexión con el art. 105 de esa misma Lag. de 1985, y en esos preceptos no se distingue entre autorizaciones definitivas y provisionales. El hecho de que por esa Orden se admitan expresamente las autorizaciones provisionales de vertido es en beneficio de las empresas peticionarias, que en otro caso hubieran visto paralizada su actividad industrial, con lo que el canon exigido a partir de dichas autorizaciones es procedente.

E) Riegos: tramitación de concesiones

Conforme al art. 121.1 del RDPH, ha de suspenderse de forma provisional la tramitación de toda nueva petición cuando se compruebe que la concesión cuyo otorgamiento se solicita, resulte incompatible con otra que esté en tramitación. A este precepto se apela en la **STS de 6 de noviembre de 2001,** Ar. 8625, para decidir el caso que se discute. Se llega a la conclusión de que dado que la Comunidad de regantes necesita parte del caudal proporcionado por un manantial ubicado en la zona, pero no todo, el caudal sobrante puede ser objeto de concesión para otro aprovechamiento, sin que exista la incompatibilidad a que se refiere el art. 121.1 del RDPH.

F) Sequía: competencia de la Comunidad Autónoma y no indemnizabilidad por las medidas extraordinarias adoptadas

Se afirma la validez del Decreto de la Comunidad de Madrid 81/1992, de 23 de diciembre, que aprueba medidas excepcionales para la regulación del abastecimiento de aguas

en la **STS de 9 de mayo de 2001,** Ar. 7416. Este Decreto autonómico (impugnado por el Ayuntamiento de Madrid) que preveía que durante unos meses en que persistió la circunstancia de sequía quedaba prohibido el uso del agua para riego de parques y jardines, etc., está dentro de las competencias que corresponden a dicha Comunidad en virtud de su Estatuto de Autonomía, y en concreto cuando este último alude a las normas adicionales de protección sobre el medio ambiente para evitar el deterioro de las aguas, entre otros recursos naturales.

No se vulnera el art. 25 LBRL que atribuye a los Municipios la competencia sobre suministro de agua y alcantarillado, ya que este precepto indica que ello es así, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas. En conexión con esto, no hay que olvidar lo previsto en la Ley autonómica 17/1984, de 20 de diciembre, reguladora del abastecimiento y saneamiento de agua, de la cual resulta que los servicios de aducción y depuración son competencia de la Comunidad de Madrid, y los de distribución y alcantarillado compete a los Municipios. Dado que el servicio de aducción o traída de aguas comprende a su vez las funciones de captación y alumbramiento, embalse, conducciones por arterias o tuberías primarias, tratamiento y depósito, no puede afirmarse que la Comunidad Autónoma no pudiese aprobar el Decreto controvertido.

Por otro lado, la **STS de 17 de octubre de 2001,** Ar. 9150, siguiendo jurisprudencia anterior (así, SSTS de 18 de marzo de 1999, crónica XII.3.I del núm. 6 de esta Revista; y de 15 de noviembre de 2000, crónica XII.3.G del núm. 13 de *Justicia Administrativa*) estima correcta una Resolución de un órgano del Ministerio de Medio Ambiente, por la que se aprueba el régimen de explotación del Acuífero 24 del Campo de Montiel para el año 1993. No estamos ante una expropiación de derechos de los titulares de aguas privadas y de los agricultores que usan aguas subterráneas que haya que indemnizar como aducen los recurrentes, sino que se trata de una medida de carácter general adoptada en virtud del art. 56 de la Lag. de 1985 que permite la adopción de soluciones extraordinarias en situaciones de grave sequía o sobreexplotación de acuíferos, no siendo un obstáculo para ello el origen privado de las aguas según el párrafo 4 de las DDTT Segunda y Tercera de la Lag. de 1985.

G) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento a poblaciones

La **STS de 23 de octubre de 2001,** Ar. 8610, se pronuncia sobre la conformidad a derecho del Acuerdo del Ayuntamiento de Cáceres, por el que se había convocado concurso para adjudicar la concesión del servicio de abastecimiento de aguas, rechazándose por tanto el recurso del Ayuntamiento de Malpartida de Cáceres que pretendía su anulación. No se ha infringido el art. 26.1 de la LBRL, referido a la obligación de los Municipios de prestar por sí o asociados el servicio de abastecimiento domiciliario de agua potable. Del pliego de condiciones del concurso aprobado por el Pleno unos meses antes de la mencionada convocatoria, resultaba que la concesión a adjudicar abarcaba también el consumo y distribución a los municipios de Sierra de Fuentes y Malpartida de Cáceres, siendo un dato relevante que dicha aprobación no fue impugnada en su momento por este último Ayuntamiento (Corporación Local que además no contaba con sistema de abastecimiento autónomo).

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Extensión del demanio marítimo: nociones de acantilado y dunas y su inclusión en el mismo

El supuesto resuelto por la **STS de 13 de julio de 2001,** Ar. 7660, perfila las nociones de acantilado y de dunas, distinguiéndolas de otras con las que pudiesen prestarse a confusión. Todo ello con el fin de concluir a renglón seguido, y de acuerdo con lo indicado en los artículos 3.1.b) y 4.4 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, en su innegable carácter demanial. En efecto, a juicio del tribunal, el concepto de acantilado no ha de limitarse a la consideración de la verticalidad de la formación rocosa y de su contacto con el mar, la playa u otros elementos del dominio público marítimo-terrestre sino que también ha de valorarse, como elemento igualmente definitorio de su naturaleza, su estabilidad y permanencia en tanto que integrante de una zona costera característica; fijeza a la que la propia idea de coronación como límite superior de los mismos no es ajena. Por esta razón, elevaciones verticales en fases de regresión constante y avanzada como las analizadas en el supuesto de autos no pueden ser consideradas acantilados, sino más bien escarpes o abruptos. Por lo que respecta a las dunas litorales, en la medida en que están formadas por la acción del mar o del viento marino, y al margen de que tengan o no vegetación, han de considerarse como integrantes del demanio marítimo, y más si, como en este caso, se encuentran en desarrollo, desplazamiento o evolución como consecuencia de aquellos elementos.

B) Deslinde: atribución al Estado de la posesión y de la propiedad de los bienes del demanio costero prevalente sobre las inscripciones registrales. Recurso ante la jurisdicción civil

El ejercicio de la potestad administrativa de deslinde –ejercida con el fin de fijar los límites del demanio marítimo– tiene como efecto principal, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley de Costas, la declaración de la posesión y de la titularidad estatal de los bienes que se consideran integrados en aquél a su consecuencia, constituyendo además la resolución aprobatoria del mismo (siempre debidamente motivada) título suficiente para rectificar las situaciones jurídicas registrales que se opongan a su resultado. Esta potestad exorbitante no significa, sin embargo, que los titulares inscritos afectados no puedan ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, recurriendo de ser preciso ante la jurisdicción civil en tanto que orden competente para solucionar controversias en cuestiones de propiedad **(SSTS de 24 y de 26 de septiembre de 2001,** Ar. 7665 y 7669, respectivamente). Una porción de terreno que responda a todas las características físicas de una playa [de acuerdo con lo establecido en el artículo 3.1.b) de la Ley de Costas] tiene que ostentar, necesariamente, tal categorización, y ello con independencia de que un Plan General de Ordenación Urbana la considere suelo urbano y prevea para ella los usos propios de ese tipo de suelo: son, en realidad, las características físicas las que les confieren *per se* aquel carácter y las que, por ende, deben prevalecer (FFJJ 5º y 6º de la primera de las Sentencias citadas).

C) Usos: privativos y comunes especiales. Legislación precedente: la concesión de desecación de marismas supone la desafectación del bien

El uso privativo del dominio público marítimo-terrestre requiere, para su realización efectiva, la obtención previa de una concesión por parte de la Administración titular del mismo. Concesión cuyo clausulado deberá ser observado en sus propios términos, de tal manera que el incumplimiento por exceso (abuso concesional) o por defecto (notoria falta de explotación) de las actuaciones anudadas a la misma determina su caducidad (**STS de 24 de septiembre de 2001,** Ar. 7822). Y concesión que, una vez caducada, supone el fin de la relación jurídica entre el cesionario y los bienes demaniales, así como la plena libertad del poder público para decidir el destino de los mismos. En ningún caso la mera autorización de uso provisional subsiguiente a tal caducidad –en tanto se determina aquel destino– supone un límite a esta libertad ni mucho menos una prórroga de aquel primer título, ya plenamente extinguido. Así lo establece la **STS de 18 de junio de 2001,** Ar. 7658.

Por su parte, el uso común especial del demanio marítimo –no excluyente del aprovechamiento por el resto de particulares, pero sí restrictivo del mismo en atención a las especiales circunstancias de intensidad que concurren en él– demanda el otorgamiento de una previa autorización por parte de la Administración costera; autorización cuya expedición no queda enervada por la existencia previa de una licencia municipal admisora de la actividad, siempre otorgada sin perjuicio de la obligada obtención por su titular del resto de autorizaciones legalmente procedentes. Tal es la interpretación que, en relación con un quiosco sito en zona marítimo terrestre, se lleva a cabo en la **STS de 19 de junio de 2001,** Ar. 7423.

Hay que recordar, por último, que en la legislación precedente a la vigente Ley de Costas se reconocía la posibilidad de otorgar concesiones de desecación de marismas en favor de particulares; desecación que, una vez realizada, tenía como efecto jurídico destacable la inserción jurídica del bien en la esfera patrimonial del concesionario, olvidando por ende su anterior naturaleza demanial. La Ley de Costas de 1988 respeta estas situaciones precedentes en su Disposición Transitoria Segunda, que reconoce expresamente que "los terrenos ganados o a ganar en propiedad al mar y los desecados en su ribera, en virtud de cláusula concesional establecida con anterioridad a la promulgación de esta Ley, serán mantenidos en tal situación jurídica, si bien sus playas y zona marítimo-terrestre continuarán siendo de dominio público en todo caso". Así lo recuerda la **STS de 23 de octubre de 2001,** Ar. 8844, que, además, salvaguarda el derecho de los propietarios de terrenos adquiridos de esta manera a efectuar edificaciones sobre los mismos, sin que la Administración, en ningún caso –y habida cuenta la desafectación demanial implícita vía título concesional adquisitivo sometido a condición (la desecación efectiva) que se ha producido–, pueda decidir la supresión de las obras.

D) Puertos: obligaciones anudadas a la construcción de los mismos y naturaleza de tasa del canon de ocupación del demanio portuario

La construcción y utilización de los puertos, en tanto que instalaciones de naturaleza demanial, requiere el correspondiente título administrativo, generalmente una conce-

sión; concesión en la que determinará –entre otras– la obligación del constructor-gestor de responsabilizarse de los daños que, directa o indirectamente, puedan causar las obras permitidas en las costas y playas inmediatas y, particularmente, de la regeneración de la arena de la playa (**STS de 7 de noviembre de 2001,** Ar. 10046). Esta concesión lleva anudado el devengo de una figura tributaria como contraprestación pecuniaria por aquélla. A este respecto, 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 –en este caso concreto, el canon por ocupación del dominio público portuario– han pasado a ostentar a sus resultas. En efecto; ya quedó manifestado 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 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 las **SSTS de 26 de octubre y de 12 de noviembre de 2001,** Ar. 136 y 147 de 2002, respectivamente.

E) Pesca marítima. Intervención administrativa: autorización para el ejercicio de la actividad pesquera y para la construcción de buques. Transmisibilidad de los títulos autorizatorios. Funciones de las Asambleas de las Cofradías de Pescadores

La actividad pesquera, en la medida en que se realiza sobre recursos limitados, ha de estar controlada por la Administración. La expedición de títulos autorizatorios para el ejercicio de la misma es un buen ejemplo de esta afirmación, constituyendo una infracción administrativa sancionable la actuación pesquera inautorizada (**STS de 17 de septiembre de 2001,** Ar. 89 de 2002). Hay que destacar que estos títulos son susceptibles de transmisión entre distintas naves, siempre que las mismas estén incluidas en el censo de la Comisión de Pesca del Atlántico Nordeste –a la que pertenece España–, cuente con la aquiescencia del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación en base a la racionalización de la actividad pesquera, y no supongan un perjuicio para terceros. Así se encarga de recordarlo la **STS de 10 de julio de 2001,** Ar. 7391.

Es asimismo aleccionadora en idéntico sentido al apuntado inicialmente la exigencia normativa de autorización previa al comienzo de la construcción de buques pesqueros, instrumentos materiales necesarios para el ejercicio de tal actividad. El título autorizatorio indicado, en el ordenamiento anterior al surgido como consecuencia del ingreso de España en las Comunidades Europeas –sobre el que se pronuncia la **STS de 8 de octubre de 2001,** Ar. 113 de 2002, ahora analizada– se entendía caducado (salvo en supuestos de fuerza mayor) por inactividad superior a un año. Inactividad que no se aprecia en el supuesto concreto que se discute judicialmente –construcción de 10 buques pesqueros con casco de poliéster– toda vez que la propia dinámica constructiva obliga a elaborar

primero un molde y, a partir del mismo, ensamblar las embarcaciones; molde que ya estaba realizado y que, en cuanto que presenta una indudable unidad de acción con la conformación misma de las naves, quiebra la presunta falta de actuación culpable. Esta constatación determina la indemnización de daños y perjuicios a la empresa armadora, considerando que de la anulación improcedente de las autorizaciones se han derivado para ella –nexo causal– lesiones en sus bienes y derechos, evaluables económicamente (incluyendo, con obviedad, el lucro cesante) e individualizados, que además no venía obligado a soportar.

Un modo tradicional de agremiación de los profesionales de la actividad pesquera ha sido la creación de Cofradías de Pescadores, corporaciones de derecho público con personalidad jurídica y capacidad de obrar que se rigen en su actuar por un órgano deliberante y resolutorio –Junta o Asamblea– al que se encomienda el ejercicio de las funciones y la consecución de los fines contenidos en el Estatuto particular de cada una de ellas. Los miembros de esta Asamblea son elegidos de manera paritaria por armadores y trabajadores a través de sus respectivas Agrupaciones Profesionales, de las cuales reciben un mandato representativo por un período de cuatro años. Según establece el FJ 2º de la **STS de 16 de mayo de 2001,** Ar. 7819, no cabe trasplantar a este peculiar modo asociativo –en el que confluyen características de tipo público y privado– la capacidad de autorregulación atribuible a las Juntas o Asambleas de Socios, en la medida en que éstas están compuestas por todos los integrantes del ente de que se trate, mientras que las Cofradías de Pescadores se nutren de meros mandatarios de los miembros de la misma, sometidos en cuanto a su renovación cuatrianual a un calendario electoral que ha venido siendo regulado por la Administración. La convocatoria, pues, de elecciones anticipadas como consecuencia de divergencias entre miembros constituye, en palabras del propio Tribunal, "una decisión extravagante que carece de base legal y resulta desproporcionada puesto que existen otros modos de sancionar las conductas improcedentes de los mismos". Esto no quiere decir, sin embargo, que como consecuencia del pronunciamiento judicial que acaba de transcribirse proceda la reposición en sus cargos a los miembros indebidamente sustituidos, toda vez que ha transcurrido con exceso el período de cuatro años para el que fueron elegidos en 1991, careciendo semejante pretensión "de objeto e interés legítimo" (FJ 4º).

5. CARRETERAS

A) Accesos: responsabilidad y construcción de los mismos

En relación con esta materia, cabe hacer mención, en primer lugar, a la **STS de 13 de octubre de 2001,** Ar. 10084, que se refiere a un supuesto donde la Administración denegó a un particular su solicitud de indemnización de daños y perjuicios, causados por la privación de acceso a restaurante tras las obras ejecutadas en una carretera nacional. El Tribunal Supremo confirma el criterio del Tribunal de instancia (Audiencia Nacional), y estima que la no práctica de la prueba pericial solicitada por los demandantes no ha producido a éstos indefensión. Ello es así porque los perjuicios producidos a éstos con la realización de las obras (reducción de la clientela, por el más difícil acceso) no les han

impedido sin embargo continuar explotando su negocio, de manera que en supuestos como éste los ciudadanos no cuentan con un derecho a que los trazados de las vías públicas se mantengan de un modo indefinido. De este modo, se sigue aquí el criterio establecido en este mismo supuesto por el Consejo de Estado, en el Dictamen que emitió en su momento.

En suma, sólo cuando existe privación total de accesos es cuando la Administración debe indemnizar al ciudadano en casos como éste. Y, como la privación es sólo parcial (por importante que pudiera ser, al dificultarse el acceso), no debe existir, según la Sala tercera, indemnización.

Por otra parte, la **STS de 25 de octubre de 2001,** Ar. 10035, también se refiere al problema de la ejecución de accesos, pero ahora en un sentido diferente. En concreto, unas empresas solicitaron a la Administración la construcción de un acceso (en concreto, una vía de servicio para el acceso a las industrias), petición que les fue denegada. El TSJ de Castilla-La Mancha dio la razón a la Administración, extremo que confirma ahora el Tribunal Supremo.

En cuanto a los argumentos jurídicos de esta Sentencia, se estima que el acceso solicitado no cumple los requisitos establecidos en el artículo 28.3 de la Ley de Carreteras de 1988: no existe imposibilidad de otro tipo de acceso y no concurren razones de interés público –tan sólo un cierto interés socio-económico de los beneficiados– que aconsejen su construcción (el acceso era técnicamente inviable, según Informe de la Administración, y concurrían motivos de peligrosidad).

B) Proyectos de carreteras: aprobación

En otro orden de cosas, la **STS de 24 de septiembre de 2001,** Ar. 7663, confirma la decisión de la Audiencia Nacional, que a su vez dio la razón a la Administración del Estado, frente a la reclamación de una empresa en relación con el proyecto de desdoblamiento de una calzada en una carretera nacional. En concreto, se considera que no era preciso que el proyecto lo aprobara el Consejo de Ministros, y que tampoco era necesaria la información pública, al tratarse de una ampliación de calzada. No son pues aplicables los artículos 5 y 35 del Reglamento de Carreteras de 1977.

En este punto debe destacarse también la **STS de 21 de septiembre de 2001,** Ar. 7821, que confirma una Sentencia de la Audiencia Nacional que consideró conforme a Derecho el acto impugnado, que eran unas resoluciones del Ministro de Obras Públicas y Transportes por las que se aprobaba el expediente de información pública y posterior estudio informativo de un tramo de autopista en Galicia (según lo establecido en el artículo 7 de la Ley de Carreteras de 1988 y art. 35 del Reglamento de 1977).

Igualmente, se estima que la Administración ha obrado correctamente (según lo previsto en el RD Legislativo 1302/1986 y según el RD 1131/1988), al formular la declara-

ción de impacto ambiental, declaración que corregía algunas deficiencias que existían en el previo estudio de impacto ambiental.

C) Indemnización por daños y perjuicios en edificación próxima a autovía

En este caso, se trata de la **STS de 12 de junio de 2001,** Ar. 7984, que revoca la Sentencia de instancia y da la razón a la Administración del Estado, en un supuesto donde un particular reclamaba una indemnización por daños y perjuicios que se produjeron en una edificación próxima a una autovía en construcción. Según el TS no es extrapolable a las autovías el sistema indemnizatorio del art. 20 de la Ley de autopistas de 1972, y debe aplicarse en consecuencia el de la Ley de carreteras de 1988 (art. 25). Según esta última, no existiría aquí el elemento de antijuridicidad como requisito para la imputación del daño y del deber consiguiente de resarcimiento.

6. MONTES: EJERCICIO DEL DERECHO DE RETRACTO

En la **STS de 11 de julio de 2001,** Ar. 8454, se confirma la decisión del TSJ de Andalucía de 1994, que consideró que la Administración autonómica ejercitó correctamente el derecho de retracto sobre una finca forestal, de acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley de Patrimonio Forestal del Estado de 1941 y artículos 66 y siguientes de su Reglamento del mismo año. Y ello porque el plazo de seis meses para ejercitar el derecho de retracto debe entenderse cumplido cuando la Administración decide ejercitarlo, y no cuando concluye el expediente. Se ratifica así la doctrina sentada por el TS en sentencias anteriores.

7. PATRIMONIO CULTURAL: DIVERSAS CUESTIONES SOBRE BIENES DE INTERÉS CULTURAL

En este ámbito, debe mencionarse, en primer lugar, la **STS de 2 de julio de 2001,** Ar. 6573, que da la razón a la Administración autonómica, y confirma pues la Sentencia del TSJ andaluz de 1994, en un supuesto relativo a la declaración de un yacimiento arqueológico como bien de interés cultural en 1991. El TS considera que los terrenos sí tienen valor arqueológico, y que el procedimiento se ha observado adecuadamente (arts. 9.2, 11.2 y 15 de la Ley 16/1985, arts. 12.1 y 13.2 del RD 111/1986, que la desarrolla, y art. 106 de la Ley autonómica 1/1991, del Patrimonio Histórico de Andalucía), en aspectos como la notificación del acto de incoación del expediente, la delimitación de la zona afectada, etc.

Por otra parte, la **STS de 18 de junio de 2001,** Ar. 8894, considera que el Cabildo insular tinerfeño obró correctamente, al denegar a un particular la autorización para la ejecución de unas obras de demolición y construcción de un edificio, de acuerdo con lo establecido en los arts. 15.3 y 20.3 de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español. La finca objeto de controversia se halla ubicada dentro de un entorno declarado "bien de interés cultural" por el Gobierno canario. También se observaron las reglas procedimen-

tales del art. 12 del RD 111/1986, de desarrollo de la citada Ley, pues no era necesario notificar al recurrente personalmente.

En otro orden de cosas, la **STS de 16 de noviembre de 2001,** Ar. 9771, confirma la decisión del Tribunal de instancia (TSJ asturiano) y da la razón a los inicialmente recurrentes frente a unos actos del Ayuntamiento de Oviedo por los que se aprobaba un estudio de detalle y se concedía a una empresa una licencia para construir un edificio. En el presente caso, es de aplicación la Disposición Adicional Primera de la Ley 16/1985, pues al encontrarse el bien incluido en el Inventario de Patrimonio Arquitectónico, pasó a tener la consideración de "bien de interés cultural", aplicándose entonces el art. 18 de la citada Ley (que prohíbe el desplazamieno o remoción del inmueble, salvo casos de fuerza mayor o interés social).

Finalmente, la **STS de 4 de octubre de 2001,** Ar. 7959, confirma la STSJ de Cantabria de 1996, que anuló una licencia concedida por el Ayuntamiento de Santander a una empresa, para construir un edificio (y ordenó la demolición de lo construido), por entender que éste se encontraba ubicado en un Conjunto Histórico Artístico, y que se vulneraba lo establecido en el art. 20.3 de la Ley 16/1985, de Patrimonio Histórico Español, que prohíbe realizar alineaciones nuevas, alteraciones en la edificabilidad, parcelaciones o agregaciones. Y ello, con independencia de que la Administración autonómica hubiera dado su conformidad a la licencia.

Victoria Carpi Abad
César Ciriano Vela
Eloy Colóm Piazuelo
Beatriz Setuáin Mendía
Antonio Embid Irujo

XIII. MEDIO AMBIENTE

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia. A) Incumplimientos variados en materia de plazos de transposición de la Directiva 96/61/CE (prevención y control integrados de la contaminación). B) Adaptación incompleta al Derecho Interno de la Directiva 97/11/CE (evaluación de impacto ambiental). C) Incumplimiento por Grecia de obligaciones fijadas por la Directiva 92/43/CEE (hábitats). D) Incumplimiento por la República italiana de obligaciones presentes en la Directiva 96/59 relativa a la eliminación de algunos productos (PCB/PCT). E) Incumplimiento por el Reino de los Países Bajos de obligaciones de la Directiva 76/160/CEE (calidad de las aguas de baño). F) Incumplimiento de la República Italiana, en lo que hace referencia a la ciudad de Milán, de las obligaciones de tratamiento de las aguas residuales urbanas que vierten a una zona sensible establecidas por la Directiva 91/271/CE. Indiferencia de que el vertido se haga directa o indirectamente. G) Incumplimiento de obligaciones establecidas por Directivas 75/442/CEE (residuos) y 91/689/CEE (residuos peligrosos). H) Incumplimiento de la República Francesa de diversas obligaciones que le incumben en las Directivas de residuos y de envases. La interpretación de la expresión "tan pronto como sea posible" para aprobar planes de gestión de residuos. I) Los criterios de interpretación de las normas comunitarias: tenor literal, contexto en que fueron dictadas y objetivos que pretenden conseguirse. J) Traslado de residuos entre Estados de la Comunidad: La extensión de los poderes de comprobación de la autoridad de expedición sobre la naturaleza de la operación: eliminación o valorización. Disquisición sobre la naturaleza del depósito de residuos en una mina abandonada. K) Más sobre el concepto de residuo: lo es la ganga procedente de una cantera que es almacenada durante un período indefinido en espera de una posible utilización. **3. Actividades clasificadas.** A) El hecho de soportar niveles de ruido excesivos no lesiona el derecho a la integridad física o moral de la persona protegido por el artículo 15 de la Constitución. B) La exigencia de fijar en la licencias de discotecas el aforo máximo permitido conecta con la seguridad e

integridad física de las personas. C) Denegación de cambio de titularidad de una actividad no cubierta por la licencia primitivamente otorgada. D) El precinto de maquinaria sin previa audiencia con el fin de evitar el incumplimiento de la prohibición de trabajar durante la noche constituye una mera irregularidad no invalidante. E) El silencio negativo en las actividades clasificadas. F) Acordar de plano la denegación de la solicitud de ampliación de la actividad extractiva que se venía desarrollando acarrea la anulabilidad de la misma. G) Casuística jurisprudencial sobre el destino de las actividades clasificadas que se ejercen sin obtener licencia previa de actividad. H) Relación entre la licencia de actividad y la de obras. I) La continuidad de una actividad clasificada en un edificio declarado fuera de ordenación sólo está amparada si se disponía de licencia con anterioridad a la modificación del planeamiento. J) Responsabilidad municipal por los perjuicios ocasionados con la clausura de un bar alegando que se ejerce, sin demostrarlo, la actividad de discoteca para la que carece de licencia. **4. Residuos tóxicos y peligrosos: la actividad que realizan los talleres, estaciones de engrase y garajes con los aceites usados es una actividad de gestión conforme a la Orden del Ministerio de Obras Públicas, de 28 de febrero de 1989. 5. Espacios Naturales Protegidos.** A) Inconstitucionalidad de la Ley 26/1995, de 31 de julio, por la que el Estado declaró reserva natural Las Salinas de Ibiza ("Ses Salines"), las Islas des Freus y las Salinas de Formentera. B) La competencia autonómica sobre pesca marítima en el mar territorial limita la proyección de la autonómica sobre espacios naturales protegidos a situaciones excepcionales en que lo exijan las condiciones del espacio protegido. **6. Caza. Revocación de la autorización administrativa otorgada para la constitución de un coto de caza con base en la voluntad de los asociados. 7. Aguas Continentales: Vertidos constitutivos de delito ecológico. 8. Aguas marítimas.** A) Competencias: necesidad de articular la ejecución de los títulos estatales y autonómicos confluentes sobre el mismo espacio demanial costero. **9. Montes: composición del Consejo Nacional de Bosques.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia europeo aparecida desde febrero de 2002 hasta el 2 de mayo de 2002 inclusive; la ordinaria del TS publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi correspondiente a 2001 desde la sen-

tencia núm. 6976 a la 10324 (cuadernillos 32 a 46) y la del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 12/2002, de 17 de enero, hasta la 98/2002, de 29 de abril.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

A) Incumplimientos variados en materia de plazos de transposición de la Directiva 96/61/CE (prevención y control integrados de la contaminación)

Diversas Sentencias del Tribunal de Justicia constatan incumplimientos por parte de varios Estados de sus obligaciones de transposición de la Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de septiembre de 1996, relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para atenerse a lo dispuesto en dicha Directiva o al no haberlas comunicado a la Comisión. De estas Sentencias sólo queremos dar noticia, pues no hay debate jurídico posible en torno a una cuestión tan clara como la necesidad de que se hubiera dado cumplimiento a esa obligación en el plazo establecido por la Directiva, es decir a más tardar tres años después de su entrada en vigor (art. 21.1, párrafo primero), lo que fijaba el *dies a quo* en el 30 de octubre de 1999. Es, así, declarado el incumplimiento de España –**STJCE de 7 de marzo de 2002 (Sala Segunda), recaída en el asunto C-29/01,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de España y cuya doctrina se puede complementar por el dato de la tramitación actual de un Proyecto de Ley que supone la transposición de esta Directiva–, de Gran Bretaña e Irlanda del Norte –**STJCE de 7 de marzo de 2002 (Sala Segunda) en el asunto C-39/01,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y de la República Helénica –**STJCE de 7 de marzo de 2002 (Sala Segunda) recaída en el asunto C-64/01,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Helénica.

B) Adaptación incompleta al Derecho Interno de la Directiva 97/11/CE (evaluación de impacto ambiental)

La **STJCE de 19 de febrero de 2002 (Sala Tercera), recaída en el asunto C-366/00,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Gran Ducado de Luxemburgo, constata, simplemente, el transcurso de los plazos para la transposición de la Directiva 97/11/CE sin que haya tenido lugar tal actuación por el Estado demandado. La clásica apelación –en estos casos– de Luxemburgo de que está llevando a cabo los trámites para ello, no merece consideración por parte del Tribunal que recuerda su doctrina tradicional acerca de que el incumplimiento hay que referirlo al plazo fijado por el dictamen motivado de la Comisión. En este tema, como en el asunto anteriormente indicado sobre la Directiva 96/61/CE, son conocidos los incumplimientos de diversos Estados, por lo que continuarán, probablemente, existiendo sentencias como la presente.

C) Incumplimiento por Grecia de obligaciones fijadas por la Directiva 92/43/CEE (hábitats)

La **STJCE de 30 de enero de 2002 (Sala Sexta), recaída en el asunto C-103/00,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Helénica, declara el incumplimiento de este país de las obligaciones que le impone el artículo 12.1.b) y d) 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 (Directiva hábitats) al no haber adoptado medidas que eviten la perturbación de la tortuga marina Caretta Caretta en la isla de Zákynthos durante su período de reproducción así como cualquier actividad que pueda dañar a sus áreas de reproducción. Esta tortuga está incluida en el Anexo IV, letra a) de la Directiva, a la que remite el art. 12 indicado ordenando a los Estados adoptar distintas medidas de protección, entre ellas las que se enumeran en las letras b) y d) que son las que se entenderán lesionadas por la Sentencia. De la Sentencia resulta lo más interesante la narración de las visitas de miembros de la Comisión a la isla en dos ocasiones, en las que han comprobado la existencia de hidropedales en la costa, ruidos procedentes de actividades humanas, quioscos en las playas de desove, etc. La protección posterior mediante la creación de un Parque marítimo nacional por Decreto del Gobierno, no es óbice para la existencia del incumplimiento que, se recuerda, debe medirse al tiempo de la finalización del plazo contenido en el Dictamen motivado. En cualquier caso de la visita de los miembros de la Comisión se dedujo, también, la existencia de diversas prohibiciones para evitar la perturbación a la tortuga que, sin embargo, no eran cumplidas en modo alguno.

D) Incumplimiento por la República italiana de obligaciones presentes en la Directiva 96/59 relativa a la eliminación de algunos productos (PCB/PCT)

La **STJCE de 27 de febrero de 2002 (Sala Cuarta), recaída en el asunto C-46/01,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República italiana, declara el incumplimiento por parte de ésta de las obligaciones de formulación de planes y proyectos para la eliminación de los policlorobifenilos y los policloroterfenilos (PCB/PCT) a que se refiere la Directiva 96/59/CE del Consejo, de 16 de septiembre de 1996, y no haberlos comunicado a la Comisión. La disculpa del Gobierno italiano para justificar su ausencia de actuación, consistente en que no existía un método europeo de medición que no llegaría hasta la Decisión 2001/68/CE, de la Comisión, de 16 de enero, de 2001, no es valorada por el Tribunal, que decide que había posibilidad de formular esos planes y de comunicarlos a la Comisión con arreglo a los métodos nacionales de análisis o a los vigentes en Estados Unidos. Incluso un precepto de la Directiva, el art. 10.a) contenía, expresamente, una referencia a la validez de análisis hechos con métodos de medición anteriores a que se aprobara uno general europeo.

E) Incumplimiento por el Reino de los Países Bajos de obligaciones de la Directiva 76/160/CEE (calidad de las aguas de baño)

La **STJCE de 19 de marzo de 2002 (Sala Tercera), recaída en el asunto C-268/00,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de los Países Bajos,

constata el incumplimiento de este país de obligaciones impuestas por los arts. 4.1 y 6.1 de la Directiva 76/160/CEE del Consejo, de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño. Se reprocha, en concreto, que no se realicen muestreos con la frecuencia mínima que se fija en el anexo de la Directiva y la superación en muchos casos de los valores límite fijados en la Directiva. La Sentencia, frente a la alegación del demandado de su "esfuerzo" en el cumplimiento de las obligaciones de la Directiva, destaca que ésta impone obligaciones de "resultado" y que éstos no se han cumplido.

F) Incumplimiento de la República Italiana, en lo que hace referencia a la ciudad de Milán, de las obligaciones de tratamiento de las aguas residuales urbanas que vierten a una zona sensible establecidas por la Directiva 91/271/CE. Indiferencia de que el vertido se haga directa o indirectamente

La **STJCE de 25 de abril de 2002 (Sala Sexta) recaída en el asunto C-396/00,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana, declara el incumplimiento de este país de las obligaciones que le impone la Directiva 91/271/CE del Consejo, de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas, consistente en la obligación de que las aguas residuales urbanas de la ciudad de Milán que vierten a una zona sensible, deben ser objeto de un tratamiento más riguroso que el tratamiento secundario o el proceso equivalente previsto en el art. 4 de la Directiva antes del 31 de diciembre de 1998.

Lo más notable de esta Sentencia reside en que a los efectos de la Directiva es indiferente que el vertido sea directo o indirecto. En concreto la zona sensible es el Delta del Po, declarado como tal por el Decreto Legislativo italiano 152, de 11 de mayo de 1999, que se encuentra a 300 Km de la ciudad de Milán y a donde llegan las aguas residuales de esta ciudad no directamente sino a través de un sistema fluvial. Se encuentra prevista la construcción de unas depuradoras que tratarían el 95 por ciento de las aguas residuales de la ciudad de Milán, pero ello no ha sucedido en el momento de conclusión del plazo del dictamen motivado de la Comisión.

G) Incumplimiento de obligaciones establecidas por Directivas 75/442/CEE (residuos) y 91/689/CEE (residuos peligrosos)

La **STJCE de 21 de febrero de 2002 (Sala Segunda) recaída en el asunto C-65/00,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Italiana, declara el incumplimiento de este Estado en relación a la obligación de dictar normas mediante las que se eximiría de autorización a las empresas que se ocuparan de la eliminación de sus propios residuos peligrosos, posibilidad de dispensa que resulta de la combinación de preceptos de las dos Directivas citadas en el título. La República italiana tiene dictadas normas que prevén el procedimiento de dispensa de la autorización para las empresas que eliminen sus propios residuos (conforme a la Directiva 75/442), y previsto un procedimiento –que presupone la aparición de unas normas técnicas– para las empresas que eliminen sus propios residuos peligrosos, lo que supondría una aplicación de la Directiva 91/689. No obstante, no han aparecido esas normas técnicas relativas a los residuos peligrosos indicando el Tribunal que no pueden aplicarse los procedimientos de dispensa relativos a la eliminación de los simples residuos, por lo que se constata el incumplimiento de las obligaciones citadas.

H) Incumplimiento de la República Francesa de diversas obligaciones que le incumben en las Directivas de residuos y de envases. La interpretación de la expresión "tan pronto como sea posible" para aprobar planes de gestión de residuos

La **STJCE de 2 de mayo de 2002 (Sala Sexta), recaída en el asunto C-292/99,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República francesa, declara el incumplimiento de este país de determinadas obligaciones que le incumben en relación a la Directiva 75/442/CE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos (modificada posteriormente) y de la Directiva 94/62/CEE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 1994, relativa a los envases y residuos de envases.

En relación a la primera de ellas, se constata que Francia no ha aprobado planes de gestión para todo su territorio ni para todos los tipos de residuos contemplados en la normativa europea. Me parece jurídicamente lo más interesante –una vez constatado que, efectivamente, no se ha producido esa aprobación de planes de gestión– la interpretación que se produce de la expresión del artículo 7.1 de la Directiva 75/442 de que los planes serán aprobados "tan pronto como sea posible". Para Francia, como la mayor parte de su territorio está cubierta por planes y en otros casos existirían justificaciones para esa ausencia (insularidad, complejidad del caso de París, anulaciones judiciales, etc.) no habría incumplimiento teniendo en cuenta que la legislación comunitaria no ha querido fijar un plazo taxativo. Sin embargo, la Sentencia indica que esa expresión debe ser interpretada teniendo en cuenta el contexto histórico en que se enmarca y los objetivos perseguidos por la normativa de que forma parte. En ese sentido es la protección de la salud pública y el medio ambiente lo que preocupa a la Directiva 75/442, de tal forma que en la jurisprudencia del Tribunal comunitario existe una gran exigencia en el cumplimiento de la obligación de establecer planes de gestión (*cfr.* Sentencia de 9 de noviembre de 1999 en el asunto C-365/97, Comisión/Italia). Teniendo en cuenta, por lo tanto, que en la fecha fijada por el dictamen motivado de la Comisión habían pasado más de siete años desde la publicación de las Directiva 91/156 y 91/689 que modificaron la 75/442, se constata que se ha sobrepasado con creces cualquier interpretación favorable del cumplimiento de las obligaciones y que, además y conforme a jurisprudencia consolidada del Tribunal, no pueden alegarse cuestiones del ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las Directivas.

Por otra parte la Sentencia constata también el carácter incompleto de los Planes franceses existentes al no referirse a la totalidad de los residuos. En concreto, no hay referencias a los policlorobifenilos (PCB), residuos sanitarios y residuos domésticos especiales. Finalmente, tampoco existe en todos los planes de gestión de residuos un capítulo relativo a los residuos de envases.

I) Los criterios de interpretación de las normas comunitarias: tenor literal, contexto en que fueron dictadas y objetivos que pretenden conseguirse

La **STJCE de 14 de marzo de 2002 (Sala Sexta), recaída en el asunto C-161/00,** que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Federal de Alemania (apoyada por el Reino de España y el Reino de los Países Bajos), permite plantear al Tribunal una doctrina sobre la forma de interpretar las normas comunitarias ante una dicción, quizá no excesivamente clara, que ha permitido a la República Federal de Alemania dictar una normativa reglamentaria contraria a la comunitaria sobre la que pretende afirmar, sin embargo, su compatibilidad. El supuesto versa en torno a 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, reprochándose a Alemania no haber adoptado las medidas necesarias para atenerse a las obligaciones establecidas en el art. 5.4. a) y en el anexo III, número 2. En concreto, de dichos preceptos se deduce la obligación de los Estados de formular programas de acción en las que –en concreto– se evite que para cada explotación o unidad ganadera "la cantidad de estiércol aplicada a la tierra cada año, incluso por los propios animales, exceda..." de la cantidad de estiércol por ha que contenga 170 kg de nitrógeno. La forma de aplicar este principio por la norma reglamentaria alemana cuestionada ha consistido en la posibilidad de tener en cuenta la evaporación de nitrógeno "inherente al proceso de aplicación sobre el terreno puesto en práctica" sin que se pueda llegar a tener en cuenta más de un 20 por ciento. Eso quiere decir, en lógica consecuencia de índole matemática, que podría llegar a aplicarse una cantidad de estiércol que contuviera hasta 204 kg por ha.

La esencia de la regla alemana consiste en poder tener en cuenta el tiempo que transcurre entre el inicio y el fin del proceso de aplicación sobre el terreno durante el cual, precisamente, se produciría esa evaporación que podría aumentar, entonces, la cantidad total aplicada. El Tribunal, para solucionar la controversia, acude a los principios de interpretación mencionados en la rúbrica de este apartado del trabajo y, sobre todo, la finalidad de la norma de garantizar la protección de las aguas contra la contaminación provada por los nitratos, limitando la existencia de éstos. En conclusión "procede declarar que el criterio determinante elegido por ésta (Directiva) para limitar la contaminación producida por los nitratos de origen agrario es el de la cantidad de nitrógeno incorporada al suelo extendiéndola sobre la superficie, inyectándola en ella, introduciéndola por debajo de su superficie o mezclándola con las capas superficiales del suelo y no el de la cantidad de nitrógeno que penetra realmente en el suelo" (el resalte tipográfico es nuestro). Por consiguiente, el reglamento alemán sería contrario a la Directiva.

J) Traslado de residuos entre Estados de la Comunidad: La extensión de los poderes de comprobación de la autoridad de expedición sobre la naturaleza de la operación: eliminación o valorización. Disquisición sobre la naturaleza del depósito de residuos en una mina abandonada

Mediante la **STJCE de 27 de febrero de 2002 (Sala Quinta) recaída en el asunto C-6/00,** el Tribunal de Justicia resuelve una petición que le dirige el Tribunal Administrativo de Austria (*Verwaltungsgerichtshof*) conforme al art. 234TCE destinada a obtener una decisión prejudicial sobre la interpretación del Reglamento (CEE) núm. 259/93

del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea, con algunas modificaciones posteriores.

El pleito que pende ante el Tribunal austríaco opone a una empresa ("AbfallService AG") con el Ministerio federal para el Medio Ambiente, Juventud y Familia. El origen de la disputa consiste en la pretensión de la empresa austríaca de trasladar 7.000 toneladas de residuos peligrosos a la empresa "Salzwerke AG", con domicilio social en Alemania, con la finalidad de tapar huecos en una mina de sal abandonada (relleno de minas). "AbfallService" califica a la operación como de valorización y la ha notificado, simplemente, a la autoridad de expedición (y a la de destino) que, sin embargo, se opone al traslado calificándola de eliminación. El Tribunal austríaco, competente tras el correspondiente recurso, plantea al Tribunal comunitario la extensión de los poderes de la autoridad de expedición para calificar una operación y si el depósito en una mina es, en realidad, una operación de eliminación o de valorización.

La respuesta del Tribunal consistirá en indicar que todas las autoridades que pueden intervenir en el traslado (la de expedición, la –hipotéticamente– de tránsito, y la de destino) pueden formular objeciones tras la notificación del que pretende el traslado y oponerse al mismo cuando, según su opinión, la operación esté clasificada incorrectamente para lo que no necesitan basarse en un precepto concreto del Reglamento, sino que es del conjunto de éste del que depende tal posibilidad de actuación de los órganos estatales correspondientes. El notificante podrá, entonces, hacer caso a la objeción y actuar en consecuencia, o formular los recursos pertinentes.

La otra cuestión no es respondida de forma taxativa por el Tribunal que no encuentra criterios decisivos en el Reglamento para calificar como de eliminación o valorización el depósito de residuos en una mina de sal; a esos efectos, tanto podría –en abstracto– considerarse de una o de otra forma según los preceptos correspondientes del Reglamento. Por ello e indagando en la voluntad real del Reglamento, el Tribunal de Justicia indica como criterio interpretativo que "la característica esencial de una operación de valorización de residuos reside en el hecho de que su finalidad principal es que los residuos puedan cumplir una función útil, sustituyendo el uso de otros materiales que hubieran debido emplearse para desempeñar este cometido, lo que permite preservar los recursos naturales". Deberá, en cada caso, darse una respuesta específica al supuesto concreto que se plantee a las autoridades nacionales con arreglo a este criterio.

K) Más sobre el concepto de residuo: lo es la ganga procedente de una cantera que es almacenada durante un período indefinido en espera de una posible utilización

La **STJCE de 18 de abril de 2002 (Sala Sexta), recaída en el asunto C-9/00,** se emite en el curso de una petición de decisión prejudicial formulada por un Tribunal finlandés a los efectos de que se defina si la ganga procedente de una cantera es, o no, un residuo. Simplificando las cuestiones planteadas, el tema principal consiste en la autorización

ambiental dada por una mancomunidad de municipios finlandesa a una empresa titular de una cantera, cuestión que sería adecuada al derecho finés si la ganga producida por esa cantera no fuera un residuo. Si lo fuera, la competencia para otorgar la autorización pertenecería a otro órgano administrativo no local, el centro regional del medio ambiente. El Tribunal competente para conocer del pleito que se ha originado, suspende las actuaciones para formular al Tribunal de Justicia la pregunta en relación a si la ganga procedente de la cantera es,o no, un residuo.

El Tribunal encara, por tanto, otra vez una cuestión que ya le ha preocupado anteriormente en varias ocasiones. A esos efectos recuerda el carácter indicativo de las listas que se recogen en el Anexo I de la Directiva 75/442 y el valor importante de la voluntad del titular de "desprenderse" de los objetos o sustancias allí indicados. Recuerda también su jurisprudencia acerca de que el concepto de residuo no puede ser objeto de interpretación restrictiva y que la existencia de operaciones de eliminación o valorización no basta para calificar al producto como residuo (cfr. Sentencia de 15 de junio de 2000 en el asunto ARCO Chemie Nederland y otros, que puede verse en el núm. 9 de esta Revista). Por tanto, la mera intención de reutilización –por venta para llevar a cabo obras de terraplenado y construcción de puertos y rompeolas– que tiene la empresa titular de la cantera para esa ganga, no es suficiente para la calificación como residuo o no.

En otro orden de cosas y a la búsqueda de una solución, el Tribunal se plantea la posibilidad de reutilización existente sin operación de transformación previa. Si hay una auténtica posibilidad de reutilización, dice, habría un interés económico del titular y, por tanto, la consecución de un auténtico "producto" industrial y no de un residuo. En el caso específico y después de examinar las circunstancias y escritos de autoridades administrativas finesas, se constata que siempre es necesario un proceso de almacenamiento de la ganga que tendrá una duración indefinida, que la reutilización no es segura y que, además, pueden producirse en ese almacenamiento molestias para el medio ambiente aun cuando este último criterio, como resulta de la Sentencia, no es únicamente determinante por sí mismo. En función de todas estas circunstancias consideradas conjuntamente, es adecuado calificar a la ganga como residuo, lo que supone en el caso concreto la incompetencia de la mancomunidad de municipios para dar la autorización ambiental.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

De las 22 sentencias examinadas hemos extraído la siguiente doctrina.

A) El hecho de soportar niveles de ruido excesivos no lesiona el derecho a la integridad física o moral de la persona protegido por el artículo 15 de la Constitución

Según el TS el derecho que protege el artículo 15 de la Constitución no alcanza a considerar que el hecho de soportar unos niveles de ruido excesivos lesione el derecho a la integridad física o moral de la persona, que supone infligirle unos daños corporales, o a su integridad moral, que comprende la protección de la capacidad mental y anímica del

hombre. Entiende dicho Tribunal en su **STS de 21 de noviembre de 2001,** Ar. 9723, que cualesquiera que sean las graves molestias que puedan causar los ruidos producidos por el funcionamiento de un local público (en este caso un café-bar especial-pub), no pueden llegar a calificarse tales molestias como un ataque dirigido a lesionar el cuerpo o el espíritu de una persona, aunque se trate de un menor de edad. Ofreciendo el ordenamiento jurídico medios suficientes para obligar a los propietarios de los establecimientos a no superar los niveles de ruido fijados reglamentariamente.

Si bien también apunta el TS en su FJ 5º, citando al Ministerio Fiscal, que falta "llamativamente" en el supuesto enjuiciado la gravedad o la intensidad del ataque a la persona que haga posible hablar de un atropello a la integridad lesivo del artículo 15 de la Constitución.

B) La exigencia de fijar en la licencias de discotecas el aforo máximo permitido conecta con la seguridad e integridad física de las personas

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 43.1 del Reglamento de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas de 27 de agosto de 1982, en las licencias que se otorguen a las actividades a las que es de aplicación dicho reglamento, entre ellas las discotecas, se debe determinar, entre otros, el aforo del local en el que se vaya a ejercer la actividad que autorizan para permitir la comprobación municipal posterior. Pues dicha exigencia, a decir del **TS** en la **Sentencia de 17 de julio de 2001,** Ar. 9621, está conectada con la seguridad e integridad física de las personas que ocupen la discoteca y permite el ejercicio de las competencias municipales en materia de prevención y protección de incendios, seguridad y salubridad públicas del art. 25.a), c) y h) de la Ley Bases de Régimen Local (FJ 2º).

C) Denegación de cambio de titularidad de una actividad no cubierta por la licencia primitivamente otorgada

No procede autorizar un cambio de titularidad en relación a una actividad que no está amparada por la licencia otorgada en su día al haberse producido un cambio en la actividad ejercida de reparación y venta al por mayor de metales viejos, de tal forma que la actividad resultante no coincide con la autorizada ya que se ha incrementado la superficie ocupada y la potencia instalada. Estando además prohibido el uso que se pretende por el Plan General (**STS de 17 de octubre de 2001,** Ar. 8293.

D) El precinto de maquinaria sin previa audiencia con el fin de evitar el incumplimiento de la prohibición de trabajar durante la noche constituye una mera irregularidad no invalidante

Compartiendo el parecer de la Sala de instancia el **TS,** en su **Sentencia de 17 de octubre de 2001,** Ar. 8621, sanciona favorablemente el criterio de que no se origina indefensión alguna al administrado por acordar sin previa audiencia el precinto de la maquinaria de una industria de elaboración de pan, ocho días después de suspender el trabajo nocturno de la misma por los ruidos y vibraciones que producía. Siguiendo la doctrina asenta-

da en otras sentencias considera el TS como mera irregularidad no invalidante la omisión del trámite de audiencia al administrado, siempre y cuando esta omisión se hubiese subsanado posteriormente otorgando los necesarios medios de alegación y defensa frente a la decisión otorgada (FJ 3º).

E) El silencio negativo en las actividades clasificadas

Las diversas sentencias del TS que se contemplan en la presente entrega reiteran criterios anteriores en orden a la no aplicación del silencio regulado en el art. 9.1.7º del RSCL, ni el del RDL 1/1986, de 14 de marzo, en materia de actividades clasificadas y al carácter negativo del silencio administrativo sin la doble denuncia de mora que prescribe el art. 33.4 del RAC **(SSTS de 15 de septiembre y 19 y 31 de octubre de 2001,** Ar. 7394, 8297 y 9774). Recordándonos la de 15 de septiembre que la interrupción producida por el requerimiento al administrado para la subsanación de deficiencias no determina que dicho plazo haya de transcurrir nuevamente desde que se produzca la subsanación sino que ha de tenerse en cuenta también el período transcurrido entre la fecha de petición de licencia y la del requerimiento de subsanación.

F) Acordar de plano la denegación de una solicitud de ampliación de la actividad extractiva que se venía desarrollando acarrea la anulabilidad de la misma

La omisión del trámite de audiencia del interesado es determinante de la anulabilidad del acto siempre que al administrado no se le permita conocer de modo suficiente las alegaciones efectuadas en contra de su pretensión y exponer las razones pertinentes en defensa de la misma. Máxime si como sucede en el presente caso, sobre solicitud de ampliación de una actividad de extracción de tierras, las solicitudes tramitadas con arreglo al RAC habían obtenido informes favorables, si bien condicionados a la entrada en la explotación por otro camino distinto al que se venía utilizando. Criterio de la Sala de instancia que ratifica el **TS** en la **Sentencia de 16 de julio de 2001,** Ar. 7392, quien además destaca como la causa real de la orden de cese de la actividad es una causa ajena al ejercicio de la actividad extractiva al tratarse de unas supuestas perturbaciones en el uso del camino público cuya utilización ya venía llevándose a cabo.

G) Casuística jurisprudencial sobre el destino de las actividades clasificadas que se ejercen sin obtener licencia previa de actividad

La doctrina jurisprudencial en relación al destino de las actividades clasificadas que se vienen ejerciendo sin licencia reitera una serie de ideas insistentemente sin que los ciudadanos-empresarios parezcan dispuestos a aceptarlas previamente manteniendo sus posiciones de defensa hasta la más Alta Magistratura. Entre las sentencias examinadas (que citamos por cuanto consideramos útil su casuística) se reitera la doctrina de que la actividad que se ejerce sin licencia debe ser clausurada **(STS de 6 de julio de 2001,** Ar. 8691); estando la Administración obligada a impedir su funcionamiento de acuerdo con los arts. 34 y ss. del RAC **(STS de 16 de octubre de 2001,** Ar. 9061) y debiendo ser requerido previamente el titular de la actividad, salvo peligro inminente, para que cese

en su ejercicio o solicite la pertinente autorización **(SSTS de 9 de julio y 21 de septiembre de 2001,** Ar. 8754 y 7585). Aunque la previa audiencia es ontológicamente imprescindible en los procedimientos sancionadores, en los demás –como en la clausura por carecer de licencia– sólo produce la anulación del acuerdo cuando produce indefensión **(STS de 26 de noviembre de 2001,** Ar. 9736). Sin que la actuación administrativa de clausura de una actividad que carece de licencia pueda calificarse de sanción **(STS de 15 de noviembre de 2001,** Ar. 10214).

Esta doctrina se complementa con la que concluye que la licencia que faculta para una actividad distinta a la que realmente se viene ejerciendo no ampara a la que carece de ella aunque ambas estén relacionadas (**SSTS de 6 de julio, 16 y 31 de octubre y 28 de noviembre de 2001,** Ar. 8691, 9061, 8594 y 9738, respectivamente).

H) Relación entre la licencia de actividad y la de obras

Como es conocido el art. 22.3 del RSCL determina que la licencia de actividad es previa a la de obras cuando, con arreglo al proyecto presentado, la edificación de un inmueble se destinara a establecimiento de una actividad clasificada **(STS de 13 de octubre de 2001,** Ar. 8283). Por ello el TS siguiendo un razonamiento lógico viene reiterando también que la inversión temporal en el otorgamiento de ambas contra lo dispuesto en dicho precepto no determina que concedida la licencia de obras deba entenderse otorgada la de actividades **(STS de 28 de noviembre de 2001,** Ar. 9738).

Por otro lado el citado Tribunal ratifica la sentencia de la Sala de instancia por la que se desestimó el recurso interpuesto contra resolución denegatoria de la solicitud de licencia de apertura de local destinado a centro social y orden de cierre del mismo porque las obras realizadas con base en la licencia de obras concedida no se ajustaban al proyecto presentado conforme al art. 40.3 del Reglamento de Espectáculos Públicos y Actividades recreativas de 1982, descubriéndose además que las deficiencias eran insubsanables **(STS de 15 de noviembre de 2001,** Ar. 10215).

I) La continuidad de una actividad clasificada en un edificio declarado fuera de ordenación sólo está amparada si se disponía de licencia con anterioridad a la modificación del planeamiento

Así lo confirma el **TS** cuando en su **Sentencia de 21 de noviembre de 2001,** Ar. 10282, manifiesta que el art. 60 del TRLS de 1976 protege y regula el régimen de edificios e instalaciones que, ajustados a derecho conforme el Plan anterior, dejan de serlo conforme a la nueva ordenación. Sin que el consentimiento de hecho de una actividad bajo el planeamiento anterior otorgue respaldo legal a una actividad ejercida sin licencia.

J) Responsabilidad municipal por los perjuicios ocasionados con la clausura de un bar alegando que se ejerce, sin demostrarlo, la actividad de discoteca para la que carece de licencia

La orden de clausura de un bar que dispone de licencia para esa actividad por ejercer la de discoteca careciendo de licencia para ello requiere de previa comprobación debidamente documentada en la que se acredite la veracidad del incumplimiento legal. En caso contrario tras la ejecución de la orden de clausura de la actividad de bar el Ayuntamiento puede resultar condenado a indemnizar por los perjuicios consistentes en la pérdida de beneficio durante el período de clausura **(STS de 16 de octubre de 2001,** Ar. 9061).

4. RESIDUOS TÓXICOS Y PELIGROSOS: LA ACTIVIDAD QUE REALIZAN LOS TALLERES, ESTACIONES DE ENGRASE Y GARAJES CON LOS ACEITES USADOS ES UNA ACTIVIDAD DE GESTIÓN CONFORME A LA ORDEN DEL MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, DE 28 DE FEBRERO DE 1989

El **TS** en su **Sentencia de 24 de octubre de 2001,** Ar. 8623, confirmando la de la Sala de instancia, considera ajustada a derecho la Orden de 28 de febrero de 1989 por la que se regula la gestión de aceites usados, desarrollando en parte la Ley 20/1986, de 14 de mayo, Básica de Residuos Tóxicos y Peligrosos (luego derogada por la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos), al entender, frente a lo que interpretaban los recurrentes, que dicha Orden desarrollaba adecuadamente, sin extralimitarse, el contenido de la Ley 20/1986 al considerar como actividad de gestión la que realizan los talleres, estaciones de engrase y garajes.

5. ESPACIOS NATURALES PROTEGIDOS

A) Inconstitucionalidad de la Ley 26/1995, de 31 de julio, por la que el Estado declaró reserva natural Las Salinas de Ibiza ("Ses Salines"), las Islas des Freus y las Salinas de Formentera

La **STC 97/2002, de 25 de abril,** declara inconstitucional la Ley del Estado 26/1995, por la que se declaró reserva natural las Salinas de Ibiza ("Ses Salines"), las Islas des Freus y las Salinas de Formentera, con base en la doctrina sentada en la STC 102/1995, de 26 de junio, que resolvió determinados recursos de inconstitucionalidad contra la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de los espacios naturales y de la flora y fauna silvestres. En línea también con la STC 195/1998, de 1 de octubre, que pronunció la inconstitucionalidad de la Ley 6/1992, de 27 de marzo, por la que se declaraba reserva natural las Marismas de Santoña y Noja.

La doctrina constitucional mantenida en las antes citadas sentencias y en la que se basa la presente decisión se sustenta en los siguientes fundamentos:

a) Las actividades públicas relativas a las materias competenciales de medio ambiente y a los espacios naturales constituyen ámbitos materiales distintos y dotados de diferente distribución de funciones. El medio ambiente tiene un alcance genérico respecto a la materia espacios naturales que se refiere a un elemento u objeto.

b) La declaración de un espacio natural protegido se encuadra en la materia espacios naturales protegidos y es un acto meramente ejecutivo.

c) La titularidad del dominio público no confiere, por sí misma, competencia alguna. Por lo que la calificación de un trozo de la zona marítimo-terrestre como parte de un espacio natural protegible corresponde a la Comunidad Autónoma.

Pues bien, una vez constatado por el TC que la Comunidad Balear dispone estatutariamente de las competencias de desarrollo legislativo y la ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado, en materia de espacios naturales protegidos y de normas adicionales de protección del medio ambiente, la aplicación de la doctrina antes reseñada lleva al Alto Tribunal a declarar que la competencia para declarar tal espacio natural corresponde a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, determinando la inconstitucionalidad *in totum* de la Ley recurrida.

B) La competencia autonómica sobre pesca marítima en el mar territorial limita la proyección de la autonómica sobre espacios naturales protegidos a situaciones excepcionales en que lo exijan las condiciones del espacio protegido

La **STC 38/2002, de 14 de febrero,** resuelve los conflictos positivos de competencia interpuestos por el Gobierno de la Nación contra diversos preceptos del Decreto 418/1994, de 25 de octubre, de la Junta de Andalucía, por el que se aprueba el plan de ordenación de los recursos naturales y el plan rector de uso y gestión del parque natural de Cabo de Gata-Níjar, y el interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía contra la Orden del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación de 3 de julio de 1995, por el que se establece la reserva marina de Cabo de Gata-Níjar. Espacio territorial sobre el que convergen ambas normas.

En cuanto al primero, el TC lo estimará parcialmente al entender que determinadas competencias atribuidas a la Junta de Andalucía en algunos preceptos corresponden al Estado y no serían aplicables en un tramo del parque natural. Mientras que el segundo será desestimado en su totalidad. Existe un voto particular del Magistrado D. Pablo García Manzano que se pronuncia en sentido contrario al de la mayoría en ambos conflictos.

La controversia se centra por un lado respecto a la extensión de la competencia exclusiva del Estado sobre pesca marítima (art. 149.1.19 de la CE) que sirve a éste para sustentar el conflicto frente al Decreto de la Comunidad Autónoma por entender que invade dicha competencia y defender su Orden Ministerial. Mientras que por el contrario la Comunidad Autónoma sustenta su competencia para emitir el Decreto en su competencia exclusiva en materia de espacios naturales protegidos y de marisqueo y acuicultura y de desarrollo legislativo y ejecución en materia de medio ambiente y ordenación del sector pesquero; mientras considera invadidas dichas competencias por la Orden del Estado.

El TC siguiendo su doctrina mayoritaria, que cita profusamente, limita la competencia autonómica en espacios naturales en su proyección sobre el mar territorial, por un lado, a situaciones excepcionales en que lo exijan las características del espacio protegido, y, por otro, por la competencia estatal sobre pesca marítima. Dando prevalencia en este caso a la competencia estatal, sin perjuicio de la necesidad de colaboración en algunos casos, y con el resultado apuntado más arriba para los conflictos planteados.

Frente a la mayoría el voto particular sostiene respecto al Decreto autonómico que el hecho de que el mar territorial sobre el que se proyectan ambas normas pertenezca al Estado no significa que sobre el mismo no se puedan ejercer otras competencias como las actuadas por la Comunidad Autónoma, siempre que el espacio a proteger constituya una unidad, un ecosistema, y justifique un tratamiento conjunto de sus zonas terrestre y marítima para que tal protección sea coherente y efectiva, como defendía la Junta. En la misma medida defiende que no hay invasión de la competencia estatal sobre pesca marítima por cuanto la declaración como parte integrante del Parque, de una zona marina, y su régimen protector, no suponen el ejercicio de dicha competencia. Y en cuanto a la Orden del Estado entiende que por su contenido no regula la pesca marítima sino que se inserta en el ámbito medioambiental por su carácter predominantemente protector, invadiendo la competencia autonómica sobre espacios naturales protegidos.

6. CAZA. REVOCACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN ADMINISTRATIVA OTORGADA PARA LA CONSTITUCIÓN DE UN COTO DE CAZA CON BASE EN LA VOLUNTAD DE LOS ASOCIADOS

La **STS de 19 de septiembre de 2001,** Ar. 8777, confirmando la de instancia, después de reconocer que la constitución de un coto de caza supone un acto asociativo voluntario, exigible a los efectos del artículo 16 de la Ley de 4 de abril de 1970, de Caza para obtener la correspondiente autorización administrativa, determina que también es un acuerdo resoluble por la voluntad de sus asociados. Sin que la titularidad de la licencia correspondiente a quien asuma ante la Administración la representación del coto atribuya a éste el derecho de impedir que se ponga término a la asociación mediante voluntario desistimiento de los asociados. Con la única excepción de que exista un pacto contractual en contrario como ha reconocido en anteriores sentencias que cita.

7. AGUAS CONTINENTALES: VERTIDOS CONSTITUTIVOS DE DELITO ECOLÓGICO

Según el art. 347 bis del Código Penal de 1973 (posteriormente art. 325 del Código Penal de 1995) constituye delito la actuación en la que contraviniendo leyes y reglamentos protectores del medio ambiente, consista en provocar o realizar directa o indirectamente emisiones o vertidos en las aguas y otros recursos naturales, que pongan en peligro grave la salud de las personas o puedan perjudicar gravemente las condiciones de la vida animal, bosques, espacios naturales o plantaciones útiles. A este precepto se apela en la **STS de 29 de septiembre de 2001,** Ar. 8515, para dilucidar el supuesto que se discute. Los datos probados de que el vertido de aguas residuales se venía realizando en ese municipio sin autorización y sin instalaciones de depuración (incumpliendo los arts. 92

y 93 de la Lag. de 1985, aplicables en ese momento), y que esa conducta permisiva de las autoridades municipales provocó una grave contaminación, llegando a desaparecer la fauna y flora del curso fluvial afectado y creándose una situación de alto riesgo para la salud de las personas, lleva a la conclusión de que estamos en presencia del denominado delito ecológico.

Por su parte, la Sala de lo penal del **TS,** en su **Sentencia de 17 de septiembre de 2001,** Ar. 7728, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga que condenó al autor de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente al considerarlo responsable de un vertido de purines al medio acuático que provocó la muerte masiva de peces. Se le considera autor de un delito contra los recursos naturales y el medio ambiente del artículo 325 del vigente Código Penal, con la agravante de la clandestinidad, al tratarse de una actividad carente de licencia municipal pese a haberse solicitado la misma y haber sido denegada, condenándole a una pena de cuatro años y un día de prisión y multa de veinticinco meses.

8. AGUAS MARÍTIMAS

A) Competencias: necesidad de articular la ejecución de los títulos estatales y autonómicos confluentes sobre el mismo espacio demanial costero

Como en muchos otros sectores materiales de actuación, la detentación por parte de distintos niveles públicos de títulos competenciales diversos se traduce, en la práctica, y en relación con el demanio marítimo-terrestre, en la posibilidad de intervención simultánea y articulada de aquéllos. Esta doctrina ha sido recalcada en sucesivas ocasiones por el Tribunal Constitucional, y nuevamente vuelve a hacerlo en su **STS 38/2002, de 14 de febrero** (BOE núm. 63, de 14 de marzo), por la que resuelve un conflicto positivo de competencias planteado entre el Gobierno de la Nación y el Gobierno de la Junta de Andalucía sobre el parque natural y la reserva marina de Cabo de Gata-Níjar. En efecto; en esta ocasión son la competencia estatal sobre pesca marítima (artículo 149.1.19 de la Constitución) y los títulos autonómicos en materia de medio ambiente, espacios naturales protegidos, marisqueo y acuicultura, y deporte y ocio (artículos 13.7 y 18 y 15.1.6 y 7 del Estatuto de Autonomía de Andalucía) los que se consideran en colisión, en cuanto que confluentes en un mismo espacio territorial, si bien el Alto Tribunal descarta los dos últimos en aplicación de una doctrina propia según la cual "la inclusión de una competencia genérica debe ceder ante la competencia específica" (SSTC 64/1992 y 102/1995, entre otras), lo que determina su colateralidad y el consiguiente señalamiento del resto como núcleo de su razonamiento.

Reiterando pronunciamientos anteriores, el Tribunal Constitucional recuerda la prevalencia de la competencia específica que, en este caso, y por venir referida a uno solo de los elementos objeto de protección (el mar territorial) es la estatal. Ello no supone la negación de la intervención autonómica, siempre de manera articulada (a fin de opti-

mizar el ejercicio de ambas competencias); articulación que, en todo caso, y de no ser posible, deberá ceder a favor de la competencia exclusiva del Estado en relación con la pesca marítima. Significa particularizadamente el Tribunal que la fijación de reservas marinas en la franja costera adyacente al parque natural ha de considerarse, asimismo, integrante de la citada competencia estatal en lo que supone de medida conservacionista de la actividad pesquera, por lo que desde este punto de vista no se aprecia vulneración de las competencias ambientales autonómicas.

Existe un voto particular a esta Sentencia, justo en sentido inverso a la doctrina general que se desprende de la misma. A juicio del Magistrado García Manzano, la integración de la zona de mar territorial en la unidad que conforma el espacio natural es suficiente para admitir la preeminencia de la competencia ambiental autonómica, con independencia de que el titular de tal zona sea el Estado (artículo 132.2 de la Constitución). Es pues en la diferencia entre titularidad y competencia, así como en la consideración no invasiva de la atribución propia de la Junta de Andalucía (en la medida en que la intención última de la declaración del Cabo como espacio natural es la protección de la fauna piscícola próxima al litoral y no el ejercicio de la actividad pesquera) señala el Magistrado su discrepancia con el parecer mayoritario de la Sala.

9. MONTES: COMPOSICIÓN DEL CONSEJO NACIONAL DE BOSQUES

En relación con esta materia, hay que mencionar que la **STS de 30 de octubre de 2001,** Ar. 10042, desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto directamente por una asociación general de ganaderos y agricultores contra el RD 203/2000, de 11 de febrero, por el que se creaba el Consejo Nacional de Bosques (CNB), órgano consultivo y asesor, adscrito al Ministerio de Medio Ambiente. El motivo de la impugnación (en concreto del art. 3 del RD) fue la disconformidad con la composición del mencionado órgano consultivo, que no incluía, según los recurrentes, al sector agrario en el CNB. Sin embargo, el TS considera que el Gobierno ha ejercitado correctamente su potestad autoorganizativa al regular la composición de este órgano en el Real Decreto ahora impugnado, pues contaba con un margen de configuración. Se trataba pues de una cuestión de oportunidad y no de legalidad, y el Gobierno ha actuado correctamente, sin extralimitarse y por tanto no de un modo arbitrario.

Victoria Carpi Abad
César Ciriano Vela
Javier Domper Ferrando
Beatriz Setuáin Mendía
Antonio Embid Irujo

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Contratación y Derecho comunitario. A) Criterios generales de interpetación. B) La aplicación del Derecho comunitario derivado de la contratación pública. C) El principio de igualdad de trato y las actuaciones relativas a la contratación. 3. Energía. 4. Ganadería. A) Control de importación de animales. B) Subvención por reducción voluntaria de producción lechera. Retirada de la misma. 5. Industria. 6. Monopolio. 7. Pesca. 8. Telecomunicaciones. 9. Turismo.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se han examinado las sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los Cuadernos del Repertorio Aranzadi números 33 a 43, así como las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del año 2001 relativas a la materia de contratación pública, si bien examinadas principalmente desde la perspectiva de su incidencia en cuestiones propias del derecho administrativo económico.

2. CONTRATACIÓN Y DERECHO COMUNITARIO

El Derecho comunitario de la contratación pública constituye un elemento fundamental en la configuración jurídica del sector público, y la determinación de su ámbito de aplicación (B) presenta, en consecuencia, un gran interés respecto de la delimitación de las diversas calidades en las que los poderes públicos pueden actuar sobre las relaciones económicas. Junto al problema señalado, las últimas sentencias del Tribunal de Justicia dictadas en esta materia plantean cuestiones de interés en relación con los criterios generales de interpretación de las normas comunitarias aplicables (A), así como con las implicaciones del principio de igualdad (C).

A) Criterios generales de interpretación

Constituye una jurisprudencia ya consolidada la afirmación de que las disposiciones de la Directivas comunitarias en materia de contratos públicos deben ser objeto de una interpretación funcional, que descanse en argumentos teleológicos. Así, la **STJCE de 3 de octubre de 2000, As. C-380/98, University of Cambridge**, recuerda que "la coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por

objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro" (apartado 16). De lo anterior deduce el Tribunal que el objetivo de las Directivas consiste en excluir, tanto el riesgo "de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por las entidades adjudicadoras", como "la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico" (apartado 17). La **STJCE de 1 de febrero de 2001, As. C-237/99, Comisión c. Francia**, afirma que los conceptos de entidad adjudicadora y de organismo de Derecho público deben interpretarse a la luz de estas consideraciones (apartado 43). Por otro lado, en la **STJCE de 12 de julio de 2001, As. C-399/98, Comune di Milano**, el Tribunal establece que el concepto de contrato público de obras debe interpretarse de modo que se garantice la eficacia del objetivo de la Directiva 93/37/CE, del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, consistente en la eliminación "de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en materia de contratos públicos de obras, con el fin de abrir tales mercados a una concurrencia de ofertas efectiva. El desarrollo de esta concurrencia de ofertas necesita (…) una publicidad comunitaria de los anuncios de contratos correspondientes" (apartado 52). Del mismo modo, en fin, la **STJCE de 18 de octubre de 2001, As. C-19/00, SIAC**, deduce del objetivo señalado la afirmación de que los "licitadores deben hallarse en pie de igualdad tanto en el momento de preparar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora" (apartado 34).

B) La aplicación del Derecho comunitario derivado de la contratación pública

Los problemas relativos a la determinación del ámbito de aplicación de las garantías contenidas en las Directivas comunitarias en los que ha entrado el Tribunal durante el pasado año pueden sistematizarse en función de que se proyecten sobre elementos subjetivos u objetivos.

a) Elementos subjetivos: los conceptos de "poder adjudicador" y de "organismo de Derecho público"

Los conceptos de "poder adjudicador" y de "organismo de Derecho público", son definidos, en términos sustancialmente coincidentes, por los artículos 1.*b*) de las Directivas 92/50/CEE, 93/36/CEE y 93/36/CEE, sobre procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios, suministro y obras, respectivamente. Así, en primer lugar, son poderes adjudicadores "el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público". En segundo lugar, un organismo de Derecho público es cualquier organismo en el que concurran los siguientes tres requisitos: (i) haber sido

creado "para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; (ii) estar "dotado de personalidad jurídica"; y (iii) que su actividad "esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público", que su "gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos", o que su "órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público". Es jurisprudencia asentada del Tribunal la afirmación de que los tres requisitos señalados tienen un carácter acumulativo (**STJCE de 10 de mayo de 2001, As. acumulados C-223 y 260/99, Agorà**, apartado 26). Pues bien, si el requisito relativo a la personificación no suele generar dificultades interpretativas, no ocurre lo mismo con los otros dos.

a') Necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil

La **STJCE de 10 de mayo de 2001, As. acumulados C-223 y 260/99, Agorà**, resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal italiano acerca de la concurrencia del primer requisito en el caso de un ente autónomo, denominado *Ente Fiera di Milano*, dedicado a la organización y al apoyo de ferias, congresos y actividades similares. En este contexto, la aplicabilidad de la Directiva en cuestión (en este caso la 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios) presupone, primero, que la actividad del ente satisfaga necesidades de interés general, y, segundo, que éstas no tengan carácter industrial o mercantil.

En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal entiende que "las actividades dirigidas a la organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares satisfacen necesidades de interés general" (apartado 33), puesto que en su desarrollo el organizador "no actúa sólo en interés particular de éstos [fabricantes y comerciantes] que disfrutan, de esta manera, de un espacio de promoción para sus productos y mercancías, sino que también procura a los consumidores que acuden a estas manifestaciones una información que les permite elegir en condiciones óptimas. Se puede considerar que el impulso que se da así a los intercambios es del interés general" (apartado 34).

En cuanto a la segunda, el Tribunal comienza realizando tres afirmaciones de carácter general. Primero, del análisis de la enumeración de organismos de Derecho público contenida en el Anexo de la Directiva (que, aunque no es exhaustiva, pretende ser "lo más completa posible") se deriva que el requisito en cuestión hace referencia a necesidades (i) que no se ven satisfechas por el mercado, y (ii) que, "por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto a las cuales quiere conservar una influencia determinante" (apartado 37). Segundo, lo anterior no excluye la aplicabilidad de la Directiva en el caso de organismos que satisfacen necesidades que también son, o podrían ser, satisfechas por empresas privadas. Y, tercero, la circunstancia de que el organismo "actúe en una situación de competencia en el mercado" puede constituir, sin embargo, un indicio del carácter industrial o mercantil de la necesidad satisfecha (apartado 38).

Pues bien, a partir de estas premisas, y en atención, especialmente, al escenario en el que desarrolla su actividad y a su concreto régimen jurídico, la **STJCE de 10 de mayo de 2001, As. acumulados C-223 y 260/99, Agorà**, considera que el *Ente Fiera di Milano* satisface una necesidad de carácter industrial o mercantil, y que, por tanto, no es subsumible en el concepto de organismo de Derecho público. En efecto, la organización de ferias, exposiciones y otras iniciativas similares "es una actividad económica que consiste en ofrecer servicios en el mercado", que el ente presta "contra pago de una contrapartida", y que "satisface necesidades de naturaleza mercantil", tanto de los expositores (que se benefician de la promoción) como de los consumidores (que obtienen información) (apartado 39). Por otro lado, a pesar de que sus normas reguladoras lo definan como un ente sin ánimo de lucro, resulta que su gestión debe basarse en "criterios de rendimiento, eficacia y rentabilidad", y que, además, al no haberse previsto mecanismo alguno de compensación de pérdidas, soporta por sí misma el riesgo de su actividad (apartado 40). Según señala el Abogado General Alber en sus Conclusiones de 30 de enero de 2001, esta última circunstancia implica que, a pesar de la ausencia de ánimo de lucro y de los estrechos vínculos con el Estado, no exista peligro de que al adjudicar sus contratos el ente tienda a favorecer a los prestadores de servicios nacionales, perjudicando así el objetivo de la Directiva (apartado 72). En conclusión, las características de la actividad, la naturaleza de los criterios de gestión impuestos por sus normas específicas y, especialmente, el elemento relativo a la asunción del riesgo derivado de su propia actividad, aparecen en la sentencia comentada, por encima de la circunstancia relativa al ánimo de lucro, como los criterios fundamentales que permiten excluir al ente del ámbito de aplicación subjetivo de las Directivas en materia de contratos.

b') Dependencia respecto del poder público

El tercer requisito para la aplicación del concepto de organismo de Derecho público puede concretarse, a su vez, en tres supuestos alternativos. Sin embargo, el Tribunal entiende que todos ellos son criterios que reflejan que la actividad del organismo depende estrechamente del Estado, de los entes territoriales o de otros organismos de Derecho público (**SSTJCE de 1 de febrero de 2001, As. C-237/99, Comisión c. Francia**, apartado 44; y **de 3 de octubre de 2000, As. C-380/98, University of Cambridge**, apartado 20). De lo que se trata, por tanto, es de examinar si la presencia, la financiación o el control públicos, "crean una dependencia del ente con respecto a los poderes públicos que permite a éstos influir en sus decisiones en materia de contratos públicos" (**STJCE de 1 de febrero de 2001, As. C-237/99, Comisión c. Francia**, apartado 48).

En la última sentencia citada el Tribunal procede a comprobar la concurrencia del criterio relativo al control público (único discutido por la parte demandante) en el caso de las SA VAM francesas, entidades públicas calificadas conforme al Derecho interno como de carácter industrial y comercial, y dedicadas a la realización de obras y otras actividades de construcción y gestión de viviendas destinadas, principalmente, al arrendamiento por parte de personas y familias con escasos recursos. Con carácter general, el Tribunal entiende que, al presentar los tres criterios un carácter alternativo, el relativo al control

público debe crear en el caso concreto una situación de dependencia de los poderes públicos comparable a la que existiría de concurrir cualquiera de los otros dos (apartado 49). Por lo que hace a las SA VAM, el Tribunal concluye afirmando que así ocurre, en base a cuatro argumentos. Primero, a pesar de que son sociedades comerciales, las normas que regulan su gestión son tan detalladas (así, por ejemplo, las características técnicas y los precios de coste son determinados a través de una decisión administrativa), que "el mero control de su cumplimiento puede, por sí solo, atribuir a los poderes públicos una importante influencia" (apartado 52). Segundo, la legislación francesa sobre SA VAM atribuye al ministro competente poderes de control de su actividad y, en particular, las facultades de disolver una SA VAM y nombrar un liquidador, y de ordenar la suspensión de los órganos directivos y nombrar un administrador provisional. A pesar de que el ejercicio de dichas potestades se limita a supuestos excepcionalmente graves, su ejercicio presupone un control permanente dirigido a la identificación de faltas graves u omisiones de los órganos directivos (apartados 53 a 56). Tercero, el ministro puede así mismo imponer a la SA VAM "un perfil de gestión determinado bien obligándolas a un mínimo de dinamismo, bien limitando su actividad cuando se considere excesiva" (apartado 57). La legislación francesa otorga a una comisión interministerial, en fin, un conjunto de potestades administrativas de inspección y control de la actividad de las entidades controvertidas (auditorías, evaluaciones, inspecciones *in situ*, examen de documentos, etc.) (apartado 58). Por todas estas razones, el Tribunal concluye afirmando que la gestión de las SA VAM se encuentra sometida a "un control de los poderes públicos que les permite influir en las decisiones de éstas en materia de contratos públicos" (apartado 59). Respecto de los argumentos primero y último, debe hacerse notar que la justificación de la existencia de un control público de *gestión* descansa en una determinada configuración y, especialmente, intensidad del control público de *policía*.

En la **STJCE de 3 de octubre de 2000, As. C-380/98, University of Cambridge**, se plantea el problema de la concurrencia del criterio relativo a la financiación pública en relación con la Universidad de Cambridge. La sentencia se pronuncia básicamente sobre dos cuestiones: la posibilidad de subsumir en el concepto de "financiación" pública los pagos realizados en distintos conceptos a la Universidad por parte de diversos poderes adjudicadores, y la interpretación de la expresión "mayoritaria" que, aplicada a la financiación pública, utilizan las Directivas para delimitar su ámbito de aplicación. En relación con la primera cuestión, el Tribunal precisa que el criterio referido a la financiación pública no tiene carácter absoluto. En efecto, "no toda suma abonada por una entidad adjudicadora tiene por efecto crear o reforzar una relación específica de subordinación o de dependencia. Únicamente cabrá calificar de 'financiación pública' aquellas prestaciones que financien o apoyen las actividades de la entidad de que se trate mediante una ayuda económica abonada sin contraprestación específica" (apartado 21). En aplicación de este argumento, el Tribunal considera que constituyen financiación pública las becas o subvenciones otorgadas para fomentar la labor investigadora (apartado 22) e, incluso, las becas que las autoridades locales otorgan a determinados estudiantes que no pueden asumir por sí solos los gastos académicos (apartado 23). La solución contraria es la que alcanza el Tribunal respecto de otras fuentes de ingresos, que sí constituyen la contrapartida de prestaciones realizadas por la Universidad y, en particular, de la contrapresta-

ción satisfecha por una o varias entidades adjudicadoras por la prestación de servicios que comprenden trabajos de investigación, asesoramiento u organización de conferencias. A pesar de que estas actividades de carácter mercantil puedan confundirse con las propias de la Universidad, el Tribunal considera decisivo en este sentido el hecho de que la entidad pagadora presente "un interés económico en que se realice la prestación" (apartado 24). Respecto de la exigencia de que la financiación pública sea "mayoritaria", la **STJCE de 3 de octubre de 2000, As. C-380/98, University of Cambridge**, afirma que procede interpretarla, en términos cuantitativos, en el sentido de que comprenda más de la mitad de los ingresos del organismo. Así se derivaría, en opinión del Tribunal, no sólo del hecho de ser éste el significado usual del término en el lenguaje vulgar, sino también de que ésta es la interpretación que recibe la expresión en otras disposiciones del Derecho comunitario (apartados 30 a 32).

b) Elementos objetivos

a') El concepto de "contrato público de obra"

La **STJCE de 12 de julio de 2001, As. C-399/98, Comune di Milano**, resuelve varias cuestiones prejudiciales interpuestas por un tribunal italiano en relación con la compatibilidad de ciertas normas urbanísticas con la Directiva 93/37/CE, del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras. Se trata de un conjunto de disposiciones nacionales que permitieron a un urbanizador privado, titular de un plan de urbanización aprobado mediante convenio con las autoridades municipales, la realización directa de las obras de urbanización de un proyecto urbanístico en Milán, con imputación del coste a cuenta de la contribución a las cargas de la urbanización que todo titular de licencia debe en principio abonar. Las obras de urbanización, que incluían la construcción en la ciudad de la estructura externa de un nuevo teatro, presentan ciertas peculiaridades. Por un lado, a pesar de que el urbanizador desarrolla su actividad sobre terrenos de su propiedad, la obra tiene un carácter público, que descansa en dos circunstancias: de un lado, se trata una obra que el urbanizador cederá, una vez terminada, al Ayuntamiento; y, de otro, se realiza en sustitución del pago de la contribución que corresponde al urbanizador. En estas circunstancias, la argumentación contenida en la sentencia debe entenderse desde la pretensión del Tribunal de garantizar el efecto útil de la Directiva, incluso en los casos en los que, tal y como ocurre aquí, el urbanizador procede a contratar con terceros la realización de la obra.

A tal efecto, el Tribunal justifica la concurrencia en el convenio urbanístico de las notas definitorias del concepto de "contrato público de obra", tal y como éste queda definido en el artículo 1.*a*) de la Directiva citada: (i) un contrato; (ii) celebrado a título oneroso; (iii) por escrito; entre, por una parte, (iv) un contratista y, por otra parte, (v) una entidad adjudicadora en el sentido del artículo 1, letra *b*), de la Directiva, y (vi) que tenga por objeto, en particular, la ejecución de cierto tipo de obras definidas por la Directiva (apartado 51). En el caso no plantean mayores problemas los criterios relativos al carác-

ter escrito del contrato (apartado 87), a su objeto (apartado 61) y a la posibilidad de considerar al Ayuntamiento como una entidad adjudicadora (apartado 57). Sí lo hacen, en cambio, los otros tres requisitos.

La cuestión más espinosa de las planteadas en este contexto probablemente sea la de la posibilidad de considerar como un contrato la realización directa de las obras de urbanización por parte del titular de la licencia. El Ayuntamiento de Milán y los urbanizadores esgrimen tres argumentos en apoyo de la tesis negativa que, no obstante, son desestimados por el Tribunal. Primero, según los primeros la realización directa de las obras de urbanización está prevista, como regla general, por la legislación italiana, nacional y regional, en materia de urbanismo, cuyo objeto, finalidad y características, así como los intereses que pretende proteger, son diferentes de los de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos. Sin embargo, el Tribunal entiende que tales circunstancias no permiten excluir la realización directa del ámbito de aplicación de la Directiva (apartado 66). Segundo, se alega también que el convenio de urbanización es un convenio de Derecho público, que resulta del ejercicio del poder público, y no de la autonomía privada (así, el Ayuntamiento conserva sus facultades en materia de gestión del territorio, incluidas las de modificación, revocación o adopción de nuevos criterios de apreciación). El Tribunal se limita aquí a señalar que el carácter público del convenio urbanístico no excluye su naturaleza contractual (apartado 73). Por último y, especialmente, el Ayuntamiento y los urbanizadores señalan que, conforme al Derecho italiano, la Administración carece de la facultad de elegir la persona que se encargará de ejecutar las obras de urbanización, ya que ésta debe ser, necesariamente, el propietario de los terrenos que se van a urbanizar. Sin embargo, el Tribunal rechaza igualmente este argumento por dos razones: primero, por que a pesar de ello el Ayuntamiento siempre puede exigir que, en lugar de la realización directa de las obras, se proceda al pago de la contribución a las cargas de la urbanización (es decir, conserva la posibilidad de decidir "no contratar"); y, segundo, en caso de que no ejerza esta posibilidad, la realización directa debe acordarse, necesariamente, a través de la celebración de un convenio entre ambas partes (apartados 69 a 71). Por otro lado, el Tribunal subraya el carácter contractual de la realización directa en base a la letra de los acuerdos impugnados, conforme a los cuales el nuevo teatro debe "ser realizado en parte mediante ejecución directa por los urbanizadores, 'en cumplimiento de sus obligaciones contractuales relativas al plan de urbanización' y, en parte, mediante procedimiento de adjudicación convocado por el Ayuntamiento de Milán" (apartado 72).

El segundo problema es el relativo al carácter oneroso del contrato. El Tribunal se limita en este contexto a aceptar la interpretación de la legislación nacional aportada por el órgano remitente. En particular, el titular de un plan de urbanización que realiza las obras "no efectúa ninguna prestación a título gratuito, puesto que queda liberado de una deuda del mismo valor, salvo que exista complemento en dinero, de la que es acreedor el Ayuntamiento, a saber, es la contribución a las cargas de urbanización". En contra de lo alegado por el Ayuntamiento y los urbanizadores, el carácter alternativo de la obligación (bien contribución en dinero, bien la ejecución directa de las obras) no permite diferenciar su causa dependiendo del procedimiento de ejecución (apartado 84).

La tercera cuestión es, en fin, la relativa a la posibilidad de considerar a los urbanizadores como contratistas, a los efectos de la Directiva citada. Según demandado y coadyuvantes, el urbanizador no sería un contratista. Se trataría, por el contrario, de un sujeto identificado por su condición de propietario de los terrenos, al que corresponde seleccionar los contratistas, y que ejecuta las obras en nombre propio y no por cuenta del Ayuntamiento. No obstante, según el Tribunal "la Directiva no exige que la persona que celebra un contrato con una entidad adjudicadora sea capaz de realizar directamente la prestación pactada con sus propios recursos para que pueda ser calificado de contratista. Basta con que se encuentre en condiciones de ejecutar la prestación de que se trate, aportando las garantías necesarias para ello" (apartado 90). En efecto, conforme al art. 20 de la Directiva "el poder adjudicador podrá solicitar al licitador que le comunique en su oferta la parte del contrato que tenga eventualmente la intención de subcontratar con terceros" (apartado 91), en cuyo caso el urbanizador titular de la licencia tiene la obligación de aportar a dicha Administración garantías suficientes respecto a la realización de las obras que se cederán al Ayuntamiento, y el operador que el urbanizador escoja para efectuar las obras "se adhiere" a los acuerdos celebrados con la administración municipal (apartado 93).

Una vez justificado que la realización directa de una obra de urbanización como la controvertida constituye un contrato público de obras en el sentido de la Directiva, el Tribunal concluye que, si su valor supera el umbral fijado en su art. 6, las autoridades municipales italianas tienen la obligación de respetar los procedimientos regulados en ella (apartados 97 a 99). Sin embargo, el Tribunal matiza inmediatamente lo anterior afirmando que tal cosa no implica que sea la propia Administración municipal la que deba, necesariamente, aplicar esos procedimientos. La eficacia de la Directiva "se garantiza igualmente si la legislación nacional permite que la Administración municipal obligue al encargado de la urbanización titular de la licencia, mediante los acuerdos que celebra con él, a realizar las obras convenidas recurriendo a los procedimientos previstos por la Directiva", esto es, si la entidad adjudicadora hubiera impuesto al urbanizador en el convenio la obligación de respetar la Directiva en los contratos que fuera a celebrar con terceros. Tal y como señala expresamente el Tribunal, debe considerarse que el urbanizador ha recibido, a través del convenio que le exonera del pago de la contribución, "un mandato expreso del Ayuntamiento para la construcción de dicha obra", que justifica la exigencia de que aquél garantice la aplicación de los procedimientos regulados por la Directiva a los contratos que éste celebre al efecto (apartado 100).

b') El concepto de "obra"

La **STJCE de 5 de octubre de 2000, As. C-16/98, Comisión c. Francia**, resuelve un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión, en relación con un procedimiento de licitación convocado por la Administración francesa para la adjudicación de obras de electrificación y alumbrado. La cuestión más interesante de las planteadas por la sentencia es la relativa al concepto de "obra" en el sentido de la Directiva 93/38/CE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adju-

dicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones. La principal alegación realizada por la Comisión se refiere a que las autoridades francesas fraccionaron artificialmente en diversos contratos lo que no era sino una única obra, infringiendo así las disposiciones de la Directiva en materia de umbrales, publicidad e igualdad de trato.

Con carácter preliminar, el Tribunal recuerda que, conforme al art. 14.10 de la Directiva, "se entenderá por obra el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil que deba cumplir por sí mismo una función económica y técnica" (apartado 29), y señala al tiempo que "la existencia de una obra debe apreciarse en relación con la función económica y técnica del resultado de los trabajos de que se trate". Los contratos controvertidos se referían a una serie de trabajos puntuales de mantenimiento y extensión de redes preexistentes de distribución de electricidad y de alumbrado público, cuyo resultado, una vez finalizados, habría de formar parte integrante de la función que cumplen las referidas redes (apartados 36 y ss.).

En primer lugar, el Tribunal desestima la imputación basada en el fraccionamiento artificial de la obra entre trabajos de electrificación y de alumbrado público. Por un lado, afirma que la finalidad de una red de distribución de electricidad es, desde un punto de vista técnico, transportar la electricidad producida por una empresa suministradora y hacerla llegar al consumidor individual final, mientras que, desde una aproximación económica, corresponde al consumidor pagar a la empresa suministradora en función de su consumo (apartado 52). Por el contrario, desde la primera perspectiva, la finalidad de una red de alumbrado público es iluminar los lugares públicos, utilizando para ello la energía eléctrica que proporciona la red de distribución de electricidad, mientras que, desde la segunda, corresponde a la propia autoridad encargada del alumbrado público soportar el coste de la energía eléctrica, sin perjuicio de recuperar luego las cantidades gastadas repercutiéndolas sobre la población que se beneficia del alumbrado público, sin individualizar las cantidades exigidas en función de la utilidad obtenida por cada beneficiario (apartado 53). En conclusión, con independencia del ámbito territorial sobre el que se proyecten, "una red de distribución de electricidad y una red de alumbrado público tienen una función económica y técnica diferente", de modo que las autoridades francesas no realizaron un fraccionamiento artificial de un obra única (apartados 55 y ss.).

En segundo lugar, la Comisión alega que las autoridades francesas fraccionaron la obra, de modo igualmente artificial, en relación con los trabajos de electrificación. La sentencia estima la imputación señalada, afirmando que las redes de distribución de electricidad de baja tensión en los territorios de los municipios del departamento de la Vendée "son interconectables y que, consideradas en su conjunto, cumplen una misma función económica y técnica, consistente en transportar y vender a los consumidores del departamento la energía eléctrica que produce y suministra *Électricité de France*" (apartado 64). A pesar de que a este argumento podría oponerse el hecho de que resulta, en principio, aplicable a toda la red francesa de distribución eléctrica, el Tribunal entiende que existen factores "que aconsejan agrupar a nivel departamental los contratos controvertidos" (así, la simultaneidad de la convocatoria de las licitaciones, la similitud de los anuncios de lici-

tación, la unidad del marco geográfico en cuyo seno se convocaron dichas licitaciones y la coordinación de los mismos por parte de un único organismo público) (apartado 65). Por todo ello, el Tribunal concluye que los contratos en materia de electrificación forman parte de una obra única que fue fraccionada artificialmente.

En tercer lugar, el Tribunal desestima la imputación correspondiente de la Comisión en relación con las redes de alumbrado público en base a dos argumentos. Primero, desde un punto de vista técnico, "las redes de alumbrado público no son, a diferencia de una red de distribución de electricidad, necesariamente interdependientes". Y, segundo, desde un punto de vista económico, "es posible que cada una de las entidades locales de que se trate asuma el coste financiero que supone la explotación de una red de este tipo" (apartado 69).

c) En particular, los contratos de concesión de servicios públicos

Un tratamiento específico merece la **STJCE de 7 de diciembre de 2001, As. C-324/98, Teleaustria**. El Tribunal se pronuncia en ella sobre la aplicación de la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, a un contrato celebrado entre *Telekom Austria* y *Herold*, en virtud del cual en el marco de la obligación, correspondiente a la primera, de garantizar la disponibilidad de una guía telefónica en la que figuren todos los abonados a los servicios públicos de telefonía vocal, *Herold* asume la prestación de diversos servicios (recogida, tratamiento y organización de los datos relativos a los abonados, elaboración de guías telefónicas y determinados servicios publicitarios), y *Telekom Austria* le cede su explotación comercial. La sentencia procede a determinar, por una parte, si una empresa como *Telekom Austria* está comprendida en el ámbito de aplicación personal de la Directiva 93/38, y, por otra parte, si un contrato que tiene por objeto las prestaciones mencionadas se encuentra comprendido en el ámbito de aplicación material de dicha Directiva.

Por lo que hace a la primera cuestión, la respuesta afirmativa del Tribunal descansa en una doble constatación. Primero, *Telekom Austria* debe ser considerada empresa pública, en el sentido del artículo 2.1 de la Directiva, puesto que la totalidad de su capital pertenece a la Administración, de modo tal que ésta puede ejercer una influencia dominante sobre ella. Segundo, al ejercer la actividad consistente en la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones, conforme al art. 2.2 de la Directiva, *Telekom Austria* debe considerarse una entidad contratante a los efectos de la aplicación de la Directiva. De este modo, teniendo en cuenta que el objeto del contrato celebrado por ambas partes (y, particularmente las prestaciones a las que se obliga *Herold*) se encuentra directamente vinculado a una actividad relacionada con la prestación de servicios de telecomunicaciones, el Tribunal concluye que el contrato estaría en principio contemplado por la Directiva (apartados 36 a 40).

Respecto de la segunda, la demandante en el litigio principal alega que el art. 1.4 de la Directiva 93/38/CEE, al referirse exclusivamente a los contratos celebrados a título oneroso y por escrito, debe interpretarse en el sentido de que ésta se proyecta sobre los contratos de concesión de servicios públicos. Sin embargo, el Tribunal considera excluidos de su ámbito de aplicación a este tipo de contratos, caracterizados, fundamentalmente, por que la contraprestación ofrecida al contratista consiste en que éste último "obtiene el derecho de explotar su propia prestación, para conseguir así una retribución". La justificación de esta afirmación descansa en dos argumentos: de un lado, un argumento genético, que alude a la expresa negativa del Consejo a incluirlos en las Directivas que antecedieron a las actualmente vigentes en materia de contratos públicos de servicios, y de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (apartados 46 a 51); de otro lado, un argumento sistemático, referido a la ausencia de toda mención en la Directiva 93/38/CEE a los contratos de concesión de servicios públicos, circunstancia que contrasta con la alusión expresa que a los de concesión de obras públicas se hace en la Directiva 93/37/CEE, de contratos públicos de obra (apartados 52 a 56).

En conclusión, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva citada y, por tanto, su celebración no se encuentra sometida a sus previsiones (apartado 57). Sin embargo, esto no permite desconocer que en todo caso son aplicables las normas del Tratado y, particularmente, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, del cual se deriva una obligación de transparencia que recae sobre la entidad adjudicadora, consistente "en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación" (apartados 59 a 63).

C) El principio de igualdad de trato y las actuaciones relativas a la contratación

a) Requisitos de los licitadores

La **STJCE de 7 de diciembre de 2000, As. C-94/99, ARGE**, resuelve una cuestión prejudicial acerca de la interpretación de las disposiciones de la Directiva 92/50/CE que pretenden garantizar la igualdad de trato de los licitadores. El Tribunal afirma, en particular, que este principio "no resulta violado por el mero hecho de que las entidades adjudicadoras permitan participar en un procedimiento de adjudicación de un contrato público a organismos que reciben subvenciones que les permiten realizar ofertas a precios considerablemente más bajos que los de los demás licitadores no subvencionados" (apartado 25). Y ello no sólo por que la Directiva no prohíbe expresamente esa participación, sino también porque su art. 1.*c*) define el concepto de licitador incluyendo a los "organismos públicos" (apartados 26 a 28). Sin embargo, el Tribunal reconoce la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, la Directiva obligue a la entidad adjudicadora a tener en cuenta la obtención de subvenciones por parte de ciertos licitadores. Así ocurriría si las ayudas hubieran sido declarado ilícitas, y la obligación de restitución pusiera

en peligro la solidez financiera del licitador, de modo tal que pudiera considerarse que éste no ofrece las garantías económicas y financieras exigidas (apartados 29 y s.).

b) Criterios de adjudicación

En la **STJCE de 18 de octubre de 2001, As. C-19/00, SIAC**, se resuelve una cuestión prejudicial planteada en relación con el art. 29 de la Directiva 71/305/CEE del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, en su versión modificada por la Directiva 89/440/CEE, sustancialmente coincidente con el art. 30 de la Directiva 93/37/CEE. El precepto dispone que los poderes adjudicadores podrán adjudicar los contratos "a la oferta más ventajosa económicamente", en función de criterios diversos, tales como el precio, el plazo de ejecución, el costo, la rentabilidad o el valor técnico de la oferta.

El poder adjudicador puede, por tanto, elegir los criterios de adjudicación, teniendo en cuenta, además, que la enumeración señalada no presenta un carácter exhaustivo (apartado 35). Sin embargo, los criterios elegidos deberán en todo caso satisfacer determinados requisitos, derivados de los principios de igualdad y transparencia: primero, debe tratarse de criterios dirigidos a la identificación de la oferta más ventajosa económicamente (apartado 36); segundo, los criterios deben mencionarse en el pliego de condiciones o en el anuncio de licitación (apartado 40); tercero, deben figurar en éstos de modo tal que "todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan interpretarlos de la misma forma" (apartado 42); cuarto, la entidad adjudicadora debe "atenerse a la misma interpretación a lo largo de todo el procedimiento" (apartado 43); y, quinto, los criterios deben aplicarse "de manera objetiva y uniforme a todos los licitadores" (apartado 44).

3. ENERGÍA

A) Consumos y facturaciones

La **STS de 26 de septiembre de 2001,** Ar. 7667, desestima el recurso de casación interpuesto frente a una Sentencia del TSJ que a su vez desestimó el recurso interpuesto por determinada entidad frente al acuerdo que denegó la concesión de exención de refacturación de los descuentos de ininterrumpibilidad acumulados durante una temporada.

El recurso da pie al Tribunal Supremo para "dar unas nuevas ideas sobre lo que supone el denominado contrato de interrumpibilidad", como medida de fomento en materia de energía eléctrica.

Tras ello, la sentencia analiza la cuestión planteada. Para la entidad recurrente se ha vulnerado el artículo 1256 del Código Civil, ya que el cumplimiento del contrato se ha deja-

do al arbitrio de una sola de las partes, la Administración pública, sin tener en cuenta las circunstancias excepcionales ajenas a la voluntad de la parte recurrente, las cuales le impidieron continuar con la explotación. Hecho este último que motivó la refacturación con pérdida de los descuentos.

Para el TS la parte recurrente conocía las circunstancias que podían ocasionar la imposibilidad de continuar con la explotación, así como los requisitos del beneficio de la ininterrumpibilidad. Por ello, recogiendo además su propia doctrina (STS de 7 de febrero de 1989, Ar. 1188), se desestima el recurso y se confirma que el recurrente no tenía derecho a descuento alguno.

4. GANADERÍA

A) Control de la importación de animales

La **STS de 16 de julio de 2001,** Ar. 8759, casó la sentencia del TSJ de Madrid, que había estimado el recurso presentado por un particular frente a la denegación de autorización para la importación de dos mil animales exóticos procedentes de Hong Kong. La sentencia de primera instancia entendió aplicable el RD 1316/1992, de 30 de octubre, que incorporó sendas Directivas comunitarias en la materia (90/425/CE y 92/65/CE). De acuerdo con esta norma reglamentaria interna, el control debe ser realizado en destino, no siendo exigible una autorización previa.

Frente a la tesis del TSJ de Madrid, el Tribunal Supremo entiende aplicable al caso el artículo 94 del Reglamento de epizootías, según el cual se autoriza al Ministerio de Agricultura a prohibir la importación de animales del extranjero cuando en el país existe una enfermedad de gran poder difusivo, lo que se entiende se daba en el caso enjuiciado. Por tanto, al ser compatible la norma interna con el Derecho comunitario, que no se opone a que se adopten en cada Estado medidas más rigurosas con relación a las previstas en las Directivas, procedía hacer efectiva la prohibición de importar, adoptada como medida de policía con anterioridad. En definitiva, el Tribunal Supremo afirma que no se exigió una autorización previa, sino que se impuso la medida concreta de prohibición de importación en base a una regla previa general aprobada en aplicación del Reglamento de epizootías.

B) Subvención por reducción voluntaria de producción lechera. Retirada de la misma

La Administración acordó resolver el compromiso adquirido con un ganadero de otorgarle una indemnización o subvención durante un período de cinco años por reducción voluntaria del 50 por ciento de su producción lechera. En dicho acuerdo de resolución se añadía la exigencia de devolución de la subvención recibida, incrementada con los intereses, anulación de la cantidad de referencia de la producción lechera del interesado e inhabilitación durante cinco años para optar por la reducción parcial de la producción y recibir ayudas.

Recurrido este acto en primera instancia la sentencia estimó parcialmente el recurso, anulando la inhabilitación al entender que se trataba de una sanción impuesta sin seguir el correspondiente proceso sancionador.

Recurrida en casación la sentencia, el recurrente argumenta que la Administración ha desconocido la existencia de una acuerdo previo entre las partes, acuerdo que ha sido resuelto de forma unilateral por la misma, existiendo enriquecimiento injusto a su favor y sin que exitiera incumplimiento por la otra parte.

El **Tribunal Supremo,** en su **sentencia de 12 de septiembre de 2001,** Ar. 8768, desestima el recurso. El recurrente alegó que existió enriquecimiento injusto, al entender que al exigírsele la devolución de todas las cantidades recibidas, pese a haber cumplido con parte de sus compromisos, la Administración se beneficiaba injustamente de una parte de su cumplimiento. El Tribunal rechaza tal argumentación al entender que existió incumplimiento, y que en virtud de lo establecido previamente con carácter general la Administración podía en este caso resolver el acuerdo y exigir la devolución de todo lo entregado.

Como nota anecdótica señalaremos que el Tribunal Supremo reprende al Tribunal de instancia por haber motivado su sentencia de forma insuficiente, ya que rechazó el argumento del recurrente afirmando que el mismo suponía "un sofisma dentro de un estelionato". Para el Tribuna Supremo el Tribunal de instancia podía haber sido más claro en su afirmación, "aunque hubiese tenido que hacer una redacción distinta con las perífrasis y aclaraciones correspondientes".

Otros argumentos del recurrente insisten en la misma línea argumental. Se aduce que sólo existió incumplimiento parcial y se trata de acudir a la normativa privada de resolución de acuerdos. El Tribunal Supremo insiste en afirmar que no existía un negocio bilateral previo, sino un acto administrativo que debía cumplirse en sus propios términos, por lo que al darse la condición de incumplimiento por parte del subvencionado debía aplicarse la consecuencia prevista en la regla general.

5. INDUSTRIA

A) Fomento. Grandes áreas de expansión industrial

Cuatro nuevas sentencias se han ocupado de los problemas derivados del reconocimiento, denegación o exigencia de devolución de ayudas a las grandes áreas de expansión industrial.

Dos de estas sentencias han reiterado la más reciente doctrina en materia de prescripción del derecho de la Administración a acordar la caducidad del beneficio por incumplimiento de las condiciones en su día establecidas. En ambas sentencias **(SSTS 16 de julio**

y 24 de octubre de 2001, Ar. 7452 y 9158), se recoge la más reciente doctrina jurisprudencial en la materia, y se establece que el plazo de cinco años del artículo 40 de la Ley General Presupuestaria para la prescripción de los derechos de la Hacienda Pública, en estos casos de expedientes de caducidad de beneficios concedidos a Grandes áreas de expansión industrial, comenzará a contarse a partir del momento en que vence el período en que deben cumplirse las condiciones a que se somete el otorgamiento de los beneficios.

En la segunda de las sentencias citadas se añaden una serie de consideraciones sobre la posible existencia de actividad administrativa que pudiera interrumpir el plazo de los cinco años.

Las dos sentencias citadas entienden que al acordarse la caducidad del beneficio había prescrito el derecho de la Administración, por lo que estiman los recursos interpuestos frente a los acuerdos de devolución de los beneficios.

Otra de las sentencias, concretamente la **STS de 10 de junio de 2001,** Ar. 7450, desestima el recurso interpuesto frente a un acuerdo que impuso la devolución de la totalidad de las cantidades percibidas. En este caso la *litis* se centró en analizar si existió o no incumplimiento en relación al compromiso de creación y mantenimiento de puestos de trabajo. El Tribunal aprecia que sí existió incumplimiento, el cual además superó el 50% de la inversión debida, por lo que procedía exigir la devolución de todas las cantidades percibidas.

Por último, la **STS de 1 de octubre de 2001,** Ar. 7906, reconoció el derecho del recurrente a mantener las ventajas reconocidas en un supuesto de simple cambio de denominación social con respecto de la entidad a la que se otorgó el beneficio.

6. MONOPOLIO

A) Monopolio de tabacos. Comercio al por menor

La impugnación de algunos preceptos del RD 1199/1999, de 9 de julio, por el que se desarrolla la Ley 13/1998 de ordenación del mercado de tabacos, regulando el estatuto concesional de la red de expendedurías del tabaco y timbre, ha dado lugar a que el Tribunal Supremo reiterara algunas afirmaciones sobre la naturaleza de este servicio y su carácter monopolístico.

Los recurrentes alegan que los preceptos recurridos restringen el marco de actuación de los sujetos autorizados para el comercio al por menor del tabaco, sin que esta restricción tenga cobertura legal.

El Tribunal Supremo en la **STS de 18 de junio de 2001,** Ar. 8201, desestima el recurso señalando en primer lugar que la liberalización del sector no ha alcanzado al mercado al

por menor, lo que estaría avalado por la propia jurisprudencia comuniataria (STJCE 14 de diciembre de 1995, Asunto c-387/1993, Caso Banchero). Por ello se admite "el mantenimiento de la titularidad del Estado en el monopolio de comercio al por menor de labores de tabaco, que continúa revistiendo el carácter de servicio público, y constituye un instrumento fundamental e irrenunciable para el Estado para el control de un producto estancado como es el tabaco, con notable repercusión aduanera y tributaria".

Afirmado el carácter de servicio público en régimen de monopolio de la actividad en cuestión, se afirma a continuación que los sujetos que prestan esta actividad se encuentran en una relación de sujeción especial. Por ello, su relación con la Administración puede ser alterada por la norma reglamentaria, que no se opone a ningún principio constitucional. La debilitación de la reserva legal en virtud de la teoría de la relación de sujeción especial permite así declarar la validez de la norma reglamentaria. Como argumento añadido se cita el Dictamen favorable del Consejo de Estado a la norma impugnada.

La doctrina de las relaciones especiales de sujeción en el caso de expendedores de tabaco también es utilizada en la **STS de 16 de octubre de 2001,** Ar. 9148, si bien, en este caso, en un supuesto de sanción.

7. PESCA

A) Marítima

Interpuesto recurso por una Asociación de armadores frente el RD 1915/1997, de 19 de diciembre, sobre ordenación del sector pesquero de altura y gran altura, el **TS,** mediante la **Sentencia de 19 de julio de 2001,** Ar. 7391, lo desestima.

El recurso basa su argumentación en que el Reglamento ha incurrido en exceso con respecto a la ley habilitante, introduciendo *ex novo* criterios más restrictivos relativos al acceso a las pesquerías.

La sentencia, recogiendo en parte el contenido de la STS de 6 de junio de 2000, y tras exponer la doctrina sobre el alcance del reglamento ejecutivo y su relacion con la ley habilitante, no aprecia exceso en el uso de la potestad reglamentaria, por lo que procede a desestimar el recurso interpuesto.

8. TELECOMUNICACIONES

A) Instalación de antenas y poder de ordenación municipal

La impugnación por parte de Telefónica de España SA de la ordenanza del Ayuntamiento de Barcelona sobre instalación de antenas ha permitdo al TS analizar la problemática rela-

tiva al ejercicio de competencias concurrentes en la regulación del sector de las telecomunicaciones.

Frente a la argumentación de la entidad recurrente, basada en la incompetencia municipal para ordenar el sector de las telecomunicaciones por existir una competencia exclusiva estatal sobre esta materia, el **TS,** en la **Sentencia de 18 de junio de 2001,** Ar. 8744, afirma, en primer, lugar que "el reconocimiento de la competencia en una materia como exclusiva de la Administración del Estado no comporta, por si mismo, la imposibilidad de que en la materia puedan existir competencias cuya titularidad corresponda a los entes locales".

A partir de esta afirmación de principio se reconoce el interés local en la materia, y la posibilidad de que los municipios fijen condiciones técnicas y jurídicas para la utilización del dominio público. Se concluye de este modo que "la competencia estatal en relación con las telecomunicaciones no excluye la del correspondiente municipio para atender a los intereses derivados de su competencia en materia urbanística, con arreglo a la legislación aplicable, incluyendo los aspectos de estética y seguridad de las edificaciones y medioambientales. Por consiguiente, los Ayuntamientos pueden en el planeamiento urbanístico establecer condiciones para las nuevas redes de telecomunicaciones y contemplar exigencias y requisitos para realizar las correspondientes instalaciones en ordenanzas o reglamentos relativas a obras e instalaciones en la vía pública o de calas y canalizaciones o instalaciones en edificios".

La doctrina transcrita se complementa con la referencia a la necesidad de tener en cuenta el principio de proporcionalidad al examinar las medidas concretas introducidas, en la medida en que suponen una limitación del derecho de los operadores a establecer sus instalaciones.

Reconocida la competencia municipal, del examen detallado de los preceptos impugnados no se deduce que exista vulneración de precepto superior o de principio alguno, por lo que se desestima el recurso interpuesto frente a la ordenanza local.

9. TRANSPORTES

A) Autotaxi

La ordenación legal del servicio de autotaxi genera un número importante de conflictos. La **STS de 19 de octubre de 2001,** Ar. 9431, tiene como objeto un conflicto centrado en la fase de "acceso" a dicha actividad, ya que los recurrentes impugnaron la base de la convocatoria y el censo de conductores admitidos, como actos de trámite dentro de un procedimiento muncipal para otorgar 14 licencias.

Estimado parcialmente el recurso de primera instancia, se recurrió en casación por las diversas partes afectadas por la sentencia. El TS entiende que procede casar en parte la

sentencia impugnada en lo relativo a la elaboración del censo de conductores, rechazando las restantes alegaciones basadas en defectos procesales de la sentencia impugnada. Como consecuencia, ordena la retroacción de las actuaciones al momento de elaboración del censo de conductores asalariados que podían optar al otorgamiento de licencias.

10. TURISMO

A) Empresas turísticas e infracciones

El régimen especial de las empresas turísticas se hace patente en la regulación del régimen de responsabilidad consagrado en la Ley 21/1995, para Agencias de Viaje.

En la **STS de 8 de octubre de 2001,** Ar. 8208, dictada en un recurso de casación en interés de ley, se cuestiona la sentencia de un Juzgado de lo contencioso-administrativo que anuló la sanción impuesta a una Agencia de Viaje por la cancelación de un viaje contratado con ella. La Administración que impuso la sanción recurre la sentencia solicitando que se fije como doctrina legal que "en el sistema de responsabilidad consagrado por la Ley 21/1995, para las Agencias de Viajes, conlleva la posibilidad de que la Administración pueda imponer sanciones si se comete un ilícito administrativo, al existir una responsabilidad administrativa y no sólo una de carácter civil".

El TS, analizando el caso concreto, desestima el recurso. Para el Tribunal la sentencia impugnada anuló correctamente la sanción, al faltar el elemento de la culpabilidad. Entiende el Tribunal que el régimen sancionador de la Ley 21/1995 debe adecuarse a los principios generales en materia de sanciones administrativas, entre los cuales se encuentra el de culpabilidad. Por tanto, no niega la capacidad sancionadora de la Administración, pero la somete a las reglas generales de la potestad sancionadora administrativa. Consecuentemente, concluye que "las agencias de viaje como las compañías de transportes u hoteleras, sean personas físicas o jurídicas, responderán por incumplimiento de sus obligaciones, pero su responsabilidad en el ámbito sancionador sólo lo será cuando a ella sea imputable el hecho infractor".

Luis Arroyo
Elisenda Malaret
Joaquín Tornos

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD

Sumario:

1. Consumo. A) ¿Cómo debe interpretarse el concepto de viaje combinado, para la protección de los consumidores en el contexto de la Directiva 90/314? **2. Deporte.** A) A vueltas con la determinación de la jurisdicción competente para controlar las decisiones federativas sobre descenso de categoría de los árbitros de fútbol. B) ¿La denegación por parte de la Liga Nacional de Fútbol Profesional de una licencia federativa debe ser controlada por la jurisdicción contencioso-administrativa o por la social? **3. Educación.** A) No Universitaria. a) Improcedencia de Instrucción para modificar la *ratio* de centros concertados. B) Universitaria. a) Planes de estudio. b) La competencia para la adscripción de centros es de la Administración General del Estado y no de las Universidades. c) Incompetencia del Rector para fijar los servicios mínimos. **4. Espectáculos públicos.** A) El Reglamento General de Policía de Espectáculos es de aplicación a la licencia de apertura de discotecas. **5. Extranjeros.** A) Visado de residencia. B) Permiso de trabajo. C) Expulsión. D) Asilo. E) Nacionalidad. **6. Fuerzas y cuerpos de seguridad.** A) Anulación de Convenio de colaboración policial entre policías municipales. **7. Sanidad.** A) Los colegios profesionales no tienen que ser oídos para la elaboración de reglamentos relativos a los deberes y derechos de los funcionarios. B) Injustificada discriminación al valorar más los títulos de especialistas obtenidos vía MIR que los obtenidos al amparo de la normativa anterior.

1. CONSUMO

A) ¿Cómo debe interpretarse el concepto de viaje combinado, para la protección de los consumidores en el contexto de la Directiva 90/314?

El origen de la **STJCE de 30 de abril de 2002** se encuentra en la negativa de un consumidor a pagar el precio que había convenido con una agencia, debido a deficiencias en la organización y prestación del servicio. La agencia de viajes demandante defiende que el viaje vendido no se hallaba comprendido dentro del ámbito de la Directiva 90/134. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, ante la cuestión prejudicial planteada, entiende que la finalidad primordial de la mencionada Directiva es proteger a los consumidores que compran viajes combinados, y como tales deben entenderse aquellos que combinen ser-

vicios turísticos vendidos por una agencia de viajes a un precio global, que comprenda dos de los tres servicios contemplados en el art. 2, punto 1, de la Directiva (es decir, transporte, alojamiento y demás servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado), y además, que dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia. Requisitos que concurren en el caso enjuiciado, por lo que las disposiciones protectoras de la Directiva son aplicables al consumidor. De forma complementaria, cabe indicar, que el concepto de "combinación previa" utilizado también en el art. 2, punto 1, de la Directiva 90/134 debe interpretarse en el sentido de que incluye las combinaciones de servicios turísticos efectuados en el momento en que se celebra el contrato entre la agencia de viajes y el consumidor.

2. DEPORTE

A) A vueltas con la determinación de la jurisdicción competente para controlar las decisiones federativas sobre descenso de categoría de los árbitros de fútbol

En el núm. 2 de esta Revista se comentaba una Sentencia de un Juzgado de lo Social que declaraba que el descenso de categoría de un árbitro de fútbol no tiene naturaleza laboral sino carácter administrativo. Ahora son dos las Sentencias que analizan esta materia. La primera es la **STJCE del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 7 de abril de 2001,** Ar. 9257, que resuelve el conflicto negativo de jurisdicción planteado entre la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana y el Consejo Superior de Deportes. Al respecto, el Tribunal de Conflictos declara incorrectamente planteado el conflicto "por ser inexistente", dado que corresponde a la Sala especial del TS (art. 42 LOPJ) decidir cuál es el orden jurisdiccional competente, social, civil o contencioso-administrativo. Antes de alcanzar esta conclusión, a modo de *obiter dicta*, en la argumentación desarrollada se señala que la jurisdicción civil parece la competente en una materia relativa a una asociación privada (Federación deportiva), al no ejercerse en este terreno funciones públicas delegadas.

En este mismo sentido, la **STS de 26 de junio de 2001,** de la Sala de lo Contencioso-administrativo, Ar. 8909, concluye que el descenso de categoría de los árbitros de fútbol no encuentra su causa en ninguna sanción disciplinaria, sino que es el resultado de la evaluación de las actuaciones arbitrales del recurrente durante la temporada deportiva, por lo que su regulación se ciñe al estricto ámbito privado de las Federaciones. Por consiguiente, al no ejercitarse funciones públicas de carácter administrativo, no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el juzgar esta materia en casación. No obstante, como apunte final cabe recordar que en algunos Estatutos de Federaciones deportivas la formación y calificación de jueces y árbitros de competiciones deportivas se considera explícitamente como función pública de carácter administrativo (*vid.*, por ejemplo, el art. 9.5 de los Estatutos de la Federación Española de Petanca aprobada por Resolución del Consejo Superior de Deportes de 26 de octubre de 1993, BOE de 12 de noviembre).

B) ¿La denegación por parte de la Liga Nacional de Fútbol Profesional de una licencia federativa debe ser controlada por la jurisdicción contencioso-administrativa o por la social?

En el núm. 9 de esta Revista nos hacíamos eco de una Sentencia de un Juzgado de lo Social que reconocía el derecho de un jugador profesional turco a obtener la licencia federativa de la ACB como jugador comunitario, en igualdad de condiciones con los jugadores españoles. Pues bien, con posterioridad, en un caso similar en cuanto al fondo, el Auto de 14 de junio de 2001 de la Sala de Conflictos de competencia (art. 42 LOPJ) del Tribunal Supremo, Ar. 9121, ha determinado que no se puede compartir la idea de que las licencias federativas de los deportistas profesionales produzcan efectos sólo en la esfera laboral, dado que constituyen también una manifestación de "la llamada Administración Corporativa", cuya actividad viene sometida al Derecho Administrativo. En consecuencia, se trata de un acto de naturaleza administrativa dictado en materia laboral. Pero teniendo en cuenta que el art. 3.a) de la Ley de Procedimiento Laboral (dispone que "no conocerán los órganos jurisdiccionales del orden social: de las pretensiones que versen sobre la impugnación de los actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo en materia laboral"), concluye la Sala Especial del Tribunal Supremo que corresponde al juez de lo contencioso, como juez ordinario de la Administración, conocer si la licencia federativa de los jugadores con nacionalidad de un Estado no integrado en la Unión Europea con Acuerdo Económico suscrito con la misma –que prohíba toda discriminación por razón de nacionalidad con respecto a los trabajadores de los países de la Unión– debe ser una licencia de jugador extranjero o comunitario.

3. EDUCACIÓN

A) No Universitaria

a) Improcedencia de Instrucción para modificar la *ratio* de centros concertados

La **STS de 1 de junio de 2001,** Ar. 8880, rechaza que una simple Instrucción de la Dirección General de Centros Escolares pueda modificar –adelantando el calendario de aplicación de la nueva ordenación del sistema educativo en lo relativo a la *ratio* escolar– lo que la LOGSE había facultado al Gobierno.

B) Universitaria

a) Planes de estudio

Diversas sentencias se han ocupado de cuestiones relacionadas con los planes de estudios. Así, de la **STS de 3 de julio de 2001,** Ar. 7766, que resuelve denegatoriamente un recurso planteado por la Sociedad Española de Inmunología con respecto al Plan de Estudios de la Licenciatura en Medicina de la Universidad de Cádiz, procede destacar una afirma-

ción de pasada –que, se insiste, no constituye la *ratio decidendi*– algo llamativa por cuanto que considera que "la propia denominación de 'directrices' utilizada (...), hace referencia a un marco de discrecionalidad que sólo en supuestos de arbitrariedad o de ausencia de racionalidad podría determinar la consideración de la improcedencia de su uso o ejercicio". En la **STS de 9 de julio de 2001,** Ar. 7774, también se deniega la pretensión de la misma Sociedad pero esta vez en relación con el Plan de Estudios de la Diplomatura de Enfermería.

Por su parte, la **STS de 3 de julio de 2001,** Ar. 7769, mantiene la misma doctrina que otras anteriores en lo relativo a la inclusión de la materia Religión "como optativa, en condiciones que la haga equivalente al resto de las asignaturas fundamentales, con al menos dieciocho créditos" en determinados planes de estudio de la Universidad Autónoma de Madrid.

b) La competencia para la adscripción de centros es de la Administración General del Estado y no de las Universidades

La **STS de 16 de julio de 2001,** Ar. 7755, se plantea determinar si la regulación de la adscripción de Centros Universitarios a Universidades Públicas –RD 557/1991, de 12 de abril, desarrollado por la OM de 26 de mayo de 1993 (que es la que se impugna en este proceso)– es competencia del Gobierno a iniciativa del Ministerio de Educación y Ciencia o si, como sostenía la Universidad Complutense de Madrid, es competencia de las respectivas universidades, en virtud de las potestades de autonormación y autoorganización que les corresponde *ex* art. 27.10 CE; tras una argumentación bastante extensa, el Tribunal Supremo se inclinará por la primera opción.

c) Incompetencia del Rector para fijar los servicios mínimos

La **STS de 16 de octubre de 2001,** Ar. 8605, se enfrenta con la cuestión de si el Rector es "autoridad gubernativa" a los efectos establecidos en el art. 10 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, es decir, para la fijación de los servicios mínimos en caso de huelga. La conclusión es que "la máxima autoridad académica de la Universidad" (arts. 18 LORU y 20 de la vigente LOU) no tiene el carácter político requerido a aquélla y que "la fijación de los servicios mínimos en una huelga que afecte a la Universidad no está enderezada a preservar la libertad académica, sino el derecho a la educación. Y la razón de ello es que dichos servicios mínimos no determinarán los contenidos de esas actividades docentes e investigadoras, ni la forma en que habrán de ser desarrolladas, sino la parcela de dichas actividades que no podrá ser suspendida o paralizada para que no quede lesionado el derecho a la educación".

4. ESPECTÁCULOS PÚBLICOS

A) El Reglamento General de Policía de Espectáculos es de aplicación a la licencia de apertura de las discotecas

La **STS de 17 de julio de 2001,** Ar. 9621, casa la Sentencia recurrida del TSJ de Extremadura y decide que el Reglamento General de Policía de Espectáculos es de aplicación a la licencia de apertura de discotecas y, por lo tanto, exige taxativamente que en las resoluciones que al respecto se dicten se determinen las características del local, de sus instalaciones, servicios y aforo máximo permitido. Dicha exigencia, conectada a la seguridad e integridad física de las personas que ocupen la discoteca, no es de modo alguno accesoria: una licencia que no hace constar expresamente el aforo máximo de un local, dificulta la comprobación municipal posterior de que se cumplan los límites de aforo, dificultando el ejercicio de las competencias municipales en materia de prevención y protección de incendios, seguridad y salubridad pública. En este sentido, concluye el TS que la finalidad esencial del Reglamento de Espectáculos recibe aplicabilidad en todos los supuestos en los que se produce una concentración masiva de personas, ya sea para asistir a un espectáculo propiamente dicho, en el que existe una separación entre actuantes y espectadores, como en actividades recreativas del tipo de las discotecas, salas de fiesta y salas de baile.

5. EXTRANJEROS

A) Visado de residencia

La importante **STS de 21 de mayo de 2001,** Ar. 7209 –ratificada por la posterior **STS de 2 de octubre de 2001,** Ar. 8927– se enfrenta con la cuestión que la exigencia de visado de residencia viene a imponer al cónyuge extranjero de un ciudadano español de tener que salir del territorio español para proveerse del mismo. Conviene recoger aquí su doctrina (sobre todo, por lo que respecta al requisito para su exención establecido en la OM de 11 de abril de 1996):

> "TERCERO.– En primer lugar, la Orden del Ministerio de Justicia e Interior de 11 de abril de 1996 (BOE núm. 93, de 17 de abril de 1996), al requerir en su artículo 2.2. f) un período previo de matrimonio de tres años a la fecha de solicitud de la exención de visado, se excede de lo previsto en el artículo 10.3. d) del Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, modificado por Real Decreto 737/1995, y en el artículo 56.9 del Reglamento aprobado por Real Decreto 155/1996, por cuanto el primero alude a la dispensa de la presentación de visado de residencia por razones excepcionales y el segundo a la posibilidad de eximir excepcionalmente del visado de residencia por motivos de interés público, humanitario, de colaboración con la justicia o de atención sanitaria, y siempre que se presuma buena fe del solicitante.
>
> 'La exigencia, impuesta por Orden Ministerial, de un período previo de matrimonio de tres años no sólo se extralimita de lo establecido en los aludidos preceptos reglamentarios

sino que conculca claramente el principio constitucional de protección a la familia, recogido en el artículo 39.1 de la Constitución, como ya expresamos en nuestra citada Sentencia de 1 de febrero de 2001, y se opone a lo establecido en los artículos 67 y 68 del Código Civil, que imponen a los cónyuges el deber de vivir juntos, respetándose y ayudándose mutuamente en interés de la familia, razón más que suficiente para que los jueces y tribunales no otorguen eficacia alguna a lo dispuesto en el artículo 2.2. f) de la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996, según lo establecido concordadamente por los artículos 9.3 de la Constitución, 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 62.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, modificada por Ley 4/1999, de 13 de enero.'

Tanto la protección a la familia (artículo 39.1 de la Constitución) como los deberes de los cónyuges (artículos 66 a 69 del Código Civil) no vienen condicionados por el tiempo de duración del vínculo matrimonial sino que se producen desde el momento de contraer matrimonio, ya que éste, según el artículo 61 del Código Civil, produce efectos civiles desde su celebración, de manera que cualquier precepto reglamentario que los limite o contradiga no debe ser aplicado ni tampoco servir para interpretar un concepto jurídico indeterminado, como el de las razones excepcionales para dispensar del visado de residencia, y, por consiguiente, nos reafirmamos en nuestro criterio de considerar el vínculo matrimonial, salvo supuestos de separación, como razón o motivo excepcional para dispensar del visado de residencia sin limitación o restricción alguna por el tiempo de duración del matrimonio.

Lo contrario supondría establecer un principio contrario a la buena fe de los contrayentes, que, conforme al artículo 79 del Código Civil, ha de presumirse, por lo que quien afirme lo contrario habrá de probarlo, como exige ahora el artículo 385.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 y antes el artículo 1250 del Código Civil.

CUARTO. No olvidamos que la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, requiere, para ejercer el derecho a la reagrupación en España, que se haya residido legalmente en territorio español durante un año y se tenga autorización para residir durante otro año (artículo 18.2) y, para eximir por el Ministerio del Interior de la obligación de obtener visado a los extranjeros, que, cuando la dispensa se solicite como cónyuge del residente, se acredite la convivencia al menos durante un año y que el cónyuge tenga autorización para residir al menos durante otro año (artículo 31.7).

Estos preceptos sólo pueden ser interpretados y aplicados de forma que no se conculque el aludido principio constitucional de protección a la familia, contenido en el artículo 39.1 de la Constitución, y que se salvaguarden los derechos y deberes de los cónyuges, entre ellos el de convivir desde el momento de la celebración del matrimonio, de manera que "no nos pasa desapercibida la compleja tarea de exégesis que ahora pesa sobre los jueces y tribunales para interpretar y aplicar los aludidos artículos 18.2 y 31.7 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por Ley Orgánica 8/2000, dado que, según el artículo 32.1 de la propia Constitución, el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio, y desde ese momento nacen los derechos y deberes de los cónyuges (artículo 32.2 de la Constitución)

establecidos por el Código Civil, entre los que, como hemos dicho, los artículos 67 y 68 de este cuerpo legal contemplan la convivencia y la mutua ayuda, que difícilmente se conciben si se impide la reagrupación por un plazo más o menos largo o si cualquiera de ellos se ve obligado a salir del territorio español para obtener un visado de residencia que, en principio, pudiera ser denegado, como prevé el artículo 25.5 de la mencionada Ley Orgánica".

B) Permiso de trabajo

La **STS de 23 de julio de 2001,** Ar. 8764, ratifica la denegación de permiso de trabajo por existir trabajadores españoles demandantes del mismo empleo para el que solicitaba el permiso de trabajo el extranjero y no apreciarse la circunstancia especial de superior cualificación.

C) Expulsión

Nuevamente es muy abundante la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión. Veamos las resoluciones más destacadas.

En la **STS de 15 de octubre de 2001,** Ar. 8805, se anula una expulsión de un ciudadano marroquí [por entrada ilegal y carencia de medios lícitos de vida: arts. 26.1.a) y f) de la Ley Orgánica 7/1985] porque, con posterioridad, contrajo matrimonio con española, con lo que, a partir de ese hecho, la normativa a aplicarle es la de entrada y permanencia en España de nacionales comunitarios (RD 766/1992), por lo que sólo podía ser expulsado del territorio nacional por razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, siendo únicamente sancionable con multa la omisión de la solicitud de tarjeta, en los casos en los que exista derecho a su obtención.

La **STS de 16 de octubre de 2001,** Ar. 8810, se enfrenta con la cuestión de la compatibilidad de una medida de expulsión con un proceso penal y viene a decidir que, ya que la sanción administrativa de expulsión tuvo por causa la misma por la que se inició el proceso penal, aquélla debía haber esperado a lo que se resolviese en la jurisdicción punitiva y, con base en la sentencia penal firme, haberse adoptado la decisión que procediese.

A continuación podemos citar una serie de pronunciamientos que tienen en común el problema relativo a las exigencias requeridas en cuanto al procedimiento abocado a una orden de expulsión. Así, diversas Sentencias –como las **de 19 de junio, 13 de julio, 5 y 19 de octubre y 20 de noviembre de 2001,** Ar. 8900, 7754, 8933, 8815 y 152 de 2002– tienen en común la exigencia de actividad probatoria de cargo suficiente (por parte de la Administración, obviamente) respecto de la incursión en alguna de las circunstancias previstas por la Ley como justificadoras de la medida de expulsión. Y otras –como las de **19 y 31 de julio de 2001,** Ar. 8023 y 8224– reiterando su doctrina relativa al supuesto de expulsión por carecer de medios lícitos de vida [art. 26.1.f) Ley Orgánica 7/1985], consideran adecuado que, frente al indicio de prueba aportado por la Administración, corresponda al interesado demostrar el hecho positivo de tales medios *lícitos*.

También procede mencionar la **STS de 20 de septiembre de 2001,** Ar. 8184, en la que se acepta la no inadmisibilidad de un acto de trámite (en concreto, la propuesta de expulsión del recurrente, realizada por la Jefatura Superior de Policía a la Delegación del Gobierno de Madrid), atendidas las circunstancias del caso y aplicando la doctrina jurisprudencial de que el recurso de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales cabe contra los actos de trámite cuando éstos, por sí mismos, vulneran aquellos derechos.

Finalmente, en lo que se refiere a la *suspensión* de la expulsión, las **SSTS de 16 y 23 de enero y 18 de octubre de 2001,** Ar. 9535, 9538 y 9200, hacen aplicación del criterio jurisprudencial del arraigo por razón de intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de la orden de expulsión habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación. Asimismo, la **STS de 17 de abril de 2001,** Ar. 9165, suspende la expulsión de un solicitante de asilo, atendiendo a razones humanitarias, debido al riesgo que para el solicitante pudiera suponer el retorno a su país (en notoria situación de conflicto étnico y social).

D) Asilo

Además de la última Sentencia mencionada en el apartado anterior, a propósito de la suspensión de la orden de expulsión de un solicitante de asilo, podemos hacer referencia a alguna más que aplica los requisitos sustanciales exigidos por la Ley para su otorgamiento. Así, la **STS de 19 de julio de 2001,** Ar. 8019, modificando la Sentencia previa de la Audiencia Nacional –que consideró no acreditada una situación de persecución *individualizada* y *particularizada* en cada uno de los recurrentes–, concede el asilo al tener por acreditada la persecución por razones de raza y religión de los ciudadanos católicos de origen croata en la zona de Banja Luka.

En la **STS de 28 de julio de 2001,** Ar. 10060, también contra lo decidido previamente por la Audiencia Nacional, se concede el asilo –aunque no quedase del todo probado que el recurrente fuera, como desde el primer momento alegó, un desertor del ejército irakí–, con fundamento en que si efectivamente fuera devuelto a su país de origen y fuese considerado desertor, sería castigado con crudelísimas penas inhumanas, lo que obligaba a otorgarle el asilo por razones humanitarias.

En sentido contrario, las **SSTS de 24 de julio y 18 y 21 de septiembre de 2001,** Ar. 8222, 9172 y 7890, no conceden el asilo por considerar no probadas, ni siquiera indiciariamente, fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a grupo social y opiniones políticas a un súbdito paquistaní, a un nacional de Rusia y a un zaireño, respectivamente.

E) Nacionalidad

En la **STS de 5 de noviembre de 2001,** Ar. 145 de 2002, se considera que el hecho de haber sido condenado penalmente por un hecho que desapareció como tal delito en la

reforma de 1995 (en concreto, el delito de cheque en descubierto) no es suficiente para denegar la nacionalidad por no cumplir la exigencia de *buena conducta cívica*; y que tampoco se podía exigir la acreditación "en positivo" de tal buena conducta cívica cuando la Administración lo único que había opuesto a la solicitud de nacionalidad era la mencionada condena penal.

Por su parte, la **STS de 17 de noviembre de 2001,** Ar. 10274, viene a considerar que no es lo mismo la estancia o permanencia legal que la *residencia legal* (que sólo concurre cuando está amparada por un permiso de residencia expresamente contemplado por la ley), que es la exigida a efectos de obtención de la nacionalidad.

6. FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD

A) Anulación de Convenio de colaboración policial entre policías municipales

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha aceptado la constitucionalidad de aquellas leyes autonómicas que han previsto supuestos de colaboración entre policías locales que no implican ni la creación de Policías supramunicipales, ni la actuación extraterritorial de los Cuerpos de Policía Municipal, declarando que caben fórmulas de colaboración y cooperación entre Cuerpos de Policía Municipal que no entrañen ningún tipo de actuación extraterritorial (STC 52/1993) e incluso mecanismos de colaboración basados en la adscripción o transferencia temporal de efectivos de la Policía Municipal individualmente considerados (SSTC 81/1993 y 86/1993).

Sin embargo, la **STS de 2 de julio de 2001,** Ar. 8750, declara que el proyecto enjuiciado regula una actividad policial de patrullas mixtas compuestas por la policía local de cada municipio, lo cual no presenta los caracteres de eventualidad y carácter extraordinario, que exige con carácter básico el artículo 51.3 de la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, para que sea posible la actuación de los cuerpos de policía local fuera del ámbito territorial del municipio. Por lo tanto, no supone una adscripción temporal de efectivos a otro municipio, sino una actuación conjunta permanente de efectivos policiales de uno y otro municipio, lo que vulnera la mencionada legislación básica en esta materia.

7. SANIDAD

A) Los colegios profesionales no tienen que ser oídos para la elaboración de reglamentos relativos a los deberes y derechos de los funcionarios

La **STS de 1 de octubre de 2001,** Ar. 9026, reitera su doctrina –establecida en la STS de 23 de octubre de 2000, Ar. 9000,– relativa a que:

> "la representación que la Ley atribuye a los Colegios Profesionales es la de la profesión libre que constituye el ámbito de cada Colegio y la de los intereses de los profesionales

> que ejercen esa libre profesión, pero que dicha representación no alcanza a los deberes y derechos de los funcionarios públicos (...), con independencia del título profesional que posean, en cuanto no ejercen profesión colegiada alguna, sino que se sujetan a la relación de servicio que les vincula con la Administración".

Lo que, aplicado al caso objeto de enjuiciamiento, le lleva al Tribunal Supremo a desestimar la pretensión del Colegio Oficial de Enfermería de que se declarase la nulidad de un Decreto Foral por el que se determinan y asignan las retribuciones complementarias de determinados puestos de trabajo del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por no haber sido oído en el procedimiento de su elaboración.

B) Injustificada discriminación al valorar más los títulos de especialistas obtenidos vía MIR que los obtenidos al amparo de la normativa anterior

La **STS de 15 de octubre de 2001,** Ar. 8604, reiterando lo ya dicho en su Sentencia de 14 de octubre de 1999, Ar. 9792, considera que la diferente valoración recogida en una Orden del Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalidad de Cataluña es discriminatoria porque, en definitiva, las diferencias en el régimen de formación de los médicos para la obtención de su título de especialista se basan en un cambio normativo, con lo que, depende del momento en el que se hiciera, habría que seguir forzosamente uno u otro, sin posibilidad de opción.

Iñaki Agirreazkuenaga
Edorta Cobreros

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Sumario:

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción. a) Jurisdicción Contencioso-administrativa. a') No corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa controlar la denegación de indultos. b') Es competente para conocer de pretensiones de responsabilidad patrimonial. c') Le corresponde conocer del litigio sobre diferencias retributivas en concepto de complemento personal de garantía. d') Conoce del litigio sobre reconocimiento y retribuciones de funcionarios interinos. e') Conoce del litigio sobre regulación de empleo. f') Conoce del litigio sobre denegación de licencia deportiva. g') Conoce de deslinde de costas. b) Jurisdicción Civil: le corresponde conocer de la controversia sobre elección de órganos rectores de clubes deportivos. c) Jurisdicción Social. a') Le corresponde conocer del litigio sobre inscripción de empresa. b') Conoce del litigio sobre reclamación de capital coste de renta. B) Competencia. a) La Audiencia Nacional es competente para conocer del recurso sobre Relación de Puestos de Trabajo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. b) Tribunales Superiores de Justicia. a') Son competentes para conocer de los recursos sobre resoluciones de Confederaciones Hidrográficas. b') Son competentes sobre actos sancionadores en materia de transportes. C) Sujetos. a) Legitimación: los Colegios Profesionales pueden impugnar directamente disposiciones de carácter general con independencia de su ámbito territorial. b) La impugnación de acuerdos de las entidades locales se articula a través de un triple cauce legitimador. D) Objeto. a) El procedimiento de protección de derechos fundamentales cabe contra actos de trámite. b) Es admisible el recurso contencioso-administrativo contra una disposición de carácter general reproducción de otra anterior. E) Procedimiento. a) La extemporaneidad en la presentación en la demanda es un supuesto de caducidad, no de inadmisibilidad. b) El procedimiento especial de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona puede simultanearse con el ordinario, pero no interponerse sucesivamente. c) La infracción del derecho fundamental debe definirse en el escrito de interposición del procedimiento especial de Protección de Derechos Fundamentales de la Persona.

d) La presentación de escritos en las oficinas de Correos no tiene eficacia hasta su entrada en el órgano jurisdiccional. e) La suspensión del recurso contencioso-administrativo por cuestión prejudicial penal requiere la iniciación de un procedimiento penal o indicios delictivos. f) El planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano jurisdiccional. g) La regla elección de fuero contenida en el artículo 14.1 LJCA (de 1998) opera sólo dentro de una misma Comunidad Autónoma. F) El error judicial sólo comprende el error craso, evidente e injustificado. G) Costas. a) La Sala tiene libertad para determinar las costas, a pesar del carácter orientador de las normas del Colegio de Abogados. b) No se exige fundamentación cuantitativa por cada concepto. c) La repercusión del IVA es una cuestión ajena a la tasación de costas. H) Ejecución de sentencias: es posible la ejecución de sentencias que no han adquirido firmeza. I) Suspensión. a) Procede la suspensión de los actos tributarios siempre que se preste la fianza correspondiente. b) La sentencia recaída en el asunto principal deja sin objeto la medida cautelar. c) La doctrina de la apariencia de buen derecho tiene un alcance restrictivo. **2. Recurso de casación.** A) Sujetos: representación y defensa: los funcionarios públicos deben comparecer ante el Tribunal Supremo mediante procurador y asistidos de abogado. B) Objeto. a) Sólo son recurribles las sentencias dictadas en única instancia. b) No cabe el recurso de casación contra el auto que deniega la solicitud de nulidad de actuaciones. C) Procedimiento. a) El escrito de preparación debe contener una sucinta exposición de los requisitos mínimos del recurso. b) El escrito de interposición debe contener el motivo en que se basa el recurso. c) Hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no se requiere la previa interposición de recurso de súplica en la casación contra autos. d) La satisfacción extraprocesal termina el recurso de casación. D) Inadmisión. a) El Derecho autonómico no pierde su carácter porque coincida con el estatal. b) Es inadmisible el recurso relativo a acuerdo sobre incremento de retribuciones de personal. c) Son inadmisibles los recursos de casación contra las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia dictadas en primera instancia en materias competencia de los Juzgados. d) Cuantía: se determina por la cuota tributaria, no por la base imponible. e) La falta de preparación del recurso de casación no es subsanable en interposición. f) El análisis de conceptos jurídicos indeterminados no supone una valoración de la prueba. g) Personal. a') La con-

vocatoria de pruebas de acceso a la función pública abre el acceso a la casación. b') El crédito horario de los representantes sindicales excede de la cuestión de personal. c') Es inadmisible el recurso de casación en materia de cese de interinos. **3. Recurso de revisión.** A) Es posible suspender cautelarmente la ejecución de la sentencia firme. B) Motivos: los documentos recobrados deben ser anteriores a la sentencia objeto de revisión. **4. Incidente de nulidad de actuaciones.** A) Debe interponerse con carácter previo antes del recurso de amparo.

INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de noviembre de 2001 a febrero de 2002 en el Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, recoge diversos pronunciamientos jurisdiccionales referentes a la nueva Ley Jurisdiccional de 1998, entre los que puede ser destacados los relativos a la competencia para controlar la denegación de indultos, la legitimación de los Colegios Profesionales para impugnar directamente disposiciones de carácter general y la ejecución de sentencia con ocasión del recurso de revisión.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción

a) Jurisdicción Contencioso-administrativa

a') No corresponde a la Jurisdicción Contencioso-administrativa controlar la denegación de indultos

La **STS de 21 de mayo de 2001,** Ar. 6227, ha precisado que el control que la jurisdicción contencioso-administrativa puede ejercer sobre las denegaciones de indulto se encuentra limitado a los aspectos formales de su elaboración, concretamente a si se han solicitado los informes que la ley establece como preceptivos pero no vinculantes, y de aquí que entra dentro de la libertad estimativa del Consejo de ministros el aceptar o discrepar de los mismos, y esto último es lo que aquí ha ocurrido. Pero ello entra ya dentro del ámbito de la política penitenciaria, materia que, por su misma naturaleza, escapa al control de esta jurisdicción administrativa.

b') Es competente para conocer de pretensiones de responsabilidad patrimonial

La **STS de 16 de junio de 2001,** Ar. 7985, reconoce que la falta de fijeza de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que, ante el ejercicio de acciones por responsabilidad extra-

contractual de las Administraciones Públicas, se ha pronunciado de forma contradictoria, ha determinado numerosas resoluciones de la Sala especial de este Tribunal contemplada por el artículo 42 LOPJ, en las que se ha declarado la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en aplicación de lo dispuesto concordadamente por los artículos 3.b) LJCA (de 1956), 142 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común y 2.b) del Texto Articulado de la Ley de Procedimiento Laboral.

c') Le corresponde conocer del litigio sobre diferencias retributivas en concepto de complemento personal de garantía

La competencia para conocer del litigio sobre diferencias retributivas en concepto de complemento personal de garantía, corresponde, como señala el **ATS, Sala de Conflictos de Jurisdicción, de 23 de octubre de 2000,** Ar. 9096, al orden contencioso-administrativo que la tiene atribuida, con carácter exclusivo y excluyente, por los artículos 9.4 de la LOPJ y 1 de la LJCA (de 1998) para conocer de las cuestiones que se susciten en el seno de una relación funcionarial como la de la actora que está regulada por el Derecho Administrativo, de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 315/1964, de 7 de febrero, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, pues la competencia que atribuye al orden social el artículo 9.5 de la LOPJ y que concreta el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral, no alcanza a las cuestiones litigiosas que puedan promoverse entre los funcionarios y la Administración, vinculados por una relación de servicio que el artículo 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores excluye así mismo de su ámbito de aplicación.

d') Conoce del litigio sobre reconocimiento y retribuciones de funcionarios interinos

El **ATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 23 de octubre de 2000,** Ar. 9097, resuelve el conflicto de competencia producido entre los órdenes social y contencioso-administrativo con ocasión de la pretensión deducida por la actora para que se declare que la relación que le une con la Junta de Galicia es la propia de una funcionaria interina y que tiene derecho a ser retribuida como tal y a percibir las diferencias correspondientes. En definitiva interesa que se la califique al amparo del artículo 5.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, Texto articulado de 7 de febrero de 1964. Y ésa es una pretensión que la resolución comentada atribuye, con competencia exclusiva y excluyente, a los Tribunales de lo contencioso-administrativo.

e') Conoce del litigio sobre regulación de empleo

El **ATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 20 de diciembre de 2000,** Ar. 9098, ha resuelto el conflicto negativo de competencia, en el que se discute que orden jurisdiccional es competente para conocer de la impugnación por el actor de la resolución del Director General de Trabajo autorizando, en expediente de regulación de empleo la extinción de las relaciones laborales de los 126 trabajadores, atribuyendo la competencia al

Orden Contencioso-Administrativo ya que en la fecha en que se dictó la resolución que se impugna la competencia para conocer de estas cuestiones estaba residenciada en este orden jurisdiccional.

En tanto no se produzca la vigencia del artículo 3.2 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral, en la redacción que le dio la Disposición Adicional Quinta de la LJCA (de 1998), que está condicionada, conforme establece el número 3 del mismo artículo 3, a la aprobación –aun no producida– de la Ley que incorpore a la LPL las modalidades procesales correspondientes al número 2 y que "determinará 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". Hasta que dicha modificación legislativa se produzca, el Orden Social sigue manteniendo la competencia limitada.

f') Conoce del litigio sobre denegación de licencia deportiva

El **ATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 14 de junio de 2001,** Ar. 9121, atribuye al orden jurisdiccional Contencioso-administrativo la competencia para conocer del litigio surgido sobre la denegación de la petición de un trabajador-deportista de que, variando su anterior situación, se le conceda una licencia que iguale su condición a la de los deportistas españoles y comunitarios y solamente. Así calificada la pretensión ejercitada, parece claro a la Sala que el conocimiento de esta cuestión compete al orden contencioso-administrativo, dado que las asociaciones de carácter privado, que son las Federaciones deportivas, ejercen, por delegación –en esta materia de autorización de licencias en competiciones deportivas oficiales–, como función pública de carácter administrativo y bajo la coordinación y tutela del Consejo Superior de Deportes, la potestad organizativa deportiva, actuando como agentes colaboradores de la Administración Pública.

g') Conoce de deslinde de costas

La **STS de 24 de octubre de 2001,** Ar. 9159, nos recuerda que en materia de deslinde de la zona marítimo-terrestre, la función propia de la Jurisdicción contencioso-administrativa se limita a determinar la corrección del procedimiento de deslinde y la inclusión de los terrenos afectados en alguna de las categorías que, según la Ley de Costas, constituyen el dominio público marítimo.

b) Jurisdicción Civil: le corresponde conocer de la controversia sobre elección de órganos rectores de clubes deportivos

La **STS de 6 de julio de 2001,** Ar. 6902, ha precisado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que las Federaciones deportivas aparecen configuradas como asociaciones de carácter privado, a las que se atribuyen funciones públicas de carácter administrativo; carácter privado que es predicable con mayor motivo e intensidad de los clubes deportivos, que son asociaciones de particulares de las que no puede predicarse el ejercicio de ninguna función pública. De esta caracterización se desprende que las controversias relativas a la elección de sus órganos rectores deban residenciarse ante la Jurisdicción Civil, sin que esta conclusión quede desvirtuada por la intervención fiscali-

zadora de un Órgano de la Administración, ya que la cuestión litigiosa sigue versando sobre la vida interna de una asociación de particulares y la resolución de la cuestión de fondo pasa por el análisis e interpretación de los reglamentos internos de dicha asociación, que, por encima de su denominación, no tienen de ninguna forma el carácter de normas jurídicas de carácter reglamentario.

c) Jurisdicción Social

a') Le corresponde conocer del litigio sobre inscripción de empresa

El **ATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 20 de diciembre de 2000,** Ar. 9213, ha resuelto a favor del orden jurisdiccional social el conflicto de competencia, en el que se discute acerca de una resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social que había decidido cancelar la inscripción de una empresa en el Régimen General de la Seguridad Social, y proceder a la baja de sus trabajadores.

b') Conoce del litigio sobre reclamación de capital coste de renta

El **ATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 14 de junio de 2001,** Ar. 9120, ha resuelto a favor del orden jurisdiccional social el conflicto de competencia, en el que se discute acerca de una resolución de la Tesorería General de la Seguridad Social, sobre reclamación de capital-coste de renta.

B) Competencia

a) La Audiencia Nacional es competente para conocer del recurso sobre Relación de Puestos de Trabajo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria

La **STS de 17 de septiembre de 2001,** Ar. 7496, entre otras, partiendo de que la Agencia Estatal de Administración Tributaria, que está presidida por el Secretario de Estado de Hacienda, al que corresponde, como Presidente de la Agencia, la facultad de aprobar la relación de puestos de trabajo de la misma, así como sus modificaciones, y de que las relaciones de puestos de trabajo, aunque encuadrables en la materia de personal, participan de la naturaleza propia de las disposiciones de carácter general, considera que la competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

b) Tribunales Superiores de Justicia

a') Son competentes para conocer de los recursos sobre resoluciones de Confederaciones Hidrográficas

La **STS de 9 de octubre de 2001,** Ar. 8258, ha dilucidado qué órgano jurisdiccional es competente para conocer del recurso contra un acto emanado de una Confederación

Hidrográfica. Señala que es un Organismo de cuenca, con el carácter de organismo autónomo de la Administración General del Estado, adscrito al Ministerio de Medio Ambiente, y aunque exceda (o pueda exceder) del ámbito territorial de una Comunidad Autónoma, no extiende su competencia a todo el territorio nacional.

La cuestión objeto del recurso es una concesión para la toma y aprovechamiento de aguas fluviales, lo que significa que si bien en principio podría pensarse que la competencia está atribuida al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo por el primer párrafo del artículo 8.3 LJCA (de 1998), entra en juego la excepción del segundo párrafo del propio artículo 8.3 sustrayendo de dicha competencia de los Juzgados los actos dictados por los organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, que se dicten en el ejercicio de sus competencias en materia de dominio público, como sucede en el presente caso. De ahí que haya de acudirse a la competencia residual de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia que consagra el artículo 10.1.j), y concluir que la competencia para conocer del recurso corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia.

b') Son competentes sobre actos sancionadores en materia de transportes

Las **SSTS de 30 de octubre de 2001,** Ar. 9090, 9091 y 9092, han precisado que la competencia para conocer de las sanciones administrativas en materia de transportes terrestres debe entenderse atribuida a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de conformidad con lo previsto en el artículo 10.1.a), en relación con el 8.2.b), de la Ley de esta Jurisdicción.

Se basa el Tribunal en que dichas sanciones no pueden considerarse comprendidas, por lo general, en la locución legal "tráfico, circulación y seguridad vial", que ya, en sí misma, comporta una clara llamada a las infracciones tipificadas en el Texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, mientras que las infracciones en materia de transportes están contempladas en un cuerpo legal distinto, la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. Téngase en cuenta que la exposición de motivos de la LJCA (de 1998), al referirse a la competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, precisa que se define mediante un sistema de "lista tasada", difícilmente cohonestable con interpretaciones extensivas, y que, por otra parte, la propia Ley de Ordenación de Transportes Terrestres se ocupa de distinguir una y otra clase de infracciones, cuando en el artículo 146.1 regula la competencia para la imposición de las sanciones previstas en dicha Ley, pues tras decir que corresponderá a los órganos que legal o reglamentariamente la tengan atribuida, añade –en su párrafo segundo– que "por constituir fundamentalmente materia de seguridad vial, la competencia para sancionar las infracciones tipificadas en los apartados b) y c) del artículo 140 y h) del artículo 141, excepto cuando la causa de la infracción fuera el exceso de carga, corresponderá a los órganos competentes en relación con la ordenación del tráfico y la seguridad vial".

C) Sujetos

a) Legitimación: los Colegios Profesionales pueden impugnar directamente disposiciones de carácter general con independencia de su ámbito territorial

El artículo 28.1.b) de la LJCA de 1956 exigía la llamada legitimación corporativa para la impugnación de disposiciones de carácter general, es decir, de reglamentos. Ésta fue interpretada por la jurisprudencia en el sentido de exigir una correspondencia entre el ámbito territorial de la corporación y el de la disposición impugnada.

A partir de la Constitución, dicho requisito fue considerado por algunas sentencias del Tribunal Supremo como incompatible con su artículo 24, aunque la jurisprudencia no fue unánime. Finalmente, el Tribunal Constitucional sancionó el carácter inconstitucional de dichas restricciones a la legitimación para la impugnación de disposiciones de carácter general. Con ello quedó definitivamente establecido que el interés legitimador para la impugnación de estas disposiciones es el interés legítimo que con carácter general habilita a cualquier persona para el ejercicio de la acción administrativa.

En consonancia con ello, y como señalan las **SSTS de 25 de junio de 2001,** Ar. 8747 y 8748, el artículo 26.1 de la nueva LJCA (de 1998) declara expresamente admisible la impugnación directa de disposiciones de carácter general, eliminando –en el caso de que sea una corporación la que interpone el recurso– todo rastro de restricción que pudiera vincularse a su ámbito territorial de actuación. Esto resulta plenamente conforme con lo dispuesto en el artículo 7.3 LOPJ, el cual reconoce la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos, siempre que resulten afectados –o alternativamente, tengan reconocida legalmente la representación–, para la defensa y promoción de los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos. En el mismo sentido, la nueva LJCA (de 1998) dispone, en su artículo 19.1.b) que "están legitimados ante el orden jurisdiccional Contencioso-administrativo (...) Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el artículo 18 que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos". Se trata, en suma, de una concreción de la regla general con arreglo a la cual la tutela judicial se otorga a todas las personas para la defensa de los derechos e intereses legítimos [artículo 24 de la Constitución y 19.1.a) LJCA].

En relación con la impugnación de preceptos reglamentarios que contemplan la función y deber de los Registradores de la Propiedad de informar y asesorar jurídicamente en relación con la situación registral de una finca o derecho, la **STS de 2 de junio de 2001,** Ar. 7977, ha considerado que las Corporaciones profesionales se encuentarn en una situación objetiva muy distinta a la de cualquier ciudadano que defiende la legalidad, y que la profesión de abogado genera un interés en la pretensión impugnatoria que lo diferencia del común característico de la acción popular.

b) La impugnación de acuerdos de las entidades locales se articula a través de un triple cauce legitimador

La **STS de 9 de julio de 2001,** Ar. 8755, nos recuerda que la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local diseña, en el Capítulo III del Título V, un régimen de impugnación por las Comunidades Autónomas de actos y acuerdos de las Entidades Locales, que conduce a la existencia de un triple cauce legitimador:

Primero, los actos y acuerdos que incurran en infracción del ordenamiento jurídico podrán ser impugnados por los sujetos legitimados en el régimen general. Entre los sujetos legitimados habrán de incluirse las Administraciones estatal o autonómica que invoquen un interés legítimo que trascienda del mero interés en la legalidad, en el sentido de que la declaración pretendida del órgano jurisdiccional suponga para ellas un beneficio o utilidad en el más amplio sentido del término, aunque sólo sea instrumental o indirecto [artículo 63.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, en relación con el artículo 19.1.a) LJCA].

Segundo, los actos y acuerdos que, asimismo, incurran en infracción del ordenamiento jurídico podrán ser impugnados por las Administraciones autonómicas "en el ámbito de sus respectivas competencias" optando por una de estas dos vías: la primera, mediante requerimiento motivado, con cita de la normativa que se considere infringida, que deberá formularse dentro del plazo de quince días desde la recepción del acto o acuerdo de la Entidad Local, con la finalidad de que ésta proceda a su anulación dentro del plazo que se señale; y, la segunda, mediante impugnación directa ante la jurisdicción contencioso-administrativa del acuerdo de que se trate (artículo 65 de la Ley de Bases del Régimen Local y los artículos 214 y 215 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales de 28 de noviembre de 1986).

Y tercero, los actos y acuerdos en que la infracción del ordenamiento jurídico consista, específicamente, en menoscabo e interferencia en las competencias de las Comunidades Autónomas o en extralimitación respecto de las correspondientes a la propia Entidad Local (en este caso no se exige, al menos expresamente, vinculación con las competencias autonómicas) podrán ser impugnados directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa sin necesidad de previo requerimiento (artículos 66 de la Ley y 216 del Reglamento). La vigente Ley Jurisdiccional –art. 19.1.d)– engloba los dos últimos casos en un solo supuesto legitimador, remitiéndose a lo dispuesto en la legislación de régimen local al reconocer legitimación a las Comunidades Autónomas para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía.

D) Objeto

a) El procedimiento de protección de derechos fundamentales cabe contra actos de trámite

La **STS de 20 de septiembre de 2001,** Ar. 8184, considera correcta la doctrina jurisprudencial que declara que el recurso de protección jurisdiccional de los derechos funda-

mentales cabe contra los actos de trámite, cuando éstos por sí mismos vulneran aquellos derechos, con independencia de la lesión que pudiera derivarse del acto que finalice el procedimiento.

b) Es admisible el recurso contencioso-administrativo contra una disposición de carácter general reproducción de otra anterior

Aunque pudiera opinarse que si se permitiera la impugnación sucesiva de las normas, cuantas veces fueran reiteradas en disposiciones posteriores, quebraría el principio de certeza del Derecho y la misma seguridad jurídica que predica el artículo 9.3 CE, viniendo a producirse un sentimiento de desconfianza en la permanencia de las normas, nocivo y carente de justificación, la **STS de 23 de marzo de 2001,** Ar. 6701, considera que lo cierto es que tal impugnación no está prohibida por la Ley y que la postura favorable a la admisibilidad de la pretensión está apoyada por el principio del *favor actionis*, lo que es tanto como decir, por el propio artículo 24 CE. Respalda esta interpretación la STC 121/1997, de 1 de julio, según la cual no es elemento impeditivo de la acción de amparo el hecho de que el precepto impugnado sea reproducción o remita expresamente a lo dispuesto en una norma con valor de Ley. En consecuencia, si la norma anterior ya había sido enjuiciada, la fundamentación de la decisión con respecto a la posterior se hará por simple remisión a la sentencia que enjuició la primera; y si la anterior no había sido recurrida, el enjuiciamiento es libre.

E) Procedimiento

a) La extemporaneidad en la presentación en la demanda es un supuesto de caducidad, no de inadmisibilidad

Según reiterada jurisprudencia, recordada por la **STS de 29 de septiembre de 2001,** Ar. 7952, la extemporaneidad en la presentación de la demanda no constituye propiamente un supuesto de inadmisibilidad del recurso, sino de caducidad, lo que constituye una hipótesis de terminación anormal del proceso, diferente de la causa prevista en el artículo 82.f) LJCA (de 1956), que sería la causa más próxima, al referirse a escrito inicial del recurso contencioso-administrativo y no a la demanda, cuyo tratamiento procesal no excluye que se aprecie en la sentencia si no se constata en el preciso momento en que el plazo de formalización ha transcurrido, plazo de veinte días que es improrrogable e insusceptible de posible rehabilitación, no siendo aplicable lo dispuesto en el artículo 121.1 de la propia Ley Jurisdiccional, ya que lo afectado por la caducidad no es un trámite, sino el propio recurso contencioso-administrativo, que sólo por la formalización en el plazo referido tiene real y legal existencia. La declaración de caducidad, en el supuesto legal establecido para ella, reviste el carácter de orden público, lo que obliga a que *ope legis,* aún con retraso respecto del momento en que debió ser apreciada, haya de ser pronunciada, como actividad de mera constatación por el órgano judicial.

b) El procedimiento especial de Protección de los Derechos Fundamentales de la Persona puede simultanearse con el ordinario, pero no interponerse sucesivamente

La **STS de 11 de octubre de 2001,** Ar. 8798, nos recuerda la jurisprudencia constitucional que señalado que la garantía contencioso-administrativa que configura la Ley 62/1978, pone a disposición de los particulares un proceso caracterizado por su preferencia y sumariedad en el que lo determinante es la vulneración de derechos fundamentales a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución, de forma que cualquier otra cuestión relativa a la legalidad del acto, debe sustanciarse a través del recurso ordinario e incluso puede seguirse simultáneamente al proceso especial el proceso ordinario, de conformidad con la sentencia constitucional 24/1984, de 20 de febrero, pero lo que el ordenamiento procesal vigente no contempla ni impone el artículo 24.1 CE es la facultad de utilizar sucesivamente una y otra vía de recurso, de manera que pueda formularse el ordinario, desestimado el especial, con independencia del transcurso de los plazos legales de caducidad de la acción, puesto que la admisión del recurso preferente y sumario y su tramitación no suspende el cómputo del plazo ni produce reserva de derecho al ejercicio de la acción por vía ordinaria, de forma que si desestimada la demanda deducida en el proceso especial han caducado ya los plazos para seguir la vía del proceso ordinario, la eventual ausencia de tutela no es imputable a la sentencia desestimatoria, sino directamente a la opción libremente adoptada por el recurrente.

c) La infracción del derecho fundamental debe definirse en el escrito de interposición del procedimiento especial de Protección de Derechos Fundamentales de la Persona

En relación con los requisitos formales que han de ser cumplidos para que pueda ser utilizado el procedimiento especial de la Ley 62/1978, y a los poderes de que dispone el correspondiente órgano jurisdiccional para decidir si la elección de tal procedimiento especial se ha realizado o no de manera correcta, y para evitar *ab initio* una indebida o fraudulenta utilización de dicho instrumento procesal, la **STS de 5 de junio de 2001,** Ar. 7429, ha reiterado la doctrina que establece la necesidad de que, ya en el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo, y a los efectos de una primera constatación de la viabilidad del cauce procesal especial utilizado, se definan los elementos que permitan comprobar que la pretensión procesal es ejercitada en relación a actos que se considera infringen el derecho fundamental cuya tutela se postula a través del proceso.

d) La presentación de escritos en las oficinas de Correos no tiene eficacia hasta su entrada en el órgano jurisdiccional

Como ha precisado la **STS de 12 de noviembre de 2001,** Ar. 8829, resulta hoy incuestionable que la presentación de solicitudes y escritos por medio de las Oficinas de Correos, a tenor del artículo 205 del Reglamento de los Servicios de Correos, carecen de eficacia cuando se dirigen a los Tribunales de Justicia, que no son órganos de la Administración Pública, puesto que el que haya de comparecer en juicio deberá verificarlo ante el Juez o Tribunal competente según una reiterada doctrina jurisprudencial.

e) La suspensión del recurso contencioso-administrativo por cuestión prejudicial penal requiere la iniciación de un procedimiento penal o indicios delictivos

Según la **STS de 2 de octubre de 2001,** Ar. 9033, la lectura de lo establecido en los artículos 10.4 LOPJ y 4 LJCA (de 1998) no permite interpretar que el mero planteamiento de una cuestión prejudicial penal, por uno de los litigantes, imponga al tribunal contencioso-administrativo la necesaria suspensión de oficio del proceso contencioso-administrativo, y aunque no conste la iniciación de un proceso penal. A falta de esa iniciación, la suspensión de oficio requeriría, en su caso, para resultar justificada o procedente, que el tribunal contencioso-administrativo apreciara indicios serios sobre hechos posiblemente delictivos, y, además, de influencia decisiva sobre la cuestión principal debatida en el proceso contencioso-administrativo.

f) El planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad es prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano jurisdiccional

Rechazar el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad no constituye una contravención del derecho vigente ni de la jurisprudencia, pues según la doctrina jurisprudencial reiterada y constante, recordada por la **STS de 11 de octubre de 2001,** Ar. 9147, plantear o no la cuestión de inconstitucionalidad es una potestad del Tribunal y no propiamente hablando un deber en derecho al que se encuentre obligado. Suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa exclusiva e irrevisable del órgano judicial, el cual por el mero hecho de no plantearla y de aplicar la ley que, en contra de la opinión del justiciable no estima inconstitucional, no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno de éste. El órgano judicial sometido a la Ley y a la Constitución, en el momento de la aplicación de una norma cuya constitucionalidad se cuestiona puede y debe realizar un examen previo de inconstitucionalidad que, sin embargo, no tiene por qué ser explícito. Sólo en el caso de que ese examen le lleve a un resultado negativo, y para poder dejar de aplicar el precepto legal al caso controvertido, ha de suscitar la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad.

g) La regla elección de fuero contenida en el artículo 14.1 LJCA (de 1998) opera sólo dentro de una misma Comunidad Autónoma

El fuero electivo reconocido en la regla segunda del artículo 14.1 LJCA (de 1998), plantea el problema del posible enjuiciamiento de un acto emanado de una administración pública, no estatal, por un órgano jurisdiccional cuya circunscripción y competencia territorial quede fuera del ámbito territorial donde aquélla ejerce sus competencias, por hacerse uso por parte del recurrente del fuero electivo recogido en la regla antes transcrita.

Las **SSTS de 30 de octubre de 2001,** Ar. 9090, 9091 y 9092, matizan que, en casos en que la decisión administrativa impugnada se adoptó por Órganos de una Comunidad Autónoma aplicando normas de derecho estatal y autonómico, la opción del fuero elec-

tivo que el referido precepto reconoce al demandante en relación con los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo competentes, –y ello aunque en la demanda se invoquen sólo normas estatales –sólo opera en el ámbito de cada Comunidad Autónoma. Es decir, se trata de un fuero electivo que tiene su aplicación dentro del ámbito territorial de competencia de un solo Tribunal Superior de Justicia.

Pues bien, esta jurisprudencia surgida a propósito de la competencia territorial de los Juzgados es aplicable, según las sentencias comentadas, por identidad de razón, cuando se trata de discernir la Sala de lo Contencioso-Administrativo territorialmente competente para conocer de un recurso interpuesto contra un acto sancionador que emana de la Administración de una Comunidad Autónoma y el recurrente tiene su domicilio fuera de la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia correspondiente a aquélla, en cuyo caso tampoco el *forum domicilii* del demandante puede desplazar, haciendo uso de la opción prevista en la regla segunda del artículo 14, el fuero general establecido en su regla primera.

F) El error judicial sólo comprende el error craso, evidente e injustificado

La **STS de 9 de octubre de 2001,** Ar. 8939, nos recuerda la jurisprudencia que establece que sólo un error craso, evidente e injustificado puede dar lugar a la declaración de error judicial, pues este procedimiento no es, en modo alguno, una nueva instancia en la que el recurrente pueda insistir, ante otro Tribunal, una vez más, en el criterio y posición que ya le fue desestimado y rechazado anteriormente; el error judicial, considerado en el artículo 293 LOPJ como consecuencia del mandato contenido en al artículo 121 CE, no se configura como una tercera instancia ni como un claudicante recurso de casación, por lo que sólo cabe su apreciación cuando el correspondiente Tribunal de Justicia haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, no pudiendo ampararse en el mismo el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas o irracionales; el error judicial es la equivocación manifiesta y palmaria en la fijación de los hechos o en la interpretación o aplicación de la Ley; es el que deriva de la aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido y ha de dimanar de una resolución injusta o equivocada, viciada de un error craso, patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas, que rompan la armonía del orden jurídico; por el contrario, no existe error judicial cuando el Tribunal mantiene un criterio racional y explicable dentro de las normas de la hermenéutica jurídica, ni cuando se trate de interpretaciones de la norma que, acertada o equivocadamente, obedezcan a un proceso lógico; es decir, no toda posible equivocación es susceptible de calificarse como error judicial, sino que esta calificación ha de reservarse a supuestos especiales cualificados en los que se advierta una desatención del juzgador, por contradecir lo evidente o por incurrir en una aplicación del derecho fundada en normas inexistentes, pues el error judicial ha de ser, en definitiva, patente, indubitado e incontestable e, incluso, flagrante; y no es el desacierto lo que trata de corregir la declaración de error judicial, sino la desatención, la desidia o la falta de interés jurídico, conceptos introductores de un factor de desorden, originador del deber, a cargo del Estado, de indemnizar los daños causados directamente, sin necesidad de declarar la culpabilidad del juzgador.

G) Costas

a) La Sala tiene libertad para determinar las costas, a pesar del carácter orientador de las normas del Colegio de Abogados

La **STS de 31 de mayo de 2001,** Ar. 8878, ha recordado que las normas orientadoras de los Colegios Profesionales en ningún caso implican un automatismo matemático que convierta en pura fórmula la fijación del importe de la minuta, sino la ponderación de diversos factores: trabajo profesional realizado, mayor o menor complejidad en relación con el interés y cuantía económica del asunto.

b) No se exige fundamentación cuantitativa por cada concepto

La **STS de 1 de junio de 2001,** Ar. 8879, recuerda que la Ley de Enjuiciamiento Civil no exige su fundamentación cuantitativa en norma alguna, ni que aparezca referida a la cuantía del pleito, sino simplemente que expresen detalladamente las partidas que las integran en relación con los honorarios devengados en el pleito de que se trate.

c) La repercusión del IVA es una cuestión ajena a la tasación de costas

La **STS de 10 de abril de 2001,** Ar. 6616, reitera la doctrina que establece que la tasación de costas alcanza exclusivamente a los honorarios del Letrado y derechos y suplidos de los procuradores, siendo ajena a la misma toda cuestión relativa a la procedencia o no de la repercusión del Impuesto sobre el Valor Añadido o de la retención del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tributos que son consecuencia de la previa y definitiva tasación de costas. Por ello, cualquier controversia que se suscite sobre repercusión o retención de tributos debe sustanciarse y resolverse siguiendo los procedimientos establecidos y regulados al efecto en los artículos 117 y 118 del Reglamento de Procedimiento en las Reclamaciones Económico-Administrativas, aprobado por Real Decreto 391/1996, de 1 de marzo. Ahora bien, todo esto no quiere decir, ni dice, que los letrados y procuradores minutantes no vengan obligados, por imperativo del artículo 88 de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido y 26 de su Reglamento, a repercutir en su minuta, separadamente de las cantidades reclamadas en concepto de honorarios y derechos, el IVA correspondiente.

H) Ejecución de sentencias: es posible la ejecución de sentencias que no han adquirido firmeza

El artículo 91 LJCA (de 1998) se inserta en un proceso de evolución legislativa en materia de ejecución provisional de sentencias no firmes. Se inicia en La Ley 61/1978, de 26 de diciembre y en la reforma del artículo 385 de la LEC efectuada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, y culmina, en el orden civil, en el nuevo artículo 526 de la Ley 1/2000, de 7 de enero. La Exposición de Motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil señala la regulación de la ejecución provisional como una de las principales innovaciones del texto legal, en cuanto representa –dice– una decidida opción por la Administración de Justicia.

El proceso evolutivo a que nos referimos se inspira en la conveniencia de evitar que los recursos sean utilizados al margen de su finalidad objetiva de medios de impugnación para convertirse en una táctica dilatoria que aprovecha los retrasos que provoca todo proceso. La ejecución provisional supone la existencia de una sentencia que representa, aunque no sea firme, que ha existido ya un control jurisdiccional pleno del acto impugnado: dicho control permite en aras de la tutela judicial efectiva de los justiciables examinar la conveniencia de ejecutar provisionalmente, al menos en casos determinados y con las debidas garantías, el fallo judicial no definitivo.

La evolución indicada ha llegado a disociar, como pone de relieve la **STS de 12 de noviembre de 2001,** Ar. 8961, las nociones de firmeza y de ejecutabilidad de las sentencias. Se trata ahora de conceptos independientes, y cada uno de ellos actúa en su esfera propia. El ordenamiento procesal permite hoy como regla general la ejecución de resoluciones judiciales que no han adquirido firmeza; es decir, de resoluciones que, siendo susceptibles de recurso, han sido efectivamente recurridas. Además, ante una sentencia recurrida en la vía limitada y extraordinaria que representa la casación contencioso-administrativa, se acentúan las posibilidades de ejecución provisional.

I) Suspensión

a) Procede la suspensión de los actos tributarios siempre que se preste la fianza correspondiente

El artículo 124 LJCA (de 1956) establecía que el Tribunal que acuerde la suspensión exigirá –fórmula imperativa– siempre que pudiera resultar daño o perjuicio a los intereses públicos o de terceros, caución suficiente para responder. Y teniendo en cuenta que el derecho a la suspensión de la ejecución (tutela cautelar) en cuanto integrante del derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal que por ello mismo únicamente puede ser disfrutado en los términos previstos por la Ley, la **STS de 20 de septiembre de 2001,** Ar. 8266, afirma la recta doctrina de la suspensión de los actos tributarios siempre que se preste fianza correspondiente.

b) La sentencia recaída en el asunto principal deja sin objeto la medida cautelar

Ha declarado reiterada jurisprudencia, oportunamente reiterada, entre otras, por las **SSTS de 18, 22 y 25 de mayo de 2001,** Ar. 7457, 7458 y 7459, que procede el archivo de actuaciones, por falta de objeto, cuando ha recaído sentencia, pues al hallarse supeditada la medida cautelar de suspensión a la efectividad de la sentencia cuyos efectos trataba de garantizar, la ejecutividad de dicha sentencia afectaba, dejándola sin efecto, a la medida cautelar sometida al recurso.

c) La doctrina de la apariencia de buen derecho tiene un alcance restrictivo

Es doctrina recordada por los **AATS de 24 de enero y 8 de mayo de 2001,** Ar. 6165 y 6166, que la apariencia de buen derecho, sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión,

siempre que concurra la existencia de daños o perjuicios acreditados por quien solicita la suspensión, y exige su prudente aplicación, lo que significa que sólo quepa considerar su alegación como determinante de la procedencia de la suspensión cuando el acto haya recaído en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general que haya sido previamente declarada nula o cuando se impugna un acto o una disposición idénticos a otros que ya fueron jurisdiccionalmente anulados, por cuanto que cuando se postula la nulidad en virtud de causas que han de ser por primera vez objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo, con infracción del artículo 24 de la Constitución, al no ser el incidente de suspensión el cauce procesal idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Sujetos: representación y defensa: los funcionarios públicos deben comparecer ante el Tribunal Supremo mediante procurador y asistidos de abogado

El **ATS de 16 de julio de 2001,** Ar. 788, ha reiterado que el apartado 2 del artículo 23 LJCA (de 1998) hace extensiva a todos los órganos colegiados de esta jurisdicción la regla que en la derogada Ley de 1956 (versión de 1992) –representación por medio de Procurador y asistencia de Abogado– sólo se exigía para actuar ante el Tribunal Supremo, concretamente, en el recurso de casación. Ninguna modificación, pues, se ha producido en orden a la capacidad de postulación porque en el artículo 90.1 de la nueva Ley no se haga mención expresa a la comparecencia de las partes mediante Procurador, a diferencia de lo que decía el articulo 97.1 de la Ley anterior, porque esa exigencia, y la consiguiente asistencia de Abogado, viene ahora establecida con carácter general en el artículo 23.2 de la vigente Ley (*en sus actuaciones ante órganos colegiados, las partes deberán conferir su representación a un Procurador y ser asistidas por Abogado*).

Es cierto que, como excepción a las reglas generales en materia de postulación de los apartados 1 y 2 del artículo 23, el apartado 3 del mismo habilita a los funcionarios públicos para comparecer por sí mismos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se trate de cuestiones de personal que no impliquen separación de empleados públicos inamovibles, pero esta norma singular no es aplicable al recurso de casación. La *ratio* de esta excepción, que no difiere esencialmente de la que introdujo el artículo 33.3 de la Ley de 1956, 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, a la que ya se refería la exposición de motivos de la citada Ley, 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 ocurre 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.

B) Objeto

a) Sólo son recurribles las sentencias dictadas en única instancia

El **ATS de 16 de julio de 2001,** Ar. 7879, señala de nuevo que las sentencias dictadas en un recurso de apelación no son susceptibles de recurso de casación, y que sólo son susceptibles de este recurso las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia Nacional. Limitación igualmente aplicable en el supuesto del artículo 86.3 de la LRJCA, que únicamente configura una contraexcepción a las excepciones relacionadas en el artículo 86.2 de la LRJCA.

b) No cabe el recurso de casación contra el auto que deniega la solicitud de nulidad de actuaciones

El **ATS de 22 de junio de 2001,** Ar. 8330, declara que no es susceptible de casación la resolución que deniega la solicitud de nulidad de actuaciones, pues no se halla citada entre los autos prevenidos en el artículo 87.1 de la vigente Ley Jurisdiccional. Evidentemente el supuesto no está contemplado en el citado artículo 87 –tampoco en el anterior artículo 94–, en el que se limita el recurso de casación contra autos a sólo cuatro clases de éstos –los que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo o hagan imposible su continuación, los que pongan término a la pieza separada de suspensión y los recaídos en ejecución de sentencia– en ninguno de los cuales cabe subsumir el auto que declara no haber lugar a la nulidad de actuaciones pretendida. Finalmente, no cabe compartir, según el Auto comentado, que la resolución recurrida haga imposible la continuación del procedimiento.

C) Procedimiento

a) El escrito de preparación debe contener una sucinta exposición de los requisitos mínimos del recurso

Según la **STS de 14 de julio de 2001,** Ar. 8914, el artículo 96.1 de la LJCA (de 1956) establece que el recurso de casación se preparará ante el órgano jurisdiccional mediante escrito en el que deberá manifestarse la intención de interponer el recurso, con sucinta exposición de la concurrencia de los requisitos exigidos. Resulta por ello que no basta el vencimiento para abrir la entrada al recurso de casación porque, a diferencia de la apelación, es el de casación un recurso extraordinario de causas taxativamente enumeradas,

recayendo sobre quien lo intenta la carga procesal, de necesario cumplimiento para ver satisfecho su interés, de justificar ante el órgano jurisdiccional *a quo*, mediante el escrito de preparación del recurso, su voluntad de hacerlo; que el mismo se presenta dentro del plazo señalado en la ley, justificándolo en los casos dudosos; que la persona que lo prepara está legitimada y que la sentencia o resolución dictada es susceptible de recurso de casación (artículos 93 y 94 LJCA de 1956).

Es claro que no corresponde al órgano jurisdiccional ante el que el escrito se presenta suplir de oficio –en perjuicio de la parte frente a quien se impugna la sentencia– las omisiones en que pueda incurrir el escrito de preparación con la consecuencia –clara y taxativamente establecida en la Ley– de que si el referido escrito no cumple los requisitos señalados, el Tribunal *a quo* dictará auto motivado denegatorio de la preparación del recurso (artículo 97.1 LJCA de 1956) debiendo también la Sala *ad quem* efectuar un nuevo control del trámite de preparación y dictar auto de inadmisión cuando, a pesar de haber tenido el Tribunal *a quo* por preparado el recurso, se estime que no se han observado las previsiones que sobre la preparación establecen los citados artículos 96 y 97 [artículo 100.2. a) LJCA de 1956], lo que –en caso de apreciarse en el trámite de dictar sentencia– llevará a un fallo desestimatorio.

b) El escrito de interposición debe contener el motivo en que se basa el recurso

La Jurisprudencia viene sosteniendo que el carácter extraordinario del recurso de casación impone al recurrente el cumplimiento riguroso de determinados requisitos, cuya falta determina su inadmisión. Ha sido especialmente exigente, en cuanto al deber de fijar el motivo en que haya de fundarse el recurso, con expresión del apartado correspondiente del artículo 88 LJCA (de 1998) que lo ampare; e, igualmente, si se articula el del apartado d), cuál es la norma jurídica o jurisprudencia que se considera infringida o inaplicada por la sentencia. La inobservancia de esta exigencia producirá, como señala la **STS de 24 de septiembre de 2001,** Ar. 7197, la inadmisión del recurso. Este rigor formal no puede ser atemperado por el principio *pro actione*, que no tiene en casación la intensidad que se le da para el acceso a la vía jurisdiccional. A lo que ha de añadirse que tal conclusión no se hubiera visto impedida por el hecho de que en el escrito de preparación se invocase el artículo 88 LJCA, pues se trata de cargas procesales que son exigibles en trámites procesales diferentes, debiendo ser cumplidas ambas, no pudiendo entenderse subsanados los defectos del escrito de interposición a la vista del contenido del escrito de preparación.

c) Hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil no se requiere la previa interposición de recurso de súplica en la casación contra autos

La redacción primitiva del artículo 87.3 de la LJCA (de 1998) exigía el previo recurso de súplica "en los casos previstos en el apartado anterior" es decir, en los casos de autos de los artículos 110 y 111, y no en los casos de autos de suspensión. Fuera ello o no un descuido del legislador como consecuencia de algún cambio topográfico de los apartados

del artículo 87, es lo cierto, como señala la **STS de 17 de octubre de 2001,** Ar. 8383, que antes de la entrada en vigor de la nueva LEC la letra de la Ley no exigía previo recurso de súplica para recurrir en casación los autos de suspensión. Buena prueba de ello es que, más tarde, la nueva LEC, que entró en vigor el 8 de enero de 2001, vino en su Disposición Final Decimocuarta a reformar el apartado 3 del artículo 87 para referir la exigencia no sólo al apartado anterior sino a los "apartados anteriores" (en plural), con lo que la exigencia incluye ya a todos los autos referidos en el precepto, incluidos los autos de suspensión.

d) La satisfacción extraprocesal termina el recurso de casación

Así como la satisfacción extraprocesal, causa de terminación anormal del proceso, se ha reconocido desde siempre respecto del recurso contencioso-administrativo (artículo 90 LJCA de 1956), y se admitió también, sin vacilaciones, respecto del recurso de apelación, es lo cierto que en la regulación del nuevo recurso de casación, llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, no se incluyó expresamente la satisfacción extraprocesal, pues sólo se refiere a que el recurso se declarará desierto por falta de presentación del escrito de interposición (art. 92.2 de la Ley Jurisdiccional), y si se acude a la Ley de Enjuiciamiento Civil, como supletoria, no menciona tampoco expresamente la satisfacción extraprocesal como causa de terminación anormal del recurso de casación, pues sólo se refiere a la posibilidad que tiene el recurrente de separarse del recurso (artículos 1726 y 1727 LECiv).

No obstante lo anterior, para el **ATS de 9 de febrero de 2001,** Ar. 6695, es indiscutible que si la Administración satisface íntegramente, al margen y con independencia del proceso, en este caso del recurso de casación, pendiente de resolución, las pretensiones formuladas en la instancia por el recurrente, el recurso de casación pierde su causa y se convierte en algo írrito, es decir, sin sustancia y sin objeto, por ello la lógica procesal lleva a la conclusión de que debe darse por terminado el procedimiento del recurso de casación, dictando a tal efecto el correspondiente Auto.

D) Inadmisión

a) El Derecho autonómico no pierde su carácter porque coincida con el estatal

El ejercicio por una Comunidad Autónoma de sus potestades legislativas en materias sobre las que le han sido transferidas las correspondientes competencias determina que el derecho resultante haya de imputarse a esa Comunidad, sin que pierda esa naturaleza de Derecho autonómico porque el contenido material de algún precepto coincida con el derecho estatal. Por lo tanto, como señala la **STS de 26 de julio de 2001,** Ar. 6409, no cabe articular motivo alguno de casación contra la interpretación que de ese derecho haya efectuado el Tribunal de instancia, en virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA (de 1956), tanto cuando el acto impugnado precede de una Comunidad Autónoma como de un Ayuntamiento.

b) Es inadmisible el recurso relativo a acuerdo sobre incremento de retribuciones de personal

La **STS de 19 de junio de 2001,** Ar. 8902, ha señalado que el acuerdo sobre incremento de retribuciones de personal municipal reviste el carácter de una cuestión de personal, que afecta a la relación jurídica administrativa-estatutaria entre la Administración municipal y su personal, pues se refiere a los derechos económicos, lo que implica, conforme a reiterada jurisprudencia que estamos ante una cuestión de personal no susceptible de acceso a la vía casacional.

c) Son inadmisibles los recursos de casación contra las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia dictadas en primera instancia en materias competencia de los Juzgados

El **ATS de 18 de junio de 2001,** Ar. 8328, vuelve a incidir sobre el tratamiento que, a efectos impugnatorios, debe darse a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la LJCA (de 1998) en los procesos pendientes antes de esa fecha cuya competencia corresponda, conforme a la misma, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y que la Disposición Transitoria Primera, apartado 1, preceptúa continuarán tramitándose ante dichas Salas hasta su conclusión, como ha ocurrido en este caso. Pues bien, a esas sentencias, es doctrina consolidada de esta Sala (Autos de 16 de junio, 30 de octubre, 13 de noviembre, 4 y 18 de diciembre de 2000, entre otros) que se les debe aplicar la Disposición Transitoria Primera, apartado 2, último inciso, de la mencionada Ley, lo que significa que el régimen de recursos es el establecido en ella para las sentencias dictadas en segunda instancia, contra las que no cabe recurso de casación, pues éste sólo procede –artículo 86.1– contra las recaídas en única instancia.

Es cierto que el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera, que contempla los "procesos pendientes" ante las expresadas Salas, guarda silencio al respecto, pero no lo es menos que el inciso final del apartado 2 de la misma transitoria, es decir, la regla que equipara el régimen de impugnación de las sentencias de dichas Salas a las dictadas en segunda instancia, cuando se trata de procesos que, conforme a la Ley 29/1998, se hayan atribuido a los Juzgados, está redactada en plural, "en estos casos" –dice–, expresión que permite entender comprende tanto los casos del apartado 2 como los del apartado 1.

Otra interpretación vaciaría prácticamente de contenido el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera –téngase en cuenta que la puesta en funcionamiento de los Juzgados tuvo lugar al día siguiente de la entrada en vigor de la Ley 29/1998– y además sería difícilmente conciliable con la "plena aplicación" del nuevo régimen de la casación a las resoluciones dictadas con posterioridad a su entrada en vigor –Disposición Transitoria Tercera–, plena aplicación que comporta que sólo puedan ser susceptibles de casación las sentencias que hubieran podido ser dictadas en única instancia con arreglo a la vigente Ley de esta Jurisdicción.

d) Cuantía: se determina por la cuota tributaria, no por la base imponible

Es doctrina reiterada, oportunamente recordada por la **STS de 11 de julio de 2001,** Ar. 8367, que el valor de la pretensión no puede venir determinado por el nuevo valor catastral, que es la base imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, sino por la cuota tributaria, pues ésta es la que representa el verdadero valor de la pretensión.

e) La falta de preparación del recurso de casación no es subsanable en interposición

La **STS de 29 de octubre de 2001,** Ar. 8468, nos recuerda que el Tribunal Constitucional ha declarado, de un lado, que la carga procesal exigible a quien prepara el recurso de casación no se libera citando apodícticamente las normas estatales o comunitarias 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.

f) El análisis de conceptos jurídicos indeterminados no supone una valoración de la prueba

La **STS de 9 de julio de 2001,** Ar. 8005, ha señalado que al analizar el significado de los conceptos jurídicos indeterminados que emplean los códigos deontológicos es inevitable la referencia a hechos, pero que con ello no se está planteando un problema de valoración de la prueba, sino que se trata de un supuesto de interpretación aplicativa y no meramente teórica de la norma, en la que la conexión entre ésta y el presupuesto de hecho determinante de su aplicación, no sólo es necesario, sino también deseable, es decir, no se trata de hacer construcciones jurídicas de tipo abstracto con validez atemporal, sino de descender del plano de la categoría al de la anécdota.

g) Personal

a') La convocatoria de pruebas de acceso a la función pública abre el acceso a la casación

El artículo 86.2.a) LJCA (de 1998) 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 funcionarios de carrera. Por tanto, se encuentran recogidas expresamente como excepción a la regla de inadmisibilidad del recurso de casación, las cuestiones que afecten al nacimiento de la relación de servicio de funcionarios de carrera, comprendiendo en la misma todos los casos en que está en juego el nacimiento del vínculo funcionarial, como ocurre cuando se trata de pruebas selectivas para el acceso a la función pública, incluyendo aquellos supuestos en los que aun cuando no estén exclusivamente referidos al acto del nombramiento, tengan sustantividad procedimental conducentes a dicho objetivo. En palabras del **ATS de 23 de abril de 2001,** Ar. 8317, las convocatorias son el acto inicial, constitutivo, de la relación de empleo al servicio de la Administración, está en juego el inicio del procedimiento que culmina con el nacimiento o constitución de la relación de servicio de los funcionarios de carrera, lo que determina la posibilidad de recurrir en casación.

b') El crédito horario de los representantes sindicales excede de la cuestión de personal

El **ATS de 23 de abril de 2001,** Ar. 8318, ha señalado que el conflicto relativo al denominado "crédito horario" que la ley reconoce, cumplidas ciertas condiciones, a los representantes sindicales, no constituye una cuestión de personal –éste es un aspecto lateral del conflicto– sino una cuestión que atañe a la libertad sindical, lo que permite concluir la admisión del recurso de casación –*ex* artículos 86.2.a) y 87.1.a) LJCA–.

c') Es inadmisible el recurso de casación en materia de cese de interinos

El problema de si las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, referidas al cese de funcionarios interinos, son o no susceptibles de recurso de casación, conforme a lo prevenido en el artículo 93.2.a) LJCA (de 1956), ha sido resuelta por la jurisprudencia, reiterada por la **STS de 23 de julio de 2001,** Ar. 6688, que, apartándose del criterio seguido en decisiones precedentes, expresó la doctrina de que las sentencias en las que la cuestión de personal que se debate concierne al cese de funcionarios interinos no pueden ser impugnadas en casación.

El citado artículo 93.2.a) de la Ley Jurisdiccional exceptúa del recurso de casación las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública, salvo que, estrictamente, afecten a la extinción de la relación de servicio de los que ya tuvieren la condición de funcionarios públicos. La jurisprudencia vino extendiendo a toda clase de funcionarios, sean de carrera o de empleo, como son los interinos, el acceso a la casación en los términos del citado artículo 93.2.a). Sin embargo, la doctrina más moderna ha puesto de manifiesto la improcedencia de continuar verificando una interpretación literalista del artículo 93.2.a), interpretación que pugna con la voluntad del legislador de restringir el acceso al recurso de casación de las cuestiones de personal, explicitada con la utilización del término "estrictamente" con referencia a los supuestos de extinción de la relación de servicio de quienes tuvieren la condición de funcionarios públicos, y no guarda coherencia con el texto legal anterior a la reforma introducida por la Ley 10/1992, que se refería, como excepción a la inapelabilidad de las sentencias sobre cuestiones de personal, a los casos de separación de funcionarios públicos inamovibles, ni con el texto de la nueva LJCA (de 1998), que refiere específicamente a los funcionarios de carrera la excepción a la exclusión de la casación, por lo que, como declara esta nueva doctrina jurisprudencial, no parece que pueda dejarse subsistente en el ínterin, al amparo de aquella interpretación limitada al tenor literal del precepto, una transitoria e injustificada ampliación de los supuestos susceptibles de recurso de casación, que es contraria a la línea general de la reforma efectuada por la Ley 29/1998. En consecuencia, declara la sentencia comentada que la Ley de la Jurisdicción de 1956, en su artículo 93.2.a) se está refiriendo a quienes ya tuvieren la condición de funcionarios públicos de carrera por lo que no son susceptibles de casación las resoluciones en materia de cese de interinos, al no serles aplicable el régimen de permanencia en la función pública propio de aquéllos.

3. RECURSO DE REVISIÓN

A) Es posible suspender cautelarmente la ejecución de la sentencia firme

Es un principio general que la interposición del recurso de revisión no implica la suspensión de la ejecución de la Sentencia que se pretende revisar, no obstante como el recurso de revisión es una demanda o pretensión rescisoria, en virtud de la cual y por concurrir ciertas causas rigurosamente tasadas, se vuelve a ver o mejor se reabre un proceso anterior cerrado y en principio intocable por razón de su firmeza, con objeto de proteger derechos subjetivos ignorados o lesionados y lograr la justicia material, frente a la verdad formal de la cosa juzgada, propia de toda sentencia firme, puede ser necesario, para la propia salvaguarda de esos derechos subjetivos, suspender la ejecución de la sentencia firme, si de dicha ejecución se derivasen efectos irreversibles, que harían inútil y sin sentido la resolución estimatoria del recurso de revisión.

En consecuencia, y como señala el **ATS de 14 de mayo de 2001,** Ar. 7086, han de ponderarse las circunstancias, habida cuenta del carácter excepcional que tiene suspender la ejecución de una sentencia firme, lo que sólo puede acordarse en el caso que se hayan alegado y acreditado mínimamente o bien la inutilidad de la rescisión pretendida si se ejecutara el fallo sometido a revisión o, al menos, la realidad de los perjuicios que podrían producirse y la imposibilidad o grave dificultad de reparación en el mismo caso.

B) Motivos: los documentos recobrados deben ser anteriores a la sentencia objeto de revisión

El recurso de revisión es extraordinario, porque, en aras de la consecución de la justicia material, permite superar el efecto de "cosa juzgada" propio de las sentencias firmes, pero tal recurso sólo es posible cuando se dan las circunstancias que taxativamente establece la Ley jurisdiccional, una de las cuales es la de recobrar documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

La jurisprudencia ha precisado con toda lógica, reiterada ahora por las **SSTS de 23 de marzo y 29 de septiembre de 2001,** Ar. 6700 y 7642, que los documentos recobrados, por definición, deben ser anteriores a la sentencia objeto de revisión, pues mal puede hablarse de un documento detenido y recobrado, si es de fecha posterior a la sentencia.

4. INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

A) Debe interponerse con carácter previo antes del recurso de amparo

El **ATS de 17 de septiembre de 2001,** Ar. 7889, subraya el carácter subsidiario del recurso de amparo que exige que se agoten los remedios procesales previstos en la normativa legal antes de acudir al Tribunal Constitucional, situándose entre tales remedios el incidente de nulidad de actuaciones del artículo 240 LOPJ.

Fernando J. Alcantarilla Hidalgo
Javier Fernández-Corredor Sánchez-Biedma

LA IMPLANTACIÓN DE LA COMARCA EN ARAGÓN

RAMÓN SALANOVA ALCALDE

Secretario General Técnico

Sumario:

I. Justificación de una organización comarcal de Aragón. II. El modelo comarcal aragonés: las Leyes de Comarcalización, de Delimitación comarcal y de Medidas de Comarcalización. III. El proceso de implantación de las comarcas. IV. La repercusión de la comarca en los otros niveles de Administración territorial.

Ha venido siendo una cuestión recurrente, al tratar de la organización del territorio, debatir sobre la conveniencia de implantar niveles intermedios entre los ya tradicionales del municipio y la provincia. Y siempre se concluye que no es fácil el intento, si no se suprime simultáneamente alguno de los niveles preexistentes, por cuanto puede suponer un incremento injustificado de la complejidad de la organización burocrática.

El tema se mantiene de actualidad, precisamente por la falta de una reforma del mapa municipal. Un mapa en el que predominan municipios muy pequeños plantea continuos problemas para la modernización del conjunto: muchos servicios necesitan un mínimo mercado de usuarios, algunos son de gran complejidad técnica; las competencias son compartidas, concurrentes o interdependientes; todo ello plantea de forma repetitiva el problema de cómo organizar mejor, de modo más eficaz y eficiente, la prestación de determinados servicios y competencias que, debiendo ser accesibles a todos, no pueden implantarse en todos los núcleos de población.

El caso de Aragón puede ser en estos momentos un campo de experiencia interesante, puesto que está en marcha la implantación de la comarca, como ente local intermedio que responde a un modelo con peculiaridades propias. Resumir sus características y dar cuenta del actual proceso de creación de comarcas es el objeto de estas líneas.

I. JUSTIFICACIÓN DE UNA ORGANIZACIÓN COMARCAL DE ARAGÓN

El Estatuto de Autonomía de Aragón, aprobado por Ley Orgánica 8/1982, de 10 de agosto, dispuso en su artículo quinto: "Aragón estructura su organización territorial en municipios y provincias. Una Ley de Cortes de Aragón podrá ordenar la constitución y regulación de las comarcas". Esa disposición permanece inalterada tras la última reforma del Estatuto por Ley Orgánica 5/1996, de 30 de diciembre,

El interés por la comarca no era nuevo en Aragón y tiene una clara vinculación con las inquietudes autonomistas. La comarca aparece en todos los documentos regionalistas que pueden considerarse precedentes de la autonomía aragonesa, así como en los trabajos de redacción del Estatuto de Autonomía[1].

Pero transcurren once años desde el Estatuto hasta que se aprueba la Ley de Comarcalización. Y cuando ésta se aprueba, aunque todavía existan algunas reticencias políticas a la creación de ese nuevo nivel, podríamos decir que se ha ido extendiendo el convencimiento de que el mapa local aragonés requiere algún tipo de actuación.

La población de Aragón es muy escasa: un total de 1.189.909 habitantes en enero de 2000[2]; con una densidad demográfica media de 24,9 habitantes/Km^2, la más baja de España (80), a excepción de Castilla-La Mancha, y muy inferior a la media de la Unión Europea (116). Pero es que, además, más de la mitad de la población aragonesa reside ya en la ciudad de Zaragoza (604.631 personas). Por otra parte, tan escasa población se organiza en un mapa municipal que cuenta con 730 municipios. De ellos, sólo veinte, incluyendo las tres capitales de provincia, tienen más de 5.000 habitantes. Y 139 municipios tienen menos de cien habitantes[3].

A pesar de esta realidad que se agrava, nadie quiere asumir plantear una reforma de la estructura municipal que la simplifique. La resistencia visceral que se intuye por parte de

(1) Proyecto de Bases para un Estatuto de la Región Aragonesa, de la Unión Regionalista Aragonesa, de 1923; Anteproyecto de Estatuto del Congreso de Caspe de 1936; Proyecto de Estatuto de "los cinco Notables" de 1936; Anteproyecto de Estatuto, a iniciativa del Colegio de Abogados de Zaragoza, de 1977. La referencia a las comarcas figuró en el proyecto de Estatuto de Autonomía en todas las fases de su elaboración a lo largo de 1981: Bases de la mesa de Partidos, Comisión mixta de Alcañiz, Asamblea mixta de Zaragoza.

(2) Según el Real Decreto 950/2001, de 3 de agosto, que declara oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas a 1 de enero de 2000 (BOE 214, de 6 de septiembre). Hay que hacer notar que, respecto del Padrón de 1996, Aragón crece en 2.363 habitantes, lo que comienza a reflejar la existencia de una inmigración creciente procedente de fuera de España.

(3) En la Comunicación del Gobierno de Aragón a las Cortes sobre política demográfica, de febrero de 2000, se señalaba que "el grado de envejecimiento de los municipios aragoneses es muy alto y pone en peligro su supervivencia a medio plazo para 8 de cada 10 de ellos, cuya situación es de agotamiento poblacional. Los fenómenos de despoblamiento unido al importante envejecimiento de la población, nos sitúa ante el hecho de que 6 de cada 10 municipios sean demográficamente muy viejos y otros 2 sean terminales. En cinco años (1991-1996), los municipios terminales se han duplicado. La tendencia es que esta grave situación demográfica se agrave, pudiendo afectar en poco tiempo a 9 de cada 10 municipios, incluso alguno más".

las poblaciones afectadas viene disuadiendo de cualquier planteamiento concreto en este sentido; y las medidas de fomento, de aceptación voluntaria, no logran incentivar ninguna fusión o agrupación de municipios[4]. La Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón, exige una población mínima de 1.000 habitantes para crear un nuevo municipio en el futuro, pero nada dice respecto de los que ya tienen un número inferior de habitantes (que son 617).

Las insuficiencias que plantea esa estructura municipal para la dotación de determinados servicios ha venido en los últimos años intentando remediarse a través del fomento del movimiento asociativo entre municipios. En ese sentido, la Comunidad Autónoma de Aragón fue pionera en algún modo al aprobar la primera ley sobre Mancomunidades de municipios –Ley 6/1987, de 15 de abril–, y aplicar posteriormente una decidida política de fomento de las mancomunidades que ha tenido su reflejo en la evolución de su número y de los municipios mancomunados. Actualmente, en Aragón existen 91 mancomunidades, que agrupan a un total de 661 municipios.

Ya entonces se tuvo en cuenta el interés de las asociaciones de municipios como instrumento de reorganización territorial, como posible antecedente de una futura organización comarcal. La exposición de motivos de la Ley 6/1987 lo expresaba así: "Las Mancomunidades de municipios, por basarse en la voluntaria asociación de sus miembros, son fórmula organizativa que puede dar cauce adecuado a la realización de esas obras y servicios, al tiempo que puede contribuir, mediante el ejercicio de la solidaridad y de la acción común, a configurar ámbitos territoriales supramunicipales más idóneos para la gestión de las competencias municipales y que supongan la base para una alternativa futura a la actual organización territorial".

Profundizando en esa dirección, se regularon después las Mancomunidades de interés comarcal, introducidas por el Decreto 64/1989, de 30 de mayo, que disponía: "Cuando la importancia de los fines mancomunados, el ámbito territorial y la capacidad de gestión de una mancomunidad así lo justifiquen, y a su solicitud, la Diputación General de Aragón podrá calificarla como de 'interés comarcal'. Dicha calificación, que exigirá en todo caso la presentación de un programa de actuación por parte de la mancomunidad, llevará consigo una especial prioridad en la asignación de subvenciones y ayudas, el favorecimiento de la formalización de convenios de actuación global con la Diputación General de Aragón en los ámbitos de competencias concurrentes y la posibilidad de solicitar la delegación del ejercicio de actividades de competencia de la Comunidad Autónoma, en los términos previstos en la legislación de régimen local". Ocho mancomunidades han merecido la declaración de interés comarcal por su ámbito territorial y generalidad de fines.

La labor de colaboración intermunicipal desarrollada a través de las mancomunidades ha sido muy importante como experiencia de trabajo en común en muchos ámbitos de la

(4) No existe ningún caso en que se haya planteado aprovechar los incentivos económicos a la agrupación o fusión de municipios que reguló el Decreto 91/1988, de 24 de mayo, del Gobierno de Aragón.

acción pública. Ahora bien, las mancomunidades, que pueden dar solución a la mejor prestación asociada de numerosos servicios, no pueden asumir por sí solas una política de organización territorial estable que abarque al conjunto del territorio y a la mayor parte de las competencias a prestar sobre ese territorio. Su propia voluntariedad y flexibilidad y su diversidad, tanto en cuanto al número y carácter de sus miembros como a la variedad de los servicios que asumen, dificulta que por sí solas puedan consolidar una organización territorial supramunicipal en el conjunto de la Comunidad Autónoma. De ahí el paso a la comarca. Por ello ahora se ha pretendido vincular el asociacionismo municipal con la institución comarcal, confiando la iniciativa de su creación a las mancomunidades de interés comarcal y previendo que la comarca suceda a una mancomunidad preexistente cuando su ámbito territorial y competencial sea coincidente.

II. EL MODELO COMARCAL ARAGONÉS: LAS LEYES DE COMARCALIZACIÓN, DE DELIMITACIÓN COMARCAL Y DE MEDIDAS DE COMARCALIZACIÓN

1. La organización territorial de Aragón se contempla actualmente en un conjunto normativo constituido fundamentalmente por cinco leyes autonómicas, que se interrelacionan y complementan:

– Ley 10/1993, de 4 de noviembre, de Comarcalización de Aragón,

– Ley 8/1996, de 2 de diciembre, de Delimitación comarcal de Aragón.

– Ley 7/1998, de 16 de julio, por la que se aprueban las Directrices generales de Ordenación territorial para Aragón.

– Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón.

– Ley 23/2001, de 26 de diciembre, de Medidas de Comarcalización.

La especificidad más relevante del modelo comarcal aragonés[5] es que, tras aprobarse por ley un mapa comarcal que sirve de referencia para el proceso de comarcalización, la creación de cada comarca concreta precisa de la iniciativa de los municipios o de las mancomunidades interesadas (con un *quorum* muy cualificado), y la posterior aprobación de una ley de creación y regulación de cada comarca. La Ley de Comarcalización de 1993 pretende establecer un marco general de esa organización comarcal; aunque cada comarca se ha de crear por una ley propia que puede contemplar sus peculiaridades específicas, resulta conveniente que existan unas reglas generales que presidan el proceso de comarcalización, que ha de tener una forzosa duración temporal, de modo que el mosaico que se vaya configurando por las leyes concretas de creación de cada comarca res-

(5) En Cantabria, la Ley 8/1999, de 28 de abril, de Comarcas, regula un sistema calcado del aragonés, si bien todavía no se vislumbra su puesta en marcha.

ponda a unos criterios mínimos de homogeneidad territorial, competencial y organizativa. Se trata, por tanto, de una Ley que, aunque modificable por otra posterior, exterioriza una especial voluntad de perdurar para ordenar el proceso que se inicia. Por ello también la especial importancia en una operación de esta importancia de que se mantenga indefinidamente un elevado nivel de consenso, que evite la puesta en cuestión de sus previsiones como arma política. Un proyecto de reforma de la estructura territorial requiere de estabilidad para hacer viable su correcto desarrollo a lo largo del tiempo. Precisamente con ese mismo propósito, la reciente Ley 23/2001, de 26 de diciembre, de medidas de Comarcalización, trata de completar ese marco general, actualizando y desarrollando ciertos aspectos de la Ley de Comarcalización, a la vista de la experiencia resultante de las leyes de creación de las primeras ocho comarcas.

2. Del conjunto de las leyes citadas podemos deducir un modelo aragonés de comarca que responde a las siguientes características principales:

a) La comarca es una entidad local supramunicipal, integrada por municipios limítrofes vinculados por características e intereses comunes (art. 1). No es obligada su existencia generalizada en todo el territorio aragonés. Su puesta en marcha depende de los municipios y mancomunidades interesadas, por lo que el ritmo del proceso de comarcalización se ajusta al que marque la iniciativa de los entes locales. El Gobierno de Aragón sólo podrá ejercer la iniciativa formal de creación de una comarca cuando esté ya implantada en un setenta por ciento del territorio [art. 6.1.c)].

b) La delimitación comarcal pretende basarse en realidades y relaciones funcionales, económicas y culturales que faciliten su cohesión interna. Su determinación se recoge en la Ley 8/1996, de 2 de diciembre, de Delimitación comarcal –que fue precedida de una consulta a las entidades locales–, que divide el territorio aragonés en treinta y tres comarcas, enumerando los municipios que integran cada una de ellas. Las comarcas resultantes tienen características muy diversas en cuanto a población, número de municipios y extensión territorial. Por población, contrastan aquellas en las que se integran las capitales de provincia (en especial, la de Zaragoza, que congrega más de la mitad de la población aragonesa), con las zonas más despobladas (el Maestrazgo, con 2.500 habitantes, y otras diez con menos de diez mil habitantes). También es muy diversa su extensión superficial y el número de municipios que comprenden (desde la Comunidad de Calatayud, con 67 municipios, a la comarca de Andorra, con 6). Especial dificultad de vertebración plantea la comarca de Zaragoza, que incluye un amplio espacio de características metropolitanas que debe ser objeto de tratamiento especial. Hay cuatro comarcas que agrupan municipios de dos provincias (Huesca y Zaragoza), a la vista de la lógica territorial y de los deseos manifestados por los municipios interesados. La Ley 8/1996 no fija la capitalidad de las comarcas; establecerla se deja a las leyes de creación de cada una de ellas.

Esta delimitación comarcal es susceptible de modificación posterior, siempre efectuada por ley. Existe consenso político en que no se incremente el número de comarcas, aunque pueda variarse la delimitación inicial –como han previsto ya algunas leyes de crea-

ción de comarcas– mediante la adhesión de municipios limítrofes a una comarca distinta, que siempre deberá tener continuidad territorial (art. 75.2 Ley Administración local).

c) El ámbito competencial de las comarcas es muy amplio. La Ley de Comarcalización enumeró muy diversos sectores de la acción pública en que les reconoce capacidad para ejercer competencias: urbanismo y ordenación del territorio, medio ambiente, acción social, cultura, deportes, turismo, artesanía, ferias y mercados, consumo, protección civil, transportes, patrimonio histórico-artístico, recogida y tratamiento de residuos. Asimismo, se les atribuye la cooperación y la asistencia a los municipios. Esas competencias pueden ejercerlas como propias, pudiendo también asumir la transferencia o delegación de competencias y encomiendas de gestión de la Comunidad Autónoma, provincias y municipios. La Ley 23/2001 ha añadido algunas nuevas materias (sanidad; agricultura, ganadería y montes; juventud; energía y gestión industrial; enseñanza), desarrollando las competencias y funciones concretas que corresponden a las comarcas.

d) El gobierno de la comarca corresponde al Consejo comarcal, integrado por el Presidente y los consejeros. El número de sus miembros se determina en función de los residentes en la comarca, en una escala que va de 19 (hasta 10.000 habitantes) a 39 consejeros (más de 50.001). Los puestos se distribuyen por la Junta Electoral de Aragón entre las distintas listas de los partidos, coaliciones o agrupaciones, en función de los votos obtenidos por cada uno de ellos en las elecciones municipales en el conjunto de los municipios de la comarca.

III. EL PROCESO DE IMPLANTACIÓN DE LAS COMARCAS

1. El actual Gobierno de Aragón (PSOE-PAR) ha dado un decidido impulso a la implantación de las comarcas. Incluido en su pacto de gobierno como uno de sus objetivos más importantes, ha contado con la colaboración, más o menos entusiasta, de todos los partidos políticos con representación parlamentaria. Circunstancia que es trascendental para garantizar la perdurabilidad del impulso comarcalizador y la estabilidad de la organización comarcal.

La primera comarca constituida, en febrero de 2001, fue la del Aranda, creada por Ley 9/2000, de 27 de diciembre; desde octubre a diciembre de 2001, se constituyeron las de la Comunidad de Calatayud (Ley 9/2001, de 18 de junio), Alto Gallego (Ley 13/2001, de 2 de julio) y Tarazona y el Moncayo (Ley 14/2001, de 2 de julio) y Valdejalón (Ley 16/2001, de 29 de octubre). A lo largo de los cinco primeros meses de 2002 se han constituido otras y aprobado nuevas leyes de creación de comarcas: Campo de Borja (Ley 18/2001, de 19 de noviembre); Ribera Alta del Ebro (Ley 21/2001, de 21 de diciembre), Gúdar-Javalambre (Ley 22/2001, de 21 de diciembre); Cinca Medio (Ley 3/2002, de 25 de marzo); Somontano de Barbastro (Ley 4/2002, de 25 de marzo); Matarraña/Matarranya (Ley 6/2002, de 15 de abril); Maestrazgo (Ley 8/2002, de 3 de mayo) Jacetania (Ley 9/2002, de 3 de mayo); Bajo Aragón (Ley 10/2002, de 3 de

mayo); Andorra-Sierra de Arcos (Ley 11/ 2002, de 14 de mayo). Antes de la finalización del actual período de sesiones es previsible se aprueben otras cuatro leyes comarcales: Ribagorza, Monegros, Ribera Baja del Ebro y Campo de Daroca; y nueve más tienen avanzada su tramitación. En suma, a finales de 2002 es previsible que veintiocho de las treinta tres comarcas previstas tengan aprobada su ley de creación; y sólo la delimitación de Zaragoza, por sus especiales características de espacio metropolitano, está a falta de aprobar la iniciativa comarcalizadora.

2. A la vista de este panorama hay que considerar muy positiva la respuesta de los municipios y mancomunidades ante el proyecto de comarcalización, a lo que no es ajeno evidentemente el decidido impulso político del Gobierno autónomo. Se deduce de todo ello el creciente convencimiento sobre la necesidad de contar con ese nivel intermedio de apoyo al pequeño municipio y de descentralización de competencias.

La regulación de cada comarca concreta, a través de su ley específica, no ha planteado especiales dificultades. Los proyectos de ley aprobados y en tramitación han optado por atenerse a un modelo similar, que viene a reproducir en sus líneas esenciales las normas-marco de la Ley de Comarcalización. Las nuevas cuestiones planteadas se refieren a los siguientes aspectos:

– La previsión de la figura de un Gerente, "si las necesidades funcionales de la comarca lo aconsejan", que se haría cargo de la gestión técnica y ejecutiva y del impulso de los servicios. Se trata de personal directivo cuyas funciones no están bien precisadas, pero sin la importancia del papel asignado al gerente comarcal en la regulación catalana, puesto que está claramente sometido a las directrices del Presidente y del Consejo comarcal.

– Previsiones dirigidas a salvaguardar la participación de todos los municipios integrantes de la comarca, que se refleja en la creación de una Comisión consultiva, con presencia de todos los Alcaldes de la comarca, que se reunirá para conocer el presupuesto y el programa de actuación comarcal, así como cualquier otra cuestión que por su relevancia se considere conveniente someter a su conocimiento. Se trata de garantizar la participación de todas las entidades locales, a través de sus Alcaldes, en los asuntos más trascendentes, para compensar las posibles suspicacias o malestar que pudiera despertar el hecho de que, a diferencia de lo que venía ocurriendo con las Mancomunidades, en aquellas comarcas con mayor número de municipios hay algunos que no tienen representantes propios en el Consejo comarcal, puesto que el número predeterminado de sus miembros en función de los habitantes supone que en algunas comarcas, dado el elevado número de municipios integrantes, no todos los municipios pueden tener representación en el Consejo. En la misma línea de garantizar la mayor participación de los municipios se inscribe el límite que se fija en algunas leyes de creación de comarcas a la presencia de concejales de un mismo municipio en el Consejo comarcal, para evitar que el peso poblacional o político de la cabecera de comarca pueda llevar consigo que las distintas fuerzas políticas concentren su representación en concejales del Ayuntamiento cabecera.

– Especial relevancia tiene la previsión de "la transferencia del Plan provincial de obras y servicios", como una competencia adicional de las comarcas, que podrán asumir su gestión en su ámbito territorial y en la cuantía económica que proporcionalmente les corresponda. Es una ampliación del ámbito de actuación comarcal, de formulación técnica poco rigurosa, cuya aplicación práctica requerirá, sin duda, de laboriosas negociaciones políticas, dada su incidencia en la competencia provincial.

– La existencia anterior de numerosas mancomunidades, obliga también a incluir previsiones sobre la sucesión de la comarca en la gestión de los correspondiente servicios mancomunados, desarrollando la previsión de la Ley de Comarcalización que dispone que la comarca sucederá a las mancomunidades en aquellos casos en que exista coincidencia de competencias gestionadas y ámbito territorial. También la Ley 23/2001 dedica atención a la relación de la comarca con las mancomunidades existentes (artículos 37 y 38).

– Para impulsar los traspasos de funciones y servicios y de los medios correspondientes se prevén comisiones mixtas de transferencias, que deben constituirse entre cada comarca y el Gobierno de Aragón y cada comarca y la Diputación provincial correspondiente.

3. Aprobadas las leyes de creación y constituidas las primeras comarcas en un positivo ambiente de colaboración política e interinstitucional, han de tomar protagonismo los problemas prácticos de dar contenido y ámbito propio de gestión a esas organizaciones. En el caso aragonés, la progresiva implantación de la comarca puede ayudar a ir perfeccionando el modelo con la experiencia que aporten las primeras comarcas constituidas. Pero, como en cualquier nivel intermedio, parece claro que las cuestiones generales más necesitadas de avances y de precisiones son las relativas a las competencias y a la financiación. En este aspecto puede ser útil la experiencia catalana y las reflexiones que se contienen en el dictamen sobre su organización territorial emitido por la Comisión de expertos designada al efecto[6].

La definición competencial es un primer aspecto importante, necesario para que la comarca tenga un ámbito de actuación propio preciso. La Ley de Comarcalización estableció un listado genérico de materias, muy amplio, en que las comarcas pueden ejercer competencias (art. 8), incluyendo muchas materias que también se reconocen como competencias propias de los municipios en el artículo 42 de la ley aragonesa de Administración local. La iniciativa de creación de cada comarca debe basarse en un estudio documentado que incluya, entre otros extremos, "la relación de funciones y servicios que haya de desempeñar" [art. 6.2.d)]. Podían así concretarse las funciones a asumir por cada comarca en atención a sus peculiaridades e intereses específicos o fijando etapas. Sin embargo, las leyes de creación de comarcas se han venido limitando a reproducir la lista de materias de la Ley de Comarcalización sin concretar más. De ahí que la

(6) La Comisión, creada por acuerdo del Gobierno de la Generalidad de 3 de abril de 2000, a instancia de los diferentes grupos del Parlamento catalán, presidida por Miquel Roca i Junyent, ha elaborado un "Informe sobre la revisión del modelo de organización territorial de Cataluña", de diciembre de 2000.

Ley 23/2001, de 26 de diciembre, de Medidas de Comarcalización, pretenda dar un paso adelante: como señala su preámbulo, "se hace necesario una particularización normativa que permita un conocimiento exacto del contenido de cada uno de los grandes títulos competenciales. Ése es el principal objetivo de esta Ley, que, a esos efectos, desarrolla minuciosamente y bajo el principio de atribuir a las comarcas un amplio contenido competencial, los títulos genéricos aparecidos desde 1993 sumando alguno (...)". Efectivamente, en sus artículos 4 a 22 se hace un importante esfuerzo de enumeración de las diferentes funciones y servicios que han de entenderse incluidos en las competencias que se reservan a la comarca en cada materia.

4. El sistema de financiación es otro de los puntos débiles de estos entes supramunicipales, dado el precepto básico de la Ley de Haciendas locales (art. 136.1), que priva a las comarcas de exigir impuestos y recargos y de percibir participación en los tributos del Estado, norma que dificulta el desarrollo de una política autonómica de reorganización territorial en profundidad.

Las fuentes de ingresos de las comarcas habrán de proceder, por tanto, aparte de los que puedan percibir de los usuarios de los servicios que presten, de transferencias de los otros niveles territoriales: de los municipios miembros, en función de las competencias que les gestionen; de las provincias y de la Comunidad Autónoma, para financiar las delegaciones y transferencias de competencias que les efectúen.

Partiendo de la necesaria contención del gasto que debe presidir la nueva estructura comarcal, que puede conseguirse utilizando al máximo las potencialidades de los municipios cabecera y subcabeceras, en esta etapa de lanzamiento es fundamental la percepción de transferencias para la puesta en marcha de la nueva administración comarcal. La Comunidad Autónoma, desde el ejercicio presupuestario de 2000, a través del programa de política territorial, ha venido formalizando convenios con las distintas demarcaciones comarcales para la realización de inversiones de interés supramunicipal por un importe superior a los 3.000 millones de pesetas anuales. Las primeras comarcas constituidas han recibido además una cuota o aportación para gasto corriente.

La Ley 23/2001 ha avanzado también en este tema, en cuanto a la financiación de las comarcas por la Comunidad Autónoma. Esa financiación puede provenir de distintos programas: a) de las transferencias asociadas a los traspasos de funciones y servicios, cuya cuantía se determinará en las correspondientes Comisiones mixtas, aprobándose por Decreto y canalizándose a través de una nueva Sección presupuestaria número 26. "A las Administraciones comarcales"[7]; b) del Fondo de Cohesión comarcal, destinado a corregir los desequilibrios y desajustes que se pudieran producir, de carácter finalista (art. 40); c) del Fondo para gastos de Personal, destinado a financiar la estructura básica de personal de las comarcas y que se nutre con las dotaciones de personal amortizadas en la Administración autonómica (art. 41); d) el Programa de Política Territorial, destinado a

(7) Creada con tal fin por la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 25/2001, de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para 2002.

financiar inversiones de carácter supramunicipal, así como una dotación anual para la puesta en marcha y funcionamiento de la organización comarcal, cuya cuantía se fija en función de los habitantes de la comarca (art. 42).

IV. LA REPERCUSIÓN DE LA COMARCA EN LOS OTROS NIVELES DE ADMINISTRACIÓN TERRITORIAL

Es una repercusión obligada, pues debe plantearse una redistribución de competencias y funciones que clarifique las responsabilidades de los distintos niveles de Administración territorial.

1. En lógica correspondencia con su justificación y su proceso de creación, la comarca debe tener un profundo contenido municipalista, puesto que aspira a paliar las insuficiencias de la estructura municipal. Aunque esta estructura está muy debilitada, las leyes de Administración local y de Comarcalización han renunciado a una reforma del mapa municipal, apostando por la comarca como fórmula de apoyo a los pequeños municipios, partiendo de que su supervivencia, aunque en muchos casos sólo sea real en ciertas temporadas o como segunda residencia, ayuda a mantener vivo un territorio tan extenso y a conservar un patrimonio cultural del que no se puede prescindir.

La comarca debe descargar a los municipios más pequeños del ejercicio de todas aquellas competencias que exceden su capacidad de gestión, manteniendo su derecho a participar en las decisiones comunes. No se trata de establecer un "municipio-comarca" ni de privar formalmente a los municipios de sus competencias para prestar los servicios mínimos y obligatorios[8], pero sobre todo en las comarcas menos pobladas, las comarcas deberían abordar un plan de actuación sobre su territorio que garantice la adecuada coordinación en la prestación de los servicios esenciales y de las funciones públicas necesarias.

La experiencia previa de las mancomunidades ha ido estableciendo en la práctica un catálogo de servicios municipales que es obligado o conveniente prestar de forma conjunta y asociada: la gestión de los residuos sólidos urbanos, organizada a través de un Plan autonómico que delimita demarcaciones con tal fin; el abastecimiento de agua, cuando la fuente de aprovisionamiento deba ser común; los servicios sociales; la organización de actividades deportivas y el disfrute compartido de instalaciones de un cierto nivel; la protección civil; la defensa y recuperación del patrimonio cultural; los transportes interurbanos; el apoyo a la gestión y a la disciplina urbanística; las brigadas de obras; la protección de consumidores y usuarios. En todas estas materias, la sucesión de las mancomunidades por las comarcas supone que los municipios traspasan la encomienda o delegación de esas competencias a la nueva entidad supramunicipal.

(8) En cualquier caso, lo prohíbe el artículo 42.2 LBRL, y la interpretación de la STC 214/1989, de 21 de diciembre.

El avance técnico en el campo de la informática y de las telecomunicaciones permite una facilidad de intercomunicación que puede superar la separación física entre núcleos de población para muchas gestiones y trámites y permitir organizar modernos y eficaces sistemas compartidos de apoyo y asistencia administrativa, jurídica, económica y técnica.[9]

2. Por otra parte, la comarca puede hacer viable una mayor descentralización. Hace tiempo que las entidades locales vienen demandando del Estado y de las Comunidades Autónomas nuevas competencias, acompañadas de la financiación adicional necesaria para su gestión, con la denominación de "pacto local". Pero esa reivindicación difícilmente puede ser atendida si sus destinatarios han de ser todos los municipios; sin embargo, las comarcas sí que podrían ser receptoras de esas nuevas competencias por su mayor capacidad de gestión.

Hay zonas del territorio aragonés en que la comarca llega cuando la población ha quedado reducida a mínimos que pueden parecer insuficientes como base de una entidad supramunicipal de nuevo cuño (once comarcas tienen una población inferior a los 10.000 habitantes). Pero aquí la comarca debe cumplir una función de equilibrio territorial como demarcación de solidaridad; mantener el territorio vivo exige garantizar la accesibilidad de la población a todos los servicios básicos, aunque ello obligue a que la Comunidad Autónoma asuma, en un número razonable de casos y de modo controlado, el gasto adicional necesario. Eso no es posible asumirlo en todos los municipios pero sí en un número determinado de comarcas.

3. La comarcalización afecta también a las provincias, a las que les aparece un nuevo frente de presión desde abajo. Las comarcas van a ser un ámbito más adecuado para la gestión de la mayor parte de los servicios supramunicipales y para apoyar a los pequeños municipios. Tanto en la Ley de Comarcalización como en las leyes de creación de comarcas se contempla la creación de un servicio comarcal de cooperación y asistencia para prestar asesoramiento a los municipios, así como la asunción por la comarca de la prestación de los servicios mínimos y de las funciones públicas de Secretaría-intervención, en los casos de dispensa. También se contempla la posibilidad de que las provincias les deleguen la gestión del Plan provincial de obras y servicios en el ámbito comarcal, e incluso de que se les "transfiera" la gestión de dicho Plan. Para concretar todo ello, funciones y servicios a prestar y medios para financiarlos, las leyes de creación de las comarcas prevén una comisiones de transferencias, que hasta el momento permanecen inéditas. Es lógico que exista resistencia a avanzar en ese camino tanto por los gobiernos provinciales como por sus organizaciones burocráticas, pero también es cierto que en estos momentos parece existir una postura política con suficiente peso dispuesta a apoyar la descentralización provincial hacia las comarcas. Expresión legal de esa voluntad es la Disposición adicional sexta de la Ley 23/2001, que insta al Gobierno de Aragón a

(9) En diversas leyes de creación de comarcas se dispone que "para mejorar la gestión administrativa en general, se fomentará la firma de convenios de colaboración para el intercambio de servicios y aplicaciones de gestión administrativa a través de la Red Autonómica de Comunicaciones Institucionales (RACI) con todos los Ayuntamientos de la comarca (…)".

impulsar la transferencia a las comarcas de todas aquellas competencias de las Diputaciones provinciales que fueren apropiadas para ser gestionadas por las comarcas.

Todo ello conduce a que sea cada vez más necesaria que la provincia se replantee su posición en el entramado institucional. En Aragón, transferidas ya sus competencias asistenciales y sanitarias a la Comunidad Autónoma y ante el reto de la implantación de la comarca, precisa de una misión actualizada que garantice el aprovechamiento de sus recursos dentro del proyecto global de la Comunidad Autónoma. Debe asumir su papel contingente y volcar sus capacidades en ser una empresa de servicios de calidad hacia las comarcas, asumir actuaciones supracomarcales y gestionar proyectos en colaboración con la Comunidad Autónoma.

.

4. La comarcalización ha de afectar igualmente a la forma de prestación de competencias de la Comunidad Autónoma sobre su territorio. En la actualidad, existe un importante grado de concentración de las decisiones en sus órganos centrales, aunque dispone de una organización periférica constituida por diversos niveles[10]: Delegaciones territoriales en Huesca y Teruel, Servicios provinciales de los distintos Departamentos, Oficinas Delegadas supracomarcales, Unidades departamentales infraprovinciales.

Pues bien, el proceso de implantación de las comarcas obliga a una nueva reflexión sobre el modelo de organización sobre el territorio, de modo que aquéllas sean un verdadero espacio de encuentro entre la Administración autonómica y la local, que permita una mayor descentralización.

Una primera medida en esta línea es la homogeneización de las demarcaciones periféricas, reconduciendo la variedad existente (mapas de acción social, servicios comarcales de deportes, centros de salud, etc.). La Disposición Adicional Primera de la Ley de Comarcalización ordenó que la Diputación General unificara las divisiones comarcales y supramunicipales que vinieran aplicando los diversos Departamentos. Por su parte, la Disposición Adicional Segunda de la Ley de Delimitación comarcal dispuso que los Departamentos utilizaran como base territorial para sus servicios periféricos las demarcaciones recogidas en la delimitación comarcal aprobada. Excepcionalmente, cuando en un sector concreto de la acción pública deban atender áreas de menor extensión, el conjunto de dos o más subcomarcas deberá coincidir con una de las áreas comarcales establecidas.

También los criterios de funcionamiento de la organización periférica deben responder al propósito de coordinación con la comarcalización: la Ley 15/1999, de 29 de diciem-

(10) La regulación actual de esa organización periférica se contiene en el Decreto legislativo 2/2001, de 3 de julio, y en los Decretos 74/2000, de abril, y 75/2000, de la misma fecha. Los Delegados Territoriales se configuran como representantes permanentes del Gobierno en la respectiva provincia, con la finalidad de integrar y coordinar los distintos servicios de los diversos Departamentos, garantizando la unidad de dirección. Las Oficinas Delegadas supracomarcales se sitúan en las nueve ciudades a las que las Directrices Generales de Ordenación del territorio les dan este rango: se hallan ya en funcionamiento, las de Calatayud, Tarazona, Ejea, Jaca, Alcañiz y Calamocha, y están en trámite de creación las de Barbastro, Monzón y Fraga.

bre, de medidas tributarias, financieras y administrativas, dispone; "La reordenación de competencias y servicios que resulte del proceso de comarcalización deberá llevar consigo las adaptaciones de la estructura de la Administración de la Comunidad Autónoma que sean precisas para garantizar los principios de eficacia, descentralización, coordinación y economía de gasto público" (art. 17); y el Decreto 74/2000 plantea la necesidad de "dar respuesta satisfactoria a las demandas que se deriven de los programas de comarcalización de la Comunidad Autónoma, a cuyos efectos se refuerza el papel de la red de Oficinas Delegadas del Gobierno de Aragón como paso preliminar para una desconcentración efectiva en dicho ámbito de la gestión de los servicios (…)"

La situación actual y las actuaciones necesarias se recogen en la "Comunicación del Gobierno a las Cortes sobre la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón ante el proceso de comarcalización"[11], de octubre de 2000. Tras su debate parlamentario, las Cortes, en sesión de 28 de junio de 2001, aprobaron diversas resoluciones que instan al Gobierno a acometer, entre otras, las siguientes actuaciones:

– elaborar un plan de reorganización de la Administración ante el proceso comarcalizador;

– concluir la unificación y adaptación al mapa comarcal de las delimitaciones supramunicipales utilizadas por los distintos Departamentos;

– completar y potenciar la red de Oficinas delegadas, de ámbito supracomarcal;

– adecuar las dotaciones de los recursos humanos de los Servicios Centrales a las exclusivas funciones de dirección y planificación, y redistribuir las vacantes hacia la organización periférica, desde la perspectiva del proceso comarcalizador;

– elaborar un catalógo pormenorizado de las competencias susceptibles de transferencias o delegación a las comarcas;

– impulsar la implantación de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las cabeceras supracomarcales y comarcales, a través de la Red Aragonesa de Comunicaciones Institucionales (RACI);

– prever en los Presupuestos la dotación necesaria, con carácter incondicionado, para garantizar la adecuada puesta en marcha de las comarcas que se vayan creando, dando cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Comarcalización.

En esa misma línea, la Disposición Adicional Undécima de la Ley 23/2001 dispone que "El Gobierno formulará sistemáticamente proyectos de modificación de la legislación sectorial para insertar en ellos las competencias que esta ley reconoce a las comarcas".

(11) Boletín Oficial de las Cortes de Aragón núm. 83, de 25 de octubre de 2000.

Como puede verse, se trata de criterios que, de llevarse a la práctica en esos términos, supondrán una importante remodelación de las competencias y de las pautas organizativas actuales de la Administración autónomica y su engarce y articulación con una Administración local basada fundamentalmente en las comarcas y en una serie de municipios con especial papel en el territorio (cabeceras comarcales y subcomarcales, monumentales, turísticos). La primera y contundente decisión del Gobierno de Aragón, que refleja la voluntad política descentralizadora en un tema sensible, ha consistido en concretar los programas con cargo a los que se financian los primeros traspasos de funciones y servicios y las dotaciones para gastos de personal de las comarcas. Respecto de estos últimos es importante subrayar que el Fondo correspondiente se nutre con las dotaciones de personal amortizadas en los Departanmentos y Organismos autónomos, para evitar el incremento de gastos de personal.

La apuesta es importante, pero seguramente inevitable. Las características de territorio y población de Aragón y la distribución de ésta sobre aquél exigen una organización territorial actualizada. La movilidad creciente de la población, que comparte distintos lugares de trabajo, residencia y ocio; el incremento de la inmigración, que exige políticas concertadas para la gestión de la diversidad; el mayor ámbito territorial exigido por las iniciativas de desarrollo y las nuevas demandas de servicios; son hechos que, unidos a la fragilidad de la actual estructura municipal, exigen ámbitos mayores de gestión. De ahí el interés de la experiencia comarcal aragonesa. Pues, aun reconociendo sus dificultades, no parece existir ninguna otra alternativa de modernización de esa estructura o, al menos, no está planteada.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Dentro de la extensa bibliografía referida a la comarca, se limita la referencia a los estudios que abordan específicamente la comarca en Aragón:

Los antecedentes de las demarcaciones comarcales se estudian por C. ROYO VILLANOVA, en *Aragón, espacio económico y división comarcal*, CAI, 1978; por V. BIELZA DE ORY, en *Bases y propuestas para la comarcalización de Aragón*, DGA, 1992, y por A. UBIETO ARTETA, en *El largo camino hacia las comarcas en Aragón*, Gobierno de Aragón, 2001.

Los aspectos jurídicos en R. SALANOVA ALCALDE, *La Comarca en Aragón*.

La Ley 10/1993, de 4 de noviembre, en *RArAP*, núm. 4, 1994, págs. 293 a 357.

Un estudio sistemático de las leyes de Comarcalización y Delimitación comarcal en el libro *La Comarcalización de Aragón*, Cortes de Aragón, 1999, dirigido por R. SALANOVA ALCALDE, con colaboraciones de A. FANLO LORAS, J. OLIVÁN DEL CACHO, V. TENA PIAZUELO y J. JIMÉNEZ COMPAIRED (actualmente, está en prensa su segunda edición actua-

lizada). En *Derecho público aragonés*, dirigido por Antonio EMBID IRUJO (El Justicia de Aragón y Dykinson, SL, 2000), los capítulos "La Administración Local", de A. FANLO LORAS y "La organización territorial" de R. SALANOVA ALCALDE.

En *Derecho de las Instituciones públicas aragonesas*, coordinado por Manuel GIMÉNEZ ABAD y José TUDELA ARANDA, (El Justicia de Aragón, 2001), los capítulos "El Régimen local aragonés" de Pedro Luis MARTÍNEZ PALLARÉS, y "La construcción de un modelo propio de organización territorial de Aragón", de Ramón SALANOVA ALCALDE. En *Jornadas técnicas sobre comarcalización*, Gobierno de Aragón, 2001, se recogen diversas ponencias de MILLANA DE YNES, CHAPIN BLANCO, LARDIES RUIZ, SENTIS SUÑE y COLÁS TENA.

El seguimiento del proceso comarcalizador puede efectuarse a través de la revista bimestral *Territorio*, del Gobierno de Aragón, Departamento de Presidencia y Relaciones Institucionales.

Notas bibliográficas
(Libros y Revistas)

CONCEPCIÓN **BARRERO RODRÍGUEZ**

La prueba en el Procedimiento Administrativo

[Aranzadi, 2001, 440 páginas]

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

La prueba es un concepto jurídico muy cultivado por el Derecho Procesal y poco por el Derecho Administrativo. Sí existen valiosos estudios, desde uno y otro campo, en relación con la prueba en el proceso contencioso-administrativo (*vide* GONZÁLEZ-CUELLAR, N., *La prueba en el proceso administrativo*, Colex, 1992; GONZÁLEZ PÉREZ, J., "La aplicación de las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre prueba en el proceso administrativo", *REDA*, núm. 111, 2001). Pero no así sobre la prueba en el procedimiento administrativo, tema que merecía un estudio *ad hoc*. Este nuevo libro de la doctora BARRERO acierta al denunciar la gravedad de esta laguna, que además cubre de manera magistral.

La obra se estructura en tres partes, que intentaremos resumir. La parte primera trata de la prueba en el Derecho. Se inicia destacando la importancia de la prueba de los hechos en cualquier proceso de aplicación del Derecho. Y particularmente, por lo que a las resoluciones administrativas se refiere, de la acreditación de los hechos que constituyen el presupuesto necesario para el ejercicio legítimo de una determinada potestad administrativa (art. 78.1 LRJPAC). Siendo esto así, la realidad es que este concepto se encuentra muy poco desarrollado en la legislación administrativa. Las cuestiones de prueba se resuelven por remisión al Derecho Procesal, al proceso judicial civil principalmente.

La tesis central de la autora es que esta influencia procesalista, imprescindible por la ausencia de elaboración propia, debe ser corregida por lo que al procedimiento administrativo se refiere, dadas las notables diferencias que le separan del proceso judicial. Para empezar –señala–, el fin del procedimiento es obtener una resolución conforme a Derecho que satisfaga los intereses generales, mientras que el del proceso es poner fin a una contienda entre partes mediante una sentencia justa en Derecho. El papel de la Administración no es el de un árbitro imparcial e independiente y su posición decisoria matiza la igualdad entre partes y el principio de contradicción. La prueba, en concreto, no tiende a convencer al juzgador, sino a respaldar la decisión administrativa. De ahí que el *onus probandi* recaiga, en todo caso, sobre la Administración.

La parte segunda estudia, en los antecedentes históricos, la explicación del actual régimen de la prueba en el procedimiento administrativo. Y demuestra, curiosamente, que la legislación especial decimonónica sí contenía ese tratamiento específico de las cuestiones probatorias. Estas peculiaridades, que hoy echamos en falta, se pierden como efecto de la codificación en leyes generales del procedimiento administrativo.

Al régimen jurídico de la prueba en la vigente LRJ-PAC se dedica la tercera y más extensa parte del libro. Aquél se analiza a fondo y desde todas las perspectivas: cuál es su objeto, a quién corresponde en su caso la carga de probar, en qué momento ha de probarse y las características de cada uno de los medios de prueba. La autora sigue un método sencillo y riguroso que consiste en sentar el significado de los términos en Derecho procesal, examinar la regulación, escasa a fe cierta, que al respecto ofrece la Ley de Procedimiento Administrativo y la aplicación combinada que de una y otra fuente realizan los Tribunales.

El exhaustivo manejo de la jurisprudencia, así como de la literatura científica, permite a la autora identificar más claramente los problemas que causa la traslación mimética del proceso civil al procedimiento administrativo. O que simplemente no resuelve. A partir de ahí, la profesora BARRERO intenta aportar posibles soluciones interpretativas o, en su defecto, proponer las pertinentes reformas legales.

También merece destacarse su esfuerzo en ponernos al corriente de los avances que para la prueba en el procedimiento administrativo pueden derivarse de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Por ejemplo, en lo que se refiere a la distribución de la carga de la prueba en función de la mayor facilidad para probar que tuviera cada parte (artículo 217.6). O a propósito de la incorporación de los documentos informáticos y de grabación de la imagen o el sonido.

El último capítulo está dedicado a la posición que ocupa en el contencioso-administrativo la prueba practicada en el procedimiento administrativo. A este respecto, la Ley de la Jurisdicción de 1998 no ha introducido ninguna novedad destacable. Lo que no significa que no hubiera aspectos necesitados de reforma.

Uno de los aspectos mal resueltos, coincido con la autora, es la escasa importancia que la jurisprudencia da a las irregularidades en materia de prueba cometidas durante el procedimiento administrativo. Como es sabido, la doctrina dominante es muy restrictiva a la hora de interpretar cuándo los vicios de forma (falta de audiencia, falta de motivación, etc.) dan lugar a indefensión. Entre ellos están considerados las irregularidades cometidas en la práctica de la prueba y hasta la omisión del trámite de prueba siendo debido. Aun en esos casos, esas infracciones se entienden subsanadas en virtud de las oportunidades reparadoras que ofrecen los recursos administrativos y judiciales.

Tal y como denunciara hace tiempo el profesor LÓPEZ MENUDO –prologuista además del libro–, con esta devaluación de las garantías procedimentales, a la postre, se está amparando su incumplimiento por parte de la Administración y cargando sobre el ciudadano los efectos y la impugnación de tales conductas irregulares. En esa línea, la profesora BARRERO termina postulando una reforma legislativa que lo lleve a su justo término medio.

Entre tanto llega ese cambio, estimo que aportaciones teóricas tan sólidas como la que ahora nos brinda la titular de la Universidad de Sevilla pueden favorecer una nueva y necesaria evolución del pensamiento jurídico-administrativo a ese respecto. Hay que recordar que la doctrina imperante vino a superar otra anterior que consideraba los vicios de procedimiento y de competencia como vicios de orden público, nada menos. Pero esto, en los albores del contencioso-administrativo, cuando los tribunales tenían enormes dificultades para controlar el fondo de las actuaciones administrativas, representó un gran avance como mecanismo de garantía. Una vez que desaparecieron las barreras para juzgar a la Administración (pongamos con la Ley de 1956) era, en efecto, absurdo retrotraer el expediente hasta el momento en que fue cometido el defecto formal si el Tribunal tenía a su alcance los elementos de juicio necesarios para otorgar lo pedido por el recurrente.

Ahora bien, en el momento presente, el control de los Tribunales sobre los requerimientos formales debería, en mi opinión, operar con un mayor nivel de exigencia, en consonancia con la relevancia que la propia Constitución da al procedimiento administrativo y al principio de participación ciudadana en los asuntos públicos. De manera que potestades administrativas y garantías ciudadanas guarden un equilibrio permanente. Lo contrario, la disculpa o minusvaloración de las formas es una tentación para el abuso y la actuación indiscriminada, sobre todo contra los más débiles. No creo, en ese sentido, que las omisiones o irregularidades probatorias cometidas en la instrucción

de un procedimiento sancionador o ablatorio puedan quedar excusadas por la existencia de un trámite de prueba en el proceso judicial, como si éste fuera una segunda instancia administrativa. El *onus probandi* del recurrente, en esos casos, debería ceñirse exclusivamente a la demostración de dicho vicio para obtener la anulación del acto.

En fin, la recensión de un libro como el escrito por Concha BARRERO ofrece pocas oportunidades para la censura. En una obra plagada de virtudes cuya lectura, estimo, resultará especialmente útil a los prácticos del Derecho. Frente a la crítica que éstos suelen hacer de los libros universitarios, nada hay en éste despegado del conocimiento de la realidad forense, que además enriquece con ideas y sugerencias constructivas.

ÁNGELES **DE PALMA DEL TESO**

Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción

[Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 112 (octubre-diciembre 2001)]

MANUEL A. RODRÍGUEZ POTUGUÉS

El artículo se propone un doble objetivo: distinguir algunos tipos especialmente problemáticos de infracciones administrativas (permanentes, de estado, continuadas, de pluralidad de actos o complejas) y determinar el momento de consumación de cada uno de ellos, en orden a determinar el comienzo del cómputo del correspondiente plazo de prescripción. De paso, también se aborda la cuestión de identificar a quién corresponde la carga de la prueba en los supuestos de prescripción de los diferentes tipos aludidos de infracciones.

Primero se aborda la distinción entre infracciones permanentes e infracciones de estado. Frente a las *infracciones instantáneas*, en que la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido se produce mediante una actividad momentánea que marca la consumación del ilícito, comenzando a correr, por tanto, el plazo de prescripción desde el momento en que se realiza la acción típica que produce aquel resultado con el que se consuma el ilícito, las *infracciones permanentes* se caracterizan porque determinan la creación de una situación antijurídica que se prolonga durante un tiempo por voluntad de su autor. En este caso, el plazo de prescripción sólo podrá comenzar a computarse desde el momento en que ha cesado la situación antijurídica, ya que es entonces cuando se consuma la infracción. En cambio, las *infracciones de estado* se caracterizan por que el tipo normativo también describe la producción de un estado antijurídico pero no su mantenimiento, de forma que en este caso la consumación se produce cuando se crea la situación antijurídica. En consecuencia, el cómputo del plazo comienza desde que se crea el estado antijurídico, que es el momento de la consumación del ilícito.

La mayor fuente de las confusiones en que suelen incurrir la doctrina y la jurisprudencia a la hora de distinguir correctamente un supuesto de otro, estriba en el incorrecto manejo de las normas. Para determinar si estamos ante una infracción permanente o de estado y precisar, así, el momento de consumación e inicio del cómputo de prescripción, ha de acudirse a la norma que prevé la conducta infractora, es decir, el tipo normativo que describe la conducta infractora, y examinar la acción concreta que aquélla tipifica como ilícito administrativo.

En segundo lugar, distingue el artículo entre infracción continuada e infracción compleja o de pluralidad de actos (y, dentro de ésta, la infracción de hábito). En la *infracción continuada* existen varios hechos típicos constitutivos cada uno de ellos de otras tantas

infracciones, pero a los que se les pretende dar una unidad de tratamiento cuando existe unidad objetiva (lesión de un mismo bien jurídico) y/o subjetiva (un mismo hecho típico contra distintos sujetos pasivos), considerándolos como parte de un proceso continuado unitario. El plazo de prescripción comienza en este caso, por tanto, desde el día en que se realizó la última infracción. La carga de la prueba corresponde al presunto infractor, que deberá determinar el día en que se realizó la última infracción. Distinto es el caso de la *infracción de pluralidad de actos o compleja*, que es aquella cuyo tipo prevé la realización de varios actos o la comisión de la infracción en distintas fases dirigidas a la consecución de un único fin. No estamos ante una pluralidad de actos ilícitos, sino ante actos irreprochables aisladamente cuya concurrencia sí que deviene ilícita. Por ello, la consumación no se produce hasta que se han realizado todas las acciones previstas en la norma. En consecuencia, el plazo de prescripción comienza su cómputo a partir del momento en que se ha realizado la última acción, en el que se consuma la infracción.

Como mera modalidad de la infracción de pluralidad de actos, se encuentra la *infracción de hábito*, en la que la conducta está descrita por el tipo como un conjunto de actos que se repiten en una conexión objetiva tal que permite hablar de hábito (Ejemplo: cláusulas legales del tipo: "incumplimiento *reiterado* de las obligaciones, requerimientos o condiciones..."), momento en el que se consuma la infracción y comienza el cómputo del plazo a los efectos de prescripción. La peculiaridad que justifica la atención a esta modalidad reside en las cuestiones que plantea: ¿qué tiempo debe transcurrir entre una y otra acción para entender que se ha producido el hábito?, y ¿qué número de acciones son necesarias para constituir el hábito? La autora postula la solución que se ha dado en el ámbito penal, es decir, que no haya transcurrido entre una y otra el tiempo de prescripción de la infracción. Respecto al segundo interrogante, la jurisprudencia ha fijado en tres el número mínimo de acciones necesario para hablar de ilícito de hábito.

Termina el artículo advirtiendo que si confundir infracción compleja con infracción continuada no reviste consecuencias en cuanto al cómputo del plazo de prescripción (desde la última acción o desde la última infracción, respectivamente), sí tendría graves consecuencias en cuanto a la determinación de la sanción, pues la primera no supone reiteración de infracciones, mientras que la segunda sí.

SALVADOR Mª. **MARTÍN VALDIVIA**

Formularios de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

[Lex Nova, Valladolid, 2002, 862 páginas]

LEX NOVA

Obra que, siguiendo la estructura y reproduciendo a texto completo el articulado de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, contiene más de 450 formularios relativos al proceso contencioso-administrativo.

La obra se estructura de tal forma que tras cada precepto de la Ley se recogen los formularios relacionados con él debidamente anotados y concordados, con referencias legislativas, doctrinales y jurisprudenciales; y adaptados a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

Todos los modelos y formularios se encuentran recogidos en soporte CD-ROM para que el usuario pueda cumplimentarlos informáticamente. Este editor de formularios contiene un completo sistema de búsquedas por voces y temas.

N O T A S

N O T A S