



Justicia **Justicia**

REVISTA de DERECHO ADMINISTRATIVO

Administrativa **Administrativa**

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

editorial

LEX NOVA

REVISTA

Justicia Administrativa

CONSEJO ASESOR

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

DIRECTOR

Miguel Sánchez Morón

CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO
UNIVERSIDAD DE ALCALÁ

SECRETARÍA TÉCNICA

Margarita Beladiez Rojo

UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

© LEX NOVA 2002

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

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

Sumario:

DOCTRINA:

- [5] **La funcionalidad y eficacia de los principios generales del Derecho**
LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

- [23] **Ejecución de sentencias favorables a la Administración y medidas cautelares**
JOAQUÍN TORNOS MAS

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [41] **I. DERECHO COMUNITARIO**
L. ORTEGA ÁLVAREZ

- [59] **II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL**
J. GARCÍA ROCA

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

- [91] **IV. FUENTES DEL DERECHO**
A. MENÉNDEZ REXACH

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

- [131] **VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**
M. SÁNCHEZ MORÓN

- [141] **VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**
M. REBOLLO PUIG

- [159] **VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**
F. LÓPEZ MENUDO

- [175] **IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**
F. LÓPEZ MENUDO

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

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

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

- [233] **XIII. MEDIO AMBIENTE**
A. EMBID IRUJO

- [245] **XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**
J. TORNOS MAS

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

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

DOCUMENTACIÓN:

- [289] **La actividad policial y seguridad pública**
(comentario de urgencia a la STC 235/2001,
de 13 de diciembre)
MIGUEL CASINO RUBIO

[297] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

La funcionalidad y eficacia de los principios generales del Derecho

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

1. El proceso de afirmación de los principios generales del Derecho como elemento del sistema de fuentes del Derecho. 2. La determinación de los principios generales del Derecho en relación a las distintas funciones que cumplen dentro del ordenamiento jurídico. 3. El debate sobre la naturaleza y efectos jurídicos de los principios generales. 4. La escala funcional y de eficacia de los principios generales. 5. Los principios generales en el Derecho administrativo.

1. EL PROCESO DE AFIRMACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO COMO ELEMENTO DEL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO

En una conocida definición de los principios generales del Derecho realizada por nuestra mejor doctrina, DE CASTRO los concebía como “las ideas fundamentales de la organización jurídica de la nación”, del mismo modo, GARCÍA DE ENTERRÍA consideraba que éstos “expresan los valores materiales básicos de un ordenamiento jurídico, aquellos sobre los cuales se constituye como tal, las convicciones ético-jurídicas fundamentales de una comunidad”.

Sin embargo, el conocer estas definiciones no nos evita el tener que responder a tres preguntas principales: ¿por qué estos principios se han integrado dentro de las fuentes del Derecho?; ¿quién y cómo se determinan?; y, por último, ¿cómo actúan dentro de tal sistema de fuentes?

Debemos partir de recordar inicialmente que la confluencia de los procesos políticos, económicos y culturales ligados la Revolución francesa, al predominio de la burguesía capitalista y el sistema liberal de mercado, y las ideas racionalistas de la Ilustración, hicie-

ron de la Ley emanada por el Parlamento la norma por excelencia, en un claro rechazo al poder de los jueces en la interpretación del Derecho y a la incertidumbre que creaba la arbitrariedad judicial respecto de la seguridad jurídica de las operaciones económicas y sobre la propiedad. Por ello, el positivismo es una forma de afirmación del monopolio en la creación del Derecho por el Parlamento, del sometimiento de los jueces al imperio de la Ley y de la necesidad de contar con una marco previsible de aplicación del Derecho que garantice la estabilidad de las operaciones económicas y de los comportamientos sociales, garantías todas ellas que se reforzaban en base a los conceptos de fuerza formal y material de Ley.

En este contexto, era unimaginable pensar que la Ley con el complemento marginado de la costumbre, no constituyese todo el Derecho, ni que hubiese voluntad social que no se expresase a través de la Ley, ni valores que se pudieran imponer a la expresión de racionalidad que se presumía de toda Ley. Así, HAURIOU dentro de su planteamiento del “bloque de la legalidad”, entiende que fuera de lo no regulado por dicho bloque no hay regulación jurídica, sino comportamientos no regulados y que pertenecen a un mundo extrajurídico, en línea con el propio Código Civil francés donde no aparecen los principios generales como fuente jurídica. En el mismo sentido, SÁNCHEZ ROMÁN comentará, ante su mención como fuente en nuestro ordenamiento, que “o constituye una disposición innecesaria, o una vaguedad pelagrosa, o una novedad incompleta y no muy meditada”.

Sin embargo, se van a producir dos fenómenos principales que marcarán su aparición y reconocimiento como fuentes del Derecho. De una parte, la existencia de lagunas legales, dentro de un contexto donde rigen los postulados de *iura novit curiae* y de *non liquet*, hace que el juez deba dar solución a conflictos donde puede darse el caso de que no exista ni ley ni costumbre aplicable, para lo cual se admitirá el acudir a los principios jurídicos. Así, en el artículo 7 del Código austríaco de 1811 se dispone que, en caso de insuficiencia legal y tras el uso de la analogía, “si el caso resultase aún dudoso, se decidirá según los principios del Derecho natural, habida consideración de las circunstancias diligentemente recogidas y maduramente ponderadas”. En los Códigos italianos de 1837 y 1865, como efecto supletorio a las leyes se mencionan “los principios generales del Derecho” y en el de 1942 “los principios del ordenamiento jurídico del Estado”. En el propio Código Civil español de 1889, en el párrafo 2º del artículo 6 se disponía que “cuando no haya ley exactamente aplicable al punto controvertido, se aplicará la costumbre del lugar y, en su defecto, los principios generales del Derecho” en coherencia con la posible exigencia de responsabilidad que ya la LOPJ de 1870 preveía con relación al juez que no fallase un caso so pretexto de la oscuridad normativa, silencio o insuficiencia de la Ley.

De otra parte, en otros sectores del ordenamiento, como el Derecho administrativo, tal como puso de manifiesto RIVERO, la ausencia de una regulación detallada de la actividad administrativa, impondrán al juez administrativo, en concreto, al Consejo de Estado francés, la necesidad de construir un sistema esencialmente principal para enjuiciar las relaciones de la Administración y los ciudadanos.

La funcionalidad y eficacia de los principios generales del Derecho

El hecho de que no exista una regulación expresa sobre la forma de producción de esta fuente jurídica ha planteado históricamente su contradicción con el principio de seguridad jurídica, ya que lo que es difícil de determinar es la entrada en vigor de un principio general del Derecho, pues las referencias doctrinales como la de BELADIEZ, que prescriben la obligatoriedad de los principios “desde que se integran en la conciencia colectiva”, no resuelven la determinación del momento en que la conciencia colectiva asume tal integración, lo que ha puesto esta cuestión estrechamente conectada con la metodología de búsqueda y conformación de estos principios.

Ahora bien, en esta búsqueda de principios que integrasen el ordenamiento se van a producir principalmente dos diferentes planteamientos metodológicos derivados, respectivamente, del positivismo y del iusnaturalismo.

Dentro de la primera concepción, los principios, en primer lugar, se conciben, tal como recogen los Códigos antes mencionados, como una fuente supletoria de la Ley, es decir, manteniendo el dogma de la supremacía de esta fuente del ordenamiento, dentro de una concepción jerarquizada de las mismas, frente a la cual no se podrá oponer un principio. En segundo término, los propios principios se deben extraer del derecho positivo, como único ámbito sobre el que se puede construir el Derecho.

En este proceso de extracción de los principios se produce, sin embargo, una evolución dogmática que va desde las posiciones de la jurisprudencia de conceptos hasta la jurisprudencia de intereses. Según la primera, los principios se debían construir a partir de un proceso inductivo de las propias normas del derecho positivo intentando encontrar los elementos fundamentales del mismo tal como hubiesen estado en la mente del legislador. El Código Civil suizo es receptivo de esta tendencia al determinar que el juez, ante la ausencia de la ley, debe resolver “según la norma que el propio intérprete dictaría si tuviese que legislar, dentro del espíritu del sistema”.

Una evolución de esta jurisprudencia de conceptos da lugar a la teoría objetiva de la interpretación, en la cual no se tiene como punto de referencia la voluntad del legislador, sino la propia inteligencia de la Ley o del sistema legal en su conjunto. Esta forma de interpretación objetiva conducía, sin duda, a una elaboración más sistemática de los principios, como elementos ordenadores de sistemas jurídicos, subsistemas o, en

**LOS PRINCIPIOS ACTUARÍAN
DE UNA TRIPLE FORMA:
COMO REFLEJO DE VALORES
SOCIALES CONSAGRADOS QUE
SIRVEN DE GUÍA A OTRAS
FUENTES DEL DERECHO,
COMO REGLA INTERPRETATIVA
Y COMO FUENTE SUBSIDIARIA
DE LA LEY Y LA COSTUMBRE**

otra terminología, instituciones. A partir de esta orientación, según la cual en los principios se encuentran las bases que ordenan el Derecho en su conjunto, entra en crisis el planteamiento conceptual del mantenimiento de los principios como mera normas supletorias y se inicia una tendencia a concebir los principios como informadores del ordenamiento, tal como sostendría entre nosotros DE CASTRO.

En la medida en que el proceso de elaboración de principios impone una metodología de elementos estructuradores o condensadores de las ideas básicas del ordenamiento, es lógico que pasen a desempeñar nuevas funciones dentro del proceso de creación y aplicación del Derecho. De esta forma, las nuevas normas se contrastarán con su acomodación o su excepcionalidad respecto de principios ya consagrados, suponiendo, así los principios un valor-guía para el legislador. De igual modo, el intérprete podrá reforzar sus posiciones en base a su coherencia con los principios que rigen el sector donde opera la norma interpretada o podrá realizar una labor innovadora creando o proponiendo nuevos principios que expliquen mejor la relación entre las normas y la realidad a la que se pretende aplicarlas.

Dentro del positivismo, un salto de singular importancia lo supondrá el denominado positivismo sociológico, que para indagar los principios generales va más allá de la literalidad de la norma y se pregunta acerca de su finalidad social, lo que da pie a la aparición de la jurisprudencia de intereses en la cual el intérprete debe indagar en los intereses que pretenden ser tutelados por la norma, siendo estos intereses la clave para la construcción de los nuevos principios. La importancia de estas orientaciones estriba en que, teniendo como propio de la metodología del positivismo a la norma como punto básico de referencia, el proceso de construcción de los principios incorpora necesariamente valoraciones extrajurídicas, puesto que implica una categorización o una prelación de fines sociales o de los intereses de los diversos grupos sociales.

De alguna forma, este efecto valorativo va a reforzarse con la aparición de las corrientes iusnaturalistas que, como es sabido, afirman la existencia de principios grabados en la conciencia humana, que recogidos o no por el Derecho positivo, forman parte del ideal de justicia que debe actuar como parámetro principal de cualquier ordenamiento. Las corrientes más modernas del iusnaturalismo, como el iusnaturalismo historicista, en la medida en que adoptan una indagación sociológica de la plasmación concreta en el tiempo y en el espacio de la ley natural, realizan un proceso similar al de la indagación de los valores sociales que deben presidir la construcción de los principios generales.

Del mismo modo, el iusnaturalismo, al detectar principios que se proponen como parámetros mismos del Derecho, ha actuado en la misma tendencia de considerar que los principios no cumplen una mera función supletoria dentro del sistema de fuentes, sino una función inspiradora de todo el sistema jurídico.

Recogiendo este proceso, la reforma del Código Civil español de 1974, incluye una revisión del papel de los principios generales al determinar en el apartado 4º de su artículo

La funcionalidad y eficacia de los principios generales del Derecho

1 que “los principios generales de Derecho se aplicarán en defecto de Ley o costumbre, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico”.

De lo dicho hasta ahora resultaría que los principios actuarían de una triple forma. En primer lugar, como reflejo de valores sociales consagrados que actúan como guía del agente productor de otras fuentes del Derecho, como la Ley o el reglamento. En segundo término, como regla interpretativa de estas mismas fuentes a las que se incorpora formando parte de ellas. Finalmente, actúan como fuente subsidiaria de la Ley y la costumbre, en cuyo cometido, tal como señala la Exposición de Motivos del Decreto de 31 de mayo de 1974 por el que se aprueba el Texto articulado del Título preliminar del Código Civil, es el único que cumple la función autónoma de fuente del Derecho.

Precisamente la función de los principios de constituir una guía del legislador en la medida en que incorporaban valores de la comunidad política, ha provocado que los principios aparezcan expresamente contemplados en las demás fuentes del Ordenamiento, comenzando por la Constitución, y siguiendo por las leyes y los reglamentos. Este nuevo fenómeno hace que los principios ocupen en la jerarquía de las fuentes el lugar de la norma que los haya acogido, como veremos luego más detenidamente.

Por consiguiente, este proceso de creación y/o identificación de principios puede dividirse en tres grandes tendencias que no tienen que coincidir con tres procesos históricos consecutivos. Así podemos partir de una situación inicial ideal en la cual ante un caso de ausencia de norma el intérprete debía acudir a un principio ya consolidado o construir uno nuevo o más adaptado a la realidad del caso controvertido, probablemente en este proceso se asumen como principios reglas interpretativas, axiomas lógicos, técnicas de argumentación o aforismos pragmáticos, recuperadas muchas de ellas del derecho histórico. Una segunda tendencia de creación de principios se produce a través del estudio sistemático del propio ordenamiento o de las reglas de Derecho natural como principios que deben presidir una interpretación coherente de sectores del ordenamiento y de instituciones, en cuyo proceso se acogen también principios consolidados en otros ordenamientos. Finalmente, estos dos procesos conducen a una decantación de principios que el legislador o el constituyente asumen como valores o principios-guía de políticas públicas y aparecen incorporados directamente en las propias fuentes normativas.

Todo lo anterior pone de manifiesto, que sin discutir que no puede calificarse como principio cualquier reflexión ordenadora sobre el Derecho y que, por tanto, sólo pueden admitirse como principios los que el sistema jurídico en su conjunto considera como determinantes, la explicación de su origen se entiende mejor, en los dos primeros supuestos, por una labor de los operadores jurídicos que por una influencia de la propia comunidad en asumir como reglas jurídicas reglas éticas o sociales de solución de conflictos o de convivencia cívica. Sin embargo, el papel de los valores asumidos por la comunidad, en un marco democrático o en los procesos de cambio constitucional, es más perceptible a través de su influencia en la incorporación de principios en los períodos constituyentes o en la programación legislativa.

De cuanto llevamos dicho, conviene retener: el reconocimiento de los principios generales como fuente del Derecho; la pluralidad de funciones que cumplen los principios en el ordenamiento jurídico; y las distintas vías históricas y metodológicas a través de las cuales los principios han sido reconocidos como parte del ordenamiento.

2. LA DETERMINACIÓN DE LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO EN RELACIÓN A LAS DISTINTAS FUNCIONES QUE CUMPLEN DENTRO DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Del apartado anterior surge el interrogante acerca de si la ampliación de las diversas funciones predicables de los principios generales han determinado o deben determinar una clasificación de los mismos o si, al contrario, los principios que se extraían del ordenamiento con la pretensión de una mera función supletoria de la Ley y de la costumbre pueden ser incluidos dentro de la misma categoría que aquellos principios de los que se pretende que constituyan parámetros guía de la totalidad del ordenamiento jurídico o de sus principales instituciones.

En efecto, a mi juicio el principal problema que encierra la categorización unitaria de los principios generales del Derecho estriba en la dificultad de determinar si existe una misma naturaleza jurídica para todos ellos, debido a que, en el proceso evolutivo que antes se ha descrito, los principios han ido surgiendo en los distintos sectores del ordenamiento y en relación a diferentes tipos de relaciones jurídicas dentro de los diversos sujetos del ordenamiento. Es decir, debemos indagar, por ejemplo, si los principios que actúan dentro de la organización constitucional del Estado tienen o deben tener la misma naturaleza jurídica que los principios que actúan para suplir la falta de normas en la regulación de una relación contractual. De forma derivada debemos determinar si vale para todos ellos la calificación de principios generales del Derecho o si deben establecer distintas categorías de principios derivados de las funciones que deben cumplir en el ordenamiento. Una consideración flexible y extensiva de los principios, como meras reglas interpretativas de las lagunas del Derecho, nos conducirá a una categorización distinta a la que obtendríamos si reservamos esta noción a los principios que son de aplicación general en todos los sectores del ordenamiento como principios rectores exponentes de las principales síntesis valorativas del Derecho.

Una de las principales realidades con que nos enfrentamos es la de la enorme variedad o tipología de principios. DE CASTRO admitía una triple división de principios entre los de Derecho natural, los tradicionales y los políticos. SANTAMARÍA entiende que los principios constituyen una categoría heterogénea que engloba reglas de “muy diversa naturaleza y función”, entre las que incluye directivas políticas, reglas de estructuración normativa, reglas de justicia, reglas éticas, reglas o directrices interpretativas, axiomas lógicos, directrices procesales, técnicas de argumentación y aforismos pragmáticos. ARCE destaca que ESSER describe dentro de la categoría de principios generales a consideraciones de la jurisprudencia y axiomas y máximas propuestos por la doctrina; principios

didácticos y constructivos; ideas dominantes en un sistema jurídico nacional y principios abstractos en que se inspira una institución universal; principios que se derivan como *ratio* de los fundamentos vigentes del Derecho y otros que han sido introducidos por la tradición; los admitidos por la jurisprudencia y los que la estructura política ha proclamado obligatorios; principios materiales y principios heurísticos o técnicas de la aplicación del Derecho, y los principios superiores que informan todo el Derecho.

De aquí que exista una tendencia en la doctrina a intentar determinar, dentro de este variopinto conjunto, cuáles deben ser reconocidos como verdaderos principios generales. La necesidad de esta clarificación no es baladí ya que en el fondo nos enfrentamos ante el histórico problema de la seguridad jurídica, dado que, como sabemos, pese a que hoy día muchos de estos principios han sido positivizados por las normas, los principios generales en su construcción histórica no aparecían positivizados, sino que eran esencialmente fruto de la labor de la dogmática jurídica o de la jurisprudencia. Del mismo modo, en el Derecho comunitario, partiendo de la regulación de la responsabilidad extracontractual, el Tribunal de Justicia ha procedido a la creación de principios generales “conforme a los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros”. De esta regla se derivaría la necesidad de precisar cuándo nos encontramos ante una verdadero principio general.

Sin embargo, veremos que es prácticamente imposible establecer cuáles son los criterios abstractos que nos permitiesen delimitar los principios de aquellas otras proposiciones jurídicas que no lo son, más allá del concepto de idea-síntesis, de donde su generalidad se derivaría del ámbito normativo sintetizado o de su mayor grado de aceptación por los operadores jurídicos.

Hay quien distingue entre principios jurídicos y principios generales en función de su positivación o no en el ordenamiento, mientras hay quien sólo reconoce, precisamente, a los principios generales cuando han sido positivizados por la norma o reconocidos por la jurisprudencia.

Hay quien pretende distinguirlos en función de su grado de abstracción, para dar únicamente el título de principios generales a aquellos que no pueden ser comprendidos dentro de otro principio, como, por ejemplo, el principio de pluralismo

LA HETEROGENEIDAD DE LA CATEGORÍA DE PRINCIPIOS GENERALES SE DERIVA DE LA PROPIA HETEROGENEIDAD DE FUNCIONES QUE EL ORDENAMIENTO LES ENCOMIENDA

político, que no sería tal por encontrarse subsumido en el principio de libertad política. Hay quien propone retener el título de principio general sólo a aquellos que son aplicables a todo el conjunto del ordenamiento jurídico, pero probablemente sólo el propio principio de justicia regiría en la totalidad de un ordenamiento tan complejo como el actual, en donde en el orden internacional sólo son sujetos los Estados o en el orden penal las personas físicas. En este sentido, principios tales como el de autonomía político-territorial, el de contradicción o el de *non bis in idem*, no se cualificarían como principios.

A mi juicio, no cabe sino reconocer que son principios todos aquellos aptos para desarrollar la función que el ordenamiento les tiene encomendados. Pero precisamente la heterogeneidad de la categoría de principios generales se deriva de la propia heterogeneidad de funciones que el ordenamiento les encomienda. No sólo en relación a la tríada de funciones esenciales que hemos analizado: informadora, interpretadora y supletoria, sino que la misma función supletoria, aplicada a los distintos sectores del ordenamiento conduce a configurar principios con una estructura prescriptiva diferente.

Sí podría establecerse una división en base al cometido funcional que cumple cada principio, porque no todos los principios cumplen la misma función, o no la cumplen con la misma intensidad, por lo que cabría hablar de principios informadores, principios interpretativos y principios supletorios, incluso, como veremos, de principios definidores y principios habilitadores. Sucede, sin embargo, que, en relación a los dos primeros grupos y a los dos últimos, el principio no actúa como fuente del Derecho si no es en base a su recepción por otra fuente del Derecho. Así, un principio del que se pretenda una mera función informadora, si no es recogido por la Constitución, no puede actuar como parámetro jurídico de la legitimidad de una Ley.

Un primer ejemplo de nuestra Constitución aparece en el Capítulo III del Título I al referirse a los “principios rectores de la política social y económica”, de los cuales el artículo 53.3 CE establece que su reconocimiento, respeto y protección “informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, si bien “sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo a lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Desde esta perspectiva es evidente que la propia Constitución ha delimitado las funciones propias de este conjunto de principios, que en ningún caso, por sí mismos, podrían ser alegados como derecho supletorio, en tanto no fueran desarrollados por una ley. Ahora bien, si analizamos este conjunto de principios, tampoco son homogéneos entre sí, ya que, por poner un ejemplo, en algunos casos el sujeto destinatario del principio es la comunidad, como en el caso de la participación en las plusvalías urbanísticas, y en otros casos, casi la mayoría, lo son los poderes públicos, en relación a los cuales actúan generando una nueva función en este caso habilitadora de una actuación administrativa. Es decir, la función genéricamente informadora, cuando se conecta con la actuación de los poderes públicos, se concreta en una habilitación realizada directamente por el principio rector para actuar en beneficio del fin o del interés señalado en el mismo.

La funcionalidad y eficacia de los principios generales del Derecho

En definitiva, los principios rectores de la política social y económica realizan, en primer lugar, un función informadora con relación a la trilogía de poderes constitucionales con un contenido normativo finalista directamente exigible ante el juez constitucional como parámetro de la actuación de cada uno de ellos.

En segundo lugar, cumplen con una función directamente habilitadora de la actuación administrativa de los poderes públicos en la persecución de los mencionados fines, que podrá ser posteriormente modulada por el legislador, pero nunca en contra del propio fin o sentido constitucional. Si bien esta actuación no puede ser positivamente exigida por los ciudadanos hasta tanto una ley de desarrollo la delimite, el principio actuaría por sí mismo como un parámetro de control negativo de una eventual actuación administrativa contraria al mismo.

Finalmente, la propia Constitución prohíbe que los principios rectores por sí mismos, en tanto no los desarrolle una ley, sean alegados ante la jurisdicción ordinaria. Pero esta prohibición sólo se refiere en principio en cuanto fuente autónoma del Derecho, es decir en cuanto a su efecto supletorio, pero no impide que el juez acuda a los mismos para recabar su función interpretativa.

Si acudimos ahora, como segundo ejemplo, al artículo 1.1 de la Constitución donde aparecen propugnados como “valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, encontramos, una vez más, la importancia variable de las funciones atribuidas a los principios.

En primer lugar, suele suceder que cuanto más abstractos y generales son los principios, más débilmente cumplen con su función de derecho supletorio, así el principio de justicia normalmente aparecerá aplicado a través de otros principios de mayor concreción como el que rechaza el enriquecimiento sin causa o el de responsabilidad por daños. HERNÁNDEZ GIL reconoce que si los principios sólo tuviesen como antaño una función supletoria, nada tendrían que ver los valores superiores con esa “última y modesta fuente de normatividad”.

En segundo lugar, el concepto de valores superiores introduce una función axiológica al conjunto del ordenamiento, al que obliga a contrastarse con los mismos. Es decir, estos valores introducen una función propia que va más allá de la puramente informadora del ordenamiento, se trata de una función definidora o de identificación de las bases fundamentales del propio ordenamiento.

Finalmente, la selección de estos principios como los valores superiores, introduce a los principios en la jerarquía máxima del sistema de fuentes, no sólo tienen la fuerza que les da el texto constitucional, sino que dentro del mismo ocupan la posición de vértice superior de la jerarquía normativa.

Igualmente, en otros ordenamientos, como el comunitario, se produce la necesidad de acotar los principios generales en base a las funciones constitucionales o meramente

interpretativas que cumplen algunos de ellos. Partiendo de la práctica del Tribunal de Justicia de integración del Derecho comunitario mediante el recurso a los principios generales aplicado desde la Sentencia Alguera de 12 de julio de 1957, el Tribunal no sólo ha utilizado los principios como fuente para la eliminación de lagunas normativas y como criterio interpretativo de las propias normas comunitarias, como sucede con los conocidos principios comunitarios de confianza legítima o de proporcionalidad, sino que, como ha puesto de manifiesto la generalidad de la doctrina, ha desarrollado una función cuasi constituyente mediante la declaración de principios con una función de ordenación global del ordenamiento comunitario. En algunos supuestos, se trata de principios similares al concepto de valores o principios constitucionales presentes en los textos fundamentales de los Estados miembros, como es el caso de los principios de legalidad, de tutela judicial efectiva, de no discriminación o de igualdad y, en otras ocasiones, cumpliendo una función de relación entre ordenamientos jurídicos, como sucede con el de primacía o el de efecto directo, o una función propia de integración institucional comunitaria, como los relativos a la cooperación leal, al efecto útil o al equilibrio institucional.

Como ha señalado CHITI, “entre los principios generales, por tanto, los hay algunos más generales que otros y con una distinta fuerza jurídica, dado que los principios fundamentales son al mismo tiempo un parámetro de juicio respecto de otras disposiciones y directamente eficaces en relación a los sujetos del ordenamiento”.

3. EL DEBATE SOBRE LA NATURALEZA Y EFECTOS JURÍDICOS DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

Relacionado con los intentos de clasificación de los principios generales ha estado presente el debate acerca de su naturaleza jurídica, donde, como en casos anteriores nos encontramos ante una gran dispersión de posiciones doctrinales.

Estas posiciones discuten esencialmente si los principios son normas jurídicas, lo que reconduce el problema al concepto de norma del que se parta. Si se entiende que la esencia de las normas es su genérica fuerza de obligar, los principios serían normas. Si, por el contrario, se entiende que las normas son aquellas que contienen prescripciones concretas entre un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, los principios, que por definición se articulan mediante conceptos abstractos e incorporan una indeterminada universalidad de supuestos y no siempre contienen una consecuencia jurídica concreta, no serían normas. Sin embargo, como pone de relieve BELADIEZ, desde ambas concepciones se describen los principios como carentes de supuesto de hecho y de una sanción expresa respecto de su incumplimiento, de ahí que su incumplimiento sólo puede determinar la invalidez del acto o la conducta violadora del principio.

Esta pretendida ausencia de supuestos de hecho y de consecuencias jurídicas ha determinado que se entienda que los principios jurídicos no son aptos como tales para crear

obligaciones jurídicas a los sujetos del ordenamiento y, por consiguiente, otorgar derechos subjetivos activos. Se dice, así, por BELADIEZ que “su mandato jurídico se traduce en la imposición de un deber de carácter negativo que prohíbe actuar en contra del valor por él consagrado”.

A mi juicio, sin embargo, lo anterior no es predicable de la totalidad de los principios, pues, en algunos casos, su función integradora incluye mandatos de realizar una determinada conducta positiva. Es decir, la prohibición de actuar en contra se convierte al mismo tiempo en una obligación de actuar a favor de dicho principio, otorgando a los sujetos beneficiarios de tal obligación una acción para exigir su cumplimiento. Es el caso del principio de igualdad o de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, tal como se define en el artículo 14 de nuestra Constitución. De entrada, el hecho de que la igualdad aparezca reconocida como derecho fundamental, no elimina su carácter de principio general, más aun si recordamos que el artículo 1.1 de la propia Constitución declara la igualdad como uno de los valores superiores del ordenamiento. Pero, al mismo tiempo, su configuración como derecho fundamental nos da la pista de que su estructura normativa contiene verdaderos mandatos de comportamientos activos a favor de su cumplimiento. Por ejemplo, si un poder público o un particular discrimina a un ciudadano, inadmitiéndole para la realización de una actividad, por razón de raza, sexo o religión, el principio de igualdad otorga al ciudadano afectado una acción para exigir ante los tribunales una conducta activa de admisión para la realización de la actividad. Pero lo mismo cabría decir, de los demás valores superiores, pues su grado de abstracción no impide que contemplen obligaciones de actuar a quien los contraviene para restaurar su efectividad. En el caso de la detención ilegal el principio de libertad impone la liberación inmediata, en el caso del no reconocimiento de una acción por interés legítimo, el principio de justicia, en su aplicación de la tutela judicial efectiva obliga al tribunal a su expreso reconocimiento como parte en el proceso, una hipotética denegación de inscripción de un partido político en contra del principio de pluralismo político obliga a la inscripción efectiva. Fuera de este tipo de principios más generales, el mismo principio de continuidad de los servicios públicos puede conllevar la obligación de reiniciar su prestación.

En conclusión, a mi juicio, la heterogeneidad de situaciones

**LA PROHIBICIÓN DE
ACTUAR EN CONTRA DE UN
PRINCIPIO SE PUEDE
CONVERTIR EN LA
OBLIGACIÓN DE ACTUAR A
FAVOR DE DICHO PRINCIPIO
OTORGANDO AL
BENEFICIARIO ACCIÓN
PARA EXIGIR SU
CUMPLIMIENTO**

donde actúan los principios generales obliga a una labor de individualización tanto de su estructura normativa, como de sus elementos funcionales para lograr un pleno conocimiento de su operatividad en el seno del ordenamiento jurídico.

4. LA ESCALA FUNCIONAL Y DE EFICACIA DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

Desde esta perspectiva podríamos hacer una escala de los efectos jurídicos que, en base a las anteriores consideraciones, cumplen los principios generales del Derecho.

Así, partiendo del Derecho comunitario, encontramos una serie de principios, que, en primer lugar cumplen una función definidora de las relaciones del ordenamiento comunitario con el resto de los ordenamientos de los Estados miembros, como son los de primacía y efecto directo, de los que, como es sabido, se deriva la necesidad de interpretar los ordenamientos nacionales de forma acorde con el ordenamiento comunitario, en un efecto similar al principio de constitucionalidad, por lo que de la aplicación de los mismos se desprende la posible declaración de invalidez de cualquier norma, incluidas las constitucionales, de los ordenamientos de los Estados miembros.

Un segundo grupo de principios comunitarios, como ya se ha mencionado, cumplen una función constitucional para la generalidad del ordenamiento comunitario, bien recogiendo principios constitucionales similares a los de los Estados miembros, como los de legalidad, igualdad o tutela judicial efectiva, bien construyendo principios acordes al funcionamiento del ordenamiento comunitario en sí, como el de cooperación leal entre la Unión y sus Estado miembros, el del efecto útil, o el de equilibrio institucional. Estos principios cumplen esencialmente una función interpretativa de los Tratados y, como consecuencia, actúan de parámetro de la validez del Derecho comunitario secundario, y, por efecto, de su primacía, del de los Estados miembros. Lo mismo sucede con los propios principios contenidos en los Tratados o en los desarrollados por el Tribunal de Justicia para la interpretación del Derecho primario o secundario y para la integración de lagunas normativas.

Se produce también en Derecho comunitario la existencia de principios que cumplen una función informadora del Derecho secundario y habilitadora de la función de control de las autoridades comunitarias, como sucede con los principios que rigen la actuación comunitaria en materia de medio ambiente. Así, el principio de cautela consiente la paralización de actividades que impliquen un peligro potencialmente previsible para el medio o el de quien contamina paga que permite la exigencia de la plena restauración del daño ambiental.

En el ámbito del Derecho constitucional, nos encontramos, en primer lugar con un conjunto importante de principios reflejados expresamente en el texto constitucional. Ya nos hemos referido, anteriormente a los valores superiores y a los principios rectores de la política social y económica, por lo que no es necesario reproducir dichas consideraciones.

La funcionalidad y eficacia de los principios generales del Derecho

Debe destacarse sin embargo, el hecho de que algunos principios generales aparezcan recogidos como derechos fundamentales, les otorga la especial eficacia que dicha categoría goza en el ordenamiento. Piénsese al mencionado principio de igualdad, al de tutela judicial efectiva, al de tipicidad de delitos y penas, al de presunción de inocencia, o al de representatividad política. Estos principios, pues, articulan su eficacia jurídica otorgando acciones individuales de amparo constitucional y como parámetro de la constitucionalidad de las leyes y costumbres y de la validez de la actuación reglamentaria y administrativa.

Existe otro conjunto de principios contenidos en la Constitución cuya aplicación es preferente en determinados sectores del ordenamiento, donde desarrollan efectos diferenciados. Así, con relación al funcionamiento del Estado de Derecho el artículo 9.3 menciona el de legalidad, el de jerarquía normativa, el de publicidad de las normas, el de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, el de seguridad jurídica, el de responsabilidad y el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Se trata de principios que su rango constitucional les otorga la condición de parámetro de la legalidad y cuya contravención determina la ilegitimidad de la propia actuación administrativa.

Por su parte y respecto al funcionamiento de la organización del Estado, aparecen, con relación al modelo de descentralización, los principios de unidad, autonomía y solidaridad y, con relación a las Administraciones públicas, el de servicio objetivo a los intereses generales, y los de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación. La pluralidad de interpretaciones políticas en relación a la extensión y complementariedad de estos principios, hace que actúen en mayor medida con una función informadora y habilitadora de políticas. Una excepción lo constituye el principio de autonomía, cuya interpretación como parámetro de constitucionalidad ha sido una de las principales funciones del Tribunal Constitucional en el desarrollo del modelo autonómico. Igualmente en determinados casos estos principios pueden hacer derivar una obligación de hacer a favor de otro sujeto institucional, como puede suceder con el suministro de información para hacer efectivo el principio de coordinación.

Otros principios de mayor concreción ordinamental, como el de mérito y capacidad para el acceso a la función pública, además de actuar como parámetro de la constitucionalidad, otorga una acción a los interesados para la declaración de invalidez de aquellos procesos de selección que no respetasen este principio o incluso para reclamar una determinada plaza en función de una correcta valoración aplicativa de tal principio.

La función general de parámetro de constitucionalidad de todos estos principios es compartida por aquellos recogidos por el Tribunal Constitucional como principios interpretativos de normas constitucionales, como el de proporcionalidad o el de confianza legítima.

También los principios han sido objeto de un proceso de positivación al ser recogidos por la legislación ordinaria, como sucede con casi todos los principios constitucionales, en cuyo caso la funcionalidad del principio sigue siendo la propia de la norma constitucional. Al

igual que sucede con los principios constitucionales, la legislación ha positivizado principios en muy diversos sectores del ordenamiento, por lo que la eficacia de estos principios está ligada a las características de tales sectores: derecho de la organización, derecho demanial, derecho contractual, derecho de familia, derecho internacional, etc. Este tipo de principios incorpora la eficacia propia de la fuente que los incorpora, en este caso la Ley, uno de los cuales es el denominado efecto derogatorio de las leyes anteriores. Sin embargo, puede suceder que la ley anterior sea un ley especial, lo que implica determinar si el principio consiente la especialidad, al igual que la norma general consiente la norma especial, o si el principio es de los que debe considerarse como una regla de orden público, en cuyo caso, a mi juicio, se producirá el efecto derogatorio. Del mismo modo los principios incorporados a la legislación básica del Estado y declarados básicos, despliegan la eficacia propia de este tipo de normas respecto de la legislación autonómica de desarrollo.

Un efecto similar se produce con relación a aquellos principios que en su función interpretativa determinan el alcance concreto de una norma: determinado dicho alcance, producen el propio efecto de la norma interpretada.

Nos queda determinar, finalmente, la relación de los principios no declarados expresamente por ninguna norma positiva con las demás fuentes del ordenamiento.

Cuando esto es así, los principios generales sólo cumplen una función informadora e interpretadora con relación a la Ley, pero no se le anteponen como fuente del Derecho. Cumplirían su función de influencia en la doctrina y la jurisprudencia con el consiguiente eventual efecto interpretativo, pero si se diese el caso de contradicción incompatible entre una Ley y un principio no positivizado o presente en el Derecho comunitario o en el bloque de la constitucionalidad, prevalecería sin duda la Ley. La existencia en ambos ordenamientos de los principales principios generales significa que en ellos se ha realizado ya una interpretación totalizadora del ámbito de lo que es el Derecho, constituyendo su propia jerarquía ordinal, donde, como hemos visto, los principios tienen cumplida presencia, el fundamental cambio en el sistema de fuentes. Precisamente, el propio principio de supremacía del ordenamiento comunitario y el principio de constitucionalidad, imponen el que no quepa sostener la existencia de principios generales en contra de la Constitución y de los Tratados comunitarios. Puede decirse, incluso, que un eventual nuevo principio general, para cumplir su función informadora e interpretadora, no puede contravenir ni alterar lo dispuesto en los referidos ordenamientos.

Sin embargo, a pesar de que el artículo 1.4 CC otorga a los principios generales un valor supletorio a la inexistencia de Ley o costumbre aplicable al caso controvertido, los principios, entendidos éstos desde el prisma actual de valores esenciales de la comunidad, sí pueden anteponerse a la costumbre. En efecto, si recordamos, la costumbre, como fuente del Derecho, sólo es reconocida cuando no va en contra del orden público. Pues bien, hoy día en el que los principios no cumplen la mera función supletoria, sino que se han consagrado como valores-guía de la comunidad, no es imaginable la existencia de costumbres contrarias a los mismos.

5. LOS PRINCIPIOS GENERALES EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Es una constante entre los autores de Derecho administrativo, el señalar cómo los principios generales han ocupado un papel muy relevante en la formación de este sector del ordenamiento, precisamente por su origen de construcción jurisprudencial, especialmente de la mano del Consejo de Estado francés, como ya puso de manifiesto RIVERO.

Ciertamente, el Derecho administrativo, al ser un sector del ordenamiento carente de codificación, no partió de una construcción dogmática y ordenada por el legislador, de donde el propio proceso interpretativo pudiera extraer sus reglas básicas. La novedad del Derecho administrativo sometiendo al Derecho el ejercicio del Poder, necesitaba de nuevos conceptos, que en gran parte eran materialmente constitucionales, que el viejo cuerpo normativo de orientación iusprivatista, no era capaz de aportar.

Por ello, la sistematización de casos realizada por la jurisprudencia del Consejo de Estado y las aportaciones de la doctrina en su labor de exégesis de la propia jurisprudencia son las grandes vías que hacen del Derecho administrativo un verdadero Derecho de principios especialmente en el ordenamiento francés en el cual los principios se equiparaban jerárquicamente a la Ley.

Sin embargo, la aplicación en el Derecho administrativo del principio de legalidad, especialmente como regla habilitadora de competencias no deja de plantear importantes problemas a la hora de articular la presencia de los principios como fuente del Derecho que todavía no han sido suficientemente resueltos. De hecho, la doctrina se muestra más proclive a aceptar el papel de los principios como reglas de control de la actividad administrativa en garantía de los derechos individuales de los ciudadanos, que como reglas habilitadoras de intervención a favor de los intereses generales.

Es cierto que allí donde juega con mayor intensidad el principio de legalidad, como sucede en el ámbito de las potestades sancionadoras donde se resalta la exigencia de la tipicidad en la descripción de las conductas infractoras y las sanciones, la estructura normativa de los principios generales los hace, en términos generales, poco aptos para cumplir con los requisitos de definición tipificada de conductas, por lo que ni siquiera,

**LA MAYORÍA DE LOS
PRINCIPIOS HAN SIDO
OBJETO DE UN PROCESO
DE POSITIVACIÓN AL SER
RECOGIDOS POR LA
LEGISLACIÓN ORDINARIA
COMO SUCEDERÍA CON CASI
TODOS LOS PRINCIPIOS
CONSTITUCIONALES**

salvo casos como la infracción del principio de igualdad, es posible incluso al legislador tipificar vía principios.

Del mismo modo, allí donde la Constitución impone la regla de la reserva de Ley, no es posible la aparición de los principios como fuente supletoria del Derecho.

Sin embargo, ya vimos cómo la propia Constitución impone a los poderes públicos la consecución de determinados valores sociales que se encuadran dentro de los principios rectores de la política social y económica, lo que hace que tales principios jueguen una función habilitadora de la intervención administrativa en el cumplimiento de tales fines. Bien es cierto que esta habilitación nunca será ilimitada, sino que se verá rodeada de los imperativos impuestos por el resto del ordenamiento jurídico, entre los que se incluyen las garantías que deben ser respetadas ante toda intervención administrativa.

Fuera de estos principios positivizados por el constituyente o por el legislador, no es sencillo la construcción de principios generales habilitadores de la actuación administrativa y, sin embargo, toda la materia de la policía administrativa se ve presidida por el principio *salus populi suprema lex*, que ha consentido históricamente la intervención administrativa ante situaciones de riesgo o peligro, mediante el establecimiento de medidas de policía. Ciertamente, este principio se ve rodeado de otros que contemplan una función limitadora de estas medidas, como son los de proporcionalidad y responsabilidad.

Debido a que en la enumeración de fuentes del artículo 1.4 CC no aparece el reglamento, se ha debatido si los principios jugarían su papel de fuente supletoria en ausencia de norma reglamentaria, o si los principios pueden ser parámetro de la validez de las normas reglamentarias, anteponiéndose a las mismas en la jerarquía de fuentes. La doctrina mayoritaria acoge esta última posibilidad, acudiendo al ejemplo del Consejo de Estado francés y a la consideración de que, así como la Ley expresa la voluntad de la colectividad política, el reglamento expresa una pura voluntad administrativa.

El enfoque actual de este problema debe partir, una vez más, del hecho de que los principales principios generales aplicables al Derecho administrativo han sido constitucionalizados o positivizados por el legislador, o que son aptos para cumplir una función interpretadora de la ley, a través de la cual se concrete una contravención de la norma reglamentaria con la legalidad. Este enfoque resuelve la inmensa mayoría de los casos que puedan presentarse en la realidad.

Por ello, hoy día, es discutible que, en presencia de una norma reglamentaria, que no vulnere ninguno de los principios positivizados, ni los que puedan concurrir en la interpretación de las normas con rango de Ley, se pueda justificar la anteposición de un principio general como fuente autónoma del Derecho frente al reglamento, puesto que en cuanto fuente autónoma, su función es la supletoria. A mi juicio, si el reglamento no entra en contradicción con la función informadora e interpretadora de los principios, no cabe sostener que los principios crean una mejor norma que abandona su papel de fuente supletoria para anteponerse a una regla cierta.

La devaluación apriorística de la norma reglamentaria, no es posible hoy día tras su reconocimiento expreso por la Constitución como regla del Derecho y en todo caso, la reflexión sobre este tipo de normas debería complementarse con la expresión de la voluntad ciudadana que incorporan, por ejemplo, las ordenanzas municipales.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ARCE y FLORES-VALDÉS, *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*, Civitas, Madrid, 1990.
- BELADIEZ ROJO, *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994.
- CLAVERO ARÉVALO, “La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo”, *RAP*, núm. 7, 1952.
- CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 1999.
- CHUECA SANCHO, “Los principios generales del Derecho en el ordenamiento comunitario”, *RIE*, vol. 10, núm. 3, 1983.
- DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.
- DE LA CRUZ FERRER, “La elaboración y desarrollo de la teoría de los principios generales del Derecho público francés”, *RAP*, núm. 111, 1986.
- DIEZ-PICAZO, *Los principios generales del Derecho en el pensamiento de F. de Castro*, ADC, 1983.
- ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, Bosch, Barcelona, 1961.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984.
- GORDILLO CAÑAS, *Ley, Principios Generales y Constitución*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1990.
- LARENZ, *Derecho justo. Fundamentos de la ética jurídica*, Civitas, Madrid, 1985.
- LEGUINA VILLA, “Principios generales del Derecho y Constitución”, *RAP*, núm. 114, 1987.
- HERNÁNDEZ GIL, “Sistema de valores en la Constitución”, en *La Constitución de la monarquía parlamentaria*, México-Madrid-Buenos Aires, 1983.

- RIVERO, “Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés contemporáneo”, RAP, núm. 6, 1951.
- PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992.
- PUNZÓN MORALEDA, *La repercusión de los principios generales del Derecho de los Estados miembros en el Derecho comunitario*, Esperia Pub, Londres, 1999.
- SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Ed. Ramón Areces, Madrid, 1988.
- SUAY RINCÓN, “Los principios generales del Derecho”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. III, Civitas, Madrid.

Ejecución de sentencias favorables a la Administración y medidas cautelares

JOAQUÍN TORNOS MAS

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Barcelona

Sumario:

I. Ejecución de sentencias favorables a la Administración y derecho a la tutela judicial efectiva. **II. Ejecución de sentencia no firme favorable a la Administración.** A) La duración en el tiempo de la medida cautelar adoptada en primera instancia. B) ¿Debe acudir la Administración al trámite de ejecución provisional de sentencias? **III. Ejecución de sentencia firme favorable a la Administración.** A) Planteamiento general. B) Análisis de tres supuestos. C) La tramitación del incidente de suspensión de la ejecución de la sentencia. D) Una consideración final.

I. EJECUCIÓN DE SENTENCIAS FAVORABLES A LA ADMINISTRACIÓN Y DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La nueva regulación que la Ley 29/1998 ha establecido en materia de ejecución de sentencias ha sido valorada por la mayoría de la doctrina como un avance importante con relación a la situación existente bajo la Ley de 1956. En términos generales, se destaca la importancia de haber encomendado de forma clara al poder judicial la ejecución de las sentencias, con lo que se entiende que se podrá dar contenido pleno al derecho a la tutela judicial efectiva. En el nuevo sistema, una vez se dicta sentencia la Administración se coloca en posición de igualdad con respecto al administrado. Dentro del incidente de ejecución de sentencia la Administración es una parte del proceso obligada a cumplir el mandato de la sentencia, añadiéndose que deberá en todo momento colaborar con el poder judicial para lograr la ejecución de lo resuelto en la sentencia.

No pretendo en estas breves reflexiones entrar a analizar en toda su complejidad los problemas que derivan de esta nueva regulación que, sin duda, mejora sustancialmente la anterior. Mi intención es detenerme en destacar la particular problemática que se presenta, desde la perspectiva del derecho a una tutela judicial efectiva, cuando es la Administración la que obtiene una sentencia favorable y el particular el que pretende que dicha sentencia no se ejecute. Como se ve nuestro interés se centra en examinar una situación distinta de la que tradicionalmente es objeto de atención. Es más, examinaremos una problemática que viene a ser la otra cara del problema tradicionalmente analizado.

Tradicionalmente ha preocupado la problemática de la ejecución de sentencias a partir del presupuesto de la no ejecución. Desde este planteamiento lo que debe lograrse es imponer la ejecución a una Administración que se resiste a cumplir con el mandato judicial y que busca formas indirectas de incumplimiento o trata de lograr que se declare la inejecución material.

En este sentido, por ejemplo, es ilustrativo que cuando se analiza la regulación de la ejecución provisional de sentencias se afirma que la misma “puede convertirse en una alternativa para vencer una específica modalidad de resistencia administrativa al cumplimiento de las sentencias. La de su recurso indiscriminado para evitar su firmeza”. De nuevo se ve en esta previsión legal un modo de imponer a la Administración vencida el cumplimiento de una sentencia favorable para el administrado, sin tener que esperar a la firmeza de la sentencia.

Ahora bien, si partimos de la situación creada por una sentencia favorable a la Administración, la cuestión a resolver no es el como lograr una eficaz ejecución de la sentencia. Ahora nos interesa lo contrario. Analizar como puede el recurrente vencido lograr que no se ejecute la sentencia mientras interpone los recursos que le ofrece el ordenamiento frente a dicha sentencia.

Es decir ¿qué ocurre cuando la Administración ha obtenido una sentencia favorable y quien pretende que la resolución judicial no se ejecute es el administrado que sigue discutiendo la legalidad del acto en las instancias superiores? Si existen recursos frente a las sentencias el derecho a la tutela judicial efectiva parece que debe permitir que no se ejecute la resolución judicial si dicha ejecución puede causar daños irreparables.

El derecho a la tutela judicial no se planteará, sin embargo, en relación a la ejecutividad de los actos y su posible suspensión. Ahora nos debemos situar en el ámbito de la ejecución de sentencias.

Veamos, pues, qué ocurre cuando es la Administración la que ha obtenido una sentencia favorable y es el administrado el que trata de oponerse a dicha ejecución hasta que se obtenga una resolución definitiva sobre el fondo del asunto.

II. EJECUCIÓN DE SENTENCIA NO FIRME FAVORABLE A LA ADMINISTRACIÓN

Examinaremos en primer lugar la situación en los supuestos de sentencias no firmes favorables a la Administración, por lo tanto, sentencias impugnadas a través de un recurso de apelación o casación.

Mientras se sustancia el recurso de primera instancia el administrado puede obtener la no ejecución de la resolución administrativa impugnada mediante la medida cautelar que solicite dentro de este proceso. Medida cautelar que podrá pedir en cualquier momento y que puede ser modificada a lo largo del mismo, y que caso de ser denegada en primera instancia podrá ser reclamada a través del correspondiente recurso frente al auto denegatorio.

Ahora bien, una vez se dicte sentencia en primera instancia parece que la medida suspensiva, que en su caso se hubiera acordado, perderá su eficacia, pasando a regularse la situación por la normativa propia de la ejecución de sentencias.

Lo cierto es que, como hemos apuntado con anterioridad, esta problemática general ha sido analizada teniendo en cuenta supuestos en los que la sentencia es favorable para el recurrente. A partir de este presupuesto se acude a la institución de la ejecución provisional de sentencias. Se parte del principio de que por el hecho de tratarse de una sentencia no firme no debe en principio ejecutarse¹, si bien puede obtenerse la ejecución acudiendo al instituto de la ejecución provisional.

En este caso, desde la perspectiva del recurrente y de su derecho a una tutela judicial efectiva, no existen mayores problemas. Durante la tramitación del recurso pudo obtener la suspensión del acto impugnado, y una vez obtiene sentencia favorable puede instar la ejecución provisional. Ésta se otorgará o denegará atendiendo a los criterios establecidos en los artículos 84 y 91. Criterios que se vinculan al principio de tutela judicial efectiva, esto es, determinar si la ejecución provisional podrá o no causar perjuicios al interés general y, en caso afirmativo, posibilidad de exigir una medida cautelar que pueda evitar o paliar estos perjuicios. En definitiva, lo que se pretende es que si con posterioridad la sentencia que se ejecuta de forma provisional fuera revisada se pueda hacer efectiva la nueva resolución judicial.

**LA NUEVA REGULACIÓN
ENCOMIENDA CLARAMENTE
AL PODER JUDICIAL LA
EJECUCIÓN DE LAS
SENTENCIAS SITUÁNDOSE LA
ADMINISTRACIÓN EN LA
MISMA POSICIÓN QUE EL
ADMINISTRADO**

(1) Vid. al respecto, MARTÍNEZ DE PISÓN, I., *La ejecución provisional de sentencias en lo contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, págs. 55 y ss.

Dentro del incidente de ejecución provisional el sistema trata de proteger al mismo tiempo el derecho a la tutela judicial de quien recurre en apelación o casación y el derecho de quien ha obtenido una sentencia favorable y pretende su ejecución, con lo que puede hablarse de un sistema equilibrado, en el que ambas partes pueden actuar en defensa de sus derechos a una tutela judicial efectiva.

Ahora bien, volvamos al caso que nos interesa ¿qué ocurre cuando la sentencia no firme desestima el recurso? La problemática que se plantea es muy diversa. En este caso el acto impugnado es confirmado por la resolución judicial, de modo que recupera en principio la fuerza ejecutiva que pudo quedar suspendida durante la tramitación del recurso. La Administración tratará de ejecutar el acto impugnado y en su caso suspendido en su eficacia dentro del proceso de primera instancia. El recurrente en segunda instancia tratará, no obstante, de evitar dicha ejecución. Veamos algunos de los problemas que se plantean en este nuevo contexto.

A) La duración en el tiempo de la medida cautelar adoptada en primera instancia

Una primera cuestión a resolver es la relativa a la duración de los efectos de la medida cautelar que pudo obtenerse durante la tramitación del recurso de primera instancia. El recurrente obtuvo una medida cautelar favorable en primera instancia, pero recurrida la sentencia que le es desfavorable se plantea si aquella medida cautelar se mantendrá o no durante la tramitación de la segunda instancia.

Si atendemos a lo que establece en la actualidad el derecho positivo la medida cautelar mantendrá su vigencia hasta que exista sentencia firme (artículo 132 de la Ley 29/1998).

La redacción del citado precepto plantea, no obstante, algunos problemas si se trata de interpretar en su sentido literal y desligado del conjunto de la nueva ley jurisdiccional.

En relación al precepto citado dice GONZÁLEZ PÉREZ² que su redacción final modificó acertadamente la redacción dada inicialmente al artículo en el proyecto de ley. Esta primera redacción, se nos dice, acogiendo una doctrina jurisprudencial muy discutible, había establecido que las medidas estarían en vigor hasta que terminara la instancia procesal en que se habían acordado, en razón de que el *fumus boni iuris* de la medida había ya desaparecido al existir una sentencia desestimatoria. Concluye el citado autor afirmando que el artículo comentado no deja lugar a dudas sobre el hecho de que las medidas cautelares únicamente se extinguen cuando recaiga sentencia firme.

Ahora bien, esta doctrina que parte sin duda de la interpretación literal del precepto que analiza, debe ponerse en conexión con lo establecido en el artículo 83.2 de la Ley 29/1998 y con la institución de la ejecución provisional de sentencias.

(2) GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa 29/1998*, 3ª edición, Madrid, 1998, pág. 2.078.

Al tema se ha referido el magistrado PECES MORATE³, quien analiza con precisión la cuestión planteada. Veamos en primer lugar el tratamiento genérico del problema, para analizar después el caso concreto que nos interesa, esto es, cuando la sentencia desestima el recurso interpuesto.

Desde una perspectiva general se debe partir de la siguiente situación: habiéndose adoptado medidas cautelares en primera instancia éstas, según el contenido del artículo 132.1 de la Ley 29/1998, mantendrían su vigencia hasta tanto se resolviera el recurso de apelación o casación y existiera sentencia firme. En el supuesto en que las medidas cautelares se hubieran adoptado al amparo de lo establecido en el artículo 83.2 de la misma Ley jurisdiccional, la situación sería la misma. Esta medida cautelar mantiene su vigencia hasta tanto exista sentencia firme.

La polémica surge cuando se atiende a lo dispuesto en los artículos 84 y 91 de la Ley jurisdiccional sobre ejecución provisional. Surge entonces la duda acerca de si las medidas cautelares pueden dejar de tener eficacia no una vez se dicte sentencia firme, como acabamos de ver, sino cuando se resuelve sobre el incidente de ejecución provisional, pues es en este momento cuando el Tribunal se pronuncia sobre la ejecutividad o no de la sentencia.

Es decir, es posible entender que una vez dictada sentencia el favorecido por la misma pedirá su ejecución provisional. Hasta este momento el acto no habrá sido ejecutado pues estaba bajo los efectos de la medida cautelar acordada en primera instancia. Ahora bien, una vez se resuelva sobre el incidente de ejecución provisional esta resolución deja sin sentido a la medida cautelar. Por tanto, la medida cautelar no se mantiene en todo caso hasta que exista sentencia firme, sino que puede quedar vinculada en su eficacia a la resolución sobre el incidente de ejecución provisional.

Frente a esta tesis cabe apelar al sentido literal del artículo 132.1 de la Ley 29/1998 para defender que las medidas cautelares siguen vigentes hasta tanto no exista sentencia firme. Pero la literalidad del precepto choca con el sentido de la institución de la ejecución provisional.

Por tanto, de acuerdo con PECES MORATE⁴, creemos que “la ejecución provisional resulta incompatible con la vigencia de medidas cautelares, de manera que, si ya existiesen o se hubiesen solicitado y acordado las previstas en el artículo 83.2, deberán quedar sin efecto en el caso de accederse a la ejecución provisional de la sentencia y así lo habrá de decidir el juez en aplicación de lo establecido por el último inciso del artículo 132.1, según el cual las medidas cautelares acordadas podrán (deberán) ser revocadas durante el curso del procedimiento si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se hubieran

(3) PECES MORATE, “Tutela cautelar y ejecución provisional de sentencias”, en *Medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa*, Caudernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999.

(4) *Op.cit.*, pág. 168.

adoptado, y una circunstancia que lo impone es la de haberse accedido a la ejecución provisional de la sentencia apelada”⁵.

Este planteamiento general está pensando siempre, sin embargo, en los supuestos de sentencias favorables para el administrado que son recurridas por la Administración. En este caso el recurrente pedirá la ejecución provisional de la sentencia, y ésta resolverá sobre la ejecución o no de la misma. Veamos un ejemplo. Denegada una licencia y ordenado el derribo de lo construido, se recurre en primera instancia y se solicita y obtiene la suspensión del acto ejecutivo ordenando el derribo. Una vez el administrado obtiene sentencia favorable el mismo pide su ejecución provisional. El Tribunal resolverá y acordará o denegará en su caso la ejecución provisional, pudiendo exigir en caso de que conceda la ejecución provisional una caución en garantía de posibles daños a los intereses generales o de terceros.

Al adoptar este acuerdo en sede de ejecución provisional deja de tener sentido la medida cautelar, pues el Tribunal decide sobre si procede o no actuar en base a la sentencia de primera instancia. De hecho, al existir ya una sentencia no estamos ante la problemática de la ejecutividad de los actos y su posible suspensión, sino ante el tema de la ejecutividad de las sentencias.

Pero, de nuevo nos formulamos la pregunta ¿qué ocurre si la sentencia de primera instancia fue favorable a la Administración? En este caso se nos plantea una nueva cuestión.

B) ¿Debe acudir la Administración al trámite de ejecución provisional de sentencias?

En el supuesto en que la sentencia de primera instancia hubiera sido favorable para la Administración se suscita una problemática diferente. Para analizarla podemos partir del ejemplo anterior, pero en este caso la sentencia de primera instancia confirma la dene-

(5) En este mismo sentido, MARTÍNEZ DE PISÓN, *La ejecución provisional de sentencias en lo contencioso-administrativo*, Civitas, Madrid, 1999, quien afirma que “existe, pues, una contradicción legal que ha de ser superada a través de una interpretación conjunta de estos artículos. Aquí se propone aquélla según la cual el precepto del artículo 132.1 tendría la consideración de norma general, bajo la que quedarían incluidas en principio toda clase de medidas cautelares. Pero esa norma tendría su excepción, al existir otra de carácter especial, de ejecución provisional de los artículos 84 y 91. Pues no puede perderse de vista que esa ejecución provisional es una excepción a los efectos propios y naturales de un régimen de recursos a doble efecto”. También MESTRE DELGADO, en el comentario al artículo 132 del número especial de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas, autor que señala que “todas estas consideraciones obligan a convenir en la incorrección de la fórmula empleada en el artículo 132.1 a la que me vengo refiriendo; las medidas cautelares deben desplegar sus efectos hasta que recaiga la sentencia en el recurso contencioso-administrativo (o hasta que el mismo concluya de forma anormal); una vez resuelto el fondo, rige el régimen de la ejecución de la sentencia, bien provisional —si media recurso— bien definitiva, si se trata de una sentencia que ha adquirido firmeza. Corresponde ahora a la jurisdicción, interpretando la LJCA, despejar los obstáculos que se presentan y formular una interpretación adecuada a las exigencias globales de la LJCA”. BACIGALUPO, M., *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 199, pone de relieve los problemas de falta de sincronización entre la adopción de medidas cautelares y el régimen de la ejecución provisional de sentencias.

gación de licencia y la orden de derribo. Esta sentencia es recurrida en apelación o casación.

Conforme a lo que hemos expuesto, la medida cautelar puede perder su eficacia, recobrando el acto su fuerza ejecutiva. Pero lo que nos importa destacar es que entendemos que en este caso también debe acudir a la ejecución provisional de la sentencia.

Entendemos que la Administración que ha obtenido una primera sentencia favorable a sus intereses y que confirma la validez de su resolución no podrá sin más proceder a ejecutar el acto administrativo en su día impugnado. Como acabamos de decir, nos encontramos ya en fase de ejecución de sentencia y, por tanto, si la Administración pretende que la misma se ejecute deberá acudir a lo previsto en los artículos 84 o 91 de la Ley 29/1998 y solicitar la ejecución provisional.

Los argumentos a favor de la tesis que aquí se defiende se encuentran en la propia redacción de los artículos 84 y 91 de la Ley 29/1998, especialmente en el primero de los artículos citados. Así, en ambos preceptos se afirma que “las partes favorcidas por la sentencia podrán instar su ejecución provisional”. La Ley se refiere de forma general a la parte favorecida, sin reconocer en este punto ninguna posición de privilegio a favor de la Administración, de modo tal que ésta pudiera proceder por sí misma a la ejecución del contenido de la sentencia favorable.

El apartado quinto del artículo 84 refuerza esta línea argumental, al establecer que “cuando quien inste la ejecución provisional sea una Administración pública quedará exenta de la prestación de caución”. Reconocimiento indirecto pero expreso de que la Administración está obligada a solicitar la ejecución provisional de una sentencia favorable. La no referencia a esta misma exención en el artículo 91, que debe calificarse como de un olvido del legislador, no desvirtúa el argumento. También en este caso se aplicará la exención de caución ya que la misma constituye un principio general.

En definitiva, lo relevante es que el legislador ha querido establecer la necesidad de que la Administración acuda al trámite de ejecución provisional de sentencia cuando obtiene una sentencia favorable no firme. La razón última de esta construcción legal es que la Administración, en relación a un acto propio cuya validez ha sido confirmada por la justicia, no puede ya

**EL LEGISLADOR
HA ESTABLECIDO
LA NECESIDAD DE
QUE LA ADMINISTRACIÓN
ACUDA AL TRÁMITE
DE EJECUCIÓN
PROVISIONAL DE
SENTENCIA CUANDO
OBTIENE UNA SENTENCIA
FAVORABLE NO FIRME**

actuar en base a la autotutela para ejecutar este acto propio, sino que precisa de una decisión judicial para ejecutar una sentencia favorable no firme.

El Tribunal resolverá, por tanto, sobre su petición de ejecución provisional como parte favorecida, atendiendo al hecho de que esta ejecución provisional sea o no susceptible de producir situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación. La única singularidad que se reconoce a favor de la Administración, como hemos visto, es que la misma queda exenta de la presentación de caución⁶.

No obstante lo señalado, el tema puede aún no resultar pacífico. Así, podemos también citar una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en la que se sostiene una postura distinta. Solicitada la ejecución provisional de una sentencia favorable por un Organismo Autónomo provincial el Tribunal manifiesta que “la parte dispositiva de la sentencia no necesita de un pronunciamiento judicial autónomo que imponga su ejecución, sino que al haberse confirmado el acto administrativo, la propia Administración tiene a su disposición los medios legales oportunos para proceder a ejecutar los actos, cuya adecuación al ordenamiento jurídico ha sido ratificada por esta Sala de Justicia”. Doctrina jurisprudencial que no compartimos por las razones ya expuestas. El Tribunal olvida que está ante el trámite de ejecución provisional de una sentencia recurrida, por lo que ya no existe un acto ejecutivo, sino una resolución judicial recurrida. Además, y esto es importante, al Tribunal le corresponde resolver sobre la ejecución provisional de la sentencia con el fin de ponderar los intereses en juego y proteger el derecho a una tutela judicial efectiva una vez que la suspensión del acto ha dejado de tener eficacia. Por ello, no puede dejar de resolver sobre la petición de ejecución provisional que se le formula⁷.

(6) En este sentido, entre otros autores, GARRIDO FALLA, “Sobre la inexecución de las sentencias recurridas en casación”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 359, de 1 de octubre de 1998: “la ejecución de un acto administrativo confirmado por sentencia no firme, por estar recurrida en casación, requiere que la Administración autora de dicho acto se dirija a la Sala sentenciadora, solicitando la ejecución provisional de la sentencia recurrida”. En la misma línea, DEL SAZ, S., en el comentario al artículo 91 de la Ley 29/1998 en el número monográfico de la *Revista Española de Derecho Administrativo*, Civitas. La citada autora señala además que “no obsta a esta conclusión que el precepto citado utilice el término podrán y no deberán, porque el carácter potestativo se refiere a que las partes podrán decidir si quieren o no que la sentencia produzca efectos de forma anticipada, pero en caso de que lo quisieran sólo podrían conseguirlo por la vía de instar la ejecución provisional. A mayor abundamiento, esta conclusión ha sido confirmada expresamente por el artículo 84.5 que, al regular la ejecución provisional de las sentencias apeladas, exime a la Administración de la prestación de caución cuando hubiera sido ella la que hubiese instado la ejecución provisional, con lo que está afirmando que la única forma en que la Administración puede anticipar los efectos de la sentencia recurrida es solicitar como los particulares la ejecución provisional”. BACIGALUPO, M., *op. cit.*, pág. 201, se inclina también por sostener la necesidad de que la Administración solicite la ejecución provisional, y en este sentido pone de manifiesto cómo ésta era ya la postura del Tribunal Supremo al interpretar el artículo 98.1 de la anterior ley jurisdiccional.

(7) Con este mismo contenido que no compartimos, aun de forma más rotunda, encontramos también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 10 de mayo de 1999, según la cual “la sentencia recaída en el presente recurso jurisdiccional es desestimatoria en su totalidad del recurso deducido por la actora, confirmando por ende la validez del acto administrativo impugnado. Es por ello que la pretendida ejecución provisional de la sentencia recaída en la presente litis carece totalmente de objetivo, siendo en su caso procedente la ejecución por la Administración del acto administrativo originario, siempre que —obviamente— no se halle en suspenso su ejecución por resolución de este orden jurisdiccional”. Referencia esta última que parece no tener en cuenta la pérdida de la eficacia de la medida cautelar una vez dictada sentencia.

Ejecución de sentencias favorables a la Administración

En el caso de que la Administración no solicite la ejecución provisional pueden mantener su eficacia las medidas cautelares acordadas con anterioridad. Es decir, la medida cautelar que se hubiera concedido en primera instancia o la que pudo concederse en el recurso de apelación frente a una denegación inicial, ya que no existe sentencia firme ni hay contradicción con la resolución sobre la ejecución provisional.

Por tanto, el administrado que ha visto desestimada su sentencia, puede oponerse a la ejecución del acto administrativo confirmado por parte de la Administración en base a dos argumentos diferentes:

a) Por un lado, por la falta de una resolución judicial sobre la ejecución provisional de la sentencia impugnada.

b) Por otro lado, si solicitó y obtuvo una medida cautelar en primera instancia, además podrá aducir que las medidas cautelares mantienen su vigencia hasta tanto exista sentencia firme. Vigencia que sólo desaparecerá si la Administración solicitara y obtuviera la ejecución provisional.

Para la resolución acerca de la ejecución provisional deberá estarse a lo establecido en el artículo 84.4 de la Ley 29/1998, según el cual: “previa audiencia de las demás partes por plazo común de tres días el Juez resolverá sobre la ejecución provisional en el término de los cinco días siguientes”. En este momento podrán formularse las alegaciones procedentes sobre los posibles daños irreparables que podría causar la ejecución de la sentencia. Así, la orden de derribo del ejemplo citado.

Nada dice al respecto la Ley 29/1998 al regular la ejecución provisional en el recurso de casación (el artículo 91 coincide en lo esencial con el 84, pero no prevé este trámite de audiencia), pero entendemos que la Sala debería proceder de igual modo en aras de garantizar la igualdad de las partes en la resolución de este importante incidente sobre la ejecución provisional de una sentencia.

III. EJECUCIÓN DE SENTENCIA FIRME FAVORABLE A LA ADMINISTRACIÓN

A) Planteamiento general

De acuerdo con lo antes expuesto, y según el contenido del artículo 132 de la Ley 29/1998, las medidas cautelares dejan de tener vigencia una vez recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento.

Consecuentemente con lo establecido en este precepto, existe una ya abundante jurisprudencia según la cual una vez se haya dictado sentencia firme no procede entrar a resolver los recursos que se hubieran podido interponer frente a las resoluciones en materia de medidas cautelares, ya que al existir sentencia firme sólo procede atender a lo que corresponda en la fase de ejecución de sentencias (en este sentido, recientemente Sentencia de 5 de diciembre de 2000, Ar. 97).

Por tanto, una vez recaiga sentencia firme se debe proceder a su ejecución (salvo que se hubiera procedido ya con anterioridad a la ejecución provisional) en los términos previstos en el artículo 104 de la Ley 29/1998. De nuevo en este caso la Administración que ha obtenido una sentencia favorable deberá estar a lo dispuesto para este incidente. Por tanto, deberá esperar a que el órgano jurisdiccional que dictó sentencia en primera instancia (artículo 103.1 de la Ley 29/1998) le comunique la firmeza de la sentencia y los términos de su ejecución. La ejecución del acto se llevará a efecto no en aplicación del privilegio de autotutela ejecutiva, sino en ejecución de sentencia. Una vez ejecutada la sentencia, la administración dará cuenta al órgano jurisdiccional.

Sin embargo, como ya hemos señalado, creemos que la ley jurisdiccional al regular la fase de ejecución de sentencias está pensando en los casos de sentencias favorables para el recurrente, por lo que su preocupación se centra en arbitrar una serie de medidas para conseguir vencer la posible resistencia de la Administración a la ejecución del fallo.

Ahora bien, cabe también pensar en los supuestos de sentencias firmes favorables para la Administración que, no obstante, sean objeto de un ulterior recurso. En estos casos lo lógico es pensar que la Administración no tendrá interés en demorar la ejecución de la sentencia. Antes al contrario, lo que tratará de hacer es ejecutarla de forma inmediata, por lo que pudiera pensarse que en este supuesto no existe problema.

No obstante sí que puede darse una situación conflictiva que puede poner incluso en cuestión el derecho a una tutela judicial efectiva. Esta situación a la que queremos referirnos es la que se producirá si el administrado que ha visto rechazado su recurso mediante una sentencia firme interpone alguno de los recursos posibles frente a las sentencias firmes. Lo que interesa conocer es si durante la sustanciación de estos recursos podrá obtenerse y con qué grado de eficacia la suspensión de la ejecución de la sentencia firme. En caso de que no pueda obtenerse la suspensión o que la adopción de la misma resulte en la práctica ineficaz, estos recursos pueden quedar desvirtuados, al dar lugar a unas sentencias de difícil o imposible ejecución.

En definitiva, se trata de plantear cuál debe ser el alcance de las medidas cautelares que se contienen en la regulación de estos recursos extraordinarios y que podemos denominar “medidas cautelares de segunda instancia”.

Para fijar dicho alcance deberemos partir del contenido mismo del derecho a una tutela judicial efectiva. Así, si entendemos de acuerdo con la STC 148/1993 que “la efectividad que se predica de la tutela jurídica respecto de cualesquiera derechos e intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso”, podría concluirse que al existir un recurso, aunque se interponga frente a una sentencia firme, la efectividad de la tutela judicial reclama la posibilidad de contar con medidas cautelares que garanticen la eficacia de este recurso jurisdiccional.

No obstante, debe también tenerse en cuenta que el propio Tribunal Constitucional ha dicho que el derecho a la tutela cautelar impone que “la ejecución pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión”. Vinculada así la medida cautelar a la ejecutividad del acto administrativo, basta con que exista una decisión judicial sobre dicha ejecutividad antes de proceder a la misma para que se satisfaga el derecho a la tutela cautelar. Por tanto, desde esta perspectiva, cuando ya existe una sentencia que se ha pronunciado sobre la validez del acto, el derecho a la tutela cautelar puede entenderse satisfecho. La ejecución de la sentencia firme no podrá vulnerar el derecho a una tutela judicial efectiva. Por tanto, la adopción o no de la suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada se sitúa en otro plano.

La posible suspensión de la ejecución de la sentencia firme impugnada, y que confirma el acto administrativo recurrido, responde por tanto de forma esencial a la necesidad de dar sentido a la previsión de un recurso frente a una sentencia. Esto es, si la Ley prevé este tipo de recursos es lógico que introduzca los mecanismos que permitan que la sentencia que finalmente se dicte pueda ser ejecutada. Otra cosa es que pueda alegarse la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si no se adopta la medida cautelar solicitada.

En todo caso, y aun admitiendo que no será posible alegar la vulneración del derecho a una tutela judicial efectiva si no se adoptan las medidas cautelares en los términos que proponemos, creemos que es conveniente reflexionar sobre esta problemática y sugerir criterios para una correcta aplicación de lo que hemos denominado “medidas cautelares de segunda instancia”.

Analizaremos esta cuestión a partir de tres supuestos diversos.

B) Análisis de tres supuestos

Veamos lo que ocurre en tres supuestos diversos en los que es posible impugnar el contenido de sentencias firmes.

**HAY ABUNDANTE
JURISPRUDENCIA SEGÚN
LA CUAL UNA VEZ SE HAYA
DICTADO SENTENCIA
FIRME NO PROCEDE
ENTRAR A RESOLVER LOS
RECURSOS QUE SE
HUBIERAN PODIDO
INTERPONER FRENTE A LAS
RESOLUCIONES EN
MATERIA DE MEDIDAS
CAUTELARES**

a) Recurso extraordinario de revisión

En el supuesto del recurso de revisión contemplado en el artículo 102 de la Ley 29/1998 se parte del principio según el cual la interposición de dicho recurso no suspende la ejecución de la sentencia⁸.

La Ley jurisdiccional remite, en materia de plazos, procedimiento y efectos de estas sentencias a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Por tanto deberemos estar a lo establecido en dicha norma legal para determinar si procede o no la suspensión y en qué términos puede obtenerse la misma.

De acuerdo con lo establecido en la reciente LEC, su artículo 515 establece que “las demandas de revisión no suspenderán la ejecución de las sentencias firmes que las motiven, salvo lo dispuesto en el artículo 566 de esta Ley”. Si acudimos al citado precepto, el mismo establece que “si despachada ejecución se interpusiera y admitiera demanda de revisión o de rescisión de sentencia firme dictada en rebeldía, el tribunal competente para la ejecución podrá ordenar, a instancia de parte, y si las circunstancias del caso lo aconsejaren, que se suspendan las actuaciones de ejecución de la sentencia. Para acordar la suspensión el Tribunal deberá exigir al que la pida caución por el valor de lo litigado y los daños y perjuicios que pudieran irrogarse por la inejecución de la sentencia. Antes de decidir sobre la suspensión de la ejecución de la sentencia objeto de revisión, el Tribunal oirá el parecer del Ministerio fiscal”⁹.

b) Recurso de nulidad de actuaciones

El artículo 240 de la LOPJ (en su redacción de la Ley Orgánica 13/1999, de 14 de mayo) regula en su apartado tercero un recurso frente a sentencias firmes en los términos siguientes: “no se admitirá, con carácter general, el incidente de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hubieran causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que a los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, la sentencia o resolución no sea susceptible de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida”.

Más adelante, el párrafo cuarto se refiere a la posible suspensión de la sentencia recurrida en los términos siguientes: “admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad

(8) Vid. GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *La revisión extraordinaria de sentencias contencioso-administrativas*, Tecnos, Madrid, 2000, pág. 221.

(9) Los párrafos segundo y tercero del mismo precepto legal añaden que: “2. Se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando le conste al Tribunal de la ejecución la desestimación de la revisión o de la demanda de rescisión dictada en rebeldía. 3. Se sobreseerá la ejecución cuando se estime la revisión o cuando, después de rescindida la sentencia dictada en rebeldía, se dicte sentencia absolutoria del demandado”.

fundada en los vicios a que se refiere el apartado 3 de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días, podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que estimen pertinentes. La resolución final sobre este incidente no será susceptible de recurso alguno”.

La regulación del incidente de nulidad de actuaciones en el artículo 228 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil puede suscitar la duda acerca de su aplicación prevalente sobre lo dispuesto en la LOPJ. No obstante, según la Disposición Final Decimoséptima de la misma Ley de Enjuiciamiento Civil los artículos 225 a 230 de la LEC no se aplicarán hasta tanto no se reforme la LOPJ.

En todo caso, creemos que puede afirmarse que la aplicación en el ámbito contencioso-administrativo del artículo 240 de la LPJ deberá hacerse teniendo en consideración la nueva regulación del incidente en la nueva LEC, así como las reglas del procedimiento constitucional de amparo establecidas en el artículo 56 de la LOTC, como reglas de aplicación analógica, dada la exigua regulación del incidente de nulidad y la estrecha vinculación entre el recurso excepcional de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo.

c) Recurso de amparo

En virtud de lo que establece el artículo 44 de la LOTC es posible acudir ante el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo para obtener la revisión de una sentencia firme si se dan las condiciones establecidas en el citado precepto.

La exigencia de una vulneración directa por parte de la sentencia firme de un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional se cumplirá, normalmente, alegando la vulneración del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución¹⁰.

(10) En ocasiones, sin embargo, puede dudarse sobre el objeto de la suspensión. El artículo 56 de la LOTC establece que “la Sala que conozca de un recurso de amparo suspenderá, de oficio o a instancia del recurrente, la ejecución del acto de los poderes públicos por razón del cual se reclama el amparo constitucional, cuando la ejecución hubiere de ocasionar un perjuicio que haría perder al amparo su finalidad”. Dado que el recurso de amparo puede interponerse frente a actos administrativos, si bien previamente debe haberse agotado la vía judicial, puede surgir la duda acerca de si el acto del poder público por razón del cual se reclama el amparo es el acto administrativo o la sentencia.

Así, en el Auto de 30 de octubre de 2000, núm. 251/2000, el recurso de amparo se interpone frente a una sentencia de un juzgado de lo contencioso-administrativo en relación a una sanción municipal, alegándose vulneración de los artículos 14, 24.1 y 35 de la Constitución. El Tribunal Constitucional, en el primer Fundamento Jurídico del Auto, establece que “debemos empezar por señalar conforme a lo alegado por el Ministerio Fiscal, que pese a que el recurrente se refiere a la suspensión cautelar de la ejecución de la sentencia, su pretensión ha de entenderse referida directamente a la resolución sancionadora impugnada en el proceso contencioso-administrativo”. Consecuentemente se concede la suspensión de la sanción de privación temporal de licencia de auto-taxi.

De nuevo nos encontramos con un supuesto en el que una sentencia firme favorable a la Administración es objeto de un recurso ulterior, en este caso ante el Tribunal Constitucional. Y de nuevo se contempla la posibilidad de suspender la eficacia de la sentencia.

En efecto, debe entenderse que si el recurso de amparo se interpone frente a una sentencia favorable a la Administración la medida suspensiva que pueda adoptarse deberá recaer sobre la ejecución de la sentencia. El interés del recurrente en amparo es que la sentencia no se ejecute hasta tanto se resuelva el recurso interpuesto. Estamos en fase de ejecución de sentencia en la vía ordinaria y lo que se pretende es paralizar esta ejecución hasta tanto se resuelva el recurso de amparo.

Dos cuestiones pueden plantearse en relación a la adopción de la medida cautelar. Por un lado la relativa a los criterios que llevarán al Tribunal Constitucional a otorgar o denegar la suspensión de la sentencia¹¹. Por otro, y ésta es la cuestión que nos interesa, en qué momento puede adoptarse la medida suspensiva.

C) La tramitación del incidente de suspensión de la ejecución de la sentencia

La exposición de los tres posibles recursos frente a sentencias firmes del orden contencioso-administrativo nos ha permitido comprobar que en los tres supuestos se prevé la existencia de un incidente de suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada.

Como hemos dicho, no nos interesa analizar en toda su extensión la problemática de estos incidentes, entrando a estudiar, por ejemplo, las causas que permiten acceder a la suspensión, la posible exigencia de caución, los trámites que deben seguirse y posible intervención de terceros, etc. Pero sí nos interesa poner de manifiesto que en los tres casos la tramitación del incidente supondrá, obviamente, que hasta la adopción de la resolución acordando o denegando la suspensión de la sentencia transcurra un lapso de tiempo. En ningún caso se establece que en el momento en que se plantee el incidente de suspensión se produce la suspensión automática de la ejecución de la sentencia.

En el caso del recurso de revisión la LEC tan sólo nos dice que dicho recurso debe interponerse dentro del plazo de tres meses desde que se descubren los documentos nuevos o el fraude o desde el reconocimiento o declaración de la falsedad, pero en ningún caso podrá interponerse el recurso después de los cinco años siguientes a la fecha de publicación de la sentencia que se pretende impugnar (artículo 512). Por su parte el artículo 566, al que se remite el artículo 515, establece que admitida la demanda de revisión podrá ordenarse la suspensión de ejecución de la sentencia previa audiencia del Ministerio Fiscal.

(11) Al respecto, vid. FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El recurso de amparo según la jurisprudencia constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1994, págs. 341 y ss.

La singularidad de este recurso, cuyo plazo de interposición es de tres meses desde que se dé alguna de las circunstancias que lo habilitan, lleva a pensar que normalmente cuando el mismo se interponga una sentencia favorable a la Administración ya estará ejecutada. No obstante, si no fuera así, cabe plantearse qué efectos tendrá la solicitud de la suspensión de la ejecución de la sentencia durante la tramitación del incidente.

El artículo 515 antes citado establece, como regla general, que las demandas de revisión no suspenderán la ejecución de las sentencias firmes que las motiven, pero añade, salvo lo dispuesto en el artículo 566 de la misma LEC.

Si acudimos al citado artículo 566 éste nos dice que si despa-chada ejecución se admite la demanda de revisión el Tribunal competente para la ejecución podrá ordenar, a instancia de parte, y si las circunstancias del caso lo aconsejaren, que se suspendan las actuaciones de ejecución.

Al margen de otras cuestiones, importa destacar ahora que para que pueda resolverse sobre la solicitud de suspensión se exige que se tramite un incidente dentro del cual se ponderarán las circunstancias del caso, se acordará si se pide o no cau-ción, y se oirá al Ministerio Fiscal. Es decir, un incidente que demorará la adopción de la decisión durante un lapso de tiempo significativo. ¿Puede, durante este lapso de tiempo, ejecu-tarse la sentencia impugnada mediante el recurso de revisión?

En el supuesto del recurso de amparo el artículo 56 de la LOTC establece que la suspensión podrá solicitarse “en cualquier tiempo, antes de haberse pronunciado sentencia o decidirse el amparo de otro modo”. En cuanto a la adopción del acuerdo de suspensión, nada se dice sobre el momento en que deba poder adoptarse, pero se diseña un mínimo cauce procedi-mental que trata de limitarse en el tiempo. En este sentido se establece que el incidente se sustanciará “con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, por plazo común que no excederá de tres días y con informe de las autoridades responsables de la ejecución si la Sala lo creyera necesario.

La adopción de la medida suspensiva puede, pues, adoptarse con una importante demora con relación al momento en que se dicta la sentencia impugnada. Por un lado, se nos dice que lo usual es que “por el Tribunal no se proceda a la apertura de la correspondiente pieza separada para dilucidar el incidente de suspensión hasta que la demanda de amparo haya sido admiti-

**PARA QUE PUEDA
RESOLVERSE SOBRE LA
SOLICITUD DE SUSPENSIÓN
SE EXIGE QUE SE TRAMITE
UN INCIDENTE DENTRO
DEL CUAL SE PONDERARÁN
LAS CIRCUNSTANCIAS DEL
CASO, SE ACORDARÁ SI SE
PIDE O NO CAUCIÓN Y SE
OIRÁ AL MINISTERIO
FISCAL**

da a trámite, pues la posible inadmisión de la misma, por concurrir alguna de las causas previstas por el artículo 50.1, privaría de todo alcance a esta apertura de la pieza separada”¹². Por otro, aunque ciertamente el procedimiento incidental es de sencilla tramitación¹³ se requiere un mínimo tiempo para adoptar el acuerdo. Por tanto, el acuerdo de suspender la eficacia de la sentencia puede llegar con un retraso significativo con relación a la adopción y notificación de la sentencia.

En el supuesto del recurso por nulidad de actuaciones el artículo 240 de la LOPJ dispone en su párrafo cuarto que admitido a trámite el escrito en el que se pida la nulidad no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia “salvo que se acuerde de forma expresa para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que estimen pertinentes. La resolución final sobre este incidente no será susceptible de recurso alguno”.

De nuevo en este caso la adopción de la medida suspensiva puede prolongarse en el tiempo. No se entrará en su análisis hasta tanto se admita a trámite el recurso. En este momento se deberá dar traslado a las partes para que formulen alegaciones, y tras cumplir con este trámite se adoptará la medida correspondiente. No existe un plazo predeterminado dentro del que deba adoptarse el acuerdo de suspensión de la ejecución y eficacia de la sentencia.

D) Una consideración final

Lo expuesto nos permite formular unas últimas consideraciones generales sobre la ejecución de las sentencias favorables a la Administración, la previsión de adopción de medidas cautelares durante su tramitación y los criterios para hacer efectivas estas medidas.

Ya señalamos anteriormente que al existir una sentencia firme que confirma la validez del acto impugnado debe poder procederse a la ejecución de dicho acto, sin que el hecho de la existencia de un recurso frente a la sentencia firme permita alegar con toda su fuerza el principio de tutela judicial efectiva para oponerse a la ejecución de la sentencia impugnada.

Pero también señalamos que tampoco puede olvidarse que el ordenamiento arbitra la posibilidad de recurrir contra las sentencias firmes, y establece que dentro de estos recursos se solicite y se obtenga la suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada.

(12) FERNÁNDEZ FARRERES, G., *op. cit.*, pág. 336. En este sentido el autor citado nos da cuenta de la postura del Tribunal Constitucional contenida en el Auto 122/1981 en el que se defiende este criterio.

(13) Así lo afirma FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.*, pág. 337.

Ejecución de sentencias favorables a la Administración

Por tanto, el contenido de la sentencias contra estas sentencias firmes perderá en muchos casos su sentido si la medida cautelar que prevé el ordenamiento no puede evitar la ejecución de la sentencia recurrida.

La cuestión expuesta nos sitúa ante el dilema de tener que optar entre la necesaria ejecución de una sentencia firme, en la que ya existe una resolución judicial que ampara la corrección del acto administrativo, y la necesidad de dotar de contenido efectivo a los recursos frente a dichas sentencias. Si existen mecanismos de impugnación frente a las sentencias firmes, es lógico dotarles de un contenido que pueda ser efectivo.

A partir de esta preocupación, nos parece oportuno sostener que en estos supuestos, si el recurrente plantea el incidente de suspensión, se impusiera por vía jurisprudencial el criterio según el cual la sentencia impugnada no puede hacerse efectiva hasta tanto se resuelva el incidente cautelar. Por tanto, el recurrente podrá dirigirse al Tribunal que debe hacer efectiva la sentencia firme manifestando que ha interpuesto recurso frente a la misma (revisión, acción de nulidad o recurso de amparo), solicitando al mismo tiempo que no se ejecute la sentencia hasta tanto se resuelva el incidente cautelar que ha planteado. En este caso, la ejecución quedaría demorada hasta tanto se resolviera dicho incidente.

En cualquier caso, como la potestad de ejecutar las sentencias firmes corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales, el administrado que ha interpuesto recurso frente a la sentencia firme y ha solicitado la suspensión de su ejecución podrá dirigirse al Juzgado o Tribunal al que corresponde ejecutar la sentencia. Éste valorará los intereses implicados en la ejecución de la sentencia y la posibilidad de que el recurso interpuesto perdiera su finalidad si se procediera a la ejecución inmediata de la sentencia impugnada. Atendiendo a todos estos elementos acordará la ejecución de la sentencia o bien esperar a que se resuelva el incidente de suspensión planteado.

I. DERECHO COMUNITARIO**Sumario:**

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

1. INTRODUCCIÓN

De la jurisprudencia del TJCE seleccionada en la presente crónica cabe destacar cómo el Tribunal acude ya con frecuencia a la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza, recogiendo los principios generales del Derecho proclamados en la misma.

Por otra parte, debemos resaltar la sentencia del Tribunal de Justicia que resuelve a nivel comunitario el controvertido problema de los “descodificadores” de Canal Satélite Digital que se planteó durante la fase de implantación de la televisión digital en el estado español. Se trata en concreto de la **STJCE de 22 de enero de 2002, Asunto C-390/99**, fruto de una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo español.

2. PRINCIPIOS GENERALES

Los derechos fundamentales son parte integrante de los principios generales del derecho cuyo respeto ha garantizado siempre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (véase, en particular, el Dictamen del Tribunal de Justicia, de 28 de marzo de 1996, 2/94, Rec., p. I-1759, apartado 33, y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de mayo de 1997, Kremzow, C-299/95, Rec. p. I-2629, apartado 14), de conformidad con las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como con los instrumentos internacionales en los que los Estados miembros han intervenido o a los que se han adherido. El Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 presenta en este orden una singular relevancia.

Ahora bien, tras la aprobación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ésta se ha convertido en la referencia básica en la materia. Al respecto es importante destacar la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de enero de 2002 (asunto T 54/99), **max.mobil Telekommunikation Service GMBH** contra **Comisión de las Comunidades Europeas**, que resolvió un recurso de anulación parcial de la Decisión n. IV-C1/ROK D(98) de la Comisión, de 11 de diciembre de 1998, en la parte en que desestima la denuncia de la demandante según la cual la República de Austria infringió los artículos 86 y 90, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículos 82 CE y 86 CE, apartado 1), al fijar el importe del canon que debe abonar la demandante por la obtención de una concesión GSM.

Dado que se trataba de un recurso contra un acto desestimatorio de una denuncia, el Tribunal recordó que la tramitación diligente e imparcial de una denuncia se refleja en el derecho a la buena administración, que forma parte de los principios generales del Estado de Derecho comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros. En efecto, el artículo 41, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza (DO C 364, p. 1; en lo sucesivo, “Carta de los Derechos Fundamentales”) confirma que “toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable”. El deber de diligencia e imparcialidad ya se impuso expresamente a la Comisión por la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia relativa a los artículos 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE) y 86 del Tratado, por una parte, y a los artículos 92 del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE, tras su modificación), y 93 del Tratado, por otra (véanse, en particular, las Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1992, Automec/Comisión, T-24/90, Rec. p. II-2223, apartado 79, y de 15 de septiembre de 1998, Gestevisión Telecinco/Comisión, T-95/96, p. II-3407, apartado 53). En sus Sentencias de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds/Comisión (asuntos acumulados 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487), apartado 20, y de 17 de mayo de 2001, IECC/Comisión (C-449/98 P, Rec. p. I-3875), apartado 45, por lo demás, el Tribunal de Justicia también consideró que la Comisión está obligada a examinar los elementos de hecho y de Derecho puestos en su conocimiento por los denunciantes. Ninguna disposición expresa ni otro elemento permite considerar que este principio no sea aplicable a la facultad de apreciación que ostenta la Comisión al conocer de una denuncia que pretende desencadenar su actuación en virtud del artículo 90, apartado 3, del Tratado. Es cierto que las referidas sentencias se basan, en particular, en la existencia de derechos de carácter procesal expresamente reconocidos en el Tratado o en las disposiciones de Derecho derivado, a fin de justificar dicha obligación de examen de la Comisión, mientras que ésta alega que tales derechos no se atribuyen formalmente a los denunciantes en virtud del artículo 90 del Tratado.

Desde este punto de vista, el Tribunal consideró que la obligación general de vigilancia de la Comisión, y su corolario, el deber de diligencia e imparcialidad en el examen de las denuncias que se someten a la misma, deben aplicarse, en cuanto a su principio, indistintamente en virtud de los artículos 85, 86, 90, 92 y 93 del Tratado, aun cuando

I. Derecho Comunitario

los métodos para cumplir tales obligaciones varíen en función de sus ámbitos de aplicación específicos y, en particular, de los derechos de procedimiento atribuidos expresamente por el Tratado o el Derecho comunitario derivado a los interesados en tales ámbitos.

Dicha obligación de examen diligente e imparcial no implica, sin embargo, que la Comisión prosiga tal examen hasta la adopción de una decisión final o de una directiva dirigida a uno o varios Estados miembros.

Por otra parte, recuerda el TPI en su Sentencia de 30 de enero de 2002 que, en la medida en que la Comisión está sujeta a tal obligación de examen, el cumplimiento de ésta no puede sustraerse a todo control judicial. En efecto, interesa tanto a la buena administración de la justicia como a la exacta aplicación de las normas sobre competencia que las personas físicas o jurídicas que solicitan a la Comisión que declare la existencia de una infracción a dichas normas, si no se acoge su solicitud en todo o en parte, puedan disponer de una acción judicial destinada a proteger sus intereses legítimos. El Tribunal de Justicia ya ha aplicado dicho principio en numerosas ocasiones en materia de infracciones a los artículos 85 y 86 del Tratado (véase, en particular, la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1977, Metro/Comisión, 26/76, Rec. p. 1875, apartado 13).

El control judicial forma parte también de los principios generales del Estado de Derecho, comunes a las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, como confirma el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, que establece que toda persona cuyos derechos garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva por un tribunal.

3. FUENTES

En el período comentado en la presente crónica no existe jurisprudencia novedosa sobre fuentes del Derecho comunitario.

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

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

D) y E) Cuestiones prejudiciales y medidas cautelares

Especialmente propicio ha resultado este último trimestre de quehacer jurisprudencial en lo que sentencias prejudiciales se refiere, si bien es cierto, que no se puede decir otro tanto, en lo que concierne a las medidas cautelares.

Así es, extenso y variado ha sido el repertorio de argumentos tratados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales. El Tribunal no ha desaprovechado esta ocasión, para volver a incidir en elementos y conceptos de sobra conocidos por todos (por ejemplo, el concepto de órgano jurisdiccional nacional a los solos efectos del Derecho comunitario, los límites de la interpretación o los motivos de inadmisibilidad), pero también para precisar otros tantos que, por ignotos, no deben en ningún caso ser descuidados (así ocurre por ejemplo, con la limitación del efecto temporal de las sentencias prejudiciales), y de los que también nos ocuparemos a lo largo de esta crónica.

Finalmente, poco o nada cabe decir en relación con las medidas cautelares, que, al contrario de las anteriores, apenas sí han ocupado el tiempo del Tribunal de Justicia.

Siguiendo la distinción clásica instituida por el propio Derecho comunitario [art. 234 (ex art. 177) del TCE], hemos agrupado la numerosas sentencias prejudiciales comprendidas en este período (más de sesenta en total), en dos grupos: de un lado, aquellas en las que se interroga al Tribunal de Justicia sobre la interpretación de las normas comunitarias (entendidas éstas en un sentido amplio), esto es, cuestiones prejudiciales de interpretación; y de otro, aquellas en las que la pregunta del órgano de remisión atañe a la validez de las mismas, o dicho de otro modo, cuestiones prejudiciales de validez.

En el extenso campo de las cuestiones prejudiciales de interpretación, cuatro argumentos han merecido la atención del Tribunal. De un lado, las razones y motivos de admisibilidad o, en su caso, de inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales; de otro, la posibilidad de limitación en el tiempo de los efectos de las sentencias prejudiciales; a éstos cabe añadir, además, una significativa precisión en cuanto al alcance y contenido de la interpretación; y por último, la determinación de los límites de la respectiva competencia entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales internos.

Los motivos de admisibilidad o inadmisibilidad de las cuestiones prejudiciales han ocupado la mayor parte del tiempo del Tribunal. Desde que en los últimos años el Tribunal comenzase a reconocer la existencia de motivos de inadmisibilidad, tales como la teoría del acto claro, la jurisprudencia del acto a aclarado y, más tarde, la falta de relación alguna de la cuestión prejudicial con el objeto del litigio principal, las denominadas cuestiones hipotéticas, o la falta de elementos de hecho que le permitan dar una respuesta útil al interrogante planteado, las alegaciones en las que se hace referencia a alguna de estas causas de inadmisibilidad no han dejado de crecer. Así, el Tribunal se está viendo obligado a precisar, una y otra vez, el significado, contenido y extensión, de todos y cada uno de estos motivos de inadmisión.

Buena prueba de ello lo constituye el hecho de que, de las sentencias estudiadas, más de la mitad se refieran, fundamentalmente, a las causas de inadmisibilidad. Así, y en tal sentido, destacamos en primer lugar la **Sentencia de 25 de octubre de 2001, Ruhr, As. C-189/00**, en la que el Tribunal, admitiendo la tesis sostenida por el Gobierno Británico en cuanto a que la cuestión prejudicial objeto de análisis "... no guarda relación alguna..." (término utilizado, literalmente, por el Tribunal en estos casos y que constituye motivo de inadmisión), declara su inadmisibilidad, y se limita a resolver la cuestión por remisión a otra sentencia:

"Por tanto, es preciso señalar que la interpretación del artículo 2, apartado 1, del Reglamento núm. 1408/71 ofrecida por el Tribunal de Justicia no tiene, como tal, ninguna incidencia sobre la elección del trabajador de ejercer o no su derecho a la libre circulación.

En consecuencia, procede responder al órgano jurisdiccional remitente que la interpretación que el Tribunal de Justicia efectuó en su sentencia Kermaschek, antes citada, sigue siendo aplicable al artículo 2, apartado 1, del Reglamento núm. 1408/71, en relación con sus artículos 67 a 71 bis."

En términos similares, pero llegando a la solución inversa, se expresa el Tribunal de Justicia en la **Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Clean Car Autoservice, As. C-472/99**. Así, y tras examinar la alegación de una de las partes relativa a la falta de relación alguna entre la cuestión prejudicial planteada y el litigio principal, declara su admisibilidad.

El Tribunal de Justicia recuerda su ya consolidada jurisprudencia en esta materia: corresponde al órgano jurisdiccional nacional de remisión apreciar, ya sea la necesidad, ya sea la pertinencia de la formulación de la cuestión prejudicial, y sólo, excepcionalmente y por motivos tasados, el Tribunal de Justicia examinará la admisibilidad o no de dicho planteamiento. Pero veámoslo con mayor claridad siguiendo el propio texto de la sentencia, lo que, a nuestro juicio, constituye un magnífico ejercicio pedagógico con el que el Tribunal pretende aclarar, definitivamente, el alcance y significado de lo que se debe entender por no guardar relación alguna con el litigio principal:

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

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 cues-

tión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo es posible cuando resulta evidente que la interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o también cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder de manera útil a las cuestiones planteadas (...)

Pues bien, el objeto de la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente es precisamente determinar si, en el caso de que el Derecho nacional aplicable no contenga disposiciones que regulen específicamente el reembolso de los gastos realizados por las partes del procedimiento principal en el marco de un procedimiento prejudicial, el derecho a tal reembolso puede fundarse en el artículo 104, apartado 5, del Reglamento de Procedimiento.

De las consideraciones que preceden resulta que debe admitirse la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente y que procede responder a la misma.”

En idénticos términos y a idéntica solución llega el Tribunal en la **Sentencia de 22 de enero de 2002, *Cisal di Battistello Venancio & C., As. C-218/00***, en la **Sentencia de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções, As. C-164/99***, y en la **Sentencia de 5 de febrero de 2002, *Kaske, As. C-277/99***, si bien es cierto que en las dos últimas sentencias citadas, el Tribunal de Justicia ni tan siquiera se toma la molestia de desmontar —como sí lo hace en las anteriores—, las alegaciones de inadmisibilidad de las partes. Se limita a afirmar que no concurre ninguna de las causas excepcionales que habilitan al Tribunal para inadmitir la cuestión planteada.

Especial interés en cuanto a las causas de inadmisibilidad lo revisten la **Sentencia de 11 de octubre de 2001, *Adam (épouse urbing), As. C-267/99*** y la **Sentencia de 15 de enero de 2002, *Andersen og Jensen, As. 43/00***. Parece lógico pensar a la luz del art. 234 (ex art. 177) del TCE, y así lo ha afirmado además el Tribunal de Justicia en reiterada jurisprudencia, que la interpretación de una norma nacional o de Derecho interno, para la resolución de un litigio a nivel interno, no se encuentra entre las competencias del Tribunal. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha introducido una importante matización: cuando de la interpretación de una norma interna en un litigio interno se trate, la regla general será la incompetencia del Tribunal de Justicia, pero cuando dicha norma interna en un litigio siempre interno se atenga a las soluciones dadas en el Derecho comunitario (bien porque el legislador o el juzgador así lo hayan querido), el Tribunal de Justicia sí será competente para conocer de la interpretación de dicha norma. Tomemos como ejemplo la Sentencia de 15 de enero de 2002, *Andersen og Jensen, As. 43/00*:

“Los Gobiernos danés y neerlandés, así como la Comisión consideran que, de conformidad con los principios establecidos en la sentencia *Leur-Bloem*, antes citada, el Tribunal de Justicia debe declararse competente para responder a las cuestiones prejudiciales. Aunque la Directiva no se aplique directamente a la situación de la que el asunto principal trae

causa, como se desprende de los trabajos preparatorios, el legislador danés decidió dar el mismo trato a las situaciones puramente internas y a las que se regulan por la Directiva y, a tal fin, ajustó al Derecho comunitario las normas por las que se rigen las situaciones puramente internas.

A este respecto, debe recordarse, con carácter preliminar, que, conforme al artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación del Tratado y de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad.

Pues bien, ha quedado acreditado que el litigio principal versa sobre una disposición de Derecho nacional que se aplica en un contexto puramente nacional.

No obstante, el órgano jurisdiccional remitente indicó que, al adaptar el Derecho nacional a las disposiciones de la Directiva el legislador danés había decidido dar el mismo trato a las situaciones puramente internas y a las reguladas por la Directiva, por lo que había ajustado al Derecho comunitario las normas por las que se regían las situaciones puramente internas. El órgano jurisdiccional remitente añade que la interpretación de los conceptos de ‘aportación de activos’ y de ‘rama de actividad’, considerados en su contexto comunitario, es necesaria para la solución del litigio del que conoce, que dichos conceptos figuran en la Directiva, que fueron reproducidos en la Ley nacional por la que se adapta el ordenamiento jurídico interno a dicha Directiva y que su aplicación se ha ampliado a las situaciones puramente internas.

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, cuando, como en el asunto principal, una normativa nacional se atiene, para resolver una situación interna, a las soluciones aplicadas en Derecho comunitario con objeto, especialmente, de evitar la aparición de discriminaciones en contra de los propios nacionales o de eventuales distorsiones de la competencia, existe un interés comunitario manifiesto en que, con el fin de evitar futuras divergencias de interpretación, las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme, cualesquiera que sean las condiciones en que tengan que aplicarse (sentencia Leur-Bloem, antes citada, apartado 32).

De las consideraciones que preceden se desprende que el Tribunal de Justicia es competente para interpretar las disposiciones de la Directiva aunque éstas no rijan directamente la situación controvertida en el asunto principal. Por lo tanto, procede responder a las cuestiones planteadas por el Vestre Landsret.”

Es importante volver a subrayar la importancia de esta matización. Ya no basta con alegar que la norma objeto de interpretación pertenece al ámbito interno del Derecho nacional, sino que habrá de demostrarse que la interpretación comunitaria de dicha norma no es querida, ni por la propia norma, ni por el órgano nacional de remisión. Pero no sólo los motivos y las causas de admisibilidad han sido objeto de análisis por parte del Tribunal, no hay que olvidar tampoco argumentos como el de la limitación de los efectos de la sentencia prejudicial.

Cambiando de argumento, y al igual que ocurre en el caso de las sentencias resultado de un recurso de anulación [art. 231 (ex art. 174) del TCE], el Tribunal de Justicia puede limitar los efectos de las sentencias prejudiciales. Ahora bien, para ello, y al ser ésta una facultad de apreciación que supone una excepción a la regla general de no limitación temporal de los efectos de las sentencias, el Tribunal sólo admitirá dicha limitación de cumplirse una serie de condiciones, algunas de las cuales son enunciadas por el propio Tribunal de Justicia en la **Sentencia de 8 de noviembre de 2001, Silos e Mangini Martini, As. C-228/99** y la **Sentencia de 29 de noviembre de 2001, Griesmar, As. C-366/99**, así: primero, deberán comparecer, en el caso concreto, razones de seguridad jurídica que aconsejen tal limitación; segundo, de alegarse la toma en consideración de razones financieras o económicas, éstas deberán ser significativas o especialmente graves, ya que la concurrencia de las mismas no legitima, por sí sola, tal limitación; tercero, se valorará la vigencia temporal del precepto o norma cuestionado, así como la buena fe de las acciones desarrolladas durante la misma; se tendrá en cuenta la incertidumbre que la propia disposición comunitaria pueda generar, siempre y cuando ésta sea objetivamente relevante. En ambas sentencias el Tribunal no aprecia la existencia de tales condiciones, y por tanto, no procede a la limitación temporal de los efectos de la sentencia prejudicial.

Una precisión importante en cuanto al contenido y alcance de la propia labor interpretativa del Tribunal de Justicia (tercero de los argumentos propuestos al inicio), se produce con motivo de la **Sentencia de 18 de octubre de 2001, SIAC Construction, As. 19/00**. De todos es conocido que el Tribunal de Justicia —con las matizaciones ya mencionadas—, no es competente para interpretar preceptos o normas de Derecho interno, labor que corresponde, dentro del sistema de cooperación prejudicial, al órgano jurisdiccional nacional. En la Sentencia en cuestión, el Tribunal da un paso más, al afirmar que no corresponde tampoco al Tribunal de Justicia, cuestiones tan concretas como la concreción del significado de palabras o expresiones de Derecho nacional, que nada tienen que ver con el ordenamiento comunitario o las soluciones por él aportadas. Se trata en todo caso, de una afirmación lógica si tenemos en cuenta que el Tribunal de Justicia es, en principio, un órgano de interpretación estrictamente comunitario y que, por la misma razón, tampoco declara cuál tiene que ser la concreta interpretación en el caso concreto, o cuál la solución del mismo. Tarea que corresponde al órgano jurisdiccional de remisión.

Por último, y para terminar con los cuatro argumentos apuntados al inicio de esta crónica, el concepto de órgano jurisdiccional ha vuelto a ser objeto de análisis por el Tribunal de Justicia en la **Sentencia de 29 de diciembre de 2001, De Coster, As. C-17/00** y la **Sentencia de 15 de enero de 2002, Lutz y otros, As. C-182/00** (en este último caso, resultado del planteamiento de una cuestión prejudicial de validez).

En la Sentencia de 29 de diciembre de 2001, el Tribunal, después de repasar los requisitos que debe poseer un órgano para ser considerado “órgano jurisdiccional nacional” a los efectos del planteamiento de la cuestión prejudicial, llega a la conclusión de que el órgano en cuestión (Collège juridictionnel de la Région de Bruxelles-Capitale) reúne

tales requisitos, y por tanto, es “órgano jurisdiccional”. Más interesante resulta la Sentencia de 15 de enero de 2002, Lutz y otros, As. C-182/00, interés que deriva del hecho de tratarse de uno de los pocos supuestos en los que el Tribunal de Justicia niega su competencia, por no reunir el órgano de remisión las condiciones y requisitos necesarios para ser considerado tal. Los apartados del texto de la Sentencia que ahora se reproducen resultan suficientemente ilustrativos, así:

“A este respecto, para apreciar si el órgano remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (...)

Así pues, cuando actúa en calidad de autoridad administrativa, sin que deba al mismo tiempo resolver un litigio, no se puede considerar que el órgano remitente ejerce una función jurisdiccional, aunque cumpla los demás requisitos citados en el apartado 12 de la presente sentencia (...)

Por consiguiente, debe declararse que, al realizar dicha actividad, el Landesgericht Wels ejerce una función no jurisdiccional.

De lo anterior se deriva que el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por el Landesgericht Wels, cuando actúa en su calidad de Handelsgericht en lo que atañe a la llevanza del registro de comercio y de sociedades.”

Hemos dejado para el final, el ya clásico apartado consagrado al estudio de las cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles. En el período que nos ocupa, dos han sido las cuestiones resueltas por el Tribunal de Justicia que tienen su origen en planteamientos formulados por órganos jurisdiccionales españoles: la **Sentencia de 13 de diciembre de 2001, Telefónica de España, As. C-79/00** y la **Sentencia de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital, As. C-390/99**, ambas de singular interés.

En los dos casos, es el Tribunal Supremo el órgano nacional de remisión. En la Sentencia de 13 de diciembre de 2001, Telefónica de España, As. C-79/00, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas vuelve a encontrarse ante una petición de limitación de los efectos de la sentencia prejudicial. El Tribunal, como es frecuente en supuestos de esta naturaleza, no entiende que concurran, en el caso concreto, ninguna de las condiciones que harían admisible tal petición. En la Sentencia de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital, As. C-390/99, el Tribunal de Justicia, antes de pasar al análisis del contenido de la cuestión prejudicial planteada, analiza la posible existencia (alegada por el Gobierno Español), de uno de los motivos de inadmisibilidad: la naturaleza hipotética de la cuestión prejudicial. Como suele ser habitual, también en este caso, el Tribunal de Justicia no considera que la cuestión prejudicial planteada sea inútil al órgano de remisión, por lo que no puede considerarse hipotética, y no puede acogerse pues el motivo de inadmisión.

Pasando al segundo gran grupo de sentencias al que nos referíamos al inicio, esto es, las cuestiones prejudiciales de validez, y al margen de la ya mencionada la **Sentencia de 15 de enero de 2002, Lutz y otros, As. C-182/00** (véanse las sentencias relativas al concepto de órgano jurisdiccional), tan sólo cuatro son dignas de mención. Así, la **Sentencia de 11 de octubre de 2001, Khabil, As. ac., C-95/99, C-96-99, C-97/99, C-98/99 y C-108/99**; la **Sentencia de 6 de diciembre de 2001, Carl Kühne y otros, As. C-269/99**; la **Sentencia de 13 de diciembre de 2001, Kloosterboer Róterdam, As. C-317/99**; y la **Sentencia de 7 de febrero de 2002, Weber, As. C-328/00**. No es ésta la sede en la que procede examinar el contenido material de cada una de ellas (seguridad social de trabajadores inmigrantes; pleito entre cooperativas relativo a la utilización de la denominación de origen de una determinada variante de pepinillos; el impago de derechos adicionales de importación; derecho de sociedades; y agricultura), y a lo que están dedicadas otras secciones de esta publicación. En lo que aquí nos interesa, nuestra atención se concentra en la **Sentencia de 13 de diciembre de 2001, Kloosterboer Róterdam, As. C-317/99**.

En cuanto a la **Sentencia de 13 de diciembre de 2001, Kloosterboer Róterdam, As. C-317/99**, resulta de especial importancia por ser la única Sentencia de las ahora examinadas, en la que el Tribunal de Justicia ha apreciado la invalidez de la norma comunitaria puesta en cuestión (en concreto, se trata del artículo 3, apartados 1 y 3, del Reglamento (CE) núm. 1484/95 de la Comisión de 28 de junio de 1995, por el que se establecen disposiciones de aplicación del régimen de aplicación de derechos adicionales de importación y se fijan los derechos adicionales de importación en los sectores de la carne de aves de corral, de los huevos y de la ovoalbúmina y se deroga el Reglamento núm. 163/67/CEE). En efecto, el Tribunal de Justicia, rompiendo con su habitual línea jurisprudencial, y de la que constituyen buena muestra algunas de las sentencias citadas con anterioridad, declara:

“El artículo 3, apartados 1 y 3, del Reglamento (CE) núm. 1484/95 de la Comisión, de 28 de junio de 1995, por el que se establecen disposiciones de aplicación del régimen de aplicación de derechos adicionales de importación y se fijan los derechos adicionales de importación en los sectores de la carne de aves de corral, de los huevos y de la ovoalbúmina y se deroga el Reglamento núm. 163/67/CEE, es inválido en la medida en que dispone que el derecho adicional en él contemplado se determina, en principio, sobre la base del precio representativo previsto en el artículo 2, apartado 1, del Reglamento núm. 1484/95 y que el citado derecho únicamente se determina sobre la base del precio cif de importación del envío de que se trate cuando el importador ha presentado una solicitud en este sentido.”

Lamentable, y a pesar de que en este caso la búsqueda de referencias jurisprudenciales ha ido más allá de las sentencias del Tribunal de Justicia (así por ejemplo, Conclusiones del Abogado General y Autos del Tribunal), no existe sentencia alguna que, a nuestro juicio, merezca ser incluida en esta crónica.

En efecto, las escasas sentencias que aluden de alguna manera a las medidas cautelares, o bien se refieren a medidas cautelares de carácter económico y contempladas en la norma

comunitaria examinada en el caso concreto, o bien, y aun tratándose de medidas cautelares de naturaleza procesal y procedimental, vienen impuestas por el propio Derecho comunitario o reconocidas por el Derecho nacional. Muy distintas, en cualquiera de los dos casos, de las medidas cautelares que aquí interesan, y que son aquellas a las que alude el artículo 243 (ex art. 186) del TCE.

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. De ellas destacamos la segunda, que resuelve a nivel comunitario el controvertido problema de los “descodificadores” de Canal Satélite Digital que se planteó durante la fase de implantación de la televisión digital en el estado español.

STJCE de 25 de octubre de 2001, Asunto C-398/98, Comisión contra República Helénica. Existen a nivel comunitario una Directiva, la 64/414/CEE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1968, por la que se obliga a los Estados miembros de la Comunidad a mantener un mínimo de reservas de petróleo y productos petrolíferos, por razones de seguridad, cuyo nivel debe ser noventa días de consumo medio diario. La ubicación física de los depósitos para estas reservas queda a elección del Estado: pueden estar ubicadas en el propio Estado, pero también pueden existir reservas en el territorio de un Estado miembro por cuenta de empresas establecidas en otro estado miembro, en virtud de acuerdos gubernamentales especiales.

En Grecia, el mercado de carburantes está estructurado por una Ley de 1985 en tres niveles: las refinerías, que no pueden vender directamente al público, las empresas de comercialización, que adquieren de las refinerías o importan, y las gasolineras, que venden al público pero que no pueden comprar directamente a las gasolineras ni importar. Las reservas griegas deben estar situadas en territorio griego y ser constituidas por empresas de comercialización. Esto es lo que la Comisión discute.

Grecia efectuó una reforma legislativa, y desde 1996 las empresas de comercialización (el eslabón central) pueden transferir su obligación de almacenamiento a las refinerías establecidas en Grecia a las que hubieran adquirido productos durante el año anterior. Sin embargo, la Comisión estima que la legislación griega, pese a la modificación efectuada en 1995, sigue siendo contraria al artículo 30 del TCE, pues la posibilidad de transferir la obligación de almacenamiento de las empresas de comercialización a las refinerías queda sujeta a la cuantía de carburante que se adquiriera a estas últimas durante el año anterior.

El TJCE confirma los argumentos de la Comisión:

“el régimen griego relativo al mantenimiento obligatorio de reservas de seguridad de productos petrolíferos tiene la consecuencia de que las empresas de comercialización que desean transferir su obligación de almacenamiento están obligadas a abastecerse en gran parte a través de las refinerías establecidas en el territorio griego. (...)”

De ello se deduce que el hecho de supeditar la transferencia de la obligación de almacenamiento a la adquisición de productos petrolíferos en refinerías establecidas en la República Helénica constituye un trato discriminatorio para los productos petrolíferos de las refinerías situadas en otros Estados miembros, ya que dificulta su comercialización”.

Por tanto, este régimen griego constituye una medida de efecto equivalente de las previstas en el art. 30 del Tratado, ante la cual no cabe invocar como hacía Grecia razones de seguridad pública, que en ningún caso pueden servir de justificación para una restricción cuantitativa a la importación (como ya se dijera en la Sentencia *Campus Oil*, 72/83, Rec. 2727), pues el objetivo de seguridad pública se puede alcanzar con medidas menos restrictivas.

La segunda de las sentencias que comentamos en materia de libre circulación de mercancías es la **STJCE de 22 de enero de 2002, Asunto C-390/99**, fruto de una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo Español relativa a la inscripción en un registro nacional y posterior obtención de una certificación administrativa por parte de los operadores de televisión digital, en el caso de esta Sentencia “Canal Satélite Digital S.L.” Concretamente las cuestiones prejudiciales tienen su origen en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Canal Satélite Digital ante el Tribunal Supremo español con objeto de que se declarase la nulidad del Real Decreto 136/1997, de 31 de enero, por el que se aprobó el reglamento Técnico y de Prestación del servicio de Telecomunicaciones por Satélite (BOE de 1 de febrero de 1997). Como sabremos, también el 31 de enero de 1997 el Gobierno español aprobó el Real Decreto-Ley 1/1997, por el que se incorporó al Derecho español la Directiva 95/47, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión, convalidado posteriormente como Ley 17/1997, de 3 de mayo.

Pues bien, el Real Decreto 136/1997 es el que contiene las previsiones discutidas en materia de registro de los aparatos descodificadores, que son el medio de acceder a los servicios prestado por la plataforma de televisión digital Canal Satélite, previas la adquisición del decodificador o del derecho a utilizarlo (acceso condicional). En el Estado español, Canal Satélite ofrecía tales descodificadores, que habían sido fabricados y comercializados legalmente en Bélgica y en el Reino Unido.

Lo que el TS español desea saber es si la Directiva 95/47, en relación con los artículos 30 y 59 TCE, impone la obligación de inscribir a los operadores y sus productos en un registro. La Directiva 94/47 es la que pretende crear un mercado interior en materia de tecnologías y fomentar en Europa el desarrollo rápido de servicios de televisión en formato ancho y la introducción de la televisión de alta definición. Para el TJCE, la obligación de inscribirse en un registro restringe la libre circulación de mercancías y la libre prestación de servicios garantizadas por los artículos 30 y 59 TCE, como ya se dijo en la STJCE *Corsten*, C-58/98, apartado 34. En materia de telecomunicaciones es difícil determinar si prevalece la libre circulación de mercancías o la libre prestación de servicio. Es jurisprudencia reiterada que un régimen de autorización administrativa previa no puede legi-

timar un comportamiento discrecional de las autoridades que prive de eficacia a las disposiciones comunitarias (SSTJCE Bordsa y otros asuntos acumulados C-358/93 y C-416/93; Analir y otros, C-205/99). Para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado, debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano. No puede considerarse necesaria una medida adoptada por un Estado miembro que, esencialmente, duplica los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos, bien en ese mismo Estado, bien en otro estado miembro. Un producto legalmente comercializado en un Estado miembro debe, en principio, poderse comercializar en otro Estado sin estar sujeto a controles adicionales y sin perjuicio de las excepciones establecidas en el derecho comunitario (conocida STJCE 129/78, de 20 de febrero de 1979, “Cassis de Dijon”).

Un procedimiento de autorización previa sólo es necesario si se considera que el control *a posteriori* es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada. Tampoco lo es si por su duración y por los gastos desproporcionados que genera puede disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto.

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

La primera de las sentencias que vamos a analizar en este apartado tiene por objeto analizar el mantenimiento de una segunda vía de formación para acceder a la profesión de odontólogo, **STJCE de 29 de noviembre de 2001, As. C-202/99, Comisión contra República italiana**. A nivel comunitario fue objeto de aprobación la Directiva 78/687/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1978, sobre coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a las actividades de los odontólogos, que prevé el reconocimiento recíproco entre los Estados de los diplomas, certificados y otros títulos de odontólogo. Italia adaptó su normativa a esta Directiva mediante la Ley 409/1985, que entre otras cosas mantuvo una segunda vía de formación que daba acceso a la profesión de odontólogo (título de odontólogo o título de médico –seis años– más una especialización en odontología de 3 años).

La Comisión considera que esta segunda vía no es conforme a la Directiva por cuanto estos tres años de más incumplen el requisito de una formación específica de cinco establecido en la propia Directiva. Para el TJCE, una especialización en el ámbito de la medicina no puede hallarse comprendida al mismo tiempo en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/16 sobre médicos y en la Directiva sobre reconocimiento de títulos de odontólogos. La Directiva de coordinación de 1978 prevé expresamente la creación de una nueva categoría de profesionales facultados para ejercer la odontología con un título diferente al del médico. Una formación en odontología después de los estudios de medicina no se corresponde con el contenido del art. 1 de la Directiva 78/687/CEE, que exige una formación específica de odontólogo de cinco años dedicados exclusivamente a la odontología. Las Directivas sobre médicos y odontólogos se basan en el principio de que se trata de profesiones distintas.

Sentencia de 29 de noviembre de 2001, Asunto C-17/00. Se trata de una cuestión prejudicial relativa a un impuesto municipal sobre antenas parabólicas. Según el TJCE, los

actuales artículos 49, 50 y 55 TCE se oponen a la aplicación de un impuesto municipal sobre antenas parabólicas como el que se estableció (con fines estéticos de evitar la proliferación de antenas) por parte de un ayuntamiento belga.

El TJCE reconoce que si bien los impuestos directos no son materia del Derecho comunitario, no es menos cierto que en el ámbito de la libre prestación de servicios una medida fiscal nacional que obstaculiza esta libertad puede constituir una medida prohibida (como ya se declaró en las SSTJCE de 13 de diciembre de 1989, *Corsica Ferries France*, C-49/89; y 5 de octubre de 1994, *Comisión contra Francia*, C-381/93), siendo indiferente que la medida la adopte el propio Estado miembro o una corporación local.

Según la jurisprudencia del TJCE, tanto la emisión de mensajes televisados como su transmisión se inscriben en el ámbito de las normas del Tratado relativas a la prestación de servicios (SSTJCE, entre otras, de 16 de diciembre de 1992, *Comisión contra Bélgica*, C-211/91; de 5 de octubre de 1994, *TV10*, C-23/93). En el caso de las antenas parabólicas, gravar las mismas tiene como efecto imponer a la recepción de emisiones televisadas difundidas por satélite un gravamen que no recae sobre las transmitidas por cable, no sujeto a gravamen. Así, por ejemplo, mientras que las emisiones televisadas por organismos de radiodifusión establecidos en Bélgica se distribuyen ilimitadamente por cable, no sucede lo mismo con las emisiones ofrecidas desde otros Estados miembros. Más concretamente: el número de cadenas danesas, griegas, italianas, finlandesas o suecas que se difunden por cable en Bélgica es muy limitado, cuando la Comisión menciona una cadena como mínimo por estado. Esto es, la mayoría de emisiones de radiodifusión de dichos Estados miembros sólo pueden ser captadas por antenas parabólicas. Por ello, un impuesto que grave las antenas parabólicas tiene como efecto el disuadir a los destinatarios de los servicios de radiodifusión televisada de intentar acceder a las emisiones de otros Estados, perjudicando dicho impuesto las actividades de los operadores que desempeñan su actividad en el ámbito de la radiodifusión que estén establecidos fuera de Bélgica, mientras que garantiza una ventaja particular al mercado interno belga.

STJCE de 15 de enero de 2002, *Comisión contra República italiana*, C-439/99. Se trata de un recurso interpuesto por la Comisión al amparo del artículo 226 TCE. En este asunto el tribunal enjuicia diversas normas italianas, tanto estatales como regionales, en materia de ferias, exposiciones, salones y mercados. El TJCE estima que se viola el principio de la libre prestación de servicios en los siguientes casos:

- Supeditando el ejercicio de determinadas prestaciones de servicios en el territorio de un Estado por parte de una empresa domiciliada en otro Estado miembro a la concesión de una autorización administrativa. Ello es una restricción a los efectos del artículo 59 TCE. A igual solución se llegó en la STJCE de 9 de marzo de 2000, *Comisión contra Bélgica*, C-355/98.
- Para el TJCE si la exigencia de autorización constituye una restricción a la libre prestación de servicios, la exigencia de un establecimiento permanente es de hecho la negación misma de esa libertad, y priva de todo efecto al artículo 59 TCE.

– Son también restricciones a la libre prestación de servicios la obligación de organizador de ferias de tener una forma o estatuto jurídico especiales, la obligación de que la actividad de organizador de ferias se ejerza de modo exclusivo y la prohibición del ánimo de lucro.

– Respecto a la imposición de un carácter periódico para las ferias, ello puede ser una dificultad para el ejercicio de la libre prestación de servicios, aunque pueden existir motivos de interés general (en el caso enjuiciado no fue así) que justifiquen restricciones de este tipo.

Sentencia de 7 de febrero de 2002, Comisión contra Italia, Asunto C-270/00: se trata de un procedimiento interpuesto por la comisión al amparo del artículo 226 TCE respecto de una ley italiana de 1997 sobre actividad de suministro de trabajo temporal. El TJCE es contundente y da la razón a los dos motivos alegados por la Comisión:

El primero era la exigencia de la ley italiana de que la sociedad suministradora tenga su domicilio social o una sucursal en el territorio nacional es contraria al artículo 49 TCE, por cuanto dicho requisito constituye la negación misma de la libre prestación de servicios garantizada por el TCE, y que tiene como consecuencia privar a ésta de todo efecto útil. La exigencia de que las empresas de trabajo temporal que deseen ceder mano de obra a empresarios establecidos en Italia deban tener su domicilio social o una sucursal en territorio italiano contraviene directamente la libre prestación de servicios en la medida en que hace imposible la prestación de los mismos por empresas establecidas en otros Estados. La exigencia podría aceptarse de demostrarse que constituye un requisito indispensable para alcanzar el objetivo de protección de los trabajadores, pero la exigencia italiana es más rigurosa de lo que resulta necesario para alcanzar este objetivo.

El segundo, en el que también se da la razón a la Comisión, era la obligación de constituir una fianza en una entidad de crédito que tenga su domicilio social o una sucursal en territorio italiano. Según el TJCE, esta obligación resulta contraria al artículo 49 TCE en la medida en que dicha obligación supone manifiestamente un obstáculo para el ejercicio de la actividad de suministro de trabajo temporal. La obligación de constituir una fianza puede obstaculizar las actividades de un prestador de este servicio establecido en otro estado miembro y constituye por ello una restricción a la libre prestación de servicios según el artículo 49 TCE; se trata además de una restricción a los movimientos de capitales según el artículo 56.1 TCE, además de constituir una discriminación contra las entidades de crédito establecidas en otros Estados miembros.

B) Libre prestación de servicios y libertad de establecimiento

En este período no se ha producido jurisprudencia de interés relativa a esta materia.

C) Libre circulación de trabajadores

El único pronunciamiento jurisprudencial de interés que se ha producido durante el período analizado está relacionado con el principio de igualdad de trato. En efecto, la **STJCE de 15 de enero de 2002, Gottardo, As. C-55/00** responde a la cuestión que le es formulada a través de un reenvío prejudicial de si un trabajador de un Estado miembro tiene derecho a que se le liquide la pensión de vejez mediante la acumulación de los períodos de seguro cubiertos ante la institución de seguridad social de un Estado ajeno a la Unión Europea, dado que el Convenio celebrado con ese país tercero es aplicado por el Estado miembro en el que se reclama la pensión a favor de sus propios nacionales. Los hechos que dan lugar a esta cuestión prejudicial son la solicitud de pensión de vejez que una nacional francesa presenta ante las instituciones de la seguridad social italianas, pensión a la que sólo tendría derecho si se le computaran unos períodos de cotización de seguro cubiertos en Suiza en virtud del Convenio bilateral en materia de seguridad social firmado en su día entre la República Italiana y la Confederación Suiza, y su posterior denegación por las instituciones de seguridad social italianas que entienden que, dada la nacionalidad francesa de la solicitante, no le es aplicable el Convenio ítalo-suizo, pues consideran que la celebración por un solo Estado miembro de un convenio internacional bilateral con un país tercero no está comprendida en la esfera de competencias comunitarias. Además, las instituciones de seguridad social italianas contaban con un precedente jurisprudencial del Tribunal de Justicia en el que se declaró que un convenio celebrado entre un solo Estado miembro y uno o varios países terceros no está comprendido en el concepto de legislación en el sentido del Reglamento núm. 1408/71 (STJCE de 2 de agosto de 1993, Grana-Novoa, As. C-23/92).

No obstante, el Tribunal de Justicia se apartará de dicho precedente. Para ello, el Tribunal de Justicia recuerda su jurisprudencia en materia de convenios internacionales (así la STJCE de 27 de septiembre de 1988, Matteucci, As. 235/87, a propósito de un acuerdo cultural, y la STJCE de 21 de septiembre de 1999, Saint-Gobain ZN, As. C-307/97, a propósito de un convenio internacional bilateral para evitar la libre imposición) de la que se deriva que al aplicar los compromisos suscritos en virtud de convenios internacionales, ya se trate de un convenio entre Estados miembros o de un convenio entre un Estado miembro y uno o varios países terceros, los Estados miembros deben, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 307 CE, respetar las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho comunitario. En este sentido, “el hecho de que, por su parte, los países terceros no tengan que respetar ninguna obligación con arreglo al Derecho comunitario es, a este respecto, irrelevante” (apartado 33). De este modo, cuando un Estado miembro celebra con un país tercero un convenio internacional bilateral de seguridad social que prevé el cómputo de los períodos de seguro cubiertos en dicho país tercero para tener derecho a prestaciones de vejez, el principio fundamental de igualdad de trato obliga a dicho Estado miembro a conceder a los nacionales de los demás Estados miembros las mismas ventajas que aquellas de las que disfrutaban sus propios nacionales en virtud de dicho convenio, a menos que pueda justificar objetivamente su denegación (apartado 34). En este sentido, el Tribunal de Justicia declara que el eventual aumento de las cargas

financieras para el Estado miembro y las dificultades administrativas ligadas a la colaboración con las autoridades competentes del tercer Estado no constituyen una justificación objetiva para que el Estado miembro parte en el convenio bilateral se niegue a extender a los nacionales de los demás Estados miembros las ventajas que dicho convenio concede a sus propios nacionales (apartados 36 a 39).

D) Libre circulación de capitales

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

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

LUIS F. MAESO SECO

FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

JUANI MORCILLO MORENO

JESÚS PUNZÓN MORALEDA

JOSÉ MARÍA MAGÁN PERALES

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL**Sumario:****1. Introducción. 2. Procesos constitucionales.** A) Recurso de amparo. a) Legitimación

[art. 46 de la LOTC y art. 162.1.b) CE]: ausencia de titularidad de las personas jurídicas de Derecho público para invocar la igualdad y prohibición del artículo 14 CE; un “interés legítimo” es en esta acción un interés cualificado por un derecho propio. b) *Habeas Corpus* respecto de sanción administrativa de arresto domiciliario: debe agotarse la vía previa en ambos procesos antes de acudir a un amparo mixto (art. 43.1 de la LOTC).

c) Cómputo del plazo: principio *pro actione* en la determinación del *dies a quo* (art. 44.2 de la LOTC) en Sentencia sin audiencia de parte por falta de emplazamiento personal.

d) Prohibición de valoración de la prueba [art. 44.1.b) de la LOTC y art. 117.3 CE]: necesidad de acreditar la violación de un derecho fundamental “con independencia de los hechos”: sólo puede revisarse la existencia de actividad probatoria y la racionalidad de las inferencias lógicas. e) Efectos de la Sentencia [art. 55.1.c) de la LOTC]: alteración del precedente en la aplicación judicial de la Ley sin motivación (arts. 14 y 24.1 CE): retrotraer al momento de dictar Sentencia para que se expliquen las razones.

B) Control de constitucionalidad de normas con rango de Ley. a) Autocuestión o cuestión interna (art. 55.2 de la LOTC). b) Requisitos de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35.2 de la LOTC): en caso de discrepancia entre los preceptos constitucionales citados en la providencia de audiencia a las partes y los motivados en el Auto de planteamiento sólo los segundos devienen canon de constitucionalidad. C) Controversias competenciales. a) Conflictos administrativos o sin relevancia constitucional: falta de jurisdicción (art. 4.2 de la LOTC) para conocer de un conflicto sobre supuestas lesiones de hecho causadas por las competencias ajenas en el terreno de las propias: Conflicto entre Comunidades Autónomas.

3. Criterios de distribución de competencias.

A) Distribución de competencias en materia de Cámaras de Comercio: alcance de las competencias estatales en relación con las bases en materia de Administraciones públicas (art. 149.1.18° CE): ámbito más limitado que respecto a éstas en sentido estricto.

B) Interpretación restrictiva de la competencia estatal en materia de comercio exterior

(art. 149.1.10° CE): no excluye las competencias autonómicas respecto a las Cámaras de Comercio. C) ¿Redefinición de los criterios competenciales en la materia seguridad pública (art. 149.1.29° CE)? Submateria: introducción de la noción de *policía gubernativa* y la distinción entre *actividades materiales y jurídicas* en materia de policía.

1. INTRODUCCIÓN

Se analizan las sentencias publicadas en el último trimestre del año 2001. Las comprendidas entre la STC 190/2001 hasta la 240/2001. Las más destacables son, de un lado, la STC 195/2001, de 4 de octubre, el caso del Puerto de Ribadeo, en la que el Tribunal Constitucional inadmite un conflicto de competencia y declara su falta de jurisdicción, para permitir que las lesiones de hecho en la esfera de las competencias propias ocasionadas por el ejercicio de las ajenas se abran al régimen jurídico de la prueba en un proceso contencioso-administrativo.

Y, de otro, la STC 235/2001, de 13 de diciembre, que introduce la noción de “policía gubernativa” como submateria incluida dentro de la seguridad pública y de la que se deducen específicas competencias estatales en todo lo que suponga actividad jurídica en ese terreno y no meramente material. Independientemente de la oportunidad o no del resultado de esta exégesis, estamos ante una verdadera “norma atributiva de competencia” a un ente territorial de creación jurisprudencial, pues no está expresamente recogida en lugar alguno el bloque de la constitucionalidad. Un caso de serio –discutible y de hecho discutido en los votos particulares– activismo judicial, sobre el que conviene reflexionar con distanciamiento y mayor rigor.

En lo atinente a los criterios de distribución de competencias, destacamos la STC 206/2001, de 22 de octubre, y la STC 235/2001, de 13 de diciembre.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo

a) Legitimación [art. 46 de la LOTC y art. 162.1.b) CE]: ausencia de titularidad de las personas jurídicas de Derecho público para invocar la igualdad y prohibición del artículo 14 CE; un “interés legítimo” es en esta acción un interés cualificado por un derecho propio

La STC 239/2001, de 18 de diciembre, en el que es recurrente la Universidad Politécnica de Cataluña, vuelve a plantear el tema de la legitimación y titularidad de los derechos fundamentales por las personas jurídicas de Derecho público. Se inadmite el

II. Justicia Constitucional

amparo por entender que este tipo de personas no son titulares del derecho fundamental a la igualdad e interdicción de discriminación del art. 14 CE (a diferencia del art. 24.1 donde con matices puede reconocérseles el derecho) que está cimentada en la dignidad de la persona del art. 10 CE, ya que el propio precepto se refiere a los “ciudadanos”; sólo se les reconoce en ocasiones respecto de la igualdad en la aplicación judicial de la Ley y dada su íntima conexión con la tutela judicial.

Tampoco quedaría expedito a la actora el recurso de amparo (FJ 4º) invocando, en vez de la titularidad de un derecho fundamental, un “interés legítimo”, conforme al art. 162.1.b) CE, pues para este recurso sólo vienen legitimadas las personas directamente afectadas, la acción es de carácter personalísimo y no puede ser ejercida por persona diversa a su originario titular; ese interés legítimo que demanda el precepto constitucional debe ser “cualificado o específico” por estar referido a un derecho fundamental propio.

Conforme a lo que precede, la posibilidad que tienen las Administraciones públicas de hacer valer sus “derechos” en amparo es muy limitada, dada la naturaleza extraordinaria de este recurso (FJ 3º)

Casi idéntica resulta ser la **STC 240/2001, de 18 de diciembre**, donde fue actora la Universidad de Barcelona, que viene a consolidar esta jurisprudencia.

b) Habeas Corpus respecto de sanción administrativa de arresto domiciliario: debe agotarse la vía previa en ambos procesos antes de acudir a un amparo mixto (art. 43.1 de la LOTC)

La **STC 194/2001, de 1 de octubre**, enjuicia un amparo mixto interpuesto por un Guardia Civil frente a un doble objeto, de un lado, una resolución administrativa sancionadora por la que se le impusieron dos días de arresto domiciliario por una falta leve a la disciplina de ese Cuerpo, y, de otro, el Auto de un Juez Togado Militar que desestimó su solicitud de Habeas Corpus por entender irregular tal arresto. El mencionado Juez desestimó el Habeas Corpus al entender que la sanción había sido impuesta por la autoridad competente. El Tribunal Constitucional ciñe el amparo al Habeas Corpus al estimar que no se ha agotado la vía previa respecto de la sanción administrativa ante la jurisdicción ordinaria y desestima la petición de amparo.

c) Cómputo del plazo: principio pro actione en la determinación del dies a quo (art. 44.2 de la LOTC) en Sentencia sin audiencia de parte por falta de emplazamiento personal

La **STC 197/2001, de 4 de octubre**, enjuicia un amparo sobre el catálogo de puestos de trabajo en un Diputación por pretendida indefensión al dictarse una decisión *inaudita parte* por falta de emplazamiento personal de las recurrentes. Se opone por la demandada la extemporaneidad de los recursos y la Sala Primera decide (FJ 2º) que aunque las recurrentes no tuvieron noticia de la Sentencia impugnada “hasta el nuevo nombramiento en el puesto” que provisionalmente ocupaban de otro funcionario, no está suficientemente

concretado si el *dies a quo* se produjo el día en que “se publicó” el nuevo nombramiento o en el momento de la efectiva “toma de posesión” de la plaza. El Tribunal Constitucional estima que debe aplicar un principio *pro actione*.

d) Prohibición de valoración de la prueba [art. 44.1.b) de la LOTC y art. 117.3 CE]: necesidad de acreditar la violación de un derecho fundamental “con independencia de los hechos”: sólo puede revisarse la existencia de actividad probatoria y la racionalidad de las inferencias lógicas

La STC 207/2001, de 22 de octubre, se niega a examinar desde la legalidad la valoración de la prueba pericial, cosa que viene vedada por el art. 44.1.b) de la LOTC y art. 117.3 CE, y admite valorarla “en su reflejo constitucional” a la luz de la interdicción de toda clase de indefensión, pero ello no permite convertir al Tribunal Constitucional en una nueva instancia que sustituya la valoración realizada por los órganos judiciales. “Nuestra única función consiste en dilucidar si ha tenido lugar la actividad probatoria requerida, y si las inferencias lógicas llevadas a cabo no han sido irracionales, arbitrarias, erróneas o absurdas” (FJ 4º).

e) Efectos de la Sentencia [art. 55.1.c) de la LOTC]: alteración del precedente en la aplicación judicial de la Ley sin motivación (arts. 14 y 24.1 CE): retrotraer al momento de dictar Sentencia para que se expliquen las razones

La STC 229/2001, de 26 de noviembre, posee unas interesantes consecuencias procesales; es un caso en el que la recurrente alega una infracción de la igualdad en la aplicación judicial de la Ley (art. 14 CE) por alteración de un precedente que se aporta como término de comparación en sendos recursos contencioso-administrativos sobre liquidación del IRPF interpuestos por el mismo demandante en supuestos —en apariencia— sustancialmente idénticos. El Tribunal Constitucional entiende que no puede haber lesión de la igualdad, pues falta la imprescindible “alteridad”, al proceder los términos de comparación de la misma persona, pero estima que se ha lesionado el art. 24.1 CE. Se otorga el amparo y se dispone (FJ 5º) la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al de dictar Sentencia para que el órgano juzgador explique las razones por las que se resuelve de modo diferente a como lo hizo en el caso anterior.

B) Control de constitucionalidad de normas con rango de Ley

a) Autocuestión o cuestión interna (art. 55.2 de la LOTC)

La STC 200/2001, de 4 de octubre, enjuicia una de las escasas autocuestiones o cuestiones internas de inconstitucionalidad planteada por la Sala Primera, tras estimar el recurso de amparo, al Pleno del Tribunal Constitucional en relación con el texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, asunto del que ya hemos dado noticia en números previos. Se trata de una discriminación en los requisitos temporales para la pen-

sión de orfandad de hijos adoptivos, y se trae a colación la igualdad del art. 14 CE y la protección integral de los hijos con independencia de su filiación (art. 39.2 CE). Se declara la nulidad del inciso “para que la adopción pueda surtir efectos pasivos es preciso que el adoptante haya sobrevivido dos años al menos desde la fecha de la adopción”.

b) Requisitos de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35.2 de la LOTC): en caso de discrepancia entre los preceptos constitucionales citados en la providencia de audiencia a las partes y los motivados en el Auto de planteamiento sólo los segundos devienen canon de constitucionalidad

La STC 234/2001, de 13 de diciembre, enjuicia una cuestión de inconstitucionalidad respecto de la Ley de impuestos especiales de 1985, entre otros motivos, planteada por suponer un supuesto de retroactividad plena, ya que una disposición transitoria obliga a los fabricantes a tributar por el nuevo impuesto sobre hidrocarburos mientras con antelación venían gozando de exención en el anterior impuesto sobre el petróleo. El Tribunal Constitucional establece (FJ 2º) que, aunque en la providencia de audiencia a las partes se citan varios preceptos constitucionales como vulnerados, en el Auto de planteamiento sólo se fundamenta la presunta violación del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), por lo que sólo éste deviene canon de constitucionalidad. La conexión entre interdicción de retroactividad y seguridad jurídica lleva a estimar la cuestión.

C) Controversias competenciales

a) Conflictos administrativos o sin relevancia constitucional: falta de jurisdicción (art. 4.2 de la LOTC) para conocer de un conflicto sobre supuestas lesiones de hecho causadas por las competencias ajenas en el terreno de las propias: Conflicto entre Comunidades Autónomas

El Tribunal Constitucional está contribuyendo, finalmente, a esclarecer un delicado asunto reclamando la colaboración de la jurisdicción contenciosa en la solución de conflictos de competencia territorial y naturaleza administrativa; parecen desecharse los temores producidos después del caso ATINA. La STC 195/2001, de 4 de octubre (Ponente D. Rafael Mendizábal Allende quien ya había suscrito en el mismo sentido un muy interesante pero oscuro Voto Particular a la STC 172/1996, de 31 de octubre), enjuicia una controversia competencial entre el Principado de Asturias y la Junta de Galicia por razones medioambientales. La Junta adoptó en 1994 unos acuerdos por los que aprobó un proyecto de obras de mejora del Puerto de Ribadeo (Lugo). Frente a esta decisión, la Comunidad actora destacó la trascendencia supracomunitaria de esas actuaciones gallegas, ya que afectaban a la zona asturiana de la ría de Eo y dieron lugar a denuncias de particulares, empresas y ayuntamientos limítrofes que se quejaban de las alteraciones que dichas obras estaban provocando en los fondos de la ría y en los ecosistemas de la zona, al aumentar los bancos de arena; e invocó diversos de sus títulos competenciales que consideraba invadidos o, cuando menos, menoscabados o condicionados por la obra portuaria: pesca en aguas interiores, protección de los ecosistemas y del medio ambiente, obras

públicas y puertos, etc. Por su parte, la Junta de Galicia solicitó la inadmisión del conflicto por considerar que sólo planteaba una aparente controversia competencial, al no existir invasión alguna, ya que se trataba de un puerto de titularidad de la Junta, y que, en realidad, se encubría una pretensión ajena a la jurisdicción constitucional, cuyo conocimiento debía corresponder a los órganos judiciales de lo contencioso-administrativo.

El Tribunal Constitucional acepta esta excepción esgrimida por la Comunidad demandada y declara **inadmisible** el conflicto. Se afirma (FJ 2º), primero, que la competencia es el soporte principal del reproche que pueda formularse a una actuación autonómica y que la *vindicatio potestatis* no es el único elemento definidor del conflicto, no siendo, en consecuencia, imprescindible al actor recabar para sí la competencia ejercida por otro, basta con alegar la falta de respeto del orden de competencias pudiendo denunciarse “los excesos” en el ejercicio de una competencia ajena. Ahora bien, en este caso concreto, el problema reside (FJ 3º) en que las partes discrepan sobre la “repercusión negativa” en la margen asturiana de la ría ocasionadas por las obras públicas hechas por Galicia, la controversia se encuadra así en una “**lesión de hecho**”, en unos “**daños**” en un territorio limítrofe: “por consiguiente, no hay controversia competencial alguna sino, en todo caso, un problema que habrá de ventilarse ante los Tribunales ordinarios, a tenor de lo previsto en el art. 153.c) CE”. Existe un conflicto pero no es de naturaleza competencial.

Cabe admitir que pudiera haber alguna extraterritorialidad de la medida que derivase en una invasión competencial, pero, para que esta hipótesis se produjera, sería necesario un doble requisito: que el acto controvertido tuviera “efectos normativos o de otro tipo pero siempre jurídicos, no simples efectos de hecho”, y que esos efectos tuvieran un “contenido actual”, “nunca potenciales o hipotéticos”. Ambas condiciones faltaban aquí —considera el Tribunal— pues ni los efectos pueden calificarse como jurídicos ni ha quedado probado que se hayan producido en la realidad. Así lo revela el *petitum* de la demanda donde el ente actor instó a que se eliminaran los perjuicios ocasionados, una pretensión que no tiene cabida en un conflicto, pues entraña “un juicio de legalidad propio de lo contencioso-administrativo, y por lo mismo ajeno a la jurisdicción constitucional”. El objeto procesal del conflicto ha sido desvirtuado.

De todo ello se concluye que, al no haber un pronunciamiento sobre la titularidad de la competencia (art. 66 de la LOTC), “que no es posible por nuestra carencia de jurisdicción (art. 4.2 de la LOTC)”, debe declararse inadmissible el conflicto al no existir controversia competencial y referirse el proceso “sólo a una discrepancia sobre una cuestión relativa al efectivo alcance territorial de una concreta actividad ejecutiva de Galicia, que las partes pueden ventilar ante los Tribunales ordinarios cumpliendo los requisitos legalmente establecidos”.

Los razonamientos de esta Sentencia nos parecen adecuados, no hay “lesión constitucional”, discrepancia jurídica sobre la forma de ejercicio de la competencia ajena, sino una denuncia de una “lesión de hecho”, un debate sobre la existencia real de unos daños o físicos o materiales en la esfera de competencia propia de otro ente; algo que debe abrir-

II. Justicia Constitucional

se a la prueba en un proceso ordinario y no en un proceso de conflicto que, pese a su dimensión concreta derivada de ser una controversia entre sujetos, por la misma configuración abstracta de la jurisdicción constitucional, está inevitablemente ligado al control normativo y a un pronunciamiento sobre la titularidad de la competencia fundado en una interpretación constitucional y no en la prueba de unos hechos.

Un único, pero muy serio reproche, puede efectuarse: la decisión de falta de jurisdicción se produjo a los siete años de formalizarse la demanda, unas dilaciones difícilmente aceptables, pues pudieron ser perfectamente evitadas con un mayor rigor procesal en el momento de la admisión del conflicto. Se corroboran en todo caso los riesgos causados por las posiciones que defienden el uso alternativo de recurso contencioso-administrativo y conflicto: una declinatoria de jurisdicción demasiados años después de denunciarse unas amenazas medioambientales, todavía sin acreditar, pero que podrían haber dañado ya el ecosistema.

La Sentencia permite entender consolidada la dualidad de jurisdicciones para conocer de problemas competenciales o en un algún grado relacionados. La exclusividad del Tribunal Constitucional resulta abandonada y parece volverse a la posición iniciada con el caso ATINA (STC 88/1989). Así convendría, cuando menos, que fuera leída para superar una fase de contradicciones aparecida en 1992 (especialmente por la discrepancia entre aquella y las SSTC 67 y 74/1992). Es bueno que el Tribunal deseche sus propias dudas.

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Durante este trimestre sólo se han dictado dos decisiones relevantes desde el punto de vista de la distribución de competencias: las SSTC 206/2001, de 22 de octubre, y 235/2001, de 13 de diciembre. Una tercera decisión, la STC 195/2001, de 4 de octubre, es relevante únicamente desde el punto de vista procesal por lo que ya ha sido examinada en la sección anterior.

Con carácter previo puede afirmarse que las cuestiones enjuiciadas en las dos decisiones objeto de comentario en estas líneas no afectan a materias especialmente relevantes. La primera resuelve dos recursos de inconstitucionalidad presentados por los órganos ejecutivos de Cataluña y Valencia contra determinados preceptos de la Ley 3/1993, básica de Cámaras de Comercio y la segunda zanja el recurso de inconstitucionalidad presentado, de nuevo, por el gobierno catalán contra la Ley 3/1996, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío a la fabricación ilícita de drogas.

Sin embargo, sí hay dos reflexiones generales respecto a estas sentencias dignas de ser apuntadas. Ataño la primera a la indudable mejora en la estructura de las decisiones jurisprudenciales. En ambas sentencias (aunque con más claridad en la primera cuyo ponente es el anterior presidente) se sigue la argumentación de forma muy nítida: premisas del conflicto, teoría general de la distribución de competencias según la jurisprudencia anterior sobre los títulos competenciales alegados y, por último, aplicación de la citada teoría a los preceptos impugnados. Pese a que esta estructura sea criticada en alguno de los votos

particulares (en concreto el suscrito por el magistrado Vives a la STC 235/2001), es reconfortante para el lector de estas decisiones poder analizar con facilidad unas sentencias técnicamente cada vez más complejas. La segunda de las reflexiones se refiere a los cambios producidos en el seno del Tribunal y su posible efecto sobre las líneas jurisprudenciales en materia autonómica. Si la STC 235/2001 puede considerarse un preludio, los defensores de las tesis autonomistas no pueden ser excesivamente optimistas. No sólo se trata de una decisión reductora de las competencias autonómicas, sino que también constituye un cierto alejamiento de las posiciones anteriores del Tribunal y ha generado una ruptura interna importante en la medida en que viene acompañada por dos Votos Particulares suscritos por cinco Magistrados.

A) Distribución de competencias en materia de Cámaras de Comercio: alcance de las competencias estatales en relación con las bases en materia de Administraciones públicas (art. 149.1.18º CE): ámbito más limitado que respecto a éstas en sentido estricto

En la STC 206/2001, de 22 de octubre, el TC recuerda su jurisprudencia sobre la materia sentada en la STC 22/1999 sobre la Ley vasca de Cámaras Agrarias (vid Justicia Administrativa, núm. 4) y reconoce que la extensión e intensidad de las bases estatales para regular las corporaciones camerales es mucho menos que la afectante a las Administraciones públicas en sentido estricto. Las competencias estatales se limitarán a la calificación de las Cámaras como corporaciones de Derecho Público, regular su régimen jurídico básico, fijar sus funciones y fines característicos e incorporar algún instrumento administrativo idóneo para el cumplimiento de sus fines y funciones característicos (FJ 4º). Sin embargo, sí puede justificarse una mayor extensión de la intervención del poder central si concurren otros títulos competenciales estatales, tal y como ocurre en el caso objeto del conflicto por la presencia del título competencial sobre comercio exterior (art. 149.1.10º).

Aplicando esta doctrina a los preceptos de la Ley impugnada (la ya citada Ley 3/1993) declara inconstitucionales algunos de ellos y reinterpreta otros. En especial destaca la prohibición de afectación de los ingresos camerales al cumplimiento de determinados fines sólo sobre la base del título competencial contenido en el art. 149.1.18 (FJ 16º).

B) Interpretación restrictiva de la competencia estatal en materia de comercio exterior (art. 149.1.10º CE): no excluye las competencias autonómicas respecto a las Cámaras de Comercio

También en la STC 206/2001, el TC resume su jurisprudencia anterior para delimitar con carácter general la distribución de poderes entre el poder central y los autonómicos. Así, recuerda que esta competencia ha de interpretarse de forma estricta (STC 125/1984) y que esta interpretación restrictiva es aplicable también a aquellos supuestos en que la promoción exterior es realizada por las Cámaras de comercio y no por los propios órganos del Estado. Por ello, debe tenerse en cuenta la presencia de límites de diferente naturaleza a la competencia estatal en esta materia. Por una parte, los límites derivados del propio art. 149.1.10º que exigen diferenciar dos tipos de medidas de

fomento con incidencia exterior: las directamente referidas a la actividad exportadora que expresan una determinada política comercial exterior del Estado (reconducible a la competencia estrictamente estatal) y las ayudas a empresas que producen productos para comercializar en el exterior (que no tendrán cobijo en el art. 149.1.10º). Un segundo límite a la potencialidad expansiva del título competencial citado es el derivado de la concurrencia de otras competencias autonómicas, que, en este caso, son las relativas a las cámaras de comercio. Esto es, se produce un efecto de doble limitación: las competencias autonómicas sobre las cámaras no excluyen la competencia estatal sobre promoción exterior, pero tampoco ésta puede excluir la competencia general autonómica. La síntesis derivada de estos efectos de doble limitación se encuentra en que al Estado le corresponden competencias sobre las cámaras que estén estrictamente relacionadas con la promoción del comercio exterior, pero las mismas no impiden que, a su vez, la Comunidad Autónoma dirija y controle, también, el funcionamiento de las cámaras, incluso, cuando éstas desarrollen tareas de promoción del comercio exterior (FJ 5º).

El Tribunal, a continuación, aplica esta jurisprudencia, y en especial los límites apuntados a la expansividad del art. 149.1.10º, a los diversos preceptos impugnados declarando inconstitucionales algunos y reinterpretando otros. De nuevo resulta particularmente destacable el problema derivado de la afectación de recursos camerales al cumplimiento de fines de promoción del comercio exterior. Como se ha apuntado *supra*, esta previsión no tiene cabida en el título competencial contenido en el art. 149.1.18º, pero sí puede tenerlo en el título relativo a comercio exterior (inaplicando en este caso la doctrina constitucional de prohibición de subvenciones condicionadas por la presencia de un título competencial específico como es el caso) siempre y cuando la afectación de los rendimientos de recursos camerales propios sea selectiva en los fines (sólo para tareas camerales determinantes de su caracterización como corporaciones de Derecho Público) y limitadas en la cuantía, esto es, que no impidan a la Comunidad Autónoma la regulación presupuestaria de la Cámara (FJ 17º).

C) ¿Redefinición de los criterios competenciales en la materia seguridad pública (art. 149.1.29º CE)?

Submateria: introducción de la noción de *policía gubernativa* y la distinción entre *actividades materiales* y *jurídicas* en materia de policía

En la STC 235/2001 se plantea una interesante cuestión como consecuencia del enjuiciamiento de la Ley 3/1996. Esta norma incluye diversas medidas para aplicar normas internacionales sobre el control de centros de producción de sustancias susceptibles de ser utilizadas para la producción de drogas (llamadas *precursores*). La Comunidad Autónoma recurrente (Cataluña) considera que determinadas actividades contenidas en la Ley (concesión de licencias, recepción de información respecto a su actividad e imposición de sanciones) le corresponden en virtud de sus competencias en materia de seguridad pública. Este título competencial (art. 149.1.29º) atribuye al Estado las competencias en la materia, pero reconoce la posibilidad de creación de policías autonómicas en los términos previstos en una Ley Orgánica (en concreto, la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado –LOFCS–). Debe notarse que en una Sentencia anterior (STC 175/1999, de 30 de septiembre, véase comentario en Justicia Administrativa, núm. 7) el

Tribunal se había enfrentado a una cuestión similar respecto a una Orden Ministerial, reguladora de ciertas obligaciones respecto a la llevanza de registros y de información de determinados establecimientos que podían coadyuvar en la realización de delitos relacionados con la propiedad (en concreto se trataba de Montes de Piedad, casas de empeño, alquiler de coches sin conductor, etc.), declarando entonces la competencia autonómica.

El TC recuerda su jurisprudencia anterior (FFJJ 6º y 7º), pero considera que ésta es insuficiente para resolver el caso, por lo que decide examinar cuáles son los criterios generales para determinar si las medidas controvertidas pueden considerarse actividad policial. Para ello, trata de definir el concepto de policía a partir de su comprensión objetiva y subjetiva.

Para la definición objetiva del término acude a la doctrina administrativista que lo define como “un ámbito genérico de la actividad de la Administración, caracterizada por la utilización de técnicas de limitación de los derechos e intereses de los particulares que, a su vez, puede manifestarse en una plural tipología de actos, bien de contenido netamente jurídico o incluso de carácter material”. Desde un punto de vista subjetivo, y siguiendo las mismas fuentes, el término aludiría “a una realidad mucho más concreta como es la de determinado tipo de órganos: los de la policía gubernativa” (FJ 8º).

A partir de esta construcción, el TC enjuicia los preceptos impugnados entendiendo que las competencias autonómicas se reducen a las relativas a las actuaciones de *carácter material* de la *policía gubernativa*, siendo las demás objeto de las competencias estatales. Así, la concesión de la licencia será una técnica administrativa de naturaleza netamente jurídica y no una actividad de policía de seguridad, ni de índole material por lo que corresponderá a los poderes centrales [FJ 9º.a)]. Igualmente que el receptor de las informaciones que deben suministrar los productores objeto del control sea el Estado es también plenamente constitucional por existir una conexión evidente con la concesión de la licencia. En este punto, en un *obiter* muy discutido, el TC entiende que podrían haberse buscado otras fórmulas en la Ley, pero que la vigente no resulta inconstitucional [FJ 9º.b)]. Finalmente, también atribuye la potestad sancionadora a los poderes centrales por constituir una competencia instrumental respecto a la principal (la concesión de la licencia) cuya titularidad corresponde al Estado [FJ 9º.c)].

En definitiva, por tanto, la decisión supone un cambio de jurisprudencia bastante nítido respecto a la sentada en la ya citada STC 175/1999 sobre la materia seguridad pública y sobre la submateria policía.

Los dos votos Particulares son bastante duros con la argumentación de la mayoría. El primero de ellos, suscrito por el Magistrado Vives, hace hincapié no tanto en la controversia competencial (con cuya solución no está de acuerdo, pero en la que no se detiene en exceso), cuanto en una discrepancia metodológica y por tanto de principio.

II. Justicia Constitucional

El segundo de los Votos, formulado por la Magistrada Casas y suscrito por otros tres magistrados, se centra en la controversia competencial. En particular se detiene en la crítica a las definiciones realizadas por la mayoría respecto a policía gubernativa y respecto a la distinción entre actuación material y jurídica. Y ello por diversos motivos: primero, porque no existe la unanimidad respecto a los conceptos que parecería deducirse de la argumentación de la sentencia. Segundo, y a nuestro juicio más importante, porque ha significado acudir a elementos externos y ajenos a la distribución para definir conceptos competenciales. Este camino argumentativo ha sido siempre rechazado por el Tribunal en el pasado. En tal sentido destaca que la distinción entre actividad *de índole material* y actividad jurídica es inexistente en el sistema constitucional de distribución de competencias. Las distinciones válidas en este ámbito son regulación o normación frente a ejecución o aplicación. Esta sentencia parece introducir un nuevo criterio dentro de las funciones de ejecución diferenciando entre un ámbito de ejecución jurídico-administrativo y un ámbito de ejecución jurídico-material. Igualmente, a su juicio, la caracterización de la policía autonómica como policía gubernativa, en los términos en que ésta viene definida por la mayoría, carece de asidero en las normas constitucionales, estatutarias y legales que constituyen el bloque de la constitucionalidad, especialmente en la LOFCS. Por último, destacan que acudir a fuentes ajenas a las normas de distribución de competencias para definir éstas conduce a la desconstitucionalización del sistema de distribución de poderes cosa que, por otra parte, se muestra en el ya citado *obiter* criticado también en el anterior voto particular.

Por último, el voto destaca que la interpretación realizada por la mayoría supone abandonar la jurisprudencia anterior sobre seguridad pública. Ésta se basaba en un doble ámbito en la materia seguridad pública: los servicios policiales en sentido estricto y otras actividades de distinta naturaleza conectadas con los anteriores. El primero es el objeto de la competencia autonómica y se identifica con la submateria policial que, sin embargo, incluirá aquellas actividades que le son inherentes y complementarias (y que a su vez tendrán dimensión jurídica y material). La Sentencia de la que discrepan entiende que todas las actividades complementarias o inherentes que no sean servicios policiales en sentido estricto corresponden a los poderes centrales, lo que a su juicio, contradice la jurisprudencia anterior.

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) Tratos inhumanos y degradantes. Inmunidad del Estado y prohibición de la tortura (artículo 3). C) Garantías del proceso (artículo 6).

a) Dilaciones indebidas en tribunales españoles. b) Validez plazos procesales del amparo.

D) Vida privada y familiar (artículo 8). a) Relación con medio ambiente (contaminación acústica). b) Violación por retraso en la entrega cadáver de una hija. c) Derecho de visita de los hijos extraconyugales. E) Libertad religiosa (artículo 9). Violación por negativa a inscripción de una Iglesia. F) Derecho de asociación (artículo 11). Negativa inscripción de una asociación no vulneradora del Convenio.

3. Jurisprudencia del Tribunal

Constitucional. A) Tutela judicial efectiva. a) Tutela judicial efectiva sin indefensión: la decisión de inadmisión es consecuencia de la aplicación de una causa legal. b) Tutela judicial y acceso a la justicia. Acceso a la jurisdicción y subsanación de defecto procesal.

Declaración de incompetencia por un recurso de un colegio profesional de las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa que genera una situación sin salida. Falta de legitimación de profesores de universidad para recurrir al considerárseles órgano administrativo. Desestimación del recurso contencioso-administrativo por imprecisión en el escrito de interposición. Denegación injustificada de un pronunciamiento jurisdiccional por interpretación errónea acerca de la pérdida del objeto del recurso. B) Igualdad.

a) El cambio irreflexivo y arbitrario en el criterio jurisprudencial vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la Ley. b) El cese de la convivencia permite un trato fiscal diferenciado a los cónyuges separados de los casados no separados legalmente.

c) Trato desigual al hijo por distinto origen de la filiación. d) La aplicación del principio de igualdad exige un elemento de alteridad. C) Derechos sustantivos. a) Despido de un directivo de RTVE. Cargos de confianza y libertad ideológica (artículo 16.1 CE).

b) Libertad personal. Examen de la legitimidad constitucional de una prisión provisional (artículo 17 CE). c) Delimitación negativa del habeas corpus (artículo 17.4 CE).

d) Secreto de las comunicaciones. Intervención telefónica prorrogada sin motivación

(artículo 18.3 CE). e) Libertad de expresión y derecho al honor: sigue sin haber derecho al insulto; otro caso “José María García” [artículos 20.1.a) y 18.1 CE]. f) Libertad de expresión del abogado en el ejercicio de sus funciones: No hay derecho a descalificar personalmente al juez [artículo 20.1.a) CE]. g) Derecho de asociación de militares en la reserva (artículo 22 CE). h) Derecho del parlamentario a solicitar informes a la Administración Tributaria (artículo 23.2 CE). i) Libertad sindical: derecho a la negociación colectiva (artículo 28.1 CE). j) Libertad sindical: Indemnidad salarial de representantes sindicales (artículo 28.1 CE). **4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.**

A) Derecho al honor (artículo 18.1). B) Derecho a la propia imagen (artículo 18.1).

C) Libertad de información [artículo 20.1.d) CE]. D) Derecho a la intimidad.

E) Tutela judicial (artículo 24.1). F) Libertad de empresa (artículo 38). G) Libertad sindical (artículo 28).

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En la presente crónica se analizan sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del último trimestre de 2001 y del Tribunal Constitucional desde la Sentencia 190/2001, de 1 de octubre a 240/2001, de 18 de diciembre. Destacar dos sentencias del TEDH y una del TC relativas a los efectos jurídicos que se derivan del acto de inscripción de las asociaciones.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre el 1 de octubre y el 30 de diciembre el TEDH ha dictado un total de 326 sentencias, de las que 44 han sido borradas de la lista o se ha apreciado alguna objeción preliminar y 9 son ejecución de sentencias anteriores. Son por tanto 273 las decisiones de fondo adoptadas por el Tribunal.

Sin embargo, de ellas 241 son condenas por dilaciones indebidas a un total de 14 Estados partes: 203 a Italia, 11 a Turquía, 7 a Francia, 4 a Alemania, 3 a Austria y Polonia, 2 a Eslovaquia, Grecia y Portugal, y 1 a Croacia, España (la primera a la que nos referiremos más adelante), Lituania y Reino Unido.

Las sentencias que consideramos más importantes del período son las siguientes:

Inmunidad de los Estados y prohibición de la tortura: **Al-Adsani contra el Reino Unido**, de 21 de noviembre de 2001 (artículo 3).

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Apreciación de dilaciones indebidas en la actuación de los tribunales españoles **Díaz Aparicio contra España**, de 11 de octubre de 2001 (artículo 6).

Validez de los plazos procesales del amparo **Rodríguez Valin contra España**, de 11 de octubre de 2001 (artículo 6).

Vida familiar y contaminación acústica **Hatton y otros contra el Reino Unido**, de 2 de octubre de 2001 (artículo 8).

Vulneración de la vida familiar por retraso en la entrega del cadáver de su hija **Pannullo y Forte contra Francia**, de 30 de octubre de 2001 (artículo 8).

Derechos de visita sobre hijos extraconyugales: **Sahin contra Alemania**, **Sommerfeld contra Alemania** y **Hoffmann contra Alemania**, de 11 de octubre de 2001 (artículo 8).

Negativa a la inscripción de una Iglesia: **Iglesia Metropolitana de Bessarabia y otros contra Moldavia**, de 13 de diciembre de 2001 (artículo 9).

Negativa a la inscripción de una Asociación **Gorzelik y otros contra Polonia**, de 20 de diciembre de 2001 (artículo 11).

B) Tratos inhumanos y degradantes. Inmunidad del Estado y prohibición de la tortura. (artículo 3)

Supuesto presente en **Al-Adsani contra el Reino Unido**, de 21 de noviembre de 2001 (artículo 3), a nuestro entender la sentencia más importante del período.

Se trata de un ciudadano con doble nacionalidad británica y Kuwaití residente en Gran Bretaña que es severamente torturado y amenazado de muerte en Kuwait, donde se había trasladado en su condición de piloto como voluntario para participar en la guerra del Golfo, como consecuencia de la divulgación de un video de contenido sexual en el que aparecía un jeque Kuwaití. A su regreso a Gran Bretaña trata de emprender acciones legales contra el Estado Kuwaití. La acción no prospera en virtud de una Ley británica que establece la inmunidad de los Estados extranjeros ante las Cortes británicas salvo en los casos de muerte o daños corporales producidos en el Reino Unido.

La Corte analiza en primer lugar si ha existido vulneración de los artículos 3 y 13 que se habrían producido por el hecho de que el Estado británico no ha ayudado a uno de sus ciudadanos a obtener un recurso efectivo contra otro Estado por tortura y considera que los artículos 1 y 3 combinados hacen pesar sobre las Partes obligaciones positivas destinadas a impedir la tortura bajo su jurisdicción así como (citando al respecto el asunto **Soering contra el Reino Unido**, de 7 de julio de 1989) para impedir exponer a un individuo a riesgos reales de que las sufra como consecuencia de su decisión de expulsión o extradición, pero que en la medida en que ni los malos tratos han sido cometidos en la jurisdicción del Reino Unido ni existe un lazo de unión entre las decisiones de las autoridades británicas y esos malos tratos no puede admitirse la vulneración del artículo 3.

Por otra parte el asunto es analizado desde la óptica del artículo 6.1 en la medida en que se la ha impedido el acceso a un tribunal para analizar su asunto. La Corte tras recordar que el derecho de acceso a los tribunales no es un derecho absoluto, considera que en este caso la limitación persigue un interés legítimo, como es el de favorecer la cortesía y las buenas relaciones entre los Estados..., a continuación señala que no considera que se haya ya establecido en derecho internacional que los Estados no pueden pretender la inmunidad en caso de acciones civiles de daños infringidos por actos de tortura, por lo que la Ley británica no está en contradicción con las limitaciones generalmente admitidas, y concluye, aunque con una exigua mayoría de nueve frente a ocho, que no se trata de una restricción injustificada del derecho de acceso a los tribunales.

C) Garantías del proceso (artículo 6)

a) Dilaciones indebidas en tribunales españoles

Díaz Aparicio contra España, de 11 de octubre de 2001, es el primer supuesto en que el Tribunal se enfrenta al funcionamiento de nuestros Tribunales desde el punto de vista del tiempo razonable del artículo 6.1 del Convenio. Se trata de un abogado que reclama le sean pagados sus honorarios por la defensa de procesados insolventes, conforme a los artículos 111.4, 241 y 242 del Código de procedimiento penal en un proceso que se había celebrado en 1990. La Audiencia Nacional ordena el pago el 30 de mayo de 1995. Interpone un Recurso de amparo por dilaciones indebidas que es desestimado por STC de 22 de marzo de 1999. La Corte toma como momento inicial el 17 de enero de 1994 cuando había presentado su solicitud ante la Audiencia Nacional y como fecha final la de la sentencia de amparo y considera que la duración de cinco años y diez meses constituye vulneración del artículo 6 de la Convención.

b) Validez plazos procesales del amparo

Rodríguez Valin contra España, de 11 de octubre de 2001, es un caso materialmente de mínima importancia (una pena de 15 días-multa por las heridas causadas a otro perro por el del recurrente, abogado) en el que el recurso de amparo es inadmitido a trámite porque a pesar de haberse presentado el día vigésimo del plazo en correos, llega la Tribunal el vigésimo primero. La Corte considera que no hay vulneración.

D) Vida privada y familiar (artículo 8)

a) Relación con medio ambiente (contaminación acústica)

Hatton y otros contra el Reino Unido, de 2 de octubre de 2001. Es otro supuesto de intimididad y contaminación acústica nocturna en un recurso interpuesto por un grupo de residentes cercanos al aeropuerto de Heathrow, ante el incremento de los vuelos noctur-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

nos, en la línea marcada por el caso **López Ostra contra España**, de 9 de diciembre de 1994, y **Guerra y otros contra Italia** de 19 de febrero de 1998 (ya comentado en esta Revista). La Corte comienza por señalar que el aeropuerto es operado por privados por lo que no hay injerencia de las autoridades públicas sino que el caso debe ser analizado desde el punto de vista de obligaciones positivas, es decir, si el Estado ha adoptado medidas razonables y adecuadas para asegurar a los recurrentes su derecho al artículo 8.1 del CEDH, pero que en cualquier caso los principios del artículo 8.2 que permiten la injerencia son los mismos, es decir, el equilibrio adecuado entre los intereses individuales y los comunitarios, teniendo en cuenta además que los Estados gozan de un cierto margen de apreciación, pero que los Estados no pueden ampararse en meras referencias a la importancia económica del asunto, sino que deben minimizar tanto como sea posible la interferencia con este tipo de derechos tratando de buscar las soluciones menos onerosas en términos de derechos humanos, y analizando las medidas adoptadas por el Gobierno británico para tratar de disminuir los ruidos derivados de los vuelos nocturnos considera que no pueden ser consideradas suficientes para proteger la posición de los recurrentes, por lo que se ha producido vulneración del artículo 8.

El asunto también es interesante desde otro punto de vista, al considerar el TEDH que los estándares desde los que se ha producido la revisión judicial de la decisión gubernativa, limitada, de acuerdo a los clásicos conceptos del derecho público inglés de “*irrationality, unlawfulness and patent unreasonableness*” y no desde si el aumento de los vuelos nocturnos es una limitación justificada del derecho a la vida privada y familiar de los residentes en la vecindad del aeropuerto implica una vulneración del artículo 13.

b) Violación por retraso en la entrega cadáver de una hija

Pannullo y Forte contra Francia, de 30 de octubre de 2001 (artículo 8). Se trata de un curioso asunto en el que la Corte considera que el retraso de las autoridades francesas durante más de siete meses en entregar a sus padres el cuerpo de su hija muerta en un hospital a la que tenía que practicarse una autopsia vulnera el artículo 8 del Convenio, lo que implica, una vez más una considerablemente ampliada dimensión del derecho a la intimidad familiar con respecto a la cultura jurídica española.

c) Derecho de visita de los hijos extraconyugales

Sahin contra Alemania, **Sommerfeld contra Alemania** y **Hoffmann contra Alemania**, de 11 de octubre de 2001 (artículo 8). Son tres sentencias similares en las que siguiendo la doctrina sentada en el caso **Elsholz contra Alemania**, de 13 de julio de 2000 (ya comentado en esta Revista) se declara contrario al artículo 8 privar a padres de hijos extraconyugales de su derecho de visita.

E) Libertad religiosa (artículo 9). Violación por negativa a inscripción de una Iglesia: Iglesia Metropolitana de Bessarabia y otros contra Moldavia, de 13 de diciembre de 2001 (artículo 9)

En esa sentencia el Tribunal se enfrenta al no reconocimiento por parte del Estado Rumano de la Iglesia Metropolitana de Bessarabia, en cuya ideología subyace la reunifi-

cación de Moldavia con Rumania. Los recurrentes, invocando el asunto *Manoussakis contra Grecia*, de 26 de septiembre de 1996, alegan que el rechazo de las autoridades Rumanas supone un atentado a su libertad religiosa y una discriminación por razón de religión.

Tras recordar la doctrina sentada en *Cha'are Shalom Ve Tsedek contra Francia*, de 27 de junio de 2000 (ya comentada en esta Revista), de que una iglesia puede ejercer en nombre de sus fieles los derechos garantizados en el artículo 9 del Convenio, centra su análisis en si nos encontramos ante una medida necesaria en una sociedad democrática. Para ello y tras repasar los principios generales aplicables, expresados entre otras en *Buscarini y otros contra San Marino*, de 18 de febrero de 1999 (ya comentada en esta Revista) pasa a analizar las circunstancias del caso, razonado que la eventualidad de que esa iglesia constituya una vez reconocida un riesgo para la seguridad nacional o la integridad territorial es una simple hipótesis que en ausencia de otros elementos concretos no justifica el no reconocimiento y en definitiva estima que la injerencia no es proporcional ni necesaria en una sociedad democrática por lo que considera por unanimidad que ha habido vulneración del artículo 9, así como del artículo 13 en la medida en que no ha existido un recurso judicial efectivo en el nivel nacional frente a la decisión gubernamental.

F) Derecho de asociación (artículo 11). Negativa inscripción de una asociación no vulneradora del Convenio. *Gorzelik y otros contra Polonia*, de 20 de diciembre de 2001

Los recurrentes consideran que la negativa que califican de arbitraria a inscribir su asociación con el nombre de “Unión de nacionales Silesios” implica vulneración del artículo 11 de la Convención. La Corte tras constatar que la negativa a la inscripción de la asociación proviene fundamentalmente de su nombre, que se considera ligado a una inexistente nación Silesia con lo que podría originar confusión, y que consentir su registro como una minoría nacional podría tener serias consecuencias para otros grupos étnicos o regionales, lo que considera una finalidad legítima centra su análisis en si se trata de una medida necesaria en una sociedad democrática. Para ello reitera su doctrina de que sólo puede admitirse restricciones al artículo 1 por razones particularmente persuasivas y que el margen de apreciación de los Estados es muy limitado. A pesar de ello considera por unanimidad que no existe vulneración ya que:

“los recurrentes pudieron fácilmente haber superado las objeciones de las autoridades, en particular mediante un pequeño cambio en el nombre de su asociación y sacrificando o modificando una de los puntos de su memorándum. Estos cambios, desde el punto de vista de la Corte, no hubieran tenido consecuencias negativas para la existencia de la Unión como asociación y no hubiera impedido a sus miembros lograr los objetivos que se proponían”.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela judicial efectiva

a) Tutela judicial efectiva sin indefensión: la decisión de inadmisión es consecuencia de la aplicación razonada de una causa legal

La STC 191/2001, de 1 de octubre, Sala Segunda, desestima recurso de amparo contra Sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ de la Comunidad Valenciana que inadmitía recurso de protección jurisdiccional de los derechos de inviolabilidad del domicilio e intimidad por acciones y omisiones del Ayuntamiento de Valencia respecto de actividades molestas (injerencias acústicas, desórdenes, etc.) al no haber la recurrente agotado la vía de reclamación de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. La inadmisión se realiza sin abrir trámite de alegaciones. El TC (FJ 3º) reitera su doctrina acerca de que el derecho constitucional a la tutela no conlleva el reconocimiento de un derecho a la obtención de una sentencia sobre el fondo, dándose además en este caso una pasividad de la demandante ya que ésta tuvo conocimiento de la oposición a dicha causa (escrito del letrado del Ayuntamiento pidiendo la inadmisibilidad por no haberse agotado la vía administrativa) antes de formular su demanda (comunicada por providencia inmediatamente anterior) por lo que no puede decirse que la causa de inadmisibilidad que acogió la Sala sentenciadora fuese ajena al debate procesal y generara indefensión (FJ 2º).

b) Tutela judicial y acceso a la justicia

Acceso a la jurisdicción y subsanación de defecto procesal

La STC 205/2001, de 15 de octubre, Sala Segunda, desestima amparo contra Auto de un juzgado de lo C-A en un proceso por sanciones de tráfico, denegando la intervención de letrado sustituto no acreditado. De entre las diversas alegaciones planteadas (incongruencia omisiva y derecho de acceso a la jurisdicción) destacamos la de vulneración por no haberse dado oportunidad de subsanación del defecto de postulación de la comparecencia, con la consecuencia de tenerla por desistida en el proceso contencioso-administrativo *a quo*, resultando para el demandante desproporcionada la sanción aplicada al defecto advertido. El TC (FJ 4º) reitera su jurisprudencia acerca de la ponderación por los órganos judiciales de la entidad real de los defectos que advierten en relación con el cierre del proceso y el acceso a la jurisdicción, pudiendo ser incompatible con la efectividad del derecho del artículo 24, “ya que los presupuestos y requisitos formales no son valores autónomos que tengan sustantividad propia, sino que son instrumentos para conseguir una finalidad legítima, con la consecuencia de que, si aquella finalidad legítima puede ser lograda sin detrimento de otros bienes o derechos dignos de tutela, debe de procederse a la subsanación del defecto”. Sin embargo, para el Tribunal (FJ 5º) en este caso no estamos ante un supuesto de falta de acreditación o insuficiencia de la representación procesal, sino de una absoluta carencia de la misma, por lo que, de conformidad con la doctrina constitucional, resulta razonable que el órgano jurisdiccional no requiera la subsanación del defecto procesal advertido, al cons-

tarle que el Letrado que pretendía comparecer en representación de la entidad actora carecía de poder y no tenía conferida la representación procesal de éste.

Declaración de incompetencia por un recurso de un colegio profesional de las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa que genera una situación sin salida

En la **STC 218/2001, de 31 de octubre**, Sala Primera, se otorga amparo contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza que declaró la incompetencia de la jurisdicción civil para resolver un impago de cuotas colegiales. Posteriores Autos de la Sala de lo C-A del TSJ de Aragón inadmiten el recurso por defecto de jurisdicción al no existir acto administrativo de ejecución forzosa por parte del colegio, impidiendo a éste la utilización efectiva de un cauce procesal, dado que el acto que se exige deviene imposible al carecer los colegios de la potestad de autotutela ejecutiva. La falta de comprensión judicial de este dato esencial es donde radica toda la problemática que ha impedido al recurrente acceder a la justicia. Para el TC (FFJJ 3º y 4º) se ha vulnerado el derecho fundamental, ya que el órgano jurisdiccional no está conferido para decidir o resolver acerca de la pertinencia del recurso por defecto de jurisdicción, ya que dicho órgano debería haberse limitado a una simple actividad instrumental, cual es oír a las partes y remitir las actuaciones a la Sala especial constituida en el TS, para dilucidar el conflicto negativo de competencia así formalizado. De entre los **Votos Particulares**, destaca el del Magistrado García Manzano el cual considera que el verdadero objeto del amparo lo constituyen las Sentencias recaídas en el orden jurisdiccional civil y no los Autos ulteriores de la jurisdicción contencioso-administrativa ya que es inidónea para examinar y decidir una pretensión como es la reclamación de cuotas colegiales. La jurisdicción civil debió, y no lo hizo, fundar explícita y razonablemente el porqué la corporación debía haber utilizado una prerrogativa pública como es la utilización de la vía de apremio.

Falta de legitimación de profesores de universidad para recurrir al considerárseles órgano administrativo

La **STC 220/2001, de 31 de octubre**, Sala Primera, estima demanda de amparo contra Sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ de Canarias que desestimó una demanda de profesores contra la Universidad de la Laguna sobre distribución de carga docente, acordada por determinado departamento del cual eran miembros los citados profesores, a los cuales se les niega legitimación para impugnar actos de su Universidad, al ser órganos unipersonales del colegiado que adoptó el acuerdo. Para el TC (FJ 4º) prima el interés legítimo que debe de ser una regla general de legitimación, no pudiendo aceptarse que las personas físicas que forman parte de dichos órganos no puedan impugnar los actos o disposiciones que afecten a sus derechos o intereses legítimos que ostentan como funcionarios. Aunque hayan participado en la formación de la voluntad del órgano no debe inferirse automáticamente que carecen de legitimación para impugnarla (FJ 5º).

Desestimación del recurso contencioso-administrativo por imprecisión en el escrito de interposición

La **STC 224/2001, de 26 de noviembre**, Sala Primera, desestima recurso de amparo contra Sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ que desestimó una demanda de provisión de plazas de profesores de Universidad. En el escrito de interposición del demandante sólo se aportaba una resolución referida a una plaza y no las restantes resoluciones referidas a otras seis, considerando que la acumulación es un defecto procesal al que no se dio plazo de subsanación, perdiendo el recurrente la ocasión de interponer nuevos recursos por agotamiento de plazo. El TC (FFJJ 4º y 5º) reitera su jurisprudencia acerca de que la descrita delimitación del objeto procesal no puede ser tachada de contraria al artículo 24.1 CE, ya que la falta de un juicio de fondo sobre las resoluciones administrativas relativas a las restantes plazas trae causa directa de una actuación procesal claramente imprecisa por parte del propio recurrente, ya que el complejo texto de la demanda contenciosa reproduce la defectuosa fijación del objeto litigioso en el previo escrito de interposición del recurso. En estos términos, considera el Alto tribunal, no es achacable al órgano judicial –sino al propio recurrente– la acotación del objeto procesal que obra en la Sentencia recurrida en amparo.

Denegación injustificada de un pronunciamiento jurisdiccional por interpretación errónea acerca de la pérdida del objeto del recurso

La **STC 231/2001, de 26 de noviembre**, Sala Primera, estima recurso de amparo contra Sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ de Madrid que inadmitió una demanda de un funcionario contra el Ayuntamiento de Aranjuez al sancionarle éste con suspensión de funciones. Interpuesto recurso contra la resolución sancionadora, y produciéndose otra posterior sustituyendo la sanción global de diez años de suspensión por otra de siete meses, la Sala, mediante Sentencia, declaró la inadmisibilidad del recurso por entender que había perdido su objeto producto de dicha sustitución. Dado que el segundo Decreto del Ayuntamiento no sustituía al primero más que en la duración de la sanción, manteniendo los hechos y los fundamentos de derecho, el recurrente considera que no se trata de una revocación del acto sancionador sino de una mera revisión de la sanción global impuesta, minorando la duración de la suspensión de funciones, por lo que el recurso no había perdido su objeto. Así lo ha entendido el TC, al considerar (FJ 3º) que “lo que el recurrente pretendía en dicho recurso no era que se le aplicase una sanción más reducida, sino que se anulase dicho Decreto, entendiendo el actor que no había incurrido en actuación merecedora en modo alguno de sanción disciplinaria”, por lo que la declaración de inadmisibilidad se funda en una interpretación arbitraria e irrazonable de los presupuestos procesales aplicados, pues no puede afirmarse la pérdida de objeto, al menos en su totalidad, consumándose la denegación injustificada de un primer pronunciamiento acerca de la conformidad o disconformidad a Derecho de una resolución administrativa que afecta a derechos e intereses legítimos del recurrente (FJ 5º).

B) Igualdad**a) El cambio irreflexivo y arbitrario en el criterio jurisprudencial vulnera el principio de igualdad en la aplicación de la Ley**

La STC 193/2001, de 1 de octubre, Sala Segunda, otorga un amparo contra Autos de la Audiencia Provincial de Madrid y de un juzgado de vigilancia penitenciaria que deniega comunicación *vis a vis* a dos etarras, compañeros sentimentales, reclusos en distintos centros penitenciarios. El recurrente considera que ha sido objeto de un trato discriminatorio respecto de otros internos en igualdad de circunstancias. Los Autos de referencia sólo consideran pertinente la comunicación entre cónyuges o personas ligadas afectivamente si están ambos presos en centros de la misma localidad, justificado por la necesidad de mantener un ordenado régimen penitenciario. Sin embargo, el actor argumenta que el mismo órgano ha resuelto favorablemente en otros casos idénticos. El TC estima la vulneración del derecho a la igualdad en aplicación de la Ley, al haberse el órgano jurisdiccional apartado arbitrariamente y sin justificación del criterio mantenido en las resoluciones que se ofrecen como término de comparación, sin que medie una fundamentación suficiente y razonable que justifique la nueva postura en la interpretación y aplicación de la misma legalidad, fundamentación que no es necesario que resulte de modo expreso de la propia resolución, bastando con que existan elementos que evidencien que el cambio no es fruto de una respuesta individualizada diferente a la seguida anteriormente, sino manifestación de la adopción de una nueva solución o de un criterio general y aplicable a los casos futuros por el órgano judicial (FJ 3º).

b) El cese de la convivencia permite un trato fiscal diferenciado a los cónyuges separados de los casados no separados legalmente

La STC 212/2001, de 29 de octubre, Sala Segunda, desestima demanda de amparo contra Sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ de Andalucía supuestamente vulneradora del derecho a la igualdad en la tributación fiscal de los matrimonios con hijos en contraste con los matrimonios separados. En este caso, se prohibió al demandante hacer declaración conjunta con sus hijos mientras que la mujer optaba por la declaración individual del IRPF, cosa que sí puede hacerse en el caso de matrimonios separados legalmente. El actual artículo 88 de la LIRPF es explícito al respecto, de tal modo que si uno de los miembros de la unidad familiar opta por la declaración individual, los restantes deberán utilizar el mismo régimen, a excepción de los separados legalmente los cuales han de optar, si así lo desean, unánimemente, por la declaración conjunta. Para el TC (FJ 5º) la norma tributaria no discrimina, ya que el diverso trato responde a que las situaciones jurídicas consideradas son diferentes, ya que la convivencia como obligación jurídica es uno de los elementos que ha tenido en cuenta el legislador en el ámbito tributario. El cese de la convivencia de los esposos hace que resulte razonable que la LIRPF únicamente autorice al cónyuge separado a acumular sus rentas con las de los hijos con los que conviva.

c) Trato desigual al hijo por distinto origen en la filiación

En la STC 200/2001, de 4 de octubre, pleno, se resuelve, mediante autocuestión, la inconstitucionalidad y nulidad del inciso del artículo 41.2 de la Ley de Clases Pasivas del Estado, a raíz del amparo otorgado en la STC 46/1999, de 22 de marzo, comentada en su día por nosotros en esta Revista. De este modo, se declara inconstitucional y nulo dicho precepto por cuanto establece una discriminación entre la filiación por naturaleza y por adopción, al no tener estos últimos derecho a pensión de orfandad de los padres funcionarios en caso de que el fallecimiento se produzca antes de haber transcurrido dos años a la fecha de adopción.

d) La aplicación del principio de igualdad exige un elemento de alteridad

La STC 229/2001, de 26 de noviembre, Sala Primera, desestima, en lo que concierne a la vulneración de la igualdad, un recurso de amparo contra la sentencia de la Sala de lo C-A del TSJ de Madrid. El recurrente alegaba que la Sala había dictado sentencias contradictorias en supuestos sustancialmente idénticos planteados respecto de sí mismo. El TC reitera (FJ 2º) anterior jurisprudencia al considerar que no hay discriminación cuando no se denuncia un trato desigual en relación con otra y otras personas, sino respecto de sí mismo en otro recurso anterior sobre pretensiones y presupuestos fácticos sustancialmente idénticos. La queja del recurrente incumple el requisito de alteridad exigible a todo alegato relativo a la vulneración del derecho a la igualdad de trato en la aplicación de la Ley. De este modo el TC continúa con su inquietante doctrina tal como fue establecido a partir de la STC 1/1997, de 13 de enero.

C) Derechos sustantivos

Entre las sentencias del Tribunal constitucional referidas a derechos sustantivos hay que destacar la STC 219/2001, de 31 de octubre, en la que el TC estima un amparo interpuesto por una asociación de militares en la reserva. El TC hace valer el derecho de asociación e interpreta restrictivamente las limitaciones contempladas en el artículo 28.1 CE.

Otras dos sentencias versan sobre abusos de la libertad de expresión, una en el ámbito periodístico (STC 204/2001, de 15 de octubre) y la otra en el del ejercicio de la asistencia letrada (STC 226/2001, de 26 de noviembre). Ambas son muy severas a la hora de considerar los excesos verbales de periodistas y abogados. En el ámbito de la información porque hay otros derechos en juego, y en el jurisdiccional por el debido respeto a la imparcialidad del juez.

a) Despido de un directivo de RTVE. Cargos de confianza y libertad ideológica (artículo 16.1 CE)

STC 190/2001, de 1 de octubre, Sala Segunda. El TC desestima la demanda de amparo interpuesta por una periodista que inició una relación laboral con RTVE a través de la normativa especial para la contratación de cargos de confianza. La actora suscribió con el

ente público varios contratos sin someterse a un proceso de selección. En ellos y desde luego en el último se disponía que el cese podría decidirlo el Director General de RTVE. Las funciones de la actora se centraban en la elaboración de la información política relativa al partido socialista y al gobierno. La recurrente argumenta que su despido fue discriminatorio, basado en la pérdida de la confianza ideológica y lesivo de su libertad de información.

El TC estima que en este caso no puede invertirse la carga de la prueba porque la actora no aporta indicios de lesividad que lo permitan. Además hay un dato objetivo: el tipo de contrato suscrito por la recurrente en donde expresamente se facultaba al director general para despedirla. Como ha destacado en varias ocasiones el TC ni el nombramiento ni la destitución de cargos de confianza pueden considerarse discriminatorios. Y la supuesta incorrección de la normativa reguladora en este caso de ese tipo de relación no corresponde al TC dilucidarla.

b) Libertad personal. Examen de la legitimidad constitucional de una prisión provisional (artículo 17 CE)

STC 217/2001, de 29 de octubre, Sala Segunda. Caso típico de reiteración de la doctrina constitucional para después aplicarla al caso concreto. Se recuerda la necesidad de que toda medida restrictiva de derechos (en este supuesto, la libertad personal) esté fundamentada y concurra el presupuesto habilitante. El TC analiza resoluciones judiciales acordando el mantenimiento de la prisión provisional cuya fundamentación es suficiente, según el TC, y para el que se dan razones objetivas (gravedad de los hechos imputados, riesgo de fuga). Desestima el amparo.

c) Delimitación negativa del *habeas corpus* (artículo 17.4 CE)

STC 194/2001, de 1 de octubre, Sala Segunda. El TC vuelve a reiterar su doctrina según la cual el *habeas corpus* no es un mecanismo procesal para revisar actos administrativos, para esto existen otros procedimientos. En el caso planteado el guardia civil, condenado a un arresto domiciliario, solicitó *habeas corpus* y éste fue tramitado y resuelto por la autoridad judicial competente que lo desestimó.

d) Secreto de las comunicaciones. Intervención telefónica prorrogada sin motivación (artículo 18.3 CE)

STC 202/2001, de 15 de octubre, Sala Segunda. Otro caso típico de aplicación de la doctrina del TC a un caso concreto. Se otorga el amparo luego de considerar que la prórroga de una intervención telefónica carecía de motivación. El TC recuerda su conocida jurisprudencia acerca de los requisitos que han de cumplir este tipo de limitaciones de derechos fundamentales: Previsión legal lo bastante precisa, autorización judicial y respeto por el principio de proporcionalidad. En el supuesto concreto del caso el TC recuerda asimismo que las prórrogas también están sujetas a la exigencia de motivación y valo-

ración de los datos aportados por la investigación; no basta, pues, una remisión a la primera resolución que acordó la limitación.

e) Libertad de expresión y derecho al honor: sigue sin haber derecho al insulto; otro caso “José María García” [artículos 20.1 a) y d) y 18.1 CE]

STC 204/2001, de 15 de octubre, Sala Segunda. De nuevo el periodista José María García recurre al TC y de nuevo sin éxito; y otra vez el ya fallecido Ramón Mendoza como víctima de los sancionados excesos verbales del popular periodista. Y de nuevo el TC afirma su doctrina sentada en el primer caso García según la cual las libertades de expresión y de información no dan cobertura al insulto.

El periodista, tras agotar dos instancias judiciales sin ningún resultado (una vez que fue condenado por intromisión ilegítima en el honor de Ramón Mendoza), acude al TC. El caso parece estar muy claro para el Alto Tribunal para quien ni siquiera se acompañó a las expresiones formalmente injuriosas y vejatorias de noticia alguna relativa al ofendido. Tampoco acepta el TC que juegue en el caso la excepción de consentimiento prevista en el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982 porque el consentimiento del ofendido no excluye ni dispensa la lesión a su derecho al honor (afirmación ya realizada en sentencias anteriores). La presencia del ofendido en dos programas radiofónicos del ofensor una vez proferidas las expresiones insultantes no excluyen pues la responsabilidad del periodista.

f) Libertad de expresión del abogado en el ejercicio de sus funciones: No hay derecho a descalificar personalmente al juez [art. 20.1.a) CE]

STC 226/2001, de 26 de noviembre, Sala Segunda. Supuesta lesión de la libertad de expresión de un abogado a quien se sancionó disciplinariamente por acusar a una juez, en un recurso de apelación, de falta de imparcialidad. El TC recuerda la estrecha conexión entre el derecho de defensa y la libertad de expresión, cualificada esta última por el contacto con aquél. Pero en el caso resuelto, el TC considera que las descalificaciones personales hechas por el letrado contra la juez instructora, calificando su dirección de un interrogatorio como “violenta, hostil, maleducada y grosera”, no tiene cobertura ni justificación en la libertad de expresión del letrado en el ejercicio de sus funciones.

g) Derecho de asociación de militares en la reserva (artículo 22 CE)

STC 219/2001, de 31 de diciembre, Pleno. Es el pleno el que resuelve este significativo recurso de amparo, interpuesto por la Hermandad del personal militar en situación ajena al servicio activo, contra resolución del Ministerio del Interior y contra las sentencias confirmatorias, que denegaron la inscripción en el Registro de Asociaciones de una modificación estatutaria. Esa negativa se fundó en que se extendía el ámbito personal de la asociación (extensión justificada en la fusión, en una única situación de reserva, entre la “reserva activa” y la “reserva transitoria” llevada a acabo por la Ley 17/1989 de Régimen del personal militar), pero sin alterar los fines reivindicativos que los estatutos recogían desde su fundación.

Tanto el Ministerio como las resoluciones judiciales insisten en el carácter reivindicativo de la Hermandad y en que la reserva es una situación administrativa de actividad, por lo cual la Hermandad, al extender su ámbito personal, se convierte en una suerte de ente parasindical en contravención con lo establecido en el artículo 181 de las Reales Ordenanzas en relación con los artículos 28.1 CE y 1.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS).

El TC comienza por admitir la idoneidad de la asociación como tal para recabar la protección del artículo 22 CE. Resalta la dimensión colectiva del derecho de asociación. Considera el TC que la equivalencia, llevada a cabo en las resoluciones impugnadas, entre la Hermandad y un sindicato porque pretenda, según sus estatutos, mejorar las condiciones de sus afiliados, no se sostiene ya que es fruto de un juego de inferencias mediante el cual, en lugar de llegar a una interpretación *favor libertatis* de la legislación infraconstitucional (artículos 1.3 LOLS y 181 de las Reales Ordenanzas) se llega a una interpretación según la cual la Hermandad operaría o podría hacerlo, de admitirse la inscripción solicitada, como un sindicato.

Para el TC, el componente reivindicativo es común a cualquier asociación; además el artículo 1 de los nuevos estatutos establece que la Hermandad “se constituye sin ánimo de lucro y con renuncia expresa a cualquier actividad política y sindical”.

El TC otorga el amparo, anula las resoluciones judiciales y ordena la inscripción solicitada.

El voto particular concurrente del magistrado Julio González Campos se centra en el análisis de un extremo que parece haber gravitado sobre sus compañeros pero acerca del cual no se pronuncia la mayoría. El discrepante aborda la dudosa constitucionalidad del artículo 181 de las Reales Ordenanzas. Al carácter preconstitucional de estas normas (por lo cual no tienen el rango de Ley orgánica) se suman otros posibles de índole material que pueden formularse contra ella. Los términos “asociaciones con finalidad reivindicativa” generan incertidumbre y permiten subsumir a muchas asociaciones equiparándoles con sindicatos para dejar a cubierta la subsunción gracias a los artículos 28.1 CE y 1.3 LOLS.

h) Derecho del parlamentario a solicitar informes a la Administración Tributaria (artículo 23.2 CE)

STC 203/2001, de 15 de octubre, Sala Segunda. Se impugnan las resoluciones de la Mesa del Congreso de los Diputados que inadmitieron a trámite solicitudes de informe a la Administración Tributaria, presentadas por un diputado del grupo mixto. La negativa se fundó en que los datos solicitados estaban comprendidos en el ámbito de reserva acotado por el artículo 113.1 LGT.

El TC parte de su conocida doctrina acerca del derecho a acceder a cargos públicos representativos (estrecha conexión entre el derecho proclamado en el artículo 23.1 y el reconocido en el segundo apartado del mismo precepto, configuración legal del derecho). Recuerda también el TC que el derecho de solicitar informes (artículo 7 del Reglamento

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

del Congreso) implica también el derecho a obtenerlos; se trata, precisa, de un derecho individual de cada parlamentario.

Las Mesas de las Cámaras no pueden ejercer en el momento de admisión a trámite ni un control de oportunidad ni un control material de la solicitud; sólo les está permitido examinar su viabilidad formal.

En este caso no se verificó un control de oportunidad, y la negativa estuvo asimismo motivada, pero la Mesa del Congreso se excedió en sus facultades porque ejerció sobre la solicitud un control material tras el cual llegó a una conclusión a la que, en su caso, debería haber llegado la Administración solicitada, pues era ésta y no la Mesa la que tendría que haber alegado la concurrencia del supuesto previsto en el citado artículo 113.1 LGT.

i) Libertad sindical: derecho a la negociación colectiva (artículo 28.1 CE)

STC 225/2001, de 26 de noviembre, Sala Primera. La Renault ofreció a los mandos intermedios de la empresa un sistema global de remuneración y de horario, distinto del pactado en el convenio colectivo de aplicación. Tal ofrecimiento fue aceptado masiva y personalmente por los concernidos. Los recurrentes en amparo (CCOO y UGT) consideraron lesionado su derecho a la libertad sindical en su contenido de actividad sindical, porque la oferta empresarial produjo, a su juicio, una sustitución del convenio colectivo aplicable, extrayendo de su ámbito a todo un grupo de trabajadores.

El TC plantea el conflicto entre autonomía colectiva y autonomía individual. Y en este punto el TS, en sentencia que casó la anterior de la Audiencia Nacional, justificó su decisión con el argumento de que las novedades introducidas en la situación de algunos trabajadores no fueron impuestas por la empresa sino pactadas por ésta con los afectados e incorporadas a los respectivos contratos laborales.

Para el TC son tres las premisas que conducen al otorgamiento del amparo (FJ 7): La primera, que la jornada y el salario son partes esenciales de la negociación colectiva, y se regulaban en el convenio aplicable en la empresa. Segundo, que las propuestas empresariales suponían manifiestamente una sustitución del régimen convencional. Y tercero que, a pesar del carácter aparentemente más beneficioso de lo pactado, hubo menoscabo de la posición institucional del sindicato a participar en la regulación de las condiciones de trabajo así como en su modificación o renegociación. Y se ha perjudicado la eficacia vinculante del convenio colectivo vigente en la empresa, reduciendo su ámbito personal de aplicación.

j) Libertad sindical: Indemnidad salarial de representantes sindicales (artículo 28.1 CE)

STC 214/2001, de 29 de octubre, Sala Segunda. Un caso de supuesta discriminación salarial sufrida por un representante sindical. El TC parte de su conocida doctrina constitucional, según la cual es lesiva de la libertad sindical toda limitación, restricción o menoscabo que en sus condiciones laborales sufra el trabajador por ejercer una actividad sindical, por ejemplo, actuar como representante sindical. En este caso, sin embargo, no

hay indicios de conducta antisindical de la empresa pues, si bien el actor recibe una retribución inferior a la de algunos de sus compañeros (más antiguos y con más categoría profesional), el sistema retributivo que se le aplica no afecta sólo a su persona sino a toda la plantilla y data de los años ochenta.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho al honor (artículo 18.1)

Prestigio profesional: difusión de una acusación de plagio entre profesores universitarios

La STS de 4 de abril de 2001, Sala Primera, (ponente Sr. Gullón Ballesteros), resuelve el recurso de un profesor que demanda por intromisión ilegítima en su derecho al honor a un grupo de colegas que divulgan entre los compañeros de profesión que una ponencia presentada por el demandante en un congreso científico es un plagio.

El Tribunal Supremo confirma la condena por intromisión en el derecho al honor porque “la imputación de plagio, *al margen de su veracidad o no*, entraña un juicio de valor negativo respecto de la conducta profesional de una persona, y su difusión en el círculo restringido de los compañeros de profesión constituye un ataque ilegítimo del prestigio y la reputación profesional de la misma”.

La condena del Tribunal se basa en un estándar singularmente estricto que plantea algunos interrogantes, aunque el artículo 7.7 de la Ley 1/1982, de Protección civil del Derecho al honor, no tiene en cuenta la veracidad del hecho a la hora de considerar la existencia de una intromisión ilegítima, la jurisprudencia sí la ha considerado en otras ocasiones para realizar una correcta ponderación entre el derecho al honor y otras libertades constitucionales.

En este sentido, la reciente STS de 23 de abril de 2001, Sala Primera, (ponente Sr. Almagro Nosete) recuerda que la libertad de información es un derecho preferente al del honor cuando verse sobre hechos veraces y con trascendencia pública.

B) Derecho a la propia imagen (artículo 18.1)

Consentimiento: se presume cuando ha mediado una elevada compensación económica

La STS de 20 de abril de 2001, Sala Primera, (ponente Sr. Asís Garrote) enjuicia la demanda de una cantante contra una revista por la publicación de un reportaje fotográfico en el que posa desnuda.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

La revista Interviú negocia con Marta S. un reportaje en el que debe posar desnuda. En el curso de la negociación, la revista utiliza para convencer a la demandante unas fotos robadas que ha comprado en las que también aparece desnuda. Finalmente celebran un contrato en el que la cantante se compromete a posar a cambio de las fotos robadas, en las que aparece poco favorecida, y una cantidad de dinero. Posteriormente a la publicación del reportaje surgen desavenencias por lo que la revista es demandada por vulneración del derecho a la propia imagen, alegando la interesada que el consentimiento estaba viciado por la amenaza de publicar el “reportaje pirata”. El Tribunal desestima el recurso porque entiende que las presiones de la revista son las normales en cualquier clase de negociaciones previas a la perfección de un contrato y que ha de entenderse que existe consentimiento válido cuando ha mediado además una elevada compensación económica.

C) Libertad de información [artículo 20.1.d)]

Veracidad: inexactitudes concretas no desvirtúan la información

La STS de 26 de abril de 2001, Sala Primera, (ponente Sr. O’Callaghan Muñoz) desestima el recurso interpuesto contra un periódico por publicar una noticia sobre la detención y el posterior ingreso en prisión de una persona en el curso de una investigación sobre la muerte de varios diputados de Herri Batasuna. El detenido presenta la demanda porque en el artículo se informaba de que había sido la persona que llamó por teléfono para avisar a los asesinos de que los diputados se encontraban cenando en el hotel, siendo posteriormente absuelto.

El Tribunal afirma que la veracidad no necesita ser absoluta, sino que puede contener inexactitudes. Como el artículo tenía como objeto informar de las actuaciones procesales que se estaban desarrollando en ese momento, la historia de la llamada de teléfono tiene carácter accesorio, se trata de un punto concreto que no desvirtúa la veracidad de la información.

D) Derecho a la intimidad

Secreto: conversación de negocios grabada sin consentimiento

Dos empresarios celebran una conversación, uno de ellos utiliza una grabadora con la que consigue registrar unas confidencias en las que el demandante, “hábilmente incitado”, reconoce haber llevado a cabo diversas maquinaciones para obtener concesiones de juegos de azar. La cinta es entregada a un periodista que publica un artículo.

La STS de 14 de mayo de 2001, Sala Primera, (ponente Sr. Villagómez Rodil) revoca la sentencia de instancia en la que se desestimaba la demanda por considerar que la conversación había tenido carácter puramente comercial. Considera que el derecho a la intimidad prohíbe utilizar aparatos de escucha para grabar conversaciones que se mantienen

en el ámbito de la intimidad, cualquiera que sea su contenido, ya se refieran a la vida particular de las personas, ya a sus negocios o profesiones.

El mismo criterio es utilizado por la Sala Primera en la STS de 22 de diciembre de 2000 (mismo ponente) para sancionar la difusión de la grabación de una conversación telefónica, ya comentada en *Justicia Administrativa*, número 8.

E) Tutela judicial (artículo 24.1)

Extralimitación en el conocimiento del recurso: irrelevancia de *obiter dicta* sin influencia en fallo

En la STS de 14 de mayo de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, (ponente Sr. Fernández Montalvo) la Seguridad Social recurre la sentencia que confirma la anulación de un acto administrativo que iniciaba la vía de apremio contra un empresario por vicios en la notificación. El recurso se basa en que la sentencia del Tribunal *a quo* pone en entredicho la fijación de un acto previo de liquidación. El Tribunal desestima el recurso porque la referencia al acto no impugnado se encuentra en un *obiter dictum* sin influencia en el fallo.

F) Libertad de empresa (artículo 38)

Libertad de empresa: alcance de la reserva de Ley

La STS de 7 de junio de 2001, Sala Tercera, Sección Sexta, (ponente Sr. Sieira Mínguez) resuelve el recurso de distintos bancos y cajas de ahorro contra un acuerdo de la junta directiva de un Colegio de Notarios en el que se decide que los notarios no se trasladarán a las sedes de entidades de crédito para otorgar escrituras, por considerar que no se garantiza en estos casos el cumplimiento de los deberes de imparcialidad del Notario.

Los demandantes entienden que se trata de una prohibición que limita el ejercicio de su actividad empresarial y que carece de la necesaria cobertura legal y que, por lo tanto, existe una vulneración del principio de reserva de Ley en relación con el artículo 38 CE.

El Tribunal desestima el recurso porque considera que el acuerdo del Colegio de Notarios no contiene una disposición de carácter general, es decir, no innova el ordenamiento jurídico, sino que es un acto de interpretación de la normativa vigente, se limita a completar lo previsto en la Ley y Reglamento del Notariado sobre el deber de imparcialidad.

G) Libertad sindical (artículo 28)

Información sindical a través del servidor de correo electrónico de la empresa

La STS de 26 de noviembre de 2001, Sala Cuarta, (ponente Martínez Garrido) examina el derecho de un sindicato a utilizar el servidor interno de una empresa. Una central sin-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

dical empleó durante un año el servidor interno de la empresa para comunicarse con sus afiliados, la empresa consintió esta vía hasta que provocó trastornos en sus comunicaciones internas debido a la saturación del servidor.

El Tribunal Supremo considera que la decisión empresarial de rechazar los correos sindicales no vulnera la libertad sindical, porque aunque el artículo 8 LOLS consagra el derecho de los afiliados a recibir información de su sindicato, “no establece que sea la empresa la que deba facilitar los medios materiales para llevarla a cabo”.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

ISABEL PERELLÓ

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

IGNACIO GARCÍA VITORIA

IV. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Bases. A) Normativa básica en materia sanitaria:

Estatuto Marco aprobado por el Gobierno en desarrollo de la Ley 14/1986 General de Sanidad. B) La normativa básica estatal en materia de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (art. 149.1.18 CE) tiene menor intensidad que la referente a las

Administraciones públicas en sentido estricto. C) Carácter excepcional del ejercicio de competencias ejecutivas por parte del Estado en el marco de la competencia sobre las bases. D) La competencia estatal sobre la normativa básica en materia de medio

ambiente impone un mínimo de protección que puede ser desarrollado o adaptado por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia: integración del

Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas con la normativa autonómica valenciana. **3. Ley.** A) Reserva de Ley en materia sancionadora: doctrina

general; no es aplicable *per se* a la revocación de una autorización. B) Reserva de Ley en materia de libertad de empresa. C) Reserva de Ley en materia de prestaciones patrimoniales de carácter público. D) Reserva de Ley en materia tributaria. **4. Decreto-Ley.**

A) Presupuesto habilitante: extraordinaria y urgente necesidad. B) Contenido: puede regular cuestiones relativas a competencias básicas. **5. Reglamento.** A) Diferencia entre

acto y norma. a) Naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo.

b) La Orden autonómica que declara la prórroga del plazo para la transformación en Escuela Universitaria del Seminario de Estudios Sociales de Las Palmas es un acto

administrativo: no está destinada a ser aplicada con posterioridad en un número indeterminado de casos. c) La Resolución de la Secretaría General de Pesca Marítima por la

que se establecieron los criterios para la confección del censo de arrastreros congeladores tiene carácter normativo: incorpora una regulación al ordenamiento jurídico.

B) Clases de reglamentos. a) Reglamento ejecutivo de Ley: complemento indispensable de la Ley que desarrolla. b) Reglamento ejecutivo: tiene este carácter una Orden

Ministerial dictada en desarrollo de una Ley sin autorización legal expresa.

c) Reglamento independiente: tiene este carácter el dictado en ausencia de delegación o

remisión normativa realizada por Ley formal; lo son las Normas Forales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos. d) Reglamentos autonómicos en desarrollo de la normativa básica estatal: no son homologables a los reglamentos ejecutivos de Ley.

C) Titularidad de la potestad reglamentaria. a) Doctrina general sobre la titularidad de la potestad reglamentaria. b) Los Secretarios Generales no son competentes para dictar normas reglamentarias. c) Competencia normativa de los Consejeros autonómicos en desarrollo de la legislación básica estatal y de las Leyes autonómicas. D) Límites de la potestad reglamentaria. a) Principio de legalidad: no se vulnera cuando el reglamento

concreta uno de los casos previstos en la Ley. E) Elaboración de disposiciones de carácter general. a) Audiencia a las entidades interesadas. b) Audiencia de asociaciones de consumidores y usuarios. c) Dictamen del Consejo de Estado. Su omisión no tiene relevancia en relación con las relaciones de puestos de trabajo por carecer éstas de naturaleza reglamentaria; se exige en relación con reglamentos autonómicos que desarrollan

Leyes estatales o autonómicas. d) La falta de publicación de una Resolución de la Junta de Gobierno de un Centro universitario con naturaleza jurídica normativa determina su inexistencia. e) Elaboración de Ordenanzas fiscales. f) Inaplicación del régimen jurídico establecido en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local a la elaboración de disposiciones de los Territorios Históricos. F) Impugnación de disposiciones de carácter general. a) Impugnación indirecta de disposiciones de carácter general: no cabe la alegación de vicios formales; efectos; no es necesario que haya sido alegada la nulidad de la disposición aplicada en vía administrativa. b) Efectos de la anulación judicial de una norma reglamentaria. **6. Principios constitucionales.** A) La alegación de la infracción de los principios de seguridad jurídica, inderogabilidad singular de los reglamentos y de igualdad exige su aplicación y argumentación en relación con el caso concreto.

B) Principio de seguridad jurídica. a) Se infringe en los supuestos de retroactividad plena o auténtica. b) No se vulnera en los casos de retroactividad en grado mínimo.

c) Se vulnera cuando se infringe el principio de confianza legítima. C) Principio de igualdad. a) Se entiende vulnerado cuando no existen motivos objetivos y razonables que justifiquen la diferencia de trato. b) La diferencia temporal puede servir para sostener que no se está ante situaciones iguales. c) La posesión de un título oficial puede ser un criterio que justifique un trato diferenciado.

que justifiquen la diferencia de trato. b) La diferencia temporal puede servir para sostener que no se está ante situaciones iguales. c) La posesión de un título oficial puede ser un criterio que justifique un trato diferenciado.

que justifiquen la diferencia de trato. b) La diferencia temporal puede servir para sostener que no se está ante situaciones iguales. c) La posesión de un título oficial puede ser un criterio que justifique un trato diferenciado.

que justifiquen la diferencia de trato. b) La diferencia temporal puede servir para sostener que no se está ante situaciones iguales. c) La posesión de un título oficial puede ser un criterio que justifique un trato diferenciado.

que justifiquen la diferencia de trato. b) La diferencia temporal puede servir para sostener que no se está ante situaciones iguales. c) La posesión de un título oficial puede ser un criterio que justifique un trato diferenciado.

que justifiquen la diferencia de trato. b) La diferencia temporal puede servir para sostener que no se está ante situaciones iguales. c) La posesión de un título oficial puede ser un criterio que justifique un trato diferenciado.

que justifiquen la diferencia de trato. b) La diferencia temporal puede servir para sostener que no se está ante situaciones iguales. c) La posesión de un título oficial puede ser un criterio que justifique un trato diferenciado.

que justifiquen la diferencia de trato. b) La diferencia temporal puede servir para sostener que no se está ante situaciones iguales. c) La posesión de un título oficial puede ser un criterio que justifique un trato diferenciado.

que justifiquen la diferencia de trato. b) La diferencia temporal puede servir para sostener que no se está ante situaciones iguales. c) La posesión de un título oficial puede ser un criterio que justifique un trato diferenciado.

que justifiquen la diferencia de trato. b) La diferencia temporal puede servir para sostener que no se está ante situaciones iguales. c) La posesión de un título oficial puede ser un criterio que justifique un trato diferenciado.

que justifiquen la diferencia de trato. b) La diferencia temporal puede servir para sostener que no se está ante situaciones iguales. c) La posesión de un título oficial puede ser un criterio que justifique un trato diferenciado.

que justifiquen la diferencia de trato. b) La diferencia temporal puede servir para sostener que no se está ante situaciones iguales. c) La posesión de un título oficial puede ser un criterio que justifique un trato diferenciado.

que justifiquen la diferencia de trato. b) La diferencia temporal puede servir para sostener que no se está ante situaciones iguales. c) La posesión de un título oficial puede ser un criterio que justifique un trato diferenciado.

que justifiquen la diferencia de trato. b) La diferencia temporal puede servir para sostener que no se está ante situaciones iguales. c) La posesión de un título oficial puede ser un criterio que justifique un trato diferenciado.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, por lo que se refiere a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Ar. 7650 de 2001 y respecto de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Ar. 593 de 2001. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta el BOE de 30 de enero de 2002.

En esta entrega tiene especial interés la jurisprudencia contenciosa relativa a la naturaleza jurídica de las Normas Forales de los Territorios Históricos (STS de 3 de mayo de 2001, Ar. 7231), que el Tribunal Supremo califica como reglamentos, dado que el monopolio de la potestad legislativa en el ámbito de la Comunidad Autónoma corresponde al Parlamento Vasco. No obstante, el Tribunal reconoce que por sus peculiaridades estas Normas Forales ocupan una posición singular en el sistema de fuentes, que explica y justifica su relación con el principio de reserva de Ley que en el caso analizado en la sentencia citada se refiere al ámbito tributario.

La STS de 14 de mayo de 2001, Ar. 4250, resulta clarificadora sobre la posición del Tribunal Supremo en relación con la distribución de la potestad reglamentaria entre los distintos órganos competentes en virtud de la Constitución y de las Leyes, y la definición de sus respectivos ámbitos de actuación; sin embargo, y como prueba de las oscilaciones de la jurisprudencia en esta materia se aporta la STS de 12 de febrero de 2001, Ar. 4054, en la que se muestran algunas quiebras de los postulados tradicionales del Tribunal Supremo sobre esta cuestión.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia constitucional la STC 11/2002, de 17 de enero, recoge de forma pormenorizada el análisis de la “extraordinaria y urgente necesidad” como presupuesto para poder dictar Decretos-Leyes. En esta misma sentencia y en la STC 206/2001, de 22 de octubre, se analizan la naturaleza jurídica y los problemas competenciales y de régimen jurídico que plantean las Cámaras (en la primera de las citadas las de la propiedad urbana, y en la segunda, las de comercio, industria y navegación), tanto por lo que se refiere a su ubicación en la organización administrativa como desde el punto de vista de su pervivencia en el sistema.

2. BASES

A) Normativa básica en materia sanitaria: Estatuto Marco aprobado por el Gobierno en desarrollo de la Ley 14/1986 General de Sanidad

El Colegio Oficial de Ayudantes Técnicos Sanitarios y Diplomados en Enfermería de Vizcaya impugna el Decreto 209/1990 del Gobierno Vasco que regula la integración en los equipos de atención primaria de los funcionarios técnicos al servicio de la sanidad local, adscritos a los cuerpos médicos transferidos a la Comunidad Autónoma, por vulnerar determinadas normas estatales que considera de carácter básico. El Tribunal

Supremo desestima el recurso al rechazar el carácter básico de la normativa estatal alegada ya que en este ámbito sólo tiene tal carácter el Estatuto Marco que apruebe el Gobierno en desarrollo de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (STS de 27 de abril de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Séptima, Ar. 4463).

B) La normativa básica estatal en materia de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (art. 149.1.18 CE) tiene menor intensidad que la referente a las Administraciones públicas en sentido estricto

La extensión e intensidad que pueden tener las bases estatales al regular las Corporaciones camerales es mucho menor que cuando se refieren a Administraciones Públicas en sentido estricto, dado que sólo participan parcialmente de la naturaleza de Administraciones Públicas. El Estado es competente para calificar a las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación como Corporaciones de Derecho Público en razón de su idoneidad para la consecución de fines de interés público ex art. 149.1.18 CE, y en virtud del mismo título competencial, para regular su régimen jurídico básico en tanto organizaciones que desempeñan funciones administrativas.

El Tribunal Constitucional afirma en esta Sentencia (STC 206/2001, de 22 de octubre) que no hay obstáculo para que la legislación básica del Estado incorpore —en sus trazos generales— algún instrumento administrativo idóneo para el cumplimiento de los fines y funciones característicos de las Cámaras de Comercio, como es la promoción de las exportaciones prevista en el Plan Cameral.

C) Carácter excepcional del ejercicio de competencias ejecutivas por parte del Estado en el marco de la competencia sobre las bases

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que la competencia sobre las normas básicas no permite con carácter general atribuir facultades ejecutivas a órganos del Estado. En este sentido, la asignación de funciones administrativas de tutela no puede ser atribuida al Estado en virtud de las competencias básicas del art. 149.1.18 CE; sólo cabe atribuir al Estado facultades de tutela sobre las Cámaras en relación con las actuaciones camerales de promoción de las exportaciones reconducibles a la estricta esfera competencial del comercio exterior a que se refiere el art. 149.1.10 CE, siendo éste el título competencial que fundamenta su ejercicio (STC 206/2001, de 22 de octubre.)

D) La competencia estatal sobre la normativa básica en materia de medio ambiente impone un mínimo de protección que puede ser desarrollado o adaptado por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia: integración del Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas con la normativa autonómica valenciana

El carácter básico de la normativa estatal sobre medio ambiente debe entenderse como producto de la fijación de niveles de protección mínimos, susceptibles de desarrollo o adaptación, según criterios propios, por las Comunidades Autónomas que disponen de competencias en la materia.

IV. Fuentes del Derecho

En relación con la ubicación de actividades hípicas, con la consiguiente estabulación de caballos en los núcleos urbanos, la normativa básica estatal está regulada en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas de 1961. La Comunidad Autónoma valenciana no ha modificado en el aspecto sustantivo la regulación del citado reglamento, que en su artículo 4 establece que el hecho de que una actividad —en este caso la hípica— sea calificable como molesta no comporta necesariamente su prohibición si el Plan General de Ordenación Urbana la permite en suelo urbano como actividad inocua, cuando así resulte por aplicación de las medidas correctoras adecuadas según lo dispuesto en el propio reglamento. Estas medidas correctoras son definidas por la normativa autonómica.

En consecuencia, dado que la Hípica de Valencia se encuentra en una zona calificada por el Plan General de Valencia como de espacio libre y uso recreativo, constituye una actividad autorizada en el lugar donde se ubica, por lo que pierde su carácter de actividad molesta e insalubre mediante el cumplimiento estricto de la adopción de las pertinentes medidas correctoras, exigidas conforme a la normativa autonómica sobre actividades clasificadas (**STS de 8 de mayo de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 4395)

3. LEY

A) Reserva de Ley en materia sancionadora: doctrina general; no es aplicable *per se* a la revocación de una autorización

La sanción establecida por Orden de 3 de abril de 1991 relativa a la disconformidad entre el vino existente sin documentación y el realmente declarado es conforme con el art. 25 CE, en la medida en que la conducta sancionada está ya expresamente definida por el art. 51.1.7 del Reglamento del Consejo Asesor Regulador de la Denominación de Origen Calificada “Rioja”, y porque no es más que el desarrollo y concreción de lo genéricamente previsto por los arts. 73 y 119 a 123 de la Ley del Vino, por lo que la mencionada Orden cumple satisfactoriamente los requisitos de *lex previa* y *lex certa* en que se deduce el principio de legalidad sancionador, máxime en atención a que el alcance de la reserva de Ley en materia administrativa es menos estricto que en el ámbito penal. Para confirmar esta conclusión, la **STS de 26 de junio de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 5740, realiza un completo repaso de la jurisprudencia constitucional que sintetiza en cuatro puntos: “a) La norma de rango legal debe determinar suficientemente los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer; b) No resulta constitucionalmente admisible la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y para el establecimiento de las correspondientes consecuencias sancionadoras; c) El art. 25.1 CE prohíbe la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. Toda remisión a la potestad reglamentaria para la definición de nuevas infracciones o la introducción de nuevas sanciones carece de virtualidad y eficacia; d) Resulta

admisible la norma reglamentaria que se limita, sin innovar las infracciones y sanciones en vigor, a aplicar éstas a una materia singularizada en el ámbito genérico del sistema preestablecido. A la doctrina expuesta responde el citado art. 129 de la LRJ-PAC”.

El Reglamento de conductores, modificado por Real Decreto 1110/1999 no infringe la reserva de Ley en materia sancionadora dado que la revocación de una autorización (permiso de conducción) no constituye una sanción, como confirma su regulación en Títulos distintos de la Ley de Seguridad Vial (**STS de 24 de mayo de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 4187).

B) Reserva de Ley en materia de libertad de empresa

La **STS de 3 de mayo de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 7231, resolvió el recurso deducido contra la Norma Foral de Vizcaya 9/1992, de 23 de diciembre, sobre Presupuestos del Territorio Histórico y, en concreto, respecto a la Disposición Adicional Novena del Reglamento, por la que se derogaban las bonificaciones fiscales en el Impuesto sobre Actividades Económicas del art. 33.4 de la Norma Foral 9/1991, de 17 de diciembre, sobre Régimen Fiscal de Cooperativas. En relación con una eventual vulneración del derecho fundamental a la libertad de empresa fundamentada en que la mencionada derogación colocase a las sociedades cooperativas en una posición desfavorable en el mercado, el Tribunal se pronuncia afirmando que la Norma Foral sitúa a todas las empresas en una situación de igualdad que, por ello, no vulnera la libertad de empresa.

Según la **STS de 7 de junio de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 6235, los Colegios Profesionales pueden regular vía reglamento cuestiones que afecten a las profesiones tituladas en aspectos de carácter secundario o auxiliar que sean necesarios para asegurar el orden profesional, sin que ello vulnere reserva legal alguna.

C) Reserva de Ley en materia de prestaciones patrimoniales de carácter público

La Disposición Adicional Duodécima de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos preveía la exigencia de una cuota unitaria en función de las ventas medias mensuales por los operadores al por mayor de productos petrolíferos, que venía a ser un gravamen sobre la casi total cifra de negocios de los operadores y tenía una naturaleza más próxima a una configuración impositiva que a una tasa. Esta regulación legal fue desarrollada por el RD 1339/1999, de 31 de julio, que el Tribunal entiende que vulnera la reserva de Ley en materia tributaria al determinar *ex novo* los elementos cuantificadores de una prestación patrimonial de carácter público –la citada cuota–, que no habían sido previstos en la Ley (**STS de 16 de julio de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 5030).

D) Reserva de Ley en materia tributaria

La STS de 3 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Tercera, Ar. 7231, rechaza de forma categórica la pretensión de vulneración de la reserva legal tributaria por la regulación mediante una norma reglamentaria de la supresión de una bonificación fiscal llevada a cabo por la Norma Foral de Vizcaya 9/1992, de 23 de diciembre, sobre Presupuestos del Territorio Histórico. A ello responde el Tribunal que tal pretensión llevaría, no sólo a desconocer la competencia fiscal de los Territorios Históricos, sino también a considerar inconstitucionales todas las Normas Forales dictadas en esta materia. A ello añade otro dato fundamental afirmando que las citadas Normas Forales constituyen una “potestad normativa de nuevo cuño, que expresamente se distingue de la mera potestad reglamentaria y que se expresa a través de las Normas Forales de las Juntas Generales (...), y, si bien dichas Normas Forales tienen una naturaleza reglamentaria (pues las Leyes de la Comunidad Autónoma vasca emanan sólo de su Parlamento), su posición en el ordenamiento general es singular, pues se ordenan directamente al Estatuto de 1979 y a la Constitución sin intermedio de Ley alguna, ni estatal ni autonómica (dentro del respeto al régimen de concierto con el Estado), que son insusceptibles de invalidar el marco reservado con exclusividad a los ordenamientos forales por la Disposición Adicional Primera de la Constitución y por el Estatuto de 1979, de modo que vienen a configurar unos reglamentos autónomos en sentido propio”.

4. DECRETO-LEY

A) Presupuesto habilitante: extraordinaria y urgente necesidad

La extraordinaria y urgente necesidad constituye un requisito que exige el art. 86.1 CE para poder dictar un Decreto-Ley, cuya concurrencia puede enjuiciar el Tribunal Constitucional, que en caso de uso abusivo o arbitrario podrá rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un decreto-Ley por inexistencia del presupuesto habilitante lo que supone la invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales por la Constitución.

Este requisito se cumple en relación con el Decreto-Ley 8/1994 por el que se suprimen las Cámaras de la Propiedad Urbana como Corporaciones de Derecho Público (STC 11/2002, de 17 de enero).

B) Contenido: puede regular cuestiones relativas a competencias básicas

La supresión de las Cámaras de la Propiedad Urbana constituye una normativa de carácter básico lo que no excluye la admisibilidad del Decreto-Ley siempre que se cumplan el resto de los requisitos que impone el art. 86.1 CE (STC 11/2002, de 17 de enero).

5. REGLAMENTO

A) Diferencia entre acto y norma

a) Naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo

Reiterando una profusa jurisprudencia, la **STS de 19 de marzo de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, Ar. 5178, considera que las relaciones de puestos de trabajo son actos jurídicos de naturaleza normativa. Sin embargo, la **STSJ de Extremadura de 30 de enero de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 500, afirma, reiterando la STC 48/1998, de 2 de marzo, que las relaciones de puestos de trabajo son disposiciones generales “a los solos efectos de la interposición de recurso contencioso-administrativo, y no puede llevarse esa conclusión a las formalidades estrictas establecidas para su aprobación; y así lo ha venido a declarar el Tribunal Supremo en Sentencia de 28 de mayo de 1996 que limita el carácter reglamentario de las disposiciones generales al aspecto procesal y su impugnabilidad, mas no trasciende al rigor formal de los trámites para su aprobación”. A ello añade, citando las SSTs de 20 de septiembre de 1988, Ar. 7233, 25 de febrero de 1994, Ar. 6352 de 1995 y de 6 de octubre de 1998, Ar. 9055, que el Tribunal Supremo ha declarado que “más que ante una disposición reglamentaria propiamente dicha nos encontramos ante (...) un elemento normativo desgajado, como unidad jurídica intermedia entre el acto y la norma, respecto a los cuales indicábamos que cuando se trata de elaborar un acto administrativo de este tipo, se debe entender que el procedimiento formalizado en los arts. 129 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo no es exigible o lo es de forma menos rigurosa que cuando se trata de verdaderos reglamentos”.

b) **La Orden autonómica que declara la prórroga del plazo para la transformación en Escuela Universitaria del Seminario de Estudios Sociales de Las Palmas es un acto administrativo: no está destinada a ser aplicada con posterioridad en un número indeterminado de casos**

La Orden de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de la Comunidad Autónoma de Canarias de 6 de octubre de 1992 estableció una nueva prórroga para la transformación en Escuela Universitaria del Seminario de Estudios Sociales de Las Palmas. Antes de entrar en la pretensión anulatoria interpuesta contra la mencionada Orden, el Tribunal se pronuncia sobre la naturaleza del acto jurídico impugnado. En concreto, llega a la conclusión de que la Orden objeto del recurso es un acto administrativo porque “no exterioriza el establecimiento de una ordenación o regulación abstracta, y destinada a ser ulteriormente aplicada en una pluralidad absolutamente indeterminada de casos concretos; pues lo que incorporaron fue un mandato o decisión consistente en declarar unos efectos y una duración claramente determinados: la habilitación de un determinado organismo, el Seminario de Estudios Sociales de Las Palmas, para que actuara como centro docente de determinadas enseñanzas oficiales durante un preciso lapso de tiempo” (**STS de 29 de mayo de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 5709).

IV. Fuentes del Derecho

Manteniendo estos mismos criterios, y retomando la idea de que los reglamentos innovan el ordenamiento jurídico con vocación de permanencia, la STS de 7 de junio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 6235, llega a la conclusión de que el Acuerdo de la Dirección General de los Registros y del Notariado impugnado relativo al lugar de otorgamiento de escrituras públicas, no es una disposición normativa.

c) La Resolución de la Secretaría General de Pesca Marítima por la que se establecieron los criterios para la confección del censo de arrastreros congeladores tiene carácter normativo: incorpora una regulación al ordenamiento jurídico

La Resolución de la Secretaría General de Pesca Marítima de 3 de abril de 1990, por la que se establecieron criterios para la confección del censo de arrastreros congeladores tiene carácter normativo, excede de los límites de una mera decisión dirigida a una pluralidad indeterminada de destinatarios desde el momento en que, aunque se refiera al censo anual de buques, incorpora con vocación de permanencia una regulación que pasa a formar parte del ordenamiento jurídico (STS de 14 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 4250).

B) Clases de reglamentos

a) Reglamento ejecutivo de Ley: complemento indispensable de la Ley que desarrolla

Ante la alegación vertida por la demandante relativa a la inexistencia de cobertura legal en relación con el Real Decreto 1589/1999, de 15 de octubre, de modificación parcial del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, así como respecto a una pretendida extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria, la STS de 4 de julio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 6162, considera que el mencionado reglamento no sólo goza de la cobertura que le dispensa la Disposición Adicional Undécima de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de los seguros privados, que modificó el art. 8.5 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, de regulación de los planes y fondos de pensiones, sino que, además, viene a constituirse “en complemento indispensable de la Ley”.

La STS de 10 de julio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 7391, afirma, partiendo de la consideración del reglamento ejecutivo como complemento indispensable de la Ley, que éstos pueden “explicitar reglas que en la Ley estén enunciadas y puede aclarar conceptos que en la Ley estén imprecisos y además puede ir más allá de ser puro ejecutor de la Ley, a condición de que el comportamiento de la Administración, en el ejercicio de la potestad reglamentaria sea acorde con la Constitución y con el resto del ordenamiento”.

b) Reglamento ejecutivo: tiene este carácter una Orden Ministerial dictada en desarrollo de una Ley sin autorización legal expresa

El Tribunal Supremo en su STS de 12 de febrero de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 4054, confirma la anulación de una Orden Ministerial

de 1990 que desarrollaba directamente la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, por omisión en su procedimiento de elaboración del Dictamen del Consejo de Estado, trámite preceptivo en la elaboración de los reglamentos ejecutivos de Ley. En esta Sentencia el Tribunal Supremo considera la Orden en cuestión como reglamento ejecutivo de Ley frente a aquellos otros supuestos en que una Orden Ministerial “no pertenecía al género de los ejecutivos, por cuanto no se dirigía a desarrollar o completar Ley previa habilitante, sino que era simple manifestación de la escala de la normatividad en su inferior grado, introduciendo regulaciones de segundo grado, de carácter técnico, para las que el Ministerio se hallaba habilitado por Ley, y por el Reglamento General de dicha Ley que había sido aprobado previa audiencia del Consejo de Estado”.

La peculiaridad del supuesto que enjuicia la citada STS de 12 de febrero de 2001 radica en que se admite que una Orden Ministerial desarrolle y complemente una Ley (“introduciendo *ex novo* regulaciones para su ejecución”, “afectando a aspectos sustanciales del régimen jurídico de los transportes públicos discrecionales de mercancías y viajeros”) con anticipación a la aprobación del Reglamento General para la ejecución de la misma y sin autorización expresa de la Ley. Estos elementos determinan a juicio del Tribunal la consideración de la Orden en cuestión como Reglamento ejecutivo de Ley y la consecuente obligatoriedad del Dictamen del Consejo de Estado.

c) Reglamento independiente: tiene este carácter el dictado en ausencia de delegación o remisión normativa realizada por Ley formal; lo son las Normas Forales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos

Para el Tribunal Supremo, los Decretos 36/1991 y 54/1992 del Gobierno de Canarias, por los que se aprobó y modificó el Estatuto regulador de las Actividades de Operador Mayorista de Productos Petrolíferos en Canarias son reglamentos independientes —como en el propio informe de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma se reconoce— al no existir una delegación o remisión normativa hecha por una Ley formal. Dado que según la jurisprudencia del Alto Tribunal, “los reglamentos independientes constituyen dentro de nuestro ordenamiento jurídico una excepción exclusivamente permitida para la regulación de cuestiones organizativas y de supremacía especial, pero no para aquellos supuestos, como el de los Decretos impugnados, en que se está regulando una materia que va a afectar a los derechos de determinados ciudadanos, restringiéndolos en lo que respecta a sus libertades de empresa y establecimiento”, el Tribunal los declara nulos por infracción del principio de reserva de Ley (STS de 20 de febrero de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 4068).

En la STS de 3 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 7231, se califican las Normas Forales de las Juntas Generales de los Territorios Históricos como “reglamentos autónomos en sentido propio”, dado que se ordenan directamente al Estatuto de 1979 y a la Constitución sin intermedio de Ley alguna, ni estatal ni autonómica dentro del respeto al régimen de concierto con el Estado. El

IV. Fuentes del Derecho

Tribunal Supremo matiza no obstante que se trata de “una potestad normativa de nuevo cuño que expresamente se distingue de la potestad reglamentaria”, dado que “su posición en el ordenamiento general es singular”.

d) Reglamentos autonómicos en desarrollo de la normativa básica estatal: no son homologables a los reglamentos ejecutivos de Ley

No son homologables los Reglamentos ejecutivos de las Leyes (sean éstas estatales o autonómicas) y aquellos otros Reglamentos que las Comunidades Autónomas aprueban, en el marco de la legislación básica estatal y partiendo de los límites que esta normación básica impone al desarrollo legislativo regional, en materias de competencias concurrentes o compartidas entre el Estado y los Entes autonómicos. En estos casos no se trata tanto de completar, pormenorizar, detallar o precisar una anterior regulación a nivel de Ley (que es lo propio de los reglamentos ejecutivos), sino de ejercitar una competencia autonómica, en el plano normativo reglamentario, con sujeción a los límites que la uniformidad de la legislación básica estatal le impone, lo que permite a la Comunidad Autónoma introducir en la regulación opciones políticas propias acomodadas a sus peculiares características, siempre que no desvirtúen las normas básicas estatales, por lo que, así considerados estos instrumentos normativos, más que desarrollar las normas básicas, la función que cumplen es completar el ordenamiento jurídico a cuya formación concurren los dos tipos de Entes Públicos territoriales con poder normativo (STS de 14 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 4477).

C) Titularidad de la potestad reglamentaria

a) Doctrina general sobre la titularidad de la potestad reglamentaria

Conforme a los principios constitucionales y la normativa legal de desarrollo, “la potestad reglamentaria propia de la Administración del Estado, por asignación constitucional directa corresponde al Gobierno”. El Presidente del Gobierno “de acuerdo con el modelo cancellerial que diseña la propia Norma Fundamental, ejerce, mediante Real Decreto (arts. 100 y 115 CE) determinadas competencias constitucionales y tiene la competencia reglamentaria que resulta de los arts 2.2 LOFAGE y 23.3 L Gobierno”. Los Ministros ejercen la competencia reglamentaria en las materias propias de su Departamento o, en la actualidad, en los términos previstos en la legislación específica; esto es, cuando se trata de normas que afectan a ámbitos externos a la potestad doméstica sobre el propio Departamento, no en virtud de una asignación genérica sino conferida por Leyes específicas o en virtud de habilitaciones concretas contenidas en Reales Decretos que incorporen los efectos esenciales de la regulación *ad extra* (arts. 12.2.1 LOFAGE y 23.3.2 L Gobierno)”. “Por el contrario, la potestad para dictar Resoluciones (circulares e instrucciones) de los órganos inferiores, como son los órganos directivos de los Ministerios, entre los que se encuentran los Secretarios Generales, estaba y está restringida al ámbito doméstico, organizativo y jerárquico (arts. 18.2 LOFAGE Y 21 LRJPAC)” (STS de 14 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 4250).

b) Los Secretarios Generales no son competentes para dictar normas reglamentarias

La Orden Ministerial de 17 de octubre de 1988 de Ordenación de la actividad de pesca en el Atlántico Noroccidental en su Disposición Final Primera faculta expresamente a la Secretaría General de Pesca Marítima “para que, mediante las oportunas resoluciones administrativas desarrolle en conjunto o separadamente las normas de ordenación contenidas en la Orden y para confeccionar y publicar cada año los censos de las distintas flotas del caladero”. En relación con este precepto, el Tribunal mantiene que la interpretación del mismo debe realizarse de acuerdo con los principios constitucionales relativos a la competencia o potestad para dictar reglamentos, posteriormente incorporados a la legislación ordinaria, que excluyen la posibilidad de que los Secretarios Generales, ni a título propio ni por delegación, puedan dictar disposiciones administrativas que afecten directamente a los ciudadanos (STS de 14 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 4250).

c) Competencia normativa de los Consejeros autonómicos en desarrollo de la legislación básica estatal y de las Leyes autonómicas

La remisión legal al desarrollo reglamentario por la Consejería competente no supone una deslegalización, cuando dicha materia está regulada por la legislación básica estatal y por la norma legal de remisión autonómica, máxime si dicha remisión no implica una disponibilidad ordenadora a favor del reglamento de una materia antes regulada por Ley y, sobre todo, en atención al componente técnico que caracteriza la materia en cuestión (STSJ de Galicia de 9 de febrero de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 671).

D) Límites de la potestad reglamentaria**a) Principio de legalidad: no se vulnera cuando el reglamento concreta uno de los casos previstos en la Ley**

La Asociación Automovilistas Europeos Asociados interpone recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1110/1999 por el que se modifica el Reglamento General de Conductores permitiendo la incoación de un expediente de revocación del permiso por desaparición de las habilidades, aptitudes o conocimientos, cuando el titular de la autorización durante el período de dos años haya sido sancionado en firme en vía administrativa por la comisión de tres infracciones graves, o dos muy graves, o dos infracciones graves y una muy grave, cualquiera que sea el vehículo con el que se hayan cometido. Dado que el art. 63 de la Ley de Seguridad Vial prevé la iniciación del expediente para la revocación de los permisos de conducir cuando pueda presumirse la carencia de alguno de los requisitos exigidos para su concesión, y la efectiva revocación si el titular del permiso no acredita en la forma que reglamentariamente se establezca estar en posesión de tales requisitos, el Real Decreto impugnado no hace otra cosa que desarrollar el precepto legal citado, concretando uno de los casos en que cabe entender se da el

IV. Fuentes del Derecho

presupuesto fáctico necesario para presumir la carencia de alguno de los requisitos exigidos para obtener y poseer un permiso de conducir y por tanto iniciar el expediente de revocación (STS de 24 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 4187).

En la misma Sentencia se rechaza que el citado Real Decreto 1110/1999 vulnere el art. 89 de la Ley de Seguridad Vial que permite la cancelación de oficio de las anotaciones en el Registro de Conductores e Infractores de las sanciones firmes graves o muy graves, a efectos de antecedentes, una vez transcurridos seis meses desde su total cumplimiento o prescripción. El Tribunal Supremo entiende que los efectos de la citada cancelación se limitan a su aplicación en el ámbito sancionador, al objeto de que no puedan ser tenidas en cuenta las sanciones canceladas en la graduación de las sanciones, que se agravan como consecuencia de la reiteración. Otra cuestión diferente es que la comisión de dichas infracciones pueda ser tenida en cuenta a efectos de la revocación del permiso de conducción en la medida en que constituyen un indicio de la pérdida de conocimientos o habilidades exigidos para la obtención y permanencia en la posesión de una licencia para conducir vehículos a motor (STS de 24 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 4187).

E) Elaboración de disposiciones de carácter general

a) Audiencia a las entidades interesadas

La STS de 22 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 6228, reitera la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la omisión del trámite de audiencia en la elaboración de disposiciones de carácter general. Con profusa cita jurisprudencial recuerda cómo este trámite es necesario, imprescindible y determinante de la validez de la norma impugnada, en contra de la línea jurisprudencial que entendía que la participación corporativa era facultativa y de observancia discrecional.

En la STS de 16 julio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 5030, el Tribunal Supremo analiza la posible infracción del trámite de audiencia en el procedimiento de elaboración del RD 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de la Energía. En este caso se dio audiencia a la recurrente, “Unión de Petroleros Independientes”, “no obstante ser una asociación de carácter voluntario con lo que ni siquiera esa audiencia era precisa”. La recurrente alega que en el proyecto que se analizó estaba en blanco la cifra concreta en pesetas /tm de la cuota unitaria, por lo que no pudo pronunciarse al respecto. El Tribunal, tras destacar que “ni siquiera en aquel trámite la propia parte puso de relieve tal anomalía, yendo sus alegaciones a otros aspectos del proyecto”, rechaza que la alegación formulada pueda ser estimada ya que “ha de tenerse en cuenta que ese trámite para la audiencia no puede transformarse en una intervención en el proceso de elaboración reglamentaria que haga a quien se concede copartícipe de una potestad que constitucionalmente sólo corresponde al Gobierno”.

b) Audiencia de asociaciones de consumidores y usuarios

La STSJ de Canarias de 2 de febrero de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sede de Las Palmas, Ar. 718, se pronunció sobre la preceptividad de la audiencia a asociaciones de consumidores y usuarios en la elaboración de disposiciones de carácter general. En este sentido, comienza el Tribunal señalando que al haber asumido la Comunidad Autónoma de Canarias competencias exclusivas en materia de consumidores y usuarios, y al haber desarrollado un procedimiento específico para la elaboración de disposiciones generales, no es aplicable en su territorio el art. 22 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que establece que las asociaciones de consumidores y usuarios deberán ser oídas en el procedimiento de elaboración de disposiciones reglamentarias en materias que afecten a los consumidores y usuarios. A mayor abundamiento, la Sala afirma que como la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido reiterando que la audiencia a las asociaciones en el procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general sólo es preceptiva en relación con las asociaciones que no sean de carácter voluntario y que representen intereses de alcance general o corporativo, y en la medida en que las asociaciones de consumidores y usuarios son asociaciones de afiliación no obligatoria no existe la necesidad de dar audiencia en la elaboración de reglamentos a la asociación recurrente.

c) Dictamen del Consejo de Estado: su omisión no tiene relevancia en relación con las relaciones de puestos de trabajo por carecer éstas de naturaleza reglamentaria; se exige en relación con reglamentos autonómicos que desarrollan Leyes estatales o autonómicas

La STSJ de Extremadura de 30 de enero de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Ar. 500, tras realizar un extenso y completo repaso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y mantener la regla general según la cual la omisión de la consulta preceptiva al Consejo de Estado constituye un vicio invalidante, recuerda que dicha regla tiene ciertas excepciones, entre las que se encuentran las disposiciones que no tengan carácter ejecutivo o innovador del ordenamiento jurídico (STS de 30 de noviembre de 1996, Ar. 8707). Pues bien, desde la peculiaridad de la naturaleza jurídica que el Tribunal confiere a las relaciones de puestos de trabajo (ya comentada anteriormente en esta crónica), considera que no teniendo estos actos jurídicos el carácter formal de disposición reglamentaria de carácter ejecutivo, y al no innovar el ordenamiento jurídico, no es preceptivo que para su elaboración deba ser consultado el Consejo de Estado.

La Confederación Sindical Independiente de Funcionarios impugna el Decreto 88/1991, de 23 de abril, de la Junta de Andalucía, regulador de los órganos de gobierno de los centros de educación para adultos, por haber sido elaborado sin el dictamen del Consejo de Estado. Se trata de un reglamento ejecutivo de una Ley autonómica. El Tribunal Supremo reafirma la superación de la línea jurisprudencial que en relación con los reglamentos autonómicos ejecutivos de Ley sólo exigía dictamen del Consejo de Estado cuando el objeto de desarrollo era una Ley estatal. A partir de 1995 (STS de 17 de enero de 1995,

IV. Fuentes del Derecho

Ar. 9926/1994) el Tribunal se aparta de dicha línea jurisprudencial al entender que el Consejo de Estado es un órgano consultivo al servicio de la concepción global del Estado que la Constitución establece, por lo que en defecto de órgano consultivo propio de la Comunidad Autónoma su dictamen se exige en la tramitación de todos los reglamentos ejecutivos de Ley, con independencia de la procedencia de ésta, determinando su omisión en el procedimiento la nulidad de la disposición (**STS de 27 de marzo de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 4536).

d) La falta de publicación de una Resolución de la Junta de Gobierno de un Centro universitario con naturaleza jurídica normativa determina su inexistencia

La desestimación de la solicitud de convalidación de asignaturas fundada en la Resolución de la Junta de Gobierno del Centro Politécnico Superior de Zaragoza, de 22 de octubre de 1993, sobre “Normas de carácter general para el acceso a Titulaciones exclusivamente de segundo ciclo desde diferentes enseñanzas”, no es conforme a Derecho en la medida en que la mencionada Resolución es una auténtica disposición general dictada en ejercicio de la potestad de autonormación de la Universidad demandada, “ínsita en el principio de autonomía universitaria”, dictada para suplir una situación transitoria hasta la conclusión de la reforma de los planes de estudios. Consiguientemente, al no haber sido publicada, este defecto acarrea su ineficacia y la nulidad del acuerdo desestimatorio que se impugna (**STSJ de Aragón de 22 de noviembre de 2000**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 475).

Manteniendo el mismo efecto invalidante de la no publicación de las disposiciones generales, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de abril de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 527.

e) Elaboración de Ordenanzas fiscales

Como ya pusieron de relieve las SSTs de 25 de marzo de 1999, Ar. 2539 y de 7 de febrero de 2000, Ar. 2784, la omisión o la insuficiencia del informe económico requerido por los arts. 24.1 y 25 de la Ley de Haciendas Locales en la elaboración de Ordenanzas fiscales es determinante de la nulidad de la norma municipal (**STS de 14 de abril de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 5339).

f) Inaplicación del régimen jurídico establecido en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local a la elaboración de disposiciones de los Territorios Históricos

Ante la alegación de ilegalidad de la Norma Foral de Vizcaya 9/1992, de 23 de diciembre, sobre Presupuestos del Territorio Histórico, por no haber sido “expuesta al público” según exige el art. 112.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, la **STS de 3 de mayo de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 7231, afirma que la Disposición Adicional Segunda 1 de dicha Ley establece que los Territorios Históricos organizan libremente sus instituciones y dictan las normas necesarias para su funcionamiento, sin que les sean de aplicación las normas contenidas en la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local. Como en la normativa reguladora del

régimen de organización y funcionamiento del Territorio Histórico de Vizcaya no se prevé un trámite similar al de exposición al público, el Tribunal concluye afirmando que la ausencia de dicho trámite es conforme al ordenamiento jurídico. Finalmente, para eliminar cualquier duda, la sentencia señala que la propia Ley de Haciendas Locales excluye de su ámbito de aplicación a los regímenes financieros de los Territorios Históricos, “por lo que no puede identificarse el procedimiento de elaboración de Normas Forales con el de disposiciones de carácter general en el Territorio Común”.

F) Impugnación de disposiciones de carácter general

a) Impugnación indirecta de disposiciones de carácter general: no cabe la alegación de vicios formales; efectos; no es necesario que haya sido alegada la nulidad de la disposición aplicada en vía administrativa

La STS de 14 de julio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 7101, señala los límites de la impugnación indirecta de disposiciones de carácter general. A este respecto, el Tribunal pone de relieve dos limitaciones: “el primero es que la impugnación no puede fundamentarse en supuestos vicios formales del procedimiento de elaboración de la disposición general, salvo aquellos que generen nulidades de pleno Derecho, muy particularmente, la falta de competencia del procedimiento previsto y el haberse apartado totalmente del procedimiento previsto para su elaboración y aprobación; y el segundo es el que en un recurso indirecto sólo puede pretenderse la anulación de los actos de aplicación individual de la disposición impugnada, nunca la anulación de ésta”. En el asunto en cuestión se desestima la pretensión del actor en la medida en que el vicio formal alegado era la omisión de la Memoria justificativa de una Ordenanza municipal. En el mismo sentido, STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 470.

Las SSTs de 17 de abril de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 5341, 5343 y 5345, reiteran la jurisprudencia del Tribunal comentada en números anteriores de esta revista, que mantiene que mientras que en el recurso directo interpuesto contra disposiciones generales son nulos todos los actos dictados en aplicación de la disposición declarada nula, salvo los que hubieran devenido firmes administrativa o jurisdiccionalmente, en el recurso indirecto son todos válidos excepto el específicamente impugnado. En el mismo sentido, las SSTs de 23 de julio y de 24 de julio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 6259, 6261, 6262, 6263 y 6264, así como las SSTs de 17 de marzo y de 13 de junio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 6268 y 6283.

En la impugnación indirecta de disposiciones generales no cabe declarar la nulidad de la disposición misma sino únicamente la del acto de aplicación o desarrollo que se ataca directamente. En consecuencia, no es necesario hacer constar la impugnación indirecta de la norma (en el caso, el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1985) ni en el escrito de interposición del recurso ni en vía administrativa dado que la LJCA admi-

IV. Fuentes del Derecho

te que en la demanda y en la contestación podrán alegarse cuantos motivos procedan en justificación de las pretensiones que se deduzcan, aunque no se hubieran expuesto previamente en la vía administrativa (STS de 16 de enero de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 4133).

b) Efectos de la anulación judicial de una norma reglamentaria

La STS de 6 de abril de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 5321, señala que no obstante la doctrina del Tribunal que establece que los actos dictados al amparo de una norma derogada por anulación jurisdiccional deban considerarse nulos (STS de 13 de febrero de 1991, Ar. 3448), esta solución tiene los límites que la propia Ley establezca, con base en el principio de seguridad jurídica. En este sentido, el Tribunal desestima la pretensión de la actora afirmando que: “a) La nulidad de las disposiciones generales, declarada en recursos directos o estimada en recursos indirectos, no produce la nulidad de pleno Derecho de los actos administrativos dictados a su amparo; b) La nulidad de pleno Derecho sólo se produce cuando los actos administrativos tributarios han incurrido en alguna de las causas establecidas en el art. 153 de la Ley General Tributaria; c) Las liquidaciones practicadas conforme a las normas vigentes en dicho momento, no inciden en nulidad de pleno Derecho, aunque tales normas sean posteriormente declaradas ilegales”.

La STS de 14 de abril de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 5339, considera que el fallo que declara la nulidad de una Ordenanza puede sentar las bases sobre las cuales deban subsanarse los defectos apreciados en la norma anulada, sin que deba proceder a la redacción de los nuevos preceptos, como así autorizaba el art. 85 de la LJCA de 1956. En la misma línea, la STS de 26 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 6269.

6. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) La alegación de la infracción de los principios de seguridad jurídica, inderogabilidad singular de los reglamentos y de igualdad exige su aplicación y argumentación en relación con el caso concreto

La simple invocación de la infracción de los principios de seguridad jurídica, inderogabilidad singular de los reglamentos, así como del derecho de igualdad mediante la cita de los preceptos en que se consagran y la referencia al “razonar de la sentencia recurrida” no es suficiente para que este motivo pueda ser estimado en casación, ya que presupone un previo error de la Sala de instancia al interpretar y aplicar la normativa autonómica en cuestión lo cual queda fuera de la competencia del Tribunal (STS de 20 de febrero de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección, Tercera, Ar. 4065).

En el mismo sentido, en la STS de 24 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 4187, el Tribunal rechaza la pretensión de la recurrente de que el Reglamento de Conductores infringe los principios generales del Derecho ya que es a ella a la que corresponde identificarlos, justificar su existencia y, por tanto, también concretarlos.

B) Principio de seguridad jurídica**a) Se infringe en los supuestos de retroactividad plena o auténtica**

En la **STC 234/2001, de 13 de diciembre**, se resuelve una cuestión de inconstitucionalidad en relación con la Disposición Transitoria Cuarta, apartado 7 de la Ley 45/1985, de 23 de diciembre, de impuestos especiales. Uno de los principales problemas que se plantea es la posible vulneración del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) por parte del citado precepto, que obliga a los fabricantes que venían gozando de exención en la adquisición de productos de acuerdo con la anterior normativa y que dejaban de tenerla conforme a la nueva Ley, a presentar una declaración en el plazo de tres meses comprensiva de las existencias de productos adquiridos sin impuestos, así como los incorporados a los productos en su poder, con ingreso de las cuotas correspondientes. El citado precepto impone por tanto una obligación de ingreso de cuotas a quienes en su día fueron beneficiarios de una exención, completamente agotada en sus efectos, en relación con los productos que con el citado beneficio fiscal fueron adquiridos como materia prima para su proceso industrial. A juicio del Tribunal este precepto es contrario al principio de seguridad jurídica por mostrarse irrazonable e imprevisible, con quiebra de la confianza legítima de los obligados tributarios en la que, razonablemente, esperaban debía ser la actuación de los poderes públicos y no existir razones que permitan justificar el sacrificio de aquel principio frente a un interés público prevalente. Se trata de un supuesto de retroactividad plena o auténtica por afectar a situaciones de hecho nacidas con anterioridad a la entrada en vigor del texto legal y cuyos efectos jurídicos se encontraban agotados.

b) No se vulnera en los casos de retroactividad en grado mínimo

En la **STS de 19 de febrero de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 5101, la recurrente alega que la privación *ex lege* de una pensión de carácter vitalicio vulnera los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de los derechos individuales establecidos en el art. 9.3 de la Constitución. Frente a esta alegación, el Tribunal, recogiendo la jurisprudencia constitucional, declara que “lo que prohíbe el art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva Ley en los efectos jurídicos ya producidos en situaciones anteriores, pero no la incidencia de la nueva Ley en los derechos en cuanto a su proyección hacia el futuro, que es lo que acontece con la aplicación del mencionado art. 40.1, que produce efectos de retroactividad en grado mínimo, afectando al cobro de las pensiones que se devengarían después de la vigencia del texto legal”.

c) Se vulnera cuando se infringe el principio de confianza legítima

La **STS de 26 de junio de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 5739, mantiene la doctrina del Tribunal en relación con el principio de confianza legítima según la cual la garantía de la confianza de los administrados inducida por la

IV. Fuentes del Derecho

razonable estabilidad de las decisiones administrativas tiene dos límites: a) el conocimiento anticipado, el establecimiento de medidas proporcionadas y transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta, así como la previsión de medidas correctoras o compensatorias; b) en ningún caso puede fundarse esa garantía en meras expectativas relativas a una eventual invariabilidad de las circunstancias, ni mucho menos puede suponer coartar la competencia normativa para establecer nuevas regulaciones que supongan el mantenimiento indefinido de una situación de ventaja de la que disfruten los afectados.

C) Principio de igualdad

a) Se entiende vulnerado cuando no existen motivos objetivos y razonables que justifiquen la diferencia de trato

El ente público de Radiotelevisión Canaria, en cuanto entidad pública que explota con arreglo a la Ley 46/1983, de 23 de diciembre, el tercer canal de televisión de cobertura autonómica, solicitó al Consejo de Ministros la explotación de dos programas dentro del canal múltiple especificado para su ámbito territorial en el anexo II del Plan técnico nacional de la televisión digital terrenal, aprobado por Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre. El Tribunal Supremo resuelve la impugnación de la desestimación presunta de la solicitud por parte del Consejo de Ministros, estimando la vulneración del principio de igualdad por el citado Decreto 2169/1998 dado que introduce “un elemento de desigualdad injustificada” al conceder la disponibilidad de los citados programas sólo a las Comunidades Autónomas que estuvieran gestionando el Tercer Canal en el momento de su entrada en vigor. El Tribunal entiende que se ha producido una discriminación “basada sólo en razones de calendario y no en motivos objetivos y razonables” y en consecuencia estima el recurso (STS de 24 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 4546).

b) La diferencia temporal puede servir para sostener que no se está ante situaciones iguales

A diferencia del supuesto anterior, en el caso que resuelve la STS de 24 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, Ar. 4187, el establecimiento de un sistema diferente para acreditar estar en posesión de los requisitos exigidos para conducir en relación con los conductores con un permiso de menos de dos años de antigüedad no se considera contrario al principio de igualdad, ya que, precisamente esa diferencia temporal sirve para sostener que no se está ante situaciones iguales.

c) La posesión de un título oficial puede ser un criterio que justifique un trato diferenciado

En la STS de 7 de julio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Séptima, Ar. 4625, se resuelve la impugnación del RD 1432/1996, de 7 de julio, por el que se traspan a la Comunidad Autónoma de Galicia medios personales adscritos al hospital militar de A Coruña por vulneración, entre otros argumentos, del principio de igualdad.

El Tribunal declara que “no teniendo la Administración del Estado obligación de traspasar a la Comunidad Autónoma de Galicia la totalidad de los trabajadores adscritos al Hospital de A Coruña ni la Comunidad Autónoma la de recibirlos, pudiendo por tanto limitarse el traspaso a los que se estimaron necesarios, la Administración no procedió arbitrariamente al excluir a la demandante, sino que actuó ateniéndose a un criterio de diferenciación basado en la posesión de título oficial suficiente, que no puede entenderse contrario al principio de igualdad”.

JORGE AGUDO GONZÁLEZ

ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Concepto de acto administrativo. Distinción con disposiciones generales. A) Una Orden por la que se prorroga el plazo para la transformación en Escuela Universitaria de un determinado Seminario, es un acto administrativo. **3. Requisitos del acto administrativo.** A) Motivación suficiente. **4. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Diligencia en la recepción de notificaciones. B) Ejecutividad, actos materiales de ejecución y tutela judicial efectiva. C) Extensión del control judicial de la entrada en domicilio. **5. Invalidez del acto administrativo.** A) Nulidad de pleno derecho por incurrir en incompetencia manifiesta por razón de la materia. B) Anulabilidad de un acto por incurrir en defectos formales que le impiden alcanzar su fin y causan indefensión en el particular destinatario. C) Una sanción impuesta en virtud de una delegación de firma, incurre en incompetencia jerárquica, que constituye un vicio de anulabilidad y, por tanto, convalidable. D) Es viable acudir a presunciones como prueba de la existencia de desviación de poder.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre septiembre de 2001 y enero de 2001 (marginales 4051 a 76550) respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y abril a noviembre de 2001 (367 a 788) respecto de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

2. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO. DISTINCIÓN CON DISPOSICIONES GENERALES

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

La STS de 29 de mayo de 2001, Sala Tercera, Sección Primera, FD 5º, Ar. 5709, afirma, en consonancia con la línea jurisprudencial mayoritaria del Tribunal Supremo (doctrina ordinamentalista), que tiene la naturaleza de acto administrativo una serie de órdenes por las que se prorroga el plazo para la transformación en Escuela Universitaria de un determinado Seminario. La sentencia fundamenta dicha calificación de acto administrativo en que “las sucesivas decisiones de prórroga no exteriorizaron el establecimiento de una ordenación o regulación abstracta, y destinada a ser ulteriormente aplicada en una pluralidad absolutamente indeterminada de casos concretos; pues lo que incorporaron fue un mandato o decisión consistente en declarar una concreta situación jurídica, con un destinatario, unos efectos y una duración claramente determinados: la habilitación de un determinado organismo, el Seminario de Estudios Sociales de las Palmas, para que actuara como centro docente de determinadas enseñanzas oficiales durante un preciso lapso de tiempo. Por tanto, esas decisiones de prórroga (...) no eran actos ordenantes sino actos ordenados (...)”.

Otra sentencia en la que se aplican los mismos criterios sobre un supuesto similar es la STS de 7 de junio de 2001, Sala Tercera, Sección Sexta, FD 1º, Ar. 6235.

3. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Motivación suficiente

La STS de 9 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 2º, Ar. 4923, reitera la doctrina jurisprudencial mayoritaria del Alto Tribunal y afirma que se ha producido una motivación suficiente, en los términos establecidos en el art. 54.1 LRJPAC, puesto que:

“(...) el examen del expediente demuestra que en el acto impugnado se contiene la expresión formal de los hechos y razonamientos en que se funda, con referencia sobrada a las alegaciones de las partes entonces en conflicto y de las normas que se consideraban de aplicación. De modo que se garantizaban suficientemente las posibilidades de defensa de los interesados y el posterior control judicial (...)”.

4. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Diligencia en la recepción de notificaciones

Como recuerda la STS de 21 de marzo de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 6º, Ar. 6378, la finalidad que persigue la notificación de las resoluciones administrativas es dar a conocer su contenido a los destinatarios de las mismas, lo que exige por parte de los ciudadanos una “actitud diligente” en su recepción. Por ello, cuando conste que la notificación ha sido recibida, aun cuando se rechace la firma del resguardo por el destinatario, la misma se entenderá realizada correctamente, incluso con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992.

B) Ejecutividad, actos materiales de ejecución y tutela judicial efectiva

La STS de 17 de julio de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 3º, Ar. 6916, establece una clara distinción entre la ejecutividad del acto administrativo y la actividad material de ejecución, señalando que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de posibilidad de someter a la decisión de un Tribunal la ejecutividad de un acto administrativo antes de su ejecución “(...) se vulnera, no cuando se dictan actos que gozan de ejecutividad, sino cuando, en relación a los mismos, se inician actos materiales de ejecución, sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar la suspensión de esa ejecutividad (...)”. En consecuencia, el acto que ordena la incorporación a la prestación social sustitutoria, en la medida en que no va acompañado de actos materiales de ejecución antes de poder someter a control judicial aquella decisión, no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

C) Extensión del control judicial de la entrada en domicilio

El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, al decidir sobre la autorización de entrada en un inmueble requerida para la ejecución de un acto administrativo debe comprobar, no sólo la regularidad del procedimiento administrativo, sino que como señala la STSJ de Madrid de 27 de marzo de 2001, FD 2º, Ar. 732, debe realizar además:

“(...) un juicio de proporcionalidad, que valore los intereses en conflicto, de una parte la ejecución del acto emanado de la autoridad pública (...) y de otra parte el derecho fundamental en juego, de forma que aun cuando el acto administrativo sea regular la autorización puede y debe ser denegada si existe una desproporción entre el fin pretendido por dicha resolución y el derecho fundamental en juego, como ocurrirá frecuentemente si la finalidad de la resolución puede ser conseguida por otros medios que aun siendo más gravosos para la Administración dejen indemnes el derecho a la intimidad personal y familiar y a la inviolabilidad del domicilio (...)”.

5. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Nulidad de pleno derecho por incurrir en incompetencia manifiesta por razón de la materia

La STS de 30 de junio de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 4º, Ar. 5393, reitera la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 1999 y declara la nulidad de pleno derecho de los actos dictados por el Delegado del Gobierno en CAMPESA dirigidos a la modificación de los efectos no directamente tributarios de un contrato ya cumplido, por excederse de las facultades referidas a cuestiones tributarias que tiene atribuidas dicho Delegado gubernamental respecto de terceros, y, por lo tanto, incurrir en el supuesto de nulidad de pleno derecho regulado en el artículo art. 62.1.b) LRJPAC: incompetencia por razón de la materia.

B) Anulabilidad de un acto por incurrir en defectos formales que le impiden alcanzar su fin y que causan indefensión en el particular destinatario

La STS de 19 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Tercera, FFDD 6º, 7º y 8º, Ar. 4062, declara la anulabilidad de la resolución del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid por la que se otorgan los Premios Extraordinarios de Licenciatura correspondientes al curso académico 1989/1990, constatada la comisión de las siguientes irregularidades: de un parte, la sustitución de hecho de uno de los vocales del Tribunal, legítimamente nombrado, por otro, sin el cumplimiento de las mínimas garantías que exige la norma aplicable, y, de otra parte, la elección directa a cargo del Tribunal, de los temas objeto del examen, infringiendo el art. 39 del Decreto de 7 de julio de 1994, sobre Ordenación de la Facultad de Derecho, que exige que el Tribunal en el momento del examen redacte un cuestionario de diez temas para, sobre ellos, sacar “a la suerte” dos temas que los alumnos deberán desarrollar durante la prueba.

Sobre las consecuencias jurídicas derivadas de la comisión de dichas irregularidades el Tribunal argumenta lo siguiente:

“La calificación jurídica de estos defectos no puede limitarse a la de meras irregularidades no invalidantes. Singularmente el primero de ellos revela que, en realidad, el tribunal calificador no llegó a constituirse de modo válido, pues la ausencia del Vocal designado y su sustitución de hecho por quien no consta tuviera tal carácter, reducía a dos el número de sus tres componentes legítimos, lo que desvirtuaba el carácter colegial del órgano, carácter que sólo concurre a partir de la presencia de tres miembros (...) La irregularidad resulta ser, pues, en este caso, relevante no ya para la formación de la voluntad colegial, sino para la existencia misma del órgano concreto.”

Por ello, el Tribunal concluye que las mencionadas irregularidades se encuentran entre las que provocan la consecuencia anulatoria prevista en el art. 63 LRJPAC: el defecto de forma determina la anulabilidad del acto viciado cuando éste carezca de los requisitos

formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados y “en el caso que nos ocupa la gravedad de las infracciones cometidas y el hecho de que colocasen al afectado en la imposibilidad plena de ejercer tanto su derecho a ser juzgado por un tribunal previamente conocido e integrado precisamente por los miembros designados al efecto y no por otros, como de ejercer su derecho a la recusación de quienes le juzgaban, cumplen los requisitos previstos en el apartado dos de aquel precepto (art. 63 LRJPAC) para lograr el efecto invalidante asociado a determinados efectos de forma particularmente censurables”. Y, en consecuencia, el Tribunal ordena la repetición del examen, que deberá ser juzgado por un nuevo tribunal calificador.

C) Una sanción impuesta en virtud de una delegación de firma, incurre en incompetencia jerárquica, que constituye un vicio de anulabilidad y, por tanto, convalidable

La STS de 3 de mayo de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 3º, Ar. 6937, determina que una sanción impuesta en virtud de una delegación de firma, incurre en un supuesto de incompetencia jerárquica porque el art. 16.4 LRJPAC prohíbe la delegación de firma en materia sancionadora. En consecuencia, dicha sanción está afectada por un vicio de anulabilidad [art. 63.1 en relación con art. 62.1.b) LRJPAC] que es subsanable mediante la convalidación oportuna por parte del superior jerárquico, en aplicación del art. 67.3 LRJPAC.

D) Es viable acudir a presunciones como prueba de la existencia de desviación de poder

La STS de 18 de junio de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, FD 6º Ar. 6066, afirma, de acuerdo con la jurisprudencia anterior del Alto Tribunal que:

“(…) es grave la dificultad de una prueba directa de la desviación de poder, por lo que resulta perfectamente viable acudir a las presunciones. Mediante ellas, partiendo de unos datos acreditados, puede llegarse, apreciando la existencia de un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, a la conclusión de que la Administración ha perseguido un fin distinto del previsto en la norma (…)

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar 2. Contratos administrativos y contratos privados. A) Naturaleza privada de un contrato celebrado por un Ayuntamiento como “agente de una unidad de suministro de CAMPSA”. B) Naturaleza administrativa de un convenio urbanístico. **3. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.** A) Capacidad de los contratistas. a) Nulidad de adjudicación a sociedad anónima no inscrita en el Registro Mercantil. Falta de personalidad jurídica. B) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. a) Validez de la ponderación de los criterios económicos. b) Indefinición de los criterios de adjudicación. Posibilidad de impugnar el Pliego después de la adjudicación. c) Falta de inclusión del precio. d) Exigencia de clasificación improcedente. e) Criterios de adjudicación: falta de concreción. f) Adjudicación conforme al Pliego de Condiciones: discrecionalidad y ambigüedad. g) Modificación del Pliego de Condiciones. C) Publicidad. a) No necesidad de publicación en el BOE cuando el anuncio sea publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma. D) Fianzas. a) Fianza prestada a través de aval bancario. Exclusión indebida en la licitación. b) Fianza prestada fuera de plazo: exclusión de la licitadora, que se declara conforme a derecho. c) La relación entre el contratista avalado y el fiador es inoponible a la Administración. **4. Formas de adjudicación.** A) Procedimiento negociado. a) Justificación insuficiente de contratación a través de procedimiento negociado sin publicidad. b) Adjudicación improcedente e insuficientemente justificada. B) Concurso. a) Adjudicación del concurso por el Tribunal. b) Adjudicación improcedente. C) Subasta. a) Vulneración del Pliego de Cláusulas en la adjudicación. **5. Régimen jurídico de los contratos.** A) Prerrogativas de la Administración. a) Interpretación de los contratos. b) Responsabilidad por daños a terceros. B) Equilibrio económico. a) Fuerza mayor. b) Revisión de precios. c) Enriquecimiento injusto. C) Extinción de los contratos. a) Penalidades de los contratos. b) Constituye un supuesto de incumplimiento contractual la negligencia del contratista en la prestación del servicio público de cafetería-comedor que dio lugar a la intoxicación de numerosas personas. c) El incumplimiento de la Administración no ha de recaer en el contratista con base en el principio de riesgo y ventura. d) Es preceptivo el Dictamen del Consejo de Estado en las

resoluciones contractuales en las que se formule oposición por parte del contratista.

6. Contratos administrativos típicos. A) Contrato de obra. a) Condición suspensiva en el pago de las certificaciones de obra. b) La recepción provisional y definitiva no exoneran de responsabilidad al contratista. c) La recepción provisional obliga al pago de la liquidación provisional. B) Contrato de suministro. a) Quien se encuentra vinculado contractualmente con la Administración, y no su comisionista, es el que ha de responder ante la misma. C) Contrato de gestión de servicio público. Retribución económica del concesionario. Reversión de instalación. D) Contrato de asistencia técnica. Imputación de pagos.

7. Contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de febrero a julio de 2000, por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de febrero a junio de 2000, en relación con las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Revisten interés un pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre la naturaleza privada de un contrato celebrado por un Ayuntamiento en el que cede a un particular la prestación de los servicios de Agente de una Unidad de Suministro de CAMPSA, condición que tenía la propia Entidad local, y aquellos que se refieren a la anulación del acto de adjudicación y a la sustitución, en su caso, del acuerdo del órgano de contratación por una decisión judicial.

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

A) Naturaleza privada de un contrato celebrado por un Ayuntamiento como “agente de una unidad de suministro de CAMPSA”

El TS, en su Sentencia de 3 de julio de 2000, Ar. 4621, califica como contrato privado un contrato celebrado entre un Ayuntamiento (que era “Agente de una Unidad de Suministro de CAMPSA”) y un particular, por el que el Ayuntamiento cede a un gestor la prestación de las actividades y servicios propios del Agente, a cambio de una remuneración. Sostiene el Tribunal que se trata de un contrato privado tanto por su contenido, como por su finalidad, no constituyendo una actividad pública que se encuentre entre las competencias de los Municipios, ni menos aun un servicio público de titularidad municipal.

B) Naturaleza administrativa de un convenio urbanístico

Afirma la STSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2001, Ar. 706, que es absolutamente pacífico en la Ley y en la jurisprudencia que los contratos que tengan por objeto la realización de obras públicas, como es, sin duda, la ampliación de una calle, tienen carácter administrativo, pues así lo dicen los arts. 4.1 y 19 de la Ley de Contratos del Estado, y por consiguiente todas las incidencias a las que dé lugar tal contrato son propias de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

3. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Capacidad de los contratistas

a) Nulidad de adjudicación a sociedad anónima no inscrita en el Registro Mercantil. Falta de personalidad jurídica

La STSJ de Extremadura de 18 de junio de 2001, Ar. 590, anula la adjudicación de un concurso a favor de una sociedad anónima que, en el momento de la licitación, no estaba efectivamente inscrita en el Registro Mercantil. Afirma el Tribunal que, de acuerdo con lo prevenido en el art. 15 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. 15.21). Esto implica que sólo las sociedades anónimas debidamente inscritas pueden contratar con las Administraciones Públicas.

Por su parte, la STSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2001, Ar. 627, anula la adjudicación de un contrato a una cooperativa en constitución, esto es, que no estaba aún constituida y no tenía personalidad jurídica.

B) Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares

a) Validez de la ponderación de los criterios económicos

La Sentencia del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo número 5 de 11 de mayo de 2001, Ar. 575, sostiene la validez de la cláusula del Pliego de bases del concurso que establecía una ponderación en los criterios de valoración del precio. Considera el Juzgado que constituye un criterio conforme con el art. 87 LCAP.

b) Indefinición de los criterios de adjudicación. Posibilidad de impugnar el Pliego después de la adjudicación

Para la STSJ de La Rioja de 13 de febrero de 2001, Ar. 460, resulta evidente que las cláusulas administrativas particulares del concurso no establecen las ponderaciones neces-

rias para su aplicación a las ofertas presentadas. Esta falta de determinación de los criterios de ponderación seguidos para puntuar los diversos conceptos técnicos valorables en el concurso, supone una infracción del art. 87.2 LCAP.

Por otro lado, el Tribunal no acoge la pretensión de la adjudicataria que sostiene que, al no impugnarse el Pliego de condiciones del concurso, no se puede combatir la adjudicación efectuada por vicios de éste, pues para ello se debe proceder a impugnarlos con independencia del acto de adjudicación. Para el Tribunal, no puede acogerse esta alegación porque la irregularidad en la que incurre el Pliego de cláusulas administrativas tiene un carácter sustancial, vulnerando lo dispuesto en el art. 57.2 LCAP y afectando por ello a la validez del acto de adjudicación.

Por el contrario, la **STS de 9 de febrero de 2001**, Ar. 5096, recoge reiterada jurisprudencia conforme a la cual, una vez que un licitador forma parte de un concurso, sin impugnar las condiciones y bases por las que se rige, carecerá de legitimación para impugnarlo después. Esta doctrina puede ceder cuando los vicios denunciados, lo que no sucede en el caso enjuiciado, son constitutivos de causa de nulidad de pleno derecho.

c) Falta de inclusión del precio

El art. 86 LCAP permite la utilización del sistema de concurso para “aquellos (contratos) cuyos proyectos o presupuestos no hayan podido ser establecidos previamente por la Administración y deban ser presentados por los licitadores”. Pero, considera la **STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de febrero de 2001**, Ar. 440, que ese “no poder fijarse el precio” es un caso especial y excepcional frente a las reglas generales sobre determinación del mismo (art. 70.1 LCAP). Que el precio sea fijado o no, no puede quedar al albur de la Administración, sino que “ha de responder a una causa o conjunto de causas precisas que impidan que pueda ser establecido (...)”.

d) Exigencia de clasificación improcedente

La **STS de 21 de mayo de 2001**, Ar. 4855, conoce de un contrato en el que en el Pliego de Condiciones se exigía una clasificación que no ostentaba trascendencia alguna para la ejecución del contrato en cuestión. Una vez que la Mesa de contratación constata este hecho, debió volver a convocar la licitación, variando el tenor del Pliego de Condiciones en este extremo. De esta forma se hubiera posibilitado el acceso a la subasta de terceras empresas, que pudiesen no haber participado en ella al carecer del requisito de clasificación inicialmente exigido.

e) Criterios de adjudicación: falta de concreción

Si bien el Pliego de Cláusulas administrativas del concurso contiene tres criterios objetivos falta una referencia más concreta al alcance de cada uno de ellos, así como una refe-

rencia a la puntuación particular de cada criterio. Considera el **TSJ de Galicia**, en su **Sentencia de 28 de febrero de 2001**, Ar. 680, que esta falta, si bien de carácter formal, tiene consecuencias invalidantes cuando ello produce indefensión a los interesados. Y, en este caso, lo produjo a la entidad recurrente no adjudicataria del concurso, porque le privó de poder defender su pretendido derecho a ser preferida en la adjudicación.

f) Adjudicación conforme al Pliego de Condiciones: discrecionalidad y ambigüedad

En el caso del que conoce la **STSJ de Murcia de 21 de febrero de 2001**, Ar. 648, el pliego concede un amplio margen de discrecionalidad a la Mesa para hacer la valoración de las distintas ofertas. Considera el Tribunal que no puede sustituir él tal discrecionalidad. Igualmente, afirma que la ambigüedad del objeto del contrato no es determinante del resultado del concurso. Lo cierto es que el pliego de condiciones era el mismo para todas las empresas participantes, por lo que todas hicieron sus ofertas en plano de igualdad.

g) Modificación del Pliego de Condiciones

El Pliego de Condiciones condiciona y define los derechos y obligaciones de las partes asumidas en el contrato. Pero es posible que las partes establezcan aquellos pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes al amparo del art. 1255 del Código Civil, en relación con los artículos 14 de la Ley de Contratos del Estado y 34 de su Reglamento. Igualmente, el art. 54 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales establece la posibilidad de modificar las prestaciones de obra o servicio contratadas, en virtud de causas imprevisibles, inevitables o en virtud de motivos de interés público.

Por todo ello, afirma la **STSJ de Andalucía de 22 de febrero de 2001**, Ar. 627, que la potestad administrativa para modificar las prestaciones del contrato es clara, si bien se debe ejercitar dentro de los límites objetivos y ateniéndose a las normas de competencia y procedimiento legalmente establecidos.

C) Publicidad

a) No necesidad de publicación en el BOE cuando el anuncio sea publicado en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma

En el caso del que conoce la **STSJ de Extremadura de 18 de junio de 2001**, Ar. 590, ya se había llevado a cabo la publicación en el Diario Oficial de la Provincia y en el Diario Oficial de la Comunidad Autónoma de Extremadura. De acuerdo con el art. 79.1 LCAP, no era necesaria su publicación en el BOE, ya que no era precisa su publicación en el Boletín Oficial de la Unión Europea.

D) Fianzas**a) Fianza prestada a través de aval bancario. Exclusión indebida en la licitación**

El art. 36.1 LCAP no establece una forma cerrada de prestación de la garantía, sino que admite varias. Además, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares establecía que “podrán constituirse en cualquiera de las formas previstas en punto 1 del art. 36 de la citada Ley”. En consecuencia, afirma la **STSJ de Baleares de 20 de abril de 2001**, Ar. 564, la garantía prestada por la licitadora mediante aval bancario en lugar de mediante depósito en metálico, no es contraria a este precepto. Y ello a pesar de que el Decreto de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares 156/1989, en su art. 1, establece: “(...) Las fianzas podrán prestarse en metálico o mediante aval debidamente bastanteado por el Departamento de la Asesoría Jurídica de la CAIB”. Considera el Tribunal que fue el propio Pliego del contrato el que incumplió este precepto al admitir que se prestase la garantía en cualquiera de las formas del art. 36.1 LCAP. Además, el Pliego tampoco incluyó el citado Decreto entre la normativa que era aplicable al contrato. Y, en todo caso, de sostenerse la aplicación del Decreto citado, la garantía se prestó en una de las formas admitidas por éste, ya que sólo le faltaba un requisito formal (el “bastanteo”) que incluso podría haberse subsanado de oficio mediante la remisión a la Asesoría Jurídica de la propia Administración.

b) Fianza prestada fuera de plazo: exclusión de la licitadora, que se declara conforme a derecho

En **STSJ de Navarra de 19 de febrero de 2001**, Ar. 505, el Tribunal declara conforme a derecho el acuerdo de la Mesa de Contratación que inadmite a la empresa actora del concurso convocado para un contrato de suministro, en la medida que ésta había presentado fuera de plazo el resguardo de haber depositado la fianza provisional. Sostiene el Tribunal que la seguridad jurídica se impone en este caso frente a otros principios como el de *pro actione*.

c) La relación entre el contratista avalado y el fiador es inoponible a la Administración

Esto se declara en la **STS de 5 de febrero de 2001**, Ar. 4917, en la que asimismo se afirma que en este tipo de fianzas, la relación entre el contratista avalado y el avalista o fiador será inoponible al acreedor, en este caso, al Estado. Asimismo y consecuencia de lo anterior es que, al no estar sometida la relación entre el avalista y el Estado a la Ley del Seguro de 1980, no es de aplicación el plazo específico de prescripción de dos años que se prevé en el art. 23 de aquella Ley, sino el de quince años del artículo 1964 del Código Civil.

4. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Procedimiento negociado

a) Justificación insuficiente de contratación a través de procedimiento negociado sin publicidad

Por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, el TSJ de Castilla-La Mancha, en su **Sentencia de 20 de marzo de 2001**, Ar. 589, anula unas resoluciones de un Ayuntamiento por las que se formaliza la adjudicación directa, por el procedimiento negociado, de unos contratos. Considera el Tribunal que:

“no puede entenderse como la imperiosa urgencia, resultante de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación establecida en el art. 183.d) de la LCAP, la celebración inminente de las Fiestas de Navidad 1997-98, toda vez que dicho evento se repite todos los años y es perfectamente previsible la ornamentación de determinadas vías públicas en tales fechas. Tampoco ha quedado acreditado la consulta a un mínimo de tres empresas exigida por el art. 93.1. (...) No figura en el expediente la acreditación, por parte de las referidas sociedades de los requisitos exigidos en el art. 11 LCAP (...)”.

b) Adjudicación improcedente e insuficientemente justificada

Considera el TSJ de Castilla y León, en la **Sentencia de 18 de diciembre de 2000**, Ar. 488, que la adjudicación se ha hecho sin motivación suficiente, puesto que se adjudica a una empresa cuya oferta es la más cara y no es la mejor en condiciones técnicas, afirmando solamente “por ser la oferta más ventajosa para los intereses municipales”, por lo que se conculca los arts. 74.3 y 11 LCAP.

B) Concurso

a) Adjudicación del concurso por el Tribunal

La STSJ de Extremadura de **18 de junio de 2001**, Ar. 590, a pesar de anular el contrato objeto del litigio, no accede a la petición de la parte recurrente de que le sea adjudicado dicho contrato a su favor. Afirma el Tribunal que:

“junto a la recurrente licita otra empresa (...), siendo una potestad administrativa la elección del peticionario que presente mayores ventajas en orden a la garantía, importancia, calidad, regularidad, precios o cualquier circunstancia de interés general. Coadyuvaría a lo que exponemos el contenido del art. 71.2 de la Ley 29/1998 (...)”.

Sin embargo, y a pesar de existir otros concursantes además de la recurrente y el adjudicatario, la STSJ de Castilla-La Mancha de **22 de diciembre de 2000**, Ar. 411, y tras anular el procedimiento de adjudicación, estima la pretensión de la actora de que se le declare adjudicataria del contrato.

b) Adjudicación improcedente. Reconocimiento de una indemnización de daños y perjuicios a la actora que no resultó adjudicataria

La STSJ de Castilla-La Mancha de 22 de diciembre de 2000, Ar. 411, anula el procedimiento de adjudicación por considerar infringido el pliego de cláusulas administrativas del contrato, por la falta de motivación de la decisión adoptada así como por la incorrecta puntuación otorgada en el procedimiento de adjudicación a la actora y a la entidad que resultó finalmente adjudicataria del contrato. Como en este caso se estima también la pretensión de la actora de que se le declare adjudicataria del contrato, y éste, sin embargo, ya se ha ejecutado en parte, se reconoce a esta parte una indemnización de los daños y perjuicios sufridos, que, al no haberse reclamado previamente, quedan reducidos “a la ganancia derivada del contrato y dejada de obtener por el actor”.

C) Subasta**a) Vulneración del Pliego de Cláusulas en la adjudicación**

En la adjudicación, el Ayuntamiento incurrió en vulneración del Pliego de Cláusulas al considerar que no debía requerir a la empresa adjudicataria la clasificación que era exigida por el propio Pliego (STS de 21 de mayo de 2001, Ar. 4855).

5. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS**A) Prerogativas de la Administración****a) Interpretación de los contratos**

Ante la falta de pacto escrito sobre una determinada cuestión, entiende la jurisprudencia, STSJ del País Vasco de 23 de febrero de 2001, Ar. 641, que se debe acudir para juzgar la intención de los contratantes a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato, conforme al art. 1282 del Código Civil.

b) Responsabilidad por daños a terceros

Como pone de manifiesto la STS de 30 de abril de 2001, Ar. 6852, existen dos líneas jurisprudenciales en relación con la indemnización de los daños que se causen a terceros en el ámbito de la contratación administrativa. Así, en aplicación del art. 134 LRJAE, se entiende por una corriente jurisprudencial que las reclamaciones de terceros se presentarán ante la Administración del Estado, ante el órgano de contratación, que decidirá en el acuerdo que dicte, oído el contratista, sobre la procedencia de indemnización, en régimen objetivo y directo. En caso de que se den los requisitos de la responsabilidad, la Administración debe abonar la indemnización al dañado sin perjuicio de su derecho de

repetición frente al contratista. La segunda tesis interpreta que la Administración decidirá sobre la responsabilidad que debe ser satisfecha, pero que sólo indemnizará en los supuestos a ella imputables —cuando el daño se derive de una orden de la Administración o se produzca como consecuencia de vicios en el proyecto—, en el resto señalará la indemnización que debe ser satisfecha por el contratista.

No obstante, en **STS de 7 de abril de 2001**, Ar. 6794, el Tribunal Supremo obliga a la Administración a satisfacer la indemnización al particular sin perjuicio de su posible repetición al contratista, cuando la responsabilidad es imputable exclusivamente al contratista. Fundamenta su decisión el Tribunal en el hecho de que cuando el particular reclamó los daños ante la Administración, ésta se limitó a informar a la empresa reclamante de que los vertidos causantes del daño los había efectuado la empresa contratista, sin que procediera a declarar efectivamente la responsabilidad del contratista y la cuantía de la misma.

B) Equilibrio económico

a) Fuerza mayor

No es un supuesto de fuerza mayor la circunstancia de fuertes vientos que sacuden una edificación. Así lo estima el Tribunal Supremo, en **STS de 25 de abril de 2001**, Ar. 779, en la que se aclara que los vientos no fueron de tal intensidad que puedan exonerar a los agentes en el diseño y la ejecución de una obra de su responsabilidad por los daños producidos. Asimismo en la citada sentencia se afirma que una cautela mínima en el diseño y ejecución ha de incorporar necesariamente la previsión de los meteoros más frecuentes en la zona y en la ubicación de la obra. Asimismo, retomando jurisprudencia anterior del mismo Tribunal se declara:

“procede señalar que en el juicio de causalidad es necesario tomar en consideración los datos objetivos concurrentes condicionados por el conocimiento que se infiere del análisis de las actuaciones y siendo la posibilidad de prever los sucesos un concepto teóricamente amplísimo y de límites imprecisos, entendidos en su aplicación legal y práctica, hay que considerarlo en la cuestión examinada como un suceso excluyente, insólito y extraordinario, imprevisible en principio, cuya concurrencia hubiera roto el nexo causal”.

b) Revisión de precios

Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, concretamente de la **STS de 12 de julio de 2001**, Ar. 6908:

“la revisión de precios tiene un carácter excepcional, en cuanto pugna con una serie de principios básicos de la contratación administrativa, como son el de riesgo y ventura, el de precio cierto y el de inmutabilidad del contrato, razón por la cual las estipulaciones que contengan la revisión de precios deben ser interpretadas con carácter restrictivo, siendo consecuencia lógica de este principio que corresponda al contratista la acreditación de las circunstancias que justifican este remedio excepcional para el restablecimiento del equilibrio contractual”.

La STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de febrero de 2001, Ar. 440, anula la cláusula contractual que establece una prohibición completa y radical de la revisión de precios, sin que conste una motivación de dicha prohibición. Entiende el Tribunal que, de acuerdo con la Ley de Contratos de las Administraciones públicas (art. 104.3), la exclusión de la revisión de precios exige una resolución motivada, y, por otro lado, el plazo contractual de ejecución, e incluso su demora (art. 108 de la citada Ley), no es un elemento decisivo que excluya la necesidad de motivar la prohibición de la revisión.

No procede en el caso de la STS de 30 de abril de 2001, Ar. 4465, en la que, aunque siguiendo constante jurisprudencia se reconoce la legitimidad de una revisión de precios no prevista en el contrato, no resulta acreditado la concurrencia de circunstancias extraordinarias sobrevenidas que escapasen a la capacidad de previsión del contratista o la existencia de un “riesgo imprevisible” que condujera a un restablecimiento del equilibrio financiero del contrato.

La solicitud de la revisión de precios no prescribe aunque transcurran cinco años —plazo de prescripción previsto en el art. 46 de la Ley general Presupuestaria de 1988— en la medida en que durante ese período de tiempo la empresa contratista también realizó reclamaciones judiciales y extrajudiciales. Así lo sostiene la STS de 16 de mayo de 2001, Ar. 4850.

c) Enriquecimiento injusto

No procede en el supuesto enjuiciado en la STS de 30 de abril de 2001, Ar. 4466, en la que se enuncian los requisitos, que se han acuñado en la jurisprudencia, para que concurra el enriquecimiento injusto: a) Aumento del patrimonio del enriquecido; b) Correlativo empobrecimiento de la parte actora, representado por un daño emergente o por un lucro cesante; c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento, y d) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio.

C) Extinción de los contratos

a) Penalidades de los contratos

Conforme a la STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de marzo de 2001, Ar. 586, la imposición de penalidades es una consecuencia de las estipulaciones pactadas, según las cuales, recogiendo lo establecido en el art. 45 de la Ley de Contratos del Estado, la constitución en mora del contratista no requerirá interpelación o intimación previa por parte de la Administración. Asimismo, el Tribunal consideró que la imposición en ese caso de una cláusula penal pactada por la Administración ante el incumplimiento del plazo por parte del contratista, no constituye una manifestación del derecho sancionador sino que responde a una concepción civil en la que se predica el principio de presunción de culpa en el contratante que no cumple lo pactado o incurre en algún defecto de cumplimiento.

- b) Constituye un supuesto de incumplimiento contractual la negligencia del contratista en la prestación del servicio público de cafetería-comedor que dio lugar a la intoxicación de numerosas personas**

Es el caso del que conoce la STSJ de Madrid de 30 de noviembre de 2000, Ar. 534, en la que se declara ajustada a derecho la resolución del contrato dictada por la Universidad que contrató a la empresa para explotar el servicio de cafetería de una de sus facultades.

- c) El incumplimiento de la Administración no ha de recaer en el contratista con base en el principio de riesgo y ventura**

Esto sostiene el Tribunal Supremo, en STS de 14 de mayo de 2001, Ar. 4478, en la que expresamente se afirma que “el principio general de riesgo y ventura por parte del contratista no sólo quiebra en los sucesos de fuerza mayor recogidos en el art. 46 de la Ley de Contratos del Estado, sino también cuando la Administración contraviene el tenor del contrato, produciendo una alteración en su ejecución”.

- d) Es preceptivo el Dictamen del Consejo de Estado en las resoluciones contractuales en las que se formule oposición por parte del contratista**

Así se desprende del art. 22.11 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado que aplica la STS de 23 de julio de 2001, Ar. 7404, en la que congruentemente se sostiene que el único supuesto que excluye la intervención del Consejo de Estado en los casos de resolución contractual radica en el aquietamiento del contratista, más no cuando éste se opone a la pretensión resolutoria.

6. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de obra

- a) Condición suspensiva en el pago de las certificaciones de obra**

La STS de 20 de julio de 2000, Ar. 4632, rechaza que se pueda someter el pago de una obra a la recepción de determinadas subvenciones por parte de la Administración, como pretendía el organismo público contratante, que interpretaba que el contrato celebrado imponía como condición suspensiva del pago de las certificaciones de obra, la obtención de subvenciones. El Tribunal considera que esa pretensión supondría, por un lado, dejar al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento de los contratos, frente a lo que expresa el art. 1256 del Código Civil, y, por otra parte, que la obligación que se señala como condicional sería nula, a tenor del art. 1115 del mismo Código, por razón de que tal cumplimiento de la condición dependería de la exclusiva voluntad de quienes resultan deudores.

b) La recepción provisional y definitiva no exoneran de responsabilidad al contratista

Esto sostiene la STSJ de Galicia de 25 de abril de 2001, Ar. 779, en la que, acudiendo a las reglas del régimen de responsabilidad contractual administrativa (art. 56 Ley de Contratos del Estado), se afirma que concurre responsabilidad del contratista en aquellos supuestos en los que una vez ejecutada la obra se produce la ruina de la misma, por causa imputable a la ejecución y construcción de la obra. En este ámbito la “ruina” se equipara a una situación de construcción que, recién terminada, ya presenta síntomas de vicios de cierta gravedad y entidad.

c) La recepción provisional obliga al pago de la liquidación provisional

Así lo afirma la STSJ de Castilla y León de 3 de abril de 2001, Ar. 744, en la que se declara, siguiendo jurisprudencia del Tribunal Supremo, “que la recepción provisional implica una manifestación de voluntad en cuya virtud es aceptada (la obra) por la Administración y cuyo efecto primordial es liberar al contratista en cuanto a su obligación de entregar y realizar la obra, naciendo desde ese momento, en que ha intervenido un funcionario técnico designado por la Administración contratante, la obligación de liquidar y pagar, también con carácter provisional, el precio correspondiente a la obra recibida, cuyo estado real se observa y comprueba, y que tales etapas –recepción y liquidación provisionales– son independientes de otras que, sucesivamente integran el contrato de obras, como la recepción definitiva, pues en ella se comprueba que durante el plazo de garantía de la obra se ha mantenido en el debido estado de conservación, y es, por tanto, una nueva comprobación *a posteriori* del mismo hecho ya acreditado en la provisional”.

B) Contrato de suministro**a) Quien se encuentra vinculado contractualmente con la Administración, y no su comisionista, es el que ha de responder ante la misma**

La STS de 8 de febrero de 2001, Ar. 4921, sostiene que, en el supuesto de resolución de un contrato de suministro, el comisionista o representante de la empresa contratista no ha de devolver el precio del contrato, sino que dicha obligación incumbe a la empresa contratista o comitente, según prescribe el art. 247 del Código de Comercio.

C) Contrato de gestión de servicio público**Retribución económica del concesionario. Reversión de instalaciones**

La retribución económica del concesionario debe ser suficiente para asegurar la amortización, durante el plazo de la concesión, del coste del establecimiento del servicio, porque las instalaciones han de revertir gratuitamente a la Administración al término de la

concesión, siendo indiferente al respecto que la empresa concesionaria las haya o no amortizado. El supuesto particular de una sola sentencia, la de la Sala Cuarta de 28 de septiembre de 1987, Ar. 8265 (en la que la reversión del edificio se encontraba establecida en el contrato), no puede desvirtuar ni el criterio legal, ni el jurisprudencial (**STS de 5 de junio de 2001**, Ar. 7427). En esta misma sentencia y en la **STS de 5 de junio de 2001**, Ar. 7428, también se afirma que el principio de reversión a la Administración de los bienes e instalaciones necesarios para la prestación del servicio es una consecuencia lógica de que la titularidad del servicio corresponde a la Administración y de que ésta, al extinguirse la concesión, debe continuar prestando dicho servicio.

D) Contrato de asistencia técnica

Imputación de pagos

Afirma la **STSJ de País Vasco de 23 de febrero de 2001**, Ar. 641, que no puede ser declarada la imputación de pagos sin que previamente se declare si la deuda existe, si es cierta, líquida y determinada.

7. CONTRATOS DE COLABORACIÓN TEMPORAL EN RÉGIMEN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Como refiere la **STSJ de 19 de febrero de 2001**, Ar. 692, la Administración no puede celebrar contratos de este tipo después de la entrada en vigor de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que en su Disposición Adicional Cuarta, apartado 1, expresamente lo prohíbe. No obstante, cuando la Administración, apartándose de esta prohibición legal, suscribe un contrato de este tipo, no está exenta de cierta responsabilidad, basándose, entre otros principios, en el de enriquecimiento sin causa, o la gestión de negocios ajenos, por lo que, aun siendo nula la relación contractual entre actor y Administración demandada, lo cierto es que éste llevó a cabo el trabajo convenido y debe ser indemnizado por ello. En este sentido la sentencia citada reitera jurisprudencia del Tribunal Supremo en la que expresamente se declara:

“(…) que los requisitos formales para la contratación administrativa y modificación de sus cláusulas, de suyo imperativos e insoslayables en cuanto garantía de (...) los intereses públicos, no pueden ser invocados por el organismo contratante que los omitió, pues se llegaría a la inadmisibles conclusión de que después de haber incumplido la Administración las propias normas y haberse beneficiado de la actividad del particular, no tendría que pagar su contraprestación, precisamente por haber incumplido sus normas”.

JULIA ORTEGA BERNARDO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Administración del Estado y entidades estatales.**

A) Competencias del Consejo de Estado: supuestos en los que procede su dictamen.

B) Órganos judiciales: creación sin alteración de demarcaciones judiciales. C) Instituto Cervantes: régimen jurídico. D) Sociedades Estatales: procedimiento para su creación.

3. Administración local. A) Autonomía local. a) La “tutela urbanística” del Estado o de las Comunidades Autónomas vulnera la autonomía local. b) La renovación del Padrón municipal de habitantes por órganos estatales no vulnera la autonomía local.

B) Funcionamiento de los órganos de gobierno locales. a) Nulidad del acuerdo del Pleno adoptado sin estar asistido por el Secretario. b) Participación de todos los grupos políticos en las Comisiones Informativas locales. C) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales: renuncia a la condición de concejal. D) Competencias y servicios locales. a) Nulidad del acuerdo de modificación del Padrón municipal sin instruir el debido expediente administrativo. b) Actividades preparatorias del servicio funerario monopolizado. **4. Colegios profesionales y profesiones tituladas.** A) Delimitación de competencias entre Ingenieros de Caminos e Ingenieros Agrónomos. B) Homologación del título de Ingeniero colombiano.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

De las sentencias sobre organización administrativa dictadas por el Tribunal Supremo en el cuarto trimestre de 2001 hemos seleccionado algunas que introducen matices interesantes en la doctrina jurisprudencial consolidada sobre Administración del Estado y entidades estatales, autonomía local, funcionamiento de los órganos de gobierno locales, servicios y competencias locales, así como sobre colegios profesionales y profesiones tituladas.

Asimismo, se incluye un comentario de la Sentencia del Tribunal Constitucional 159/2001, de 5 de julio, por sus aportaciones en materia de autonomía local.

2. ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y ENTIDADES ESTATALES

A) Competencias del Consejo de Estado: supuestos en que procede su dictamen

La STS de 12 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4054, desestimó el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado contra una Sentencia que declaró nula la Orden Ministerial de Transportes, Turismo y Comunicaciones, de 28 de febrero de 1990 (en adelante LOTT), por omitir el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado. Dicha Sentencia hace una interpretación del mandato contenido en el artículo 22.3 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, que exige Dictamen preceptivo en relación con aquellos “Reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las Leyes, así como de sus modificaciones”. En este sentido considera que la OM de 28 de febrero de 1990 es una disposición general que modifica otras disposiciones generales aprobadas en ejecución de la LOTT, al tiempo que introduce *ex novo* regulaciones para la ejecución de aquella Ley, por ello, es necesario el preceptivo Dictamen del Consejo de Estado aunque no se trate de un Reglamento General sino de una ejecución parcial en aspectos sustanciales anticipatorios de la regulación que después acogería, ya con carácter definitivo, dicho Reglamento General. En consecuencia, la preceptividad del Dictamen encuentra su razón de ser en el principio de legalidad, pues esa intervención del supremo órgano consultivo del Gobierno está para asegurar *a priori* el sometimiento pleno de las Administraciones públicas a la Ley y al Derecho, insertándose en el procedimiento administrativo común como una garantía esencial, que no puede ser sustituida por el Informe de la Secretaría General Técnica. (Vid. también: SSTs de 16 de enero de 1993 y 20 de enero de 1992.)

B) Órganos judiciales: Creación sin alteración de demarcaciones judiciales, audiencia de Comunidad Autónoma

La STS de 28 de abril de 2001, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 6796, realiza una interpretación conjunta de los artículos 36 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), y 20.1 y 3 de la Ley de Demarcación y Planta Judicial de donde se deduce la exigencia de oír a las Comunidades Autónomas afectadas tanto para crear Secciones y Juzgados como para aumentar las plazas de Magistrado aún sin creación de una Sección completa.

En el particular que nos ocupa, la Comunidad Autónoma de Cataluña reclama que no fue escuchada con ocasión de la aprobación del Real Decreto 1680/1997, de 7 de noviembre, de dotación y constitución de plazas de Magistrados y Juzgados correspondiente a la programación de 1997, Real Decreto, que le afecta de modo directo pues modifica, mediante la creación y dotación de nuevas plazas de magistrados, la organización judicial de la citada Comunidad Autónoma. Pues bien, al existir previamente una serie de informes de la Consejería de Justicia de Cataluña consecuencia de las breves comunicaciones realizadas por la Administración Estatal, y que fueron remitidos al Ministerio de Justicia realizando una extensa exposición acerca de la situación de la Administración de Justicia de Cataluña, entiende este Tribunal que queda cumplido el trámite establecido en los artículos ante-

riormente citados pues la Comunidad Autónoma tuvo oportunidad de exponer sus alegaciones al respecto. No obstante lo cual, también señala esta Sentencia que aunque el defecto de comunicación citado no es invalidante del Real Decreto impugnado, por vulneración del principio de legalidad y jerarquía normativa, sin embargo, el medio empleado por la Administración Estatal no constituye el cauce más adecuado para cumplir con el trámite de audiencia pues las Leyes indicadas exigen el traslado del proyecto del Real Decreto al completo a efectos de que, antes de hacerse oír, puedan conocer las Administraciones autonómicas lo que afecte concretamente al territorio de la respectiva Comunidad Autónoma a fin de que la audiencia resulte útil y eficaz.

C) Instituto Cervantes: régimen jurídico

La STS de 25 de junio de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5738, desestimó el recurso interpuesto contra el RD 1526/1999, de 1 de octubre, por el que se aprobó el Reglamento del Instituto Cervantes. En concreto, se impugnaron los artículos 24 y 25 que regulan el “Régimen de Personal” por considerar la actora que infringen lo dispuesto en la Ley 9/1987, de 12 de junio, sobre los Órganos de Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, reformada por la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos (en adelante LORAP).

Pues bien, sostiene la Sentencia, que el Instituto Cervantes al ser una entidad de Derecho Público según lo establecido por la LOFAGE, su personal no es funcionarial sino que se rige por las normas de Derecho Laboral por lo que no puede serle de aplicación la LORAP, de todos modos, también señala el Tribunal Supremo, que los citados artículos no excluyen la posibilidad de negociación colectiva.

D) Sociedades Estatales Públicas del artículo 6.1.a) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1988 y del artículo 158.7 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social: Procedimiento para su creación

La STS de 16 de abril de 2001, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4486, desestimó el recurso contencioso interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra un Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se creó la sociedad estatal “Aguas del Júcar, SA”, por considerar dicho Acuerdo conforme a Derecho. En efecto, la citada sentencia rechaza la pretensión de la demandante, que afirmaba que, en el procedimiento de creación seguido se debía haber dado audiencia a la Confederación Hidrográfica del Júcar y a la propia Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. En contra de este argumento, la Sentencia considera que no puede desconocerse que la creación de una sociedad de este tipo es una decisión de política económica que compete exclusivamente al Consejo de Ministros. De esta forma la decisión que se tome depende de su propia iniciativa, y si bien requerirá un procedimiento de formación de voluntad, esto no implica que haya que escuchar necesariamente a aquellas partes que tengan un interés legítimo en el caso. De

aquí que, al margen del interés que en la creación puedan tener estas terceras personas, la decisión es autónoma, como lo es la que se toma por los particulares en la constitución de una sociedad civil o mercantil. Será posteriormente, en el momento en que la Sociedad comience a funcionar, cuando deban ser oídas la Confederación y la Junta, a través de los expedientes que se tramiten para la aprobación de obras en su territorio. En definitiva, la creación de una sociedad de estas características se encuadra dentro de la política económica que en materia de aguas corresponde al Gobierno. Es, por tanto, enteramente discrecional su potestad, y libre la facultad de crear por sí una sociedad que promocióne, contrate, construya, explote y gestione las obras hidráulicas; como legítimo hubiera sido acudir a cualquier otro medio de gestión directa o indirecta para la ejecución de estas obras de entre los varios que le proporciona el ordenamiento jurídico.

3. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) Autonomía local

a) La denominada “tutela urbanística” del Estado o de las Comunidades Autónomas sobre los Entes Locales vulnera el umbral mínimo de capacidad de decisión sobre los asuntos que afectan a sus intereses

La STC 159/2001, de 5 de julio, resuelve la cuestión de inconstitucionalidad 2140/1993, planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña respecto a varios preceptos del Decreto Legislativo de la Generalidad de Cataluña 1/1990, de 12 de julio, que aprobó el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia urbanística, así como del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, que aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana.

La citada Sentencia reitera la doctrina del Tribunal Constitucional respecto la autonomía local constitucionalmente garantizada señalando, además, que el cauce y soporte normativo de la articulación de esta garantía institucional es la LBRL. Respecto de la cual subraya el Tribunal que:

“sólo aquellos extremos [...] que puedan ser cabalmente enraizados de forma directa en los arts. 137, 140 y 141 CE, de cuyo contenido no representen más que exteriorizaciones o manifestaciones, forman parte del contenido de la autonomía local constitucionalmente garantizada, mientras que los que se refieran a aspectos secundarios o no expresivos de ese núcleo esencial en el que consiste la garantía institucional, que son mayoría en el seno de la LBRL y que se encardinan, desde el punto de vista competencial, en el art. 149.1.18 CE, tienen una distinta naturaleza desde el punto de vista constitucional y ordinamental” (FJ 4º).

Con base en esta argumentación el Tribunal entra a enjuiciar la constitucionalidad del art. 15 del Decreto Legislativo 1/1990, que regula la denominada “tutela urbanística”, según

VI. Organización Administrativa

la cual el Consejero de Gobernación podrá designar un Gerente o transferir las necesarias atribuciones de la Corporación Municipal a la Comisión de Urbanismo, cuando el Ayuntamiento incumpliere gravemente las obligaciones que le impone la Ley o el planeamiento vigente. El citado artículo 15 es confrontado con el art. 60 LBRL, que constituye en este supuesto su canon de constitucionalidad.

La conclusión a la que llega el Alto Tribunal es que el art. 15 resulta inconstitucional, ya que a diferencia del art. 60 LBRL, establece una sustitución o subrogación orgánica general, no meramente funcional y limitada a la actuación de que se trate, como hace el art. 60 (FJ 6º). El citado art. 15 no respeta la autonomía local constitucionalmente garantizada, “pues toda norma relativa a los controles de legalidad por subrogación debe atenerse al principio esencial que deriva de los arts. 137, 140 y 141 CE, cohonestando y articulando, de un lado, las facultades estatales o autonómicas de vigilancia y restablecimiento de la legalidad competencial, y, de otro, el mantenimiento de un nivel mínimo decisorio de los entes locales” (FJ 6º), algo que no hace la controvertida disposición.

En el análisis del art. 15 el Tribunal concluye que “el precepto cuestionado resulta más limitativo de la capacidad decisoria de los entes locales [que el art. 60 LBRL], toda vez que no exige expresamente que el incumplimiento afecte a competencias de otras Administraciones, que omite el requerimiento previo y que prevé un supuesto de hecho (la negligencia) distinto y adicional”, por lo que excede los límites constitucionalmente garantizados vulnerando la autonomía local (FJ 7º).

Asimismo, la Sentencia reseñada declara inconstitucional y derogado por la Constitución el art. 218 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976, que el citado art. 15 incorporó a la legislación autonómica catalana, y el art. 91.2 del citado Texto Refundido.

Además de estos preceptos, la Sentencia declara que el art. 47 del Decreto Legislativo de la Generalidad de Cataluña 1/1990:

“sólo es constitucional si se interpreta en el sentido de que la facultad de la Comunidad Autónoma de Cataluña de formular Planes de Conjunto únicamente puede llevarse a cabo ‘en defecto de acuerdo entre las Corporaciones Locales afectadas’”.

b) La renovación del Padrón municipal de habitantes de los Ayuntamientos por los órganos de la Administración del Estado no vulnera la autonomía local

Las SSTs de 16, 17, 19, 21 y 22 de mayo de 2001, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4543, 4545, 4727, 4729, 4731 y 4732, desestiman sendos recursos contenciosos-administrativos interpuestos respectivamente por los Ayuntamientos de Santa Cruz de la Palma, Coslada, Ejea de los Caballeros, Morforte de Lemos, Candelaria y Arona, contra el RD 480/1999, de 18 de marzo, por el que se declararon oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas al 1 de enero de 1998.

La Sección Tercera, Sala Tercera, del Tribunal Supremo, reiterando doctrina consolidada señala que:

“las atribuciones reconocidas a los órganos de la Administración del Estado, [concretamente, al Instituto Nacional de Estadística y al Consejo de Empadronamiento], en relación con la renovación del Padrón Municipal de Habitantes de los Ayuntamientos no vulneran la autonomía municipal porque aseguran y dejan a salvo a estos entes locales todas las competencias necesarias para la gestión de sus intereses propios, estando justificadas aquellas atribuciones de los órganos de la Administración del Estado competentes en materia de estadística por el carácter supramunicipal, más exactamente de alcance estatal, de los datos poblacionales que recoge el referido Padrón Municipal, atribuciones que en ningún caso vacían de contenido las competencias municipales, pues las que ostentan son suficientes en relación con los intereses puramente locales”, FJ 9º, Ar. 4731.

B) Funcionamiento de los órganos de gobierno locales

a) Nulidad del acuerdo del Pleno adoptado sin estar asistido por el Secretario o quien legalmente le sustituya

La STS de 4 de mayo de 2001, Sala Tercera, Sección Sexta, Ar. 6938, casa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 26 de julio de 1995 y anula los acuerdos del Ayuntamiento de Alcántara adoptados en un Pleno municipal en el Secretario ausente justificadamente fue sustituido por otra persona a la que el Alcalde nombró secretario accidental, precisamente para que asistiera al Pleno en esa sesión del mismo.

La Sentencia reseñada considera que aunque el Secretario no tiene voto en las sesiones, por lo que no coopera a que se perfeccione la voluntad del Pleno, “pero ello no supone que no contribuya de algún modo a la formación de la voluntad ya que precisamente su función de asesoramiento puede implicar que no se adopten ciertos acuerdos, aunque lo deseen el Alcalde y los Concejales, por ser contrarios al ordenamiento jurídico” (FJ 2º). Tanto el asesoramiento como la dación de fe se consideran como el contenido de una función pública necesaria, a ejercer por los Secretarios, por el artículo 92.3.a) LBRL.

b) Necesaria participación de todos los grupos políticos con representación en el Pleno del Ayuntamiento en las Comisiones Informativas que se constituyan

La STS de 25 de mayo de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, casa y anula la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, de 26 de junio de 1996, que desestimó el recurso interpuesto por infracción de derechos fundamentales, conforme a la regulación de la Ley 62/1978, interpuesto en su día por tres concejales del Ayuntamiento de Afaro, cuyo acuerdo de 1 de julio de 1995 aprobó la creación de una Comisión Informativa sin la participación de los tres concejales recurrentes.

VI. Organización Administrativa

La Sentencia reseñada señala que las Comisiones Informativas previstas en el art. 119.1.b) ROF como órganos complementarios de las Entidades Locales territoriales “deberán estar integradas exclusivamente por miembros de la Corporación, de modo que su organización y funcionamiento responde a una necesidad de participación de los Concejales, que se vulnera cuando se les excluye de aquellas Comisiones, exclusión que, de por sí, representa una limitación del derecho de acceso y del de participación en las funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad”, frente a lo establecido en los arts. 23.2 y 14 de la CE (FJ 5°).

C) Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales

La renuncia a la condición de concejal es automática y efectiva desde el momento en que la misma es llevada ante el Pleno de la Corporación no cuando se presenta en el registro de la entidad

La STS de 19 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 5103, estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por unos concejales contra una resolución de la Junta Electoral Central, que decidió que la renuncia de los mismos a su condición de concejales era automática desde que ésta entró en el registro de la Corporación local, a pesar de que los mismos concejales decidieron antes de la presentación de la misma ante el Pleno desistir de su renuncia.

La STS reseñada establece que la renuncia a la condición de concejal deviene efectiva y automática cuando la misma “es llevada ante el Pleno de la Corporación”, no cuando se presenta en el registro de la entidad (FJ 2°).

D) Competencias y servicios locales

a) Nulidad del acuerdo del Pleno municipal de modificación del Padrón municipal sin la instrucción del debido expediente administrativo

La STS, de 21 de marzo de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6605, resuelve un recurso de casación confirmando la Sentencia del Tribunal Superior de La Rioja de 13 de junio de 1995, que anuló un acuerdo del Pleno municipal que decidió dar de baja el Padrón correspondiente a un grupo de vecinos que residían la mayor parte del año en otro municipio. La Sentencia recurrida y ahora confirmada, aún admitiendo que concurría un motivo que fundamenta la baja del Padrón municipal, conforme al art. 63.2 del RPDT, no obstante declaró nulo el acuerdo municipal al no haberse instruido el correspondiente expediente administrativo que posibilitase el derecho de defensa de los afectados.

b) Las actividades preparatorias del servicio funerario monopolizado no pueden incluirse dentro del mismo régimen de prestación del servicio, salvo que se trate de utilizar las instalaciones municipales como el tanatorio

La STS de 21 de mayo de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4948, casa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 10 de noviembre de 1995, considerando

no conforme a derecho el párrafo último del art. 3 del Reglamento del Servicio Mortuorio Municipal del Ayuntamiento de Logroño que estipulaba que las actividades preparatorias del cadáver para su transporte a otro municipio entraban dentro del régimen de monopolio a que estaba sometido el servicio. El Tribunal *a quo* utiliza el aforismo jurídico de que la actividad accesoria sigue a la principal para fundamentar su conclusión. Una argumentación basada en una regla de derecho civil que, según la Sección Cuarta, Sala Tercera del TS, no puede admitirse en derecho público.

En conclusión, la STS reseñada señala que:

“por tanto, permitiendo el ordenamiento jurídico el sepelio en un municipio distinto, y no debiendo fraccionarse el régimen del servicio prestado, ha de entenderse que efectivamente no pueden incluirse en el régimen del monopolio que establece el Reglamento Municipal las actividades preparatorias del cadáver, salvo que se trate de utilizar instalaciones municipales como puede ser el tanatorio” (FJ 5º).

4. COLEGIOS PROFESIONALES Y PROFESIONES TITULADAS

A) Delimitación de competencias entre Ingenieros de Caminos e Ingenieros Agrónomos para obras de abastecimiento de aguas

La STS de 30 de mayo de 2001, Ar. 6346, viene a desestimar el recurso de casación que interpone el Ayuntamiento de Mazarrón contra Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia por el que se declaraba la competencia de los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y no los Ingenieros Agrónomos para la redacción de un proyecto técnico para la ejecución de obras de abastecimiento de aguas.

Se aplica al caso planteado en autos el Decreto de 23 de noviembre de 1956 que aprobó el Reglamento Orgánico de los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos y que les otorga competencia exclusiva para suscribir proyectos de obras relativas a suministro y aprovechamiento de Aguas. El Tribunal Superior de Justicia considera que la posterior Ley de Atribuciones 12/1986, de 1 de abril, no contradice en absoluto el Decreto anteriormente citado, y a la vista de la generalidad de los preceptos de dicha Ley se mantiene la competencia exclusiva de los Ingenieros de Caminos que reconoce el Decreto y se concluye, no existiendo norma en contrario, que la afirmación de competencia realizada en 1956 por vía reglamentaria continúa vigente, habida cuenta de que la Ley de Atribuciones no ha sido debidamente desarrollada por normas posteriores de ejecución.

El TS confirma la Sentencia del Tribunal *a quo* y considera que la exigencia de que intervenga en los proyectos de obras de abastecimiento de aguas un Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos (aunque respecto a la posible competencia de los ingenieros técnicos dependa de la envergadura de las obras), no es un privilegio obsoleto sino por el contrario la consecuencia de que debe estarse a cuál sea la capacidad funcional y técnica de los

VI. Organización Administrativa

respectivos profesionales. Así se desprende, por citar sólo algunas resoluciones judiciales que versan sobre la materia de las Sentencias de 18 de enero de 1996 y, sobre todo de la Sentencia de 25 de enero de 1999 que recoge la doctrina de la anterior Sentencia de 14 de mayo de 1990.

Todo ello lleva a la conclusión de que ciertamente son los Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos los que deben suscribir un proyecto de obras del carácter y con la naturaleza que tiene aquel sobre el que versa el debate, con preferencia a otros profesionales como son los Ingenieros Agrónomos.

B) Homologación del título de Ingeniero colombiano: improcedencia

La STS de 23 de julio de 2001, Ar. 6927, viene a confirmar la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en virtud de recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Colegio de Caminos, Canales y Puertos contra Resolución del MEC que desestima recurso de reposición interpuesto contra Orden que concedía convalidación del título de Ingeniería Civil Colombiana con el de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos español.

La Sentencia de la Sala viene a confirmar otras Sentencias sobre hechos parecidos si bien referidos a otros títulos procedentes de otros países viniéndose a declarar la improcedencia de una plena y automática consolidación, homologación o equiparación entre el título que se posee y el español que se pretende, en cuanto que tal convalidación automática viene limitada por condicionamientos como el de la “capacitación”, que comporta la necesidad de acreditar que el título obtenido en el extranjero capacita allí para ejercer las mismas actividades y cometidos que para los que capacita en España. La convalidación automática viene limitada por otro condicionamiento como es el relativo a los requisitos legales internos del país receptor para el ejercicio profesional, que, en el caso de la normativa interna española, consiste en la exigencia de que entre uno y otro título exista “formación acreditada equiparable”, ya que ambos deben proporcionar una formación teórico-práctica semejante en los dos Estados.

La Sala establece que la convalidación no permite a un ingeniero colombiano “hacer lo mismo” que un titulado español cuando a éste se le exige aquí, para ello, una formación superior en congruencia con lo que son sus atribuciones profesionales. No es equiparable la formación que deriva del título de Ingeniero Civil colombiano con la que resulta del español de Ingeniero de Caminos, Canales y Puertos, ni el art. 4 del Convenio Cultural con Colombia establece una convalidación automática y directa.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

LUIS CESTEROS DAPENA

PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ

EVA NIETO GARRIDO

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Concepto de sanción. A) Aplicación de los principios y normas informadoras penales al Derecho administrativo sancionador. B) No son sanciones. **2. Reserva de Ley y tipicidad.**

A) Principio de legalidad: doble garantía. B) Colaboración reglamentaria.

C) Principio de legalidad y Ordenanzas Municipales. D) Reserva de Ley y relaciones de sujeción especial. **3. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable.**

A) Retroactividad en tipos sancionadores en blanco. B) Momento en el que se puede aplicar la retroactividad de una norma más favorable. **4. Antijuridicidad. 5. Elementos subjetivos de la infracción.**

A) Necesidad de culpabilidad. B) Requisitos de la infracción culposa. C) Exclusión de la culpabilidad por una interpretación razonable de la norma. D) La responsabilidad directa de las personas jurídicas. **6. Competencia territorial sancionadora: el lugar en que se entienden cometidas las infracciones.**

7. Concurrencia de infracciones y prohibición de doble sanción. A) Compatibilidad de pena a persona física y sanción administrativa a persona jurídica por los mismos hechos e igual fundamento. B) Compatibilidad de sanciones disciplinarias y penas por delitos del Código de Justicia Militar. C) Compatibilidad entre sanciones de la Administración y las de los Colegios Profesionales. D) Infracciones continuadas y permanentes. **8. Procedimiento sancionador.**

A) El procedimiento sancionador es una garantía de los derechos fundamentales del artículo 24 CE. B) Obligación de iniciar el procedimiento sancionador. C) Contenido del boletín de denuncia de infracciones de tráfico. D) Necesidad de notificar la propuesta de resolución y conferir trámite de audiencia: excepciones. E) Imposición de una sanción distinta a la incluida en la propuesta de resolución. **9. Prueba y presunción de inocencia.** A) Presunción de inocencia, valor de los hechos constatados por funcionarios y carga de la prueba. B) Es irrelevante que la ratificación de un acta de inspección la realice uno sólo de los agentes actuantes. C) La prueba de las circunstancias de exoneración corresponde a quien las alega.

10. Resolución sancionadora. A) Resolución verbal. B) La resolución sancionadora no puede ser sustituida por su simple notificación. C) Motivación de la resolución sancio-

nadora. **11. Extensión de la sanción procedente en cada caso.** A) El principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador también debe regir la definición del marco normativo. B) El principio de proporcionalidad como un elemento del carácter reglado de la potestad sancionadora. Límites. C) Marco sancionador legal en el que sólo se fija la cuantía máxima de la sanción para cada grado.

12. Extinción de la responsabilidad. A) *Dies a quo*. B) Posibilidad de reiniciar un expediente caducado. C) Prescripción de las infracciones tributarias. D) No cabe la prescripción en fase de tramitación del recurso ordinario. **13. Control contencioso-administrativo de las sanciones.** A) El acto de iniciación del procedimiento sancionador no es impugnabile jurisdiccionalmente. B) Alcance del control contencioso-administrativo: cambio del tipo infractor apreciado por la Administración.

1. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Aplicación de los principios y normas informadoras penales al Derecho administrativo sancionador

La STSJ de Madrid de 18 de enero de 2001, Ar. 592, reitera esta aplicación “aunque lógicamente con matices”. En la misma línea, aunque refiriéndose no a principios del Derecho penal, sino a “normas informadoras”, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de enero de 2001, Ar. 515, afirma que “las normas informadoras del derecho penal y del derecho administrativo sancionador son paralelas y permiten que las de aquél sean de aplicación a éste”.

B) No son sanciones

– Las medidas de restauración de la legalidad: La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 1 de marzo de 2001, Ar. 518, reitera que cuando se infringe el ordenamiento urbanístico las consecuencias normales que se producen son, de un lado, el restablecimiento de la legalidad urbanística mediante la revocación o anulación de los actos ilegales y la restitución de las cosas a su estado anterior, y, de otro lado, la imposición de sanciones a los responsables en el ejercicio de la potestad sancionadora. “Lo cual no se lleva a cabo en un solo procedimiento, sino que legalmente se exige procedimientos diferenciados y sustantivamente autónomos, a veces incluso se llevan a cabo por distintos órganos, uno de restablecimiento de la legalidad urbanística perturbada y otro sancionador”. Esta distinción también se recoge en la STSJ de Murcia de 14 de marzo de 2001, Ar. 502 y en la STS de 28 de junio de 2001, Sección Quinta, Ar. 6182, donde se anula una resolución

que incluye el coste de la restauración del orden urbanístico alterado con la infracción como sanción, “por más que, una vez llevada a cabo la demolición por el Ayuntamiento, en ejecución sustitutoria, pueda repetir el costo del interesado”.

– Las obligaciones tributarias: STSJ de Cataluña de 21 de diciembre de 2000, Ar. 774.

2. RESERVA DE LEY Y TIPICIDAD

A) Principio de legalidad: doble garantía

La STS de 26 de junio de 2001, Sección Cuarta, Ar. 5740, y la STSJ de Aragón de 10 de enero de 2001, Ar. 712, reconocen la ya conocida doble garantía (material y formal) que entraña el principio de legalidad, que aunque relacionadas, son dos garantías diferenciables, identificadas, en su concepción clásica, como principio de legalidad, en el sentido de reserva de Ley y principio de tipicidad. En la misma línea, la STSJ de Canarias (Las Palmas) de 2 de febrero de 2001, Ar. 717, advierte que “la legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la Ley pero la tipicidad requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la Ley considere constitutiva de la infracción, y la igualmente precisa definición de la sanción que pueda imponerse, siendo en definitiva medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica”.

B) Colaboración reglamentaria

La STS de 26 de junio de 2001, Sección Cuarta, Ar. 5740, sintetiza los requisitos necesarios para admitir la colaboración reglamentaria en el Derecho Sancionador:

“a) La norma de rango legal debe determinar suficientemente los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer; b) No resulta constitucionalmente admisible la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de contenido propio; c) El art. 25.1 CE prohíbe la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley; d) Resulta admisible la norma reglamentaria que se limita, sin innovar las infracciones y sanciones en vigor, a aplicar éstas a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico del sistema preestablecido.”

C) Principio de legalidad y Ordenanzas Municipales

La STS de 26 de marzo de 2001, Sección Cuarta, Ar. 6608, establece el siguiente cuadro de las diversas manifestaciones de tipificación en el ámbito local, llegando incluso a admitir la tipificación directa por Ordenanza: (tipificación) “legal exclusiva, legal previa y desarrollo posterior por Ordenanza e, incluso, con ciertos límites, tipificación por Ordenanza, cuando ésta establece mandatos y prohibiciones, cuyo incumplimiento puede convertirse en infracción, con tal de que exista una tipificación legal indirecta o por remisión”.

Ante una sanción impuesta sobre la base exclusiva de una Ordenanza Municipal (relativa a la regulación de las obras de instalación o reparación de servicios en las vías públicas), la STSJ de Asturias de 13 de febrero de 2001, Ar. 496, afirma que “infringe frontalmente lo dispuesto en el art 25 CE (...) porque no ha sido capaz la parte demandada (la Administración) de citar un solo precepto con rango de Ley en que fundamentarla”.

D) Reserva de Ley y relaciones de sujeción especial

La STSJ de Aragón de 10 de enero de 2001, Ar. 712, ocupándose de la sanción impuesta a una empresa de almacenamiento y suministro de combustible, sigue la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual “cuando la potestad sancionadora incide en relaciones de sujeción especial (en aquellas actividades que necesitan de licencia-autorización administrativa para poder desempeñar sus cometidos profesionales) el principio de reserva de Ley pierde parte de su fundamento material en cuanto aquellas relaciones son expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que se distingue del *ius puniendi* genérico del Estado y se admite un margen más amplio para la regulación reglamentaria en la configuración de los tipos de infracción y de las sanciones”. A nuestro juicio, esta línea jurisprudencial realiza una interpretación muy generosa del concepto de relación de sujeción especial, que, prácticamente, queda identificado con el de cualquier actividad sometida a autorización o licencia —prácticamente todas—, con las graves consecuencias que a ello se anuda en el ámbito sancionador.

3. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

A) Retroactividad en tipos sancionadores en blanco

Se admite “la retroactividad, cuando lo que se modifica no es una Ley sancionadora, sino una norma que le sirve de complemento en el sentido de constituir el supuesto de hecho al que se remite el tipo sancionador en blanco” (STSJ de Cantabria de 27 de abril de 2001, Ar. 638).

B) Momento en el que se puede aplicar la retroactividad de una norma más favorable

Esta misma STSJ de Cantabria de 27 de abril de 2001, añade que:

“desde un punto de vista literal, la retroactividad de la norma más favorable sólo podría aplicarse hasta el momento en que la resolución administrativa hubiera ganado firmeza, sin embargo, se admite que pueda aplicarse la retroactividad *in bonum*, en el supuesto de que impugnado el acto sancionador, durante la vía administrativa de recurso o la revisión jurisdiccional se produzca la entrada en vigor de la norma sancionadora más beneficiosa (...). Tampoco la ejecución de la resolución administrativa impide que se aplique la Ley más favorable, siendo éste el criterio constante del Tribunal Supremo”.

4. ANTIJURIDICIDAD

Un abogado interpone un recurso de amparo contra una sanción disciplinaria impuesta al mismo por auto judicial, por razón de ciertas expresiones vertidas en un recurso de apelación. La **STC 226/2001, de 26 de noviembre**, tras reiterar que la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio de su función de defensa debe ser concebida como un supuesto particularmente cualificado de esta libertad fundamental, por su inmediata conexión con el derecho a la defensa del art. 24.2 CE, añade, no obstante, que esto “se ha de valorar en el marco en que se ejerce, y atendiendo a su finalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, sin que ampare el desconocimiento del mínimo respeto debido a las demás partes presentes en el procedimiento, y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial”. Por ello, en el caso concreto, “tildar la actuación judicial de dirección del interrogatorio de un testigo de réplica ‘violenta, hostil, maleducada y grosera’ entraña una descalificación personal del instructor de la causa judicial que en nada se ordena a la defensa de los intereses del ofendido por el demandante de amparo”.

5. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA INFRACCIÓN

A) Necesidad de culpabilidad

En la **STSJ de Asturias de 11 de mayo de 2001**, Ar. 1000, recuerda el Tribunal que:

“la culpabilidad ha sido definida por la jurisprudencia constitucional y legal en el sentido de que no existe un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones. Por el contrario, (rige) el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del administrado. Dentro de la estructura de las infracciones administrativas, uno de sus componentes principales por su naturaleza subjetiva, es el que se conoce con el nombre de culpabilidad elemento y no principio como a veces se invoca”.

En la misma línea, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 3 de marzo de 2001**, Ar. 929.

B) Requisitos de la infracción culposa

La infracción culposa, afirma la **STSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de enero de 2001**, Ar. 515, se caracteriza por la concurrencia de los siguientes requisitos: “a) una acción u omisión voluntaria, no intencional o maliciosa; b) una actuación negligente o reprochable por falta de previsión en cuanto del riesgo previsible, prevenible y evitable; c) el elemento normativo o externo, representado por el deber objetivo de cuidado, traducido en normas tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social, o en normas específicas reguladoras; d) originación de un daño; y e) adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado y el daño o mal sobrevenido”.

C) Exclusión de la culpabilidad por una interpretación razonable de la norma

Las SSTS de 7 y 9 de abril de 2001, Sección Segunda, Ar. 5327 y 5333, así como la STSJ de Asturias de 11 de mayo de 2001, Ar. 1000, reiteran la doctrina según la cual no cabe sancionar por faltar la culpabilidad en los casos en que el administrado actuó de acuerdo con una interpretación razonable, aunque equivocada, de las normas aplicables.

D) La responsabilidad directa de las personas jurídicas

Si bien en el Derecho Penal, las personas jurídicas no pueden ser sujetos activos del delito, con base al aforismo *societas delinquere non potest*, “en el derecho administrativo sancionador, se admite la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles capacidad infractora, lo cual, no significa que para el caso de las infracciones administrativas perpetradas por personas jurídicas, se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino que se ha de aplicar necesariamente de forma distinta; lo cual, no comporta preterición del principio de culpabilidad, ni del de personalidad de la sanción, sino acomodación de estos principios a la responsabilidad de las personas jurídicas, en las que falta el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidas” (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 11 de enero de 2001, Ar. 515).

6. COMPETENCIA TERRITORIAL SANCIONADORA: EL LUGAR EN QUE SE ENTIENDEN COMETIDAS LAS INFRACCIONES

Una empresa vendió en el domicilio del comprador el libro “Historia de la música pop” sin entregar el preceptivo documento de revocación ni hacer referencia al período de reflexión a que tiene derecho el adquirente en los contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil. Los hechos ocurrieron en Lugo pero la Xunta de Galicia se inhibió en favor de la Generalidad de Cataluña que fue la que finalmente sancionó la infracción. La resolución sancionadora aplicaba, de una parte, la Ley estatal sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil que impone los requisitos formales incumplidos, y, de otra, la Ley catalana de disciplina de mercado y defensa de los consumidores que permitía considerar los hechos como constitutivos de una infracción administrativa. El Juzgado de lo Contencioso-Administrativo anuló la sanción por incompetencia territorial. Contra la sentencia se interpuso recurso de casación en interés de la Ley (núm. 6/2000) por la Generalidad que la STSJ de Cataluña de 29 de marzo de 2001 (no publicada en Aranzadi) desestima.

Desde luego, se parte del principio de territorialidad de las competencias de las Comunidades Autónomas y de que de ninguna forma es criterio adecuado para fundar la competencia territorial el del domicilio del infractor, lo que se rechaza con amplia argumentación en la sentencia, sino que, como dice la misma sentencia, “el *forum delicti commissi* corresponde al territorio en el que se han realizado los hechos presuntamente infractores”. Pero el problema estaba en este caso, como en otros muchísimos, en deter-

minar dónde se habían realizado los hechos constitutivos de infracción. La Generalidad defendía su competencia no por el simple hecho de que la empresa infractora tuviera su domicilio social en Barcelona sino porque parte de los hechos constitutivos de la infracción se habían cometido en Cataluña, en el domicilio social de la empresa vendedora de manera que hay un criterio o punto de conexión que conduce a la competencia de esta Comunidad Autónoma y a la aplicación de su Ley: en concreto, se habían realizado en Barcelona las actividades publicitarias, la redacción de las cláusulas del contrato, la elaboración de la información complementaria, el libramiento del producto y pago del precio, etc. Si la sentencia no acepta esta argumentación es simplemente porque entiende que los hechos sancionados en este caso “se han realizado total e íntegramente en el acto de celebración del contrato o venta domiciliaria en Lugo” y porque todos los demás actos realizados en Cataluña y que invocaba la Generalidad como punto de conexión que fundaba su competencia son ajenos al tipo de infracción aplicado: “En suma, estas actuaciones de la empresa, previas o posteriores al contrato, no constituyen puntos de conexión entre los hechos presuntamente infractores —la ausencia del documento de revocación y que el contrato no contenía, sobre la firma del consumidor, la referencia clara y concreta al derecho de revocación—, y la norma sancionadora de la Ley (catalana) 1/1990”. La sentencia cuenta con un voto concurrente pero parcialmente discrepante en la argumentación y con un voto particular a favor de estimar la casación.

En cualquier caso, lo que debe destacarse es que la sentencia no habría negado la competencia de Cataluña si, en efecto, pudiera considerarse que parte de los hechos constitutivos de infracción sí se habían cometido en Cataluña ni tampoco resuelve la cuestión de las infracciones que se realizan en varias Comunidades Autónomas. Tampoco descarta la posible aplicación de la teoría de la ubicuidad según la cual se entiende cometida una infracción en cualquiera de los lugares en que se hayan cometido las acciones o los resultados del tipo. Simplemente considera con acierto que en ese caso concreto todos los hechos relevantes se habían realizado en Lugo.

7. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES Y PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN

A) Compatibilidad de pena a persona física y sanción administrativa a persona jurídica por los mismos hechos e igual fundamento

Un accidente laboral causó la muerte de un trabajador. Se condenó penalmente al Ingeniero Técnico director de las obras, tras lo cual se reanudó el procedimiento administrativo sancionador hasta imponer multa a la empresa, que era una sociedad anónima. Según la sentencia recurrida, ello no entraña vulneración del principio *non bis in idem* por no haber identidad de sujeto. Así lo entiende también la STS de 12 de julio de 2001, Sección Cuarta, Ar. 6075, que confirma la anterior pues “el principio *non bis in idem* tiene como finalidad que no se sancione doblemente al mismo sujeto, y en este caso son distintas la responsabilidad penal en que incurriera personalmente el Ingeniero Técnico director de la obra y la infracción cometida por la empresa en cuanto a la adopción de medidas de seguridad. Sin que pueda olvidarse que la sentencia penal, además de dictarse con fallo condenatorio del imputado, aludió a la negligencia de la empresa”. Quizá

esto último justifique la decisión pero, en general, aplicada sin matices la doctrina que late en esta sentencia se podría llegar a una profunda erosión de la prohibición del doble castigo porque exactamente lo que en vía administrativa se imputa a la persona jurídica puede imputarse en la vía penal a una concreta persona física (sobre todo de conformidad con el art. 31 CP). Para que de verdad no haya vulneración del *non bis in idem* es necesario que la condena penal de la persona física y la administrativa de la persona jurídica expresen un reproche distinto, no exactamente el mismo reproche por la misma antijuridicidad y culpabilidad, aunque en un caso mateniendo la ficción de la personalidad jurídica y en otro prescindiendo de él.

B) Compatibilidad de sanciones disciplinarias y penas por delitos del Código de Justicia Militar

La compatibilidad o incompatibilidad de penas y sanciones disciplinarias en el ámbito militar está planteando especiales dificultades. Una interesante muestra de ello puede verse en la **STS de 16 de abril de 2001**, Sala de lo Militar, Ar. 5271, que cuenta con un ilustrativo voto particular. Exactamente el mismo hecho fue sancionado por la Administración como “falta leve de insubordinación, cuando no constituya delito” y, algo después, penado por la jurisdicción militar como delito de “insulto a superior”. Para la STS no hay en ello vulneración del *non bis in idem* y eso que, desde luego, en los dos órdenes se tiene en cuenta la condición de militar. Para la STS:

“el ejercicio de la potestad disciplinaria con carácter previo a la condena penal impuesta por los mismos hechos contemplados en la falta disciplinaria, no impide, una vez examinado el alcance de los hechos acaecidos, la aplicación de las normas penales que sancionan tales hechos (...) Una demostración evidente de la posibilidad de compatibilización se desprende de forma indubitada del art. 27 del Código Penal Militar, en cuanto admite la existencia de un previo arresto disciplinario, cuyo tiempo se tendrá en cuenta para el cumplimiento de la condena penal”. No es lógico, sigue diciendo, que “el reproche derivado de la imposición de una sanción por una falta disciplinaria pueda impedir el que posteriormente, al hacerse una valoración de la conducta allí sancionada, se pueda llevar la misma a la vía penal cuando la misma conducta tenga un carácter delictual al estar tipificada en algún precepto del Código Penal Militar”.

Si esto es así, habrá que aceptar que se admite la constitucionalidad de una excepción frontal a la prohibición de *bis in idem* por más que esta sentencia trate de negarlo de pasada diciendo, sin ninguna argumentación ni mínimamente sólida, que “tampoco el bien jurídico protegido es el mismo en una sanción impuesta por lo que se estimó como una falta disciplinaria, que el que resulta del reproche penal ante la gravedad de una conducta de un militar que incurre en un delito de insulto a un superior”. De hecho, en ese caso, si se llegó a producir la doble sanción es porque el órgano administrativo no supo que se seguían actuaciones penales lo que, pese a que solicitó información, no se le comunicó.

En otras sentencias de la misma Sala, como la **STS de 28 de mayo de 2001**, Ar. 5194, el razonamiento para compatibilizar las penas y las medidas disciplinarias de arresto es que

VII. Derecho Administrativo Sancionador

éstas no son sanciones sino medidas preventivas ante la necesidad en el ámbito militar “del inmediato restablecimiento de la disciplina (que) exige la preventiva acción del Mando en la vía que le es propia, mediante la inmediata corrección”. Frente a estas argumentaciones, el voto particular a la referida STS de 16 de abril de 2001 entiende que “la certeza que la legalidad sancionadora incorpora se resentiría si, corregidos los hechos en vía administrativa, todavía pudieran depurarse eventuales responsabilidades penales con el mismo presupuesto, y ello hasta que transcurran los plazos de prescripción del delito de que se trate”. Por ello concluye que “ha existido dualidad injustificada de sanciones (*bis in idem*), con vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal” y que “dicha vulneración no queda salvada por la absorción con confusión de la inicial sanción administrativa en la posterior sentencia judicial”.

C) Compatibilidad entre sanciones de la Administración y las de los Colegios Profesionales

Para la STSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de febrero de 2001, Ar. 727, el hecho de que un Colegio de Farmacéuticos haya iniciado un expediente deontológico por el mismo hecho sancionado por la Administración, incluso que haya impuesto al recurrente una nueva sanción:

“no significa que se haya vulnerado el *non bis in idem*, pues lo que la decisión administrativa sanciona (...) no es la infracción de un deber colegial o deontológico sino la infracción a determinadas normas de carácter general, en concreto, sobre el turno de guardia y dispensación de medicamentos”.

D) Infracciones continuadas y permanentes

Para la STSJ de Cantabria de 2 de abril de 2001, Ar. 636, la genuina naturaleza de las infracciones continuadas se halla en su pluralidad, mientras que el sujeto activo o el pasivo puede ser singular o plural, de manera que cabe la infracción continuada con diferentes autores y con diversos perjudicados. Así pues, son requisitos de la infracción continuada “la pluralidad de acciones, que obedecen a un mismo propósito, y su tipificación en idéntico precepto, que tampoco cabe confundir con la infracción permanente, la cual consiste en una conducta reiterada por una voluntad duradera, en la que no se da situación concursal alguna sino una progresión unitaria con repetición de actos”.

8. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) El procedimiento sancionador es una garantía de los derechos fundamentales del artículo 24 CE

Afirma la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de enero de 2001, Ar. 515, que la potestad sancionadora requiere del principio de legalidad procedimental:

“pues la Administración se encuentra sometida a normas de ineludible observancia, pues para imponer una sanción a un hecho que constituya infracción, debe ajustarse al procedimiento legalmente establecido, ante el órgano competente (...). En la potestad sancionadora

ra de la Administración, el procedimiento legal a seguir es una garantía de los derechos fundamentales de la persona, de la que no puede ser privado sin vulnerar el art. 24 CE.”

B) Obligación de iniciar el procedimiento sancionador

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 1 de marzo de 2001, Ar. 518, considera que si en la tramitación de un procedimiento sancionador dirigido contra un sujeto concreto:

“resultan elementos para poder dirigir el procedimiento contra otra persona, la Administración viene obligada a iniciar otro procedimiento sancionador”. Esto es, se afirma que el ejercicio de la potestad sancionadora no es una facultad de la Administración, sino un deber.

C) Contenido del boletín de denuncia de infracciones de tráfico

STS de 19 de diciembre de 2000, Sección Sexta, Ar. 2617 de 2001, en:

“el boletín de denuncia aparecen reflejados los siguientes actos: el acto de denuncia (...); el acto de iniciación, que en este caso, lo es la denuncia (...); el acto de notificación de esa iniciación (...); el acto de fijación de plazo para alegaciones y proposiciones de pruebas (...); y, eventualmente y *ad cautelam*, el acto de propuesta de resolución para el caso de que el denunciado no presente alegaciones (...)”.

D) Necesidad de notificar la propuesta de resolución y conferir trámite de audiencia: excepciones

Se mantiene la línea jurisprudencial que anula las sanciones por la omisión de la notificación de la propuesta de resolución y consecuente privación del trámite de audiencia. En la STSJ de Murcia de 14 de marzo de 2001, Ar. 501, se argumenta además que el interesado había efectuado alegaciones a la denuncia, y en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12 de enero de 2001, Ar. 520, que el pliego de cargos no informaba de la sanción en concreto —y sí en abstracto— con que la conducta podía ser sancionada. Igualmente, la STSJ de Baleares de 11 de abril de 2001, Ar. 1010.

Frente a ello, la STS de 19 de diciembre de 2000, Sección Sexta, Ar. 2617 de 2001, al resolver un recurso de casación en interés de la Ley, fija una interesante doctrina sobre los supuestos en que puede prescindirse de la notificación de la propuesta de resolución. Se trataba de un procedimiento sancionador en materia de tráfico en el que la sancionada no hizo alegaciones contra la denuncia de los agentes que, en este procedimiento, tiene el valor de acto de iniciación. Ante ello, la Administración, entendiendo que la denuncia de los agentes se convertía en propuesta de resolución, dictó la resolución sancionadora sin más trámites y, en concreto, sin dar nueva audiencia a la interesada. La sentencia de instancia anuló la sanción por entender que en esos casos en que el expedientado no contesta al escrito de iniciación “es necesario e imprescindible, en todo caso, la existencia de una propuesta de resolución con notificación al denunciado”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

El TS estima el recurso de casación en interés de la Ley, declarando que la sentencia de instancia contiene doctrina errónea, consagrando, por el contrario, la siguiente: “que el art. 13.2 del RD reglamentario 320/1994, sobre procedimiento sancionador en materia de tráfico, debe interpretarse en el sentido de que la notificación de la propuesta de resolución que corresponda dictar en el procedimiento no es preceptiva ni tiene, por tanto, que notificarse al interesado, siendo también innecesario el trámite de audiencia, en cualquiera de estos dos casos: 1º) Cuando el interesado no haya formulado alegaciones contra el boletín de denuncia que inicia el procedimiento; 2º) Cuando, habiéndolas formulado, no se tengan en cuenta otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado”. Ese art. 13.2 del RD 320/1994, de 25 de febrero, decía simplemente que “una vez concluida la instrucción del expediente y formulada su propuesta de resolución, se dará traslado de la misma a los interesados para que (...) puedan alegar lo que estimen pertinente y presentar los documentos que tengan por oportunos”.

Pero, en realidad, no era tan importante lo que decía ese artículo como lo que decían y siguen diciendo los arts. 13.2 y 19.2 del RD 1398/1993, aplicables al caso con carácter supletorio, que son los que realmente plantean dudas. Si la sentencia tiene interés no es tanto por su interpretación del art. 13.2 del RD 320/1994 (que ha sido posteriormente modificado) sino porque lo que de verdad interpreta son los arts. 13.2 y 19.2 RD 1398/1993. Según el primero de ellos, “en la notificación (del acuerdo de iniciación) se advertirá a los interesados que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación (...), la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, con los efectos previstos en los arts. 18 y 19 del Reglamento”. Y este art. 19.2 dice: “Salvo en el supuesto contemplado por el art. 13.2 de este Reglamento se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones u pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado (...)”. Así que, verdaderamente, de la literalidad de los preceptos se deduce que, si el interesado no contesta al escrito de iniciación, no cabe ninguna de las excepciones del trámite de audiencia. La solución consistiría, por tanto, en darle audiencia ante una propuesta de resolución idéntica al escrito de iniciación contra el que el interesado libremente no quiso hacer alegaciones. Pero tal solución, como decimos, queda arrumbada por la sentencia comentada con una argumentación minuciosa, que no obstante parece conculcar la propia literalidad y finalidad de dichos preceptos, de la que reproducimos los fragmentos más significativos:

“(...) en el procedimiento que nos ocupa –y también en aquellos otros en que, por no haber disposición que lo excluya o lo regule de manera distinta, haya lugar a aplicar supletoriamente el citado Reglamento general 1398/1993–, la falta de presentación de alegaciones por el denunciado implica: a) que éste ha renunciado a ejercitar la facultad de alegar; b) que esa facultad está configurada como una carga procesal puesto que la no presentación de las alegaciones conlleva la consecuencia de tener por efectuados los trámites subsiguientes de propuesta de resolución y de audiencia. Estamos, pues, ante un supuesto de ficción jurídica (...): no ha habido propuesta de resolución ni ha habido audiencia y, sin embargo, es como si la hubiera habido (...)

(...) la oportunidad que se da al interesado de formular alegaciones es una verdadera carga procesal, por lo que aquél podrá optar entre alegar o no alegar, pero si opta por esto último (...) debe atenerse a las consecuencias (como son) la conversión de la iniciación (en propuesta de resolución, mediante la ficción, en sentido técnico y propio, de que la propuesta de resolución y la audiencia han tenido lugar.

(...) hay dos casos en que se puede prescindir de la propuesta de resolución y, consiguientemente, del trámite de audiencia: 1º) Cuando el interesado no haya formulado alegaciones sobre el contenido del acto de iniciación (...); y 2º) Cuando, aun habiéndolas formulado, no se tengan en cuenta otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado”.

Esta doctrina se reitera en la STS de 21 de mayo de 2001, Sección Sexta, Ar. 6227.

E) Imposición de una sanción distinta a la incluida en la propuesta de resolución

STSJ de Madrid de 6 de febrero de 2001, Ar. 698. Propone el instructor la sanción de suspensión en el ejercicio de la abogacía. Sin embargo, el órgano sancionador incrementa y aumenta la sanción al letrado, añadiendo a la propuesta de sanción una nueva sanción de la cual no se había advertido ni puesto en conocimiento del letrado, y ante la cual éste no pudo alegar ni manifestar nada a favor ni en contra. Respecto de esta cuestión, entiende el Tribunal que “es cierto que tanto en el pliego de cargos, como en la propuesta de resolución se ha omitido toda referencia a la posible imposición de la baja definitiva en el turno de oficio (nueva sanción), por lo que se ha infringido el principio de audiencia produciéndole indefensión”.

9. PRUEBA Y PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) Presunción de inocencia, valor de los hechos constatados por funcionarios y carga de la prueba

Según la STS de 23 de abril de 2001, Sección Cuarta, Ar. 6339:

“podría suponer una infracción de dicho derecho fundamental (la presunción de inocencia) un entendimiento del art. 137.3 LAP que supusiera una presunción *iuris et de iure* que impidiera a quien se imputan los hechos sancionables la práctica de pruebas pertinentes para su defensa, o que representara una improcedente inversión de la carga de la prueba que rige en el Derecho Administrativo Sancionador”.

Esta misma idea es la que puede encontrarse en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 11 de enero de 2001, Ar. 515, aunque la literalidad de sus expresiones quizás sea poco afortunada. Así, declara que “la presunción de certeza y veracidad atribuida a las actas de inspección, se encuentra en la imparcialidad y especialización que debe reconocerse al ins-

pector actuante. Esta presunción de certeza es compatible con la presunción de inocencia ya que se limita a atribuir a tales actas el carácter de prueba de cargo, dejando abierta la posibilidad de prueba en contrario (...). En cualquier caso, dicha presunción de certeza desplaza la carga de la prueba al administrado”. En el mismo sentido, STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de febrero de 2001, Ar. 517.

B) Es irrelevante que la ratificación de un acta de inspección la realice uno sólo de los agentes actuantes

Precisamente, a propósito del valor probatorio de un acta de inspección ratificada por los agentes actuantes, tras la negación de los hechos por el recurrente, la STSJ de Madrid de 15 de marzo de 2001, Ar. 731, destaca que es:

“intrascendente a los efectos que nos ocupan, que la ratificación la realizara uno sólo de los agentes actuantes, al no exigir la Ley una pluralidad de pruebas objetivas bastando una sólo al ser tan sumamente directa y contundente como la que nos ocupa”.

C) La prueba de las circunstancias de exoneración corresponde a quien las alega

Afirma la STSJ de Extremadura de 15 de febrero de 2001, Ar. 514, que:

“es regla general del Derecho Punitivo que la carga de la prueba de quien acusa se extiende a la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo imputado, mas no de las circunstancias de exoneración que han de ser de cuenta del imputado; en otro caso se cargaría al acusador con el deber de probar todos los elementos positivos y negativos de las infracciones (...)”.

En este mismo sentido, aunque con algunas precisiones interesantes, se manifiesta la STSJ de Extremadura de 15 de febrero de 2001, Ar. 514. En el caso enjuiciado, se había sancionado a la actora por una infracción grave en materia de ordenación del sector eléctrico. Se defiende la misma alegando que la interrupción del suministro eléctrico estuvo ocasionada en justa causa al existir un supuesto de fuerza mayor que excluye la responsabilidad exigida, y, en concreto, que el día de la interrupción se produjeron en las zonas fuertes lluvias y viento que ocasionaron deterioros en las instalaciones. La sentencia, tras reiterar la jurisprudencia que se acaba de recoger, añade que “si la Administración ha acreditado plenamente el hecho constitutivo de la infracción cual es el corte del suministro, será la actora la que deberá acreditar que el corte del suministro fue debido a causa de fuerza mayor”. Sin embargo, lo que quizás resulte más relevante, es que la sentencia añade que, una vez admitidas y probadas las inclemencias meteorológicas, que era la exención invocada de contrario, “era una carga de la Administración acreditar que para esa causa en concreto y determinada no era aplicable la exención” (de fuerza mayor). En definitiva, que era la Administración la que tenía que probar que esas inclemencias meteorológicas no eran suficientes para apreciar fuerza mayor. Lo que a nuestro juicio se aproxima mucho a trasladar a la Administración la carga de la prueba de los elementos negativos de las infracciones.

10. RESOLUCIÓN SANCIONADORA

A) Resolución verbal

Siguiendo una línea jurisprudencial de la que ya hemos dado cuenta en crónicas anteriores, la **STSJ de Murcia de 14 de marzo de 2001**, Ar. 501, afirma que debe considerarse anulable una resolución sancionadora verbal:

“teniendo en cuenta que la resolución que pone fin a los procedimientos sancionadores ha de ser en todo caso motivada (...). Solamente de haberse constatado la resolución verbal por escrito de forma motivada cabría plantearse su validez (...). Y aunque el art. 55.3 de la LAP dispone que una serie de actos administrativos pueden refundirse en uno solo, tal posibilidad no está prevista en los procedimientos sancionadores”.

Por el contrario, distinto es el planteamiento de la **STS de 22 de mayo de 2001**, Sección Sexta, Ar. 6228, que desestima un recurso indirecto contra la modificación del reglamento regulador del procedimiento sancionador en materia de tráfico (RD 137/2000, de 4 de febrero) por admitir la posibilidad de resoluciones verbales [art. 15.2: “Dicha resolución se dictará por escrito (...) salvo que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, en cuyo caso el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal”]. La sentencia reseñada rechaza tal motivo de recurso con esta argumentación:

“El art. 15.1 del Reglamento impugnado, al permitir la posibilidad de dictar resoluciones en forma verbal, no conculca el art. 55 de la Ley 30/1992 (...) pues, en cuanto a la forma, expresamente alude a la escrita como la más habitual, y permite la verbal en los supuestos contemplados en el párrafo segundo del citado art. 55, en los que el titular de la competencia la ejerce verbalmente y la hace constar por escrito al inferior cuando sea necesaria dicha constancia.”

B) La resolución sancionadora no puede ser sustituida por su simple notificación

Según la **STSJ de Navarra de 1 de febrero de 2001**, Ar. 503, no consta en el expediente la específica resolución sancionadora, constando exclusivamente el traslado a los destinatarios de tales resoluciones. Debe señalarse, por tanto, que la resolución es nula de pleno derecho ya que:

“no consta en el expediente resolución sancionadora de ningún órgano; a la resolución sancionadora (...) no puede equipararse el traslado o la comunicación que hace y firma el Secretario Técnico, escrito que es un mero oficio de notificación de una resolución sancionadora que en el presente caso no existe en el expediente administrativo. No es que el acto se haya dictado por órgano manifiestamente incompetente es que simplemente no se ha dictado (...). La resolución sancionadora no puede ser equiparada ni ser sustituida ni por la mera certificación del Secretario, ni por el traslado o notificación de la misma resolución sancionadora”.

C) Motivación de la resolución sancionadora

Ante una infracción urbanística (clara e incuestionada consistente en la “construcción de dos naves industriales sin licencia y no legalizables”) cuya sanción es una multa proporcional al valor de las obras, la STS de 28 de junio de 2001, Sección Quinta, Ar. 6182, afirma que no basta que un técnico municipal fije el valor si tal fijación no está motivada, pues esto produce “indefensión al interesado que se encuentra en la imposibilidad de discutir un elemento clave de la sanción”. Además, no acepta la sentencia que “el interesado podría haber combatido la valoración mediante la aportación de un dictamen técnico, porque la Administración tiene la obligación de motivar sus actos sancionadores (...) no siendo lícito trasladar la carga de esa motivación al sancionado”. La argumentación es discutible pues realmente había motivación basada en un informe del aparejador municipal; además no se acierta a vislumbrar la supuesta indefensión ni, obviamente, se trata de desplazar sobre el expedientado la carga de motivar sino, si acaso, la de combatir el informe de un técnico municipal, lo cual es perfectamente admisible y razonable.

11. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO

A) El principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador también debe regir la definición del marco normativo

A propósito del marco sancionador establecido por una Ordenanza municipal, entiende la STS de 26 de marzo de 2001, Sección Cuarta, Ar. 6608, que:

“el principio de proporcionalidad rige en el Derecho administrativo sancionador, no sólo en el ejercicio concreto de la potestad sancionadora, al dictar el acto de imposición de la sanción, sino también al establecerse la correspondiente previsión normativa, de manera que no resulta ajustada al ordenamiento jurídico aquella que exaspera o excacerb la sanción imponiendo, en todo caso, la multa en el grado máximo permitido por la legislación vigente, con independencia de cuál sea la gravedad de la infracción a que se corresponde. O, dicho en otros términos, en la determinación normativa del régimen sancionador, y no sólo en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas, se debe guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicable”.

B) El principio de proporcionalidad como un elemento del carácter reglado de la potestad sancionadora. Límites

Por su parte, la STSJ de Murcia de 23 de mayo de 2001, Ar. 553, recuerda que:

“en lo que se refiere a la proporcionalidad de las sanciones, el Tribunal Supremo (...) ha considerado que el carácter reglado de la potestad sancionadora impide que la Administración pueda tener libertad para elegir soluciones distintas pero igualmente justas, indiferentes jurídicamente, lo que significa que las sanciones deben ser impuestas en cada caso atendiendo a las circunstancias de graduación establecidas en la normativa apli-

able. No cabe mantener que la sanción pueda graduarse de forma arbitraria, ni pueda ser impuesta discrecionalmente, ni que tal discrecionalidad no pueda ser controlada por los Tribunales (...). Se trata de que si como consecuencia de dicha búsqueda reglada se llega a imponer una sanción, se deban expresar las circunstancias que se han tenido en cuenta para hacer posible el control referido por parte de los Tribunales”.

En cuanto al alcance de este principio de proporcionalidad en vía jurisdiccional, interesa la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de abril de 2001**, Ar. 528. Este principio permite, según el Tribunal, “moderar las sanciones impuestas por la Administración, pero hay casos en los que la posibilidad de aplicación de tal principio ha sido ya ejercida y agotada por la Ley, a la que los Tribunales se deben (...). Esto sucede cuando la Ley divide las infracciones en niveles de gravedad y asigna a cada uno un máximo y un mínimo fijos de pena. En tales casos, la proporcionalidad debe ejercerse dentro de tales márgenes y no se pueden violar los mismos con una simple apelación al principio de proporcionalidad fundada, por ejemplo, en la simple concurrencia de una atenuante” o una agravante. Por el contrario, el uso que la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de mayo de 2001**, hace del principio de proporcionalidad parece ir más allá incluso del marco legal establecido.

C) Marco sancionador legal en el que sólo se fija la cuantía máxima de la sanción para cada grado

Ante una Ley que se limita a establecer que las infracciones muy graves pueden ser sancionadas con una cuantía de hasta 50 millones de pesetas, las graves con una cuantía de hasta 10 millones y las leves hasta un millón, la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de mayo de 2001**, Ar. 726, entiende que esto no vulnera el principio de tipicidad, por cuanto esta forma de graduación de la multa no supone que no haya cuantía mínima, sino “que el grado mínimo de cada escala superior está constituido por una peseta más del límite máximo de la escala inferior”.

12. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

A) *Dies a quo*

Según la **STSJ de Asturias de 22 de marzo de 2001**, Ar. 660:

“debe considerarse como de inicio del expediente, la fecha del acuerdo de incoación por el órgano que tiene competencia para ello, y no la fecha de la denuncia o de las visitas de inspección que se hayan podido efectuar con anterioridad a la decisión de tener por incoado el procedimiento”.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

B) Posibilidad de reiniciar un expediente caducado

En contra de la corriente jurisprudencial de la que dimos cuenta en la crónica anterior, la STS de 16 de julio de 2001, Sección Cuarta, Ar. 6765, afirma que:

“es cierto (...) que cuando la propia Administración declara la caducidad e inicia de nuevo expediente ello es conforme a derecho si no ha expirado el plazo de prescripción”.

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Castilla-La Mancha de 14 de marzo de 2001, Ar. 587, que, tras declarar la caducidad del procedimiento sancionador, sostiene que:

“naturalmente ello no obstará a que la Administración incoe un nuevo procedimiento sancionador si la infracción urbanística, clara y evidente en el supuesto concreto, no hubiese prescrito; más aun puede y debe hacerlo, pues se trata de la defensa de los intereses generales”.

C) Prescripción de las infracciones tributarias

Entiende la STS de 4 de julio de 2001, Sección Segunda, Ar. 7090, que:

“la suspensión de las actuaciones inspectoras, no justificada y por causas ajenas al obligado tributario, durante más de seis meses y en cualesquiera momentos del período que media entre el inicio de éstas y la notificación de la liquidación resultante de las mismas, no interrumpe el plazo de la prescripción para sancionar que se estuviere ganando”.

D) No cabe la prescripción en fase de tramitación del recurso ordinario

La STSJ de Murcia de 14 de marzo de 2001, Ar. 501, señala que “en ningún caso puede considerarse producida la prescripción de la sanción después de notificada la resolución sancionadora que le pone término, en fase de tramitación del recurso ordinario, ya que desde el momento en que dicha resolución es recurrida juegan los plazos establecidos para el silencio administrativo, en este caso de carácter negativo, y no los establecidos para la prescripción”. Además, la prescripción de la sanción requiere que ésta sea firme en vía administrativa y si está recurrida no lo es (STSJ de Navarra de 31 de mayo de 2001, Ar. 762).

13. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS SANCIONES

A) El acto de iniciación del procedimiento sancionador no es impugnabile jurisdiccionalmente

Sostiene la recurrente la falta de motivación del acto iniciador del procedimiento como vicio de invalidez, a lo que la STSJ del País Vasco de 2 de marzo de 2001, Ar. 573, responde que “el defecto aludido no puede predicarse de un acto que como el citado, no es resolutorio, sino de mero trámite, y por ello no susceptible de fiscalización por los Tribunales, es decir, inimpugnabile”.

B) Alcance del control contencioso-administrativo: cambio del tipo infractor apreciado por la Administración

Más allá del tradicional carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, se manifiesta la **STSJ de Madrid de 18 de enero de 2001**, Ar. 592, cuando reconoce la potestad de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para controlar *a posteriori* “si la sanción aplicada es proporcional a la infracción cometida, indicando en caso contrario la revocación de la sanción o la sustitución de la sanción por la más adecuada”. Esto es, el juez no se limita a resolver si la sanción se ajusta a Derecho o no, sino que él mismo puede sustituir a la Administración fijando la sanción que juzgue más adecuada.

Un ejemplo muy interesante de esta labor sustitutiva se puede encontrar en la **STSJ de Castilla y León (Burgos) de 7 de mayo de 2001**, Ar. 726. El recurrente había sido sancionado por una infracción muy grave por el ejercicio de una actividad clasificada –matadero de ganado porcino– sin licencia de apertura. No obstante, había solicitado la licencia que sólo estaba pendiente de visita de comprobación, la fecha de la denuncia es de 18 de junio de 1998 y la licencia se obtiene el 15 de julio. La legislación aplicable considera como muy grave el ejercicio de una actividad clasificada sin licencia. La Administración impone una sanción de 15.000 pesetas. El sancionado recurre la sanción y un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Burgos la anula, por no ajustarse el marco sancionador legal, pues considera que la cuantía mínima para ese tipo de infracciones es de 10.000.001 pesetas. En ejecución de dicha sentencia, la Administración fija una nueva sanción en dicha cuantía mínima. Ésta es impugnada ante el TSJ, que dicta sentencia en la que anula dicha sanción, pues afirma que sería contrario al principio de proporcionalidad incluir en el mismo tipo “el infractor clandestino que desarrolla la actividad sin haber pedido la licencia, que quien está a la espera de un mes para obtener la licencia solicitada y que le corresponde con arreglo a derecho, ya que son licencias que deben concederse o denegarse de forma reglada”. Por ello, y a pesar de la literalidad del tipo, encuadra la conducta en el tipo abierto de las infracciones leves y fija la sanción en 50.000 pesetas. En el fondo, de lo que se trata es que el marco normativo legal resulta claramente desproporcionado para el supuesto concreto.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
MANUEL REBOLLO PUIG

VIII. **EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:**

1. Consideración preliminar. **2. Causa de la expropiación.** A) Causa expropriandi que ha de ser declarada por Ley especial. Dicha Ley *ad hoc* es un simple requisito de eficacia de la declaración de utilidad pública de la expropiación implícita en el proyecto de obras aprobado por la Administración. **3. Objeto de la expropiación.** A) Los terrenos gravados por el paso de un canal municipal de aguas residuales no adquieren la naturaleza demanial que sí tiene la canalización, por lo que deben considerarse objeto de expropiación. B) Demérito por expropiación parcial con parte sobrante: superficie sobre la que debe aplicarse el porcentaje de depreciación y método de cálculo. **4. Garantías Formales.** A) Intereses de demora por la fijación del justiprecio en supuestos de vía de hecho: procede reconocerlos desde la ocupación con independencia de la forma o vía por la que se haya establecido el justiprecio o la indemnización compensatoria por la ocupación ilegal. **5. Determinación del justiprecio.** A) Valoración de arrendamiento de local de negocios: método de cálculo y posibilidad de que su justiprecio exceda del acordado para el inmueble en el que se aloja el negocio. B) Procedencia de valorar la posibilidad potencial de explotación minera de recursos del grupo A de la Ley de Minas pese a que la explotación es incompatible con la actividad agrícola existente. C) Valoración de acciones y participaciones representativas del capital de empresas pertenecientes al grupo RUMASA: posibilidad de justipreciarlas en cero pesetas como resultado de la aplicación del método de balances consolidados al que se refiere la Ley 7/1983, de 29 de junio. Contraargumentación a los votos particulares que niegan la posibilidad constitucional de establecer un justiprecio con valor nulo.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se comenta en esta crónica la doctrina más destacada del segundo trimestre de 2001. Al igual que en la crónica anterior, debemos resaltar la importante línea doctrinal iniciada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2001 que avala la constitucionalidad de la fijación de justiprecios de valor nulo o cero al valorar ciertas empresas del Grupo RUMASA. En la presente crónica se comentan otros pronunciamientos que han

seguido a aquella capital sentencia y en los que el Tribunal Supremo ha abundado en su posición inicial, introduciendo, no obstante, nuevos argumentos que se dirigen a contrarrestar la sólida fundamentación de los votos particulares formulados contra la citada sentencia, en los que se sostenía una posición radicalmente opuesta al fallo al entender los disidentes que la posibilidad de establecer justiprecios de valor cero es inconstitucional y equivale a un supuesto de confiscación. Junto a esta destacada jurisprudencia, debe señalarse también la importancia de las sentencias que se comentan en relación al objeto de la expropiación, concretamente la que perfila y aclara la doctrina jurisprudencial para calcular el demérito que sufre la parte no expropiada en los supuestos del art. 46 de la LEF. Finalmente, también resaltamos un significado pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre valoración de arrendamientos a efectos de justiprecio, en la medida en que corrige parcialmente y matiza su consolidada doctrina sobre esta cuestión.

2. CAUSA DE LA EXPROPIACIÓN

A) *Causa expropriandi* que ha de ser declarada por Ley especial. Dicha Ley *ad hoc* es un simple requisito de eficacia de la declaración de utilidad pública de la expropiación implícita en el proyecto de obras aprobado por la Administración

La legalidad del procedimiento seguido para la expropiación de la presa de Itoiz y la construcción del llamado “Canal de Navarra” ha sido discutida y reprochada en varias ocasiones por los Tribunales desde que la Audiencia Nacional anulara, en su sentencia de 29 de septiembre de 1995, la resolución ministerial por la que se aprobó el proyecto de construcción de la mencionada presa. En esencia, y como el propio Tribunal Supremo tuvo ocasión de señalar en su Sentencia de 14 de julio de 1997, Ar. 6094, el problema que presentaba el procedimiento expropiatorio de la presa de Itoiz era que carecía formalmente del requisito de la previa declaración de utilidad pública de una presa que, en virtud de su naturaleza de obra pública de trascendencia general que excede de los límites territoriales de una Comunidad Autónoma, requería de Ley específica para su aprobación y de su incorporación al Plan Hidrológico Nacional, tal y como exige el art. 44 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. En este sentido cabe recordar que la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1997 insistió en la necesidad de Ley formal de Estado para ejecutar una obra pública hidráulica de interés general (precisando, no obstante, que no era necesario que se hubiese aprobado el Plan Hidrológico Nacional), y lo cierto es que dicha Ley no se aprobó hasta el 8 de julio de 1997.

La STS de 31 de marzo de 2001, Ar. 5752, se enfrenta en casación a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 25 de mayo de 1996, que declaró la legalidad del acuerdo de expropiación de los terrenos para la construcción de la mencionada presa adoptados por el Gobierno de la Comunidad de Navarra en noviembre de 1990, por entender que en dicho acuerdo se hallaba implícitamente declarada la utilidad pública de la obra conforme al art. 10 de la LEF. En este caso, la cuestión sometida al Tribunal

VIII. Expropiación Forzosa

Supremo se centra en saber si el defecto de aprobación por una Ley estatal de la obra de la presa de Itoiz constituye un vicio invalidante del procedimiento expropiatorio o, por el contrario, si la aprobación por Ley constituye simplemente un requisito de eficacia del proyecto, en cuyo caso, promulgada la Ley, quedaría subsanado el defecto y, por consiguiente, el expediente expropiatorio.

El planteamiento de la cuestión en estos términos y su posterior resolución por el Tribunal Supremo viene inevitablemente condicionada por un dato que antes revelábamos: la aprobación legal de la expropiación de la presa de Itoiz y el Canal de Navarra por la Ley 22/1997, de 8 de julio. La legalización de la obra, por tardía que ésta fuera, inclina el razonamiento del Tribunal Supremo en favor de la conservación de las actuaciones, haciendo reverdecer el decimonónico principio acuñado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés que sostenía a toda costa la intangibilidad de la obra pública ya construida, incluso en los casos de *voie de fait*. Este principio, que aunque no se explicita es el verdadero telón de fondo argumental de la sentencia comentada, obliga al Tribunal Supremo a forzar el razonamiento y traer en su amparo —de forma más que discutible— las técnicas de la anulabilidad y la subsanación, declarando que no hay lugar a la casación solicitada, en virtud de la siguiente argumentación:

“Si la Ley que establece el régimen general del instituto expropiatorio contempla determinados supuestos en los que la declaración de utilidad pública ha de entenderse implícita, entre ellos la aprobación de los planes de obras del Estado, no hay razón para excluir de esta regla general los planes de obras hidráulicas, de modo que en estos últimos también debe entenderse implícita la declaración de utilidad pública con la aprobación del proyecto de la obra para la Administración.

No obstante, como una Ley sectorial, cual es la de Aguas, requiere que esas obras sean aprobadas por Ley formal, habrá que entender que, si bien la previa declaración de utilidad pública legitimadora de la expropiación, debe considerarse implícita, según el citado artículo 10 de la Ley de Expropiación Forzosa, con la aprobación por la Administración del proyecto de la obra, su eficacia queda supeditada a que dicha obra se apruebe mediante Ley estatal, conforme al artículo 44 de la Ley de Aguas, razón por la que estamos ante un requisito de eficacia y no de validez del proyecto.

Aun cuando el Gobierno de Navarra acordó incoar el expediente expropiatorio de los bienes y derechos afectados por la presa de Itoiz sin haberse promulgado dicha Ley, tal requisito de eficacia se ha cumplido con la aprobación de la tan repetida Ley 22/1997, de 8 de julio, cuyo artículo único dispone que, a efectos de lo establecido por el artículo 44 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, se aprueban y declaran como obras hidráulicas de interés general la presa de Itoiz y el canal de Navarra y, por consiguiente, el defecto formal, existente al incoarse el expediente expropiatorio, quedó subsanado.

La Sala de instancia pronunció la sentencia recurrida (día 24 de mayo de 1996) cuando no se había promulgado la Ley 22/1997, de 8 de junio, de modo que faltaba un requisito de eficacia del proyecto de la presa de Itoiz, por lo que la conclusión jurídica a la que llegó debería haber sido distinta, pero, al momento de resolver nosotros este recurso de

casación deducido contra ella, la indicada Ley ha aprobado la obra, subsanando el aludido defecto, con lo que el expediente expropiatorio tramitado ha quedado purgado de ese vicio formal por la promulgación de la mencionada Ley, de manera que la aprobación definitiva del proyecto de la obra hidráulica, declarado conforme a derecho por esta Sala, legitima plenamente la expropiación llevada a cabo.”

En resumidas cuentas, lo que el Tribunal Supremo está diciendo a las claras es que en los supuestos en los que la *causa expropriandi* haya de ser declarada por Ley especial, como en el caso de las obras hidráulicas a las que se refiere el art. 44 de la Ley de Aguas, la Ley *ad hoc* ha de considerarse un simple requisito de eficacia de la declaración de utilidad pública de la expropiación, que ha de entenderse implícita en el proyecto de obras aprobado por la Administración. Salta a la vista que con esta forzada argumentación se rebaja notablemente la garantía de legalidad especialmente prevista para supuestos como el contemplado y se acaba sosteniendo una conclusión manifiestamente contraria a la consolidada doctrina jurisprudencial que aboga por la nulidad radical o de pleno Derecho que deriva de la esencialidad del requisito formal de la declaración de utilidad pública o interés social de las expropiaciones, lo que, a nuestro juicio, sólo puede explicarse por las especiales circunstancias que concurren en este caso.

3. OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

A) Los terrenos gravados por el paso de un canal municipal de aguas residuales no adquieren la naturaleza demanial que sí tiene canalización, por lo que deben considerarse objeto de expropiación

La STS de 17 de abril de 2001, Ar. 6795, conoce del recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma del País Vasco contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de dicha Comunidad que consideró expropiables unos terrenos por los que discurría un canal municipal de aguas residuales. La Comunidad Autónoma expropiante se opone por entender que la canalización es un servicio público que tiene carácter demanial, carácter que se hace extensible a los terrenos privados por los que discurre la canalización, por lo que dichos terrenos no pueden ser objeto de expropiación.

El Tribunal Supremo rechaza esta argumentación arguyendo que, si bien es cierto que la canalización tiene naturaleza demanial, no por ello transmite esta naturaleza a los terrenos que le sirven de soporte. Éstos no son bienes de dominio público por su destino a un servicio público, como sostiene la Comunidad recurrente al amparo del art. 74 del TRRL, sino bienes privados sobre los cuales su propietario ha autorizado la constitución de un derecho de paso. Como expresa la sentencia comentada, es claro que la cesión del propietario:

“no transforma dicho suelo en terreno de dominio público, ya que en el convenio al efecto celebrado se estipuló (...) que dicha autorización no producía cesión ni transmisión del dominio, y, en consecuencia, aunque no se pueda negar la naturaleza demanial del men-

VIII. Expropiación Forzosa

cionado canal de aguas residuales, ello no supone necesariamente que el suelo por el que transcurre deba ser también de dominio público, pues (...) en nuestro ordenamiento jurídico se admite un derecho de superficie como distinto del derecho de propiedad sobre el suelo, y así lo admitió ya el artículo 1611, párrafo último, del Código Civil, mereciendo aquél un singular tratamiento en los sucesivos textos legales sobre régimen del suelo y ordenación urbana”. En consecuencia, “Cualquiera que sea la naturaleza jurídica del derecho en virtud del cual el Ayuntamiento construyó el canal sobre el terreno, lo cierto es que los propietarios no se habían desprendido de su dominio, de manera que, al ser expropiadas las fincas por las que discurre el expresado canal, la Administración beneficiaria debe pagar el justiprecio”.

Sin perjuicio de la solución alcanzada, merece comentario aparte la consideración que la sentencia hace del derecho de paso como derecho de superficie y la duda que, a renglón seguido, el propio Tribunal Supremo manifiesta sobre la verdadera naturaleza del derecho real constituido a favor del municipio (“cualquiera que sea la naturaleza jurídica del derecho...”). No parece, en efecto –aunque son bien pocos los datos y elementos de juicio que deja entrever la sentencia– que el mencionado derecho de ocupación se arbitre técnicamente sobre el derecho de superficie urbanístico, en el que –como es sabido– se produce una transmisión temporal del dominio útil en favor del superficiario por la que éste ha de abonar (al igual que sucede con el censo enfiteútico del que trae causa la especial figura del derecho de superficie) un canon periódico al titular del dominio directo. Más bien parece que el derecho real constituido en este caso se construye sobre la técnica, menos incisiva, de la servidumbre predial a la que se refieren los artículos 530 y siguientes del CC. Más concretamente se trataría de una servidumbre de utilidad pública para el paso de un canal de aguas residuales que, pese a tener carácter legal o forzoso, también puede ocasionalmente constituirse por convenio o mutuo acuerdo. Calificación de servidumbre que aunque a los efectos del caso no altera la conclusión alcanzada por el Tribunal Supremo sobre la procedencia de considerar objeto expropiable el terreno gravado (aunque sí alteraría el *quantum* indemnizatorio, que será mayor en caso de servidumbre), explica mejor, a nuestro juicio, la naturaleza jurídica y el carácter permanente de la canalización y de los derechos respectivos del titular del fundo sirviente y del Ayuntamiento en cuyo favor se constituye el derecho real de servidumbre.

B) Demérito por expropiación parcial con parte sobrante: superficie sobre la que debe aplicarse el porcentaje de depreciación y método de cálculo

La STS de 9 de mayo de 2001, Ar. 7417, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina relativa al modo en que han de calcularse los perjuicios derivados de la expropiación parcial de la finca en los supuestos que la Administración rechaza la expropiación total (art. 46 en relación al 23 de la LEF). Lo que plantea la parte recurrente es una supuesta contradicción entre la sentencia impugnada y las que sirven de contraste y que expresan, a su juicio, la doctrina correcta para calcular el demérito que sufre la parte expropiada en caso de expropiación parcial. La contradicción alegada estriba en que la sentencia impugnada considera que la fórmula adecuada para compensar la depreciación por la división de la finca en el caso contemplado es aplicar a la parte que se expropia, y no a la superficie restante, un coeficiente de depreciación que sirva para fijar una

compensación adecuada al perjuicio real. La razón que inclina al Tribunal *a quo* a aplicar el porcentaje sobre la porción expropiada viene dada por la gran extensión de la parte restante, de forma que de aplicarse sobre ésta el porcentaje resultaría una sobrevaloración inadecuada a la finalidad compensatoria del justiprecio. El recurrente entiende que esta doctrina se opone al criterio que viene sosteniendo de forma constante el Tribunal Supremo, según el cual el mencionado porcentaje ha de aplicarse siempre y sin excepción sobre la parte de la finca no expropiada.

Formulados así los términos del debate, el Tribunal Supremo comienza por reconocer que, en efecto, su jurisprudencia tiene sobradamente declarado que la fórmula más adecuada para calcular el demérito es aplicar un porcentaje o coeficiente de depreciación a la porción de la finca no expropiada, porcentaje que oscilará en función de las circunstancias de rentabilidad y aprovechamiento de la finca. Dicho esto, y aun siendo éste el criterio general, la sentencia comentada declara que no debe olvidarse que la finalidad del art. 46 de la LEF es procurar compensar el demérito por expropiación parcial en función del perjuicio real sufrido en cada caso, sin que dicho precepto prevenga ningún método de cálculo para ello. Por contra, ha sido la jurisprudencia la que ha diseñado ese método, pero su aplicación no puede ser inopinada y mecánica, de forma que ha de dejarse siempre al arbitrio del juzgador, que tendrá de aplicarlo según las circunstancias del caso y sin perder de vista la finalidad compensatoria a la que atiende el art. 46 de la LEF. Con lo cual, lo verdaderamente relevante es que se reconozca una indemnización proporcionada al perjuicio real que sufre la finca por la sustracción de una parte. De modo que, por no establecer la Ley otro límite al ejercicio de la potestad estimativa del demérito por parte sobrante, ha de considerarse correcto el método de cálculo seguido por el Tribunal *a quo* en este caso, en el que es perfectamente lícito, dadas las dimensiones y características de la segregación practicada, girar el porcentaje de depreciación tomando como referencia la superficie de la parte expropiada.

4. GARANTÍAS FORMALES

A) Intereses de demora por la fijación del justiprecio en supuestos de vía de hecho: procede reconocerlos desde la ocupación con independencia de la forma o vía por la que se haya establecido el justiprecio o la indemnización compensatoria por la ocupación ilegal

Con motivo de la construcción de una variante de una carretera, la Administración actuante ocupó en exceso una parte de los terrenos que no estaban contemplados en el acuerdo de necesidad de ocupación. Ante esta ocupación ilegal en vía de hecho, el propietario afectado ejercitó una acción reivindicatoria ante la jurisdicción civil por la que obtuvo una compensación económica dada la imposibilidad de recuperar *in natura* lo ilegalmente ocupado. Los intereses moratorios generados por el tardío reconocimiento de ese “justiprecio” acordado por los Tribunales civiles fueron infructuosamente reclamados luego en vía contencioso-administrativa ante el Tribunal Superior de Justicia de la

VIII. Expropiación Forzosa

Comunidad Autónoma correspondiente, quien estimó improcedente la reclamación por entender, en sustancia, que no es posible articular con éxito ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo una petición de pago de intereses por demora en la fijación de un justiprecio que no ha sido establecido en el curso de un procedimiento expropiatorio regular.

Recurrido en casación ese pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia, la STS de 21 de junio de 2001, Ar. 6855, estima el recurso en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo según la cual la fijación de la indemnización compensatoria que procede ante la imposibilidad de recuperar la finca expropiada comprende también los intereses legales devengados desde la ocupación hasta el completo pago (de la que el mejor exponente es la STS de 18 de abril de 1995, que está transcrita casi por entero en la que aquí se comenta). Concretamente, el Tribunal Supremo sostiene que en los supuestos en los que la fijación del justiprecio se produce extramuros del procedimiento expropiatorio por causas exclusivamente imputables a la Administración, y que, en el caso analizado, nacen además de una vía de hecho, deben reconocerse y liquidarse igualmente los intereses devengados desde el momento de la ocupación, y ello con total independencia de cual sea la forma en que se ha reconocido el justiprecio o compensación, porque de lo contrario, la torpe y antijurídica actuación administrativa haría en la práctica más favorable la expropiación irregular para la propia Administración, que eludiría así el pago de una obligación autónoma y *ope legis* como son los intereses moratorios.

5. DETERMINACIÓN DEL JUSTIPRECIO

A) Valoración de arrendamiento de local de negocios: método de cálculo y posibilidad de que su justiprecio exceda del acordado para el inmueble en el que se aloja el negocio

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene declarando de modo reiterado que la extinción del vínculo arrendaticio derivada de la expropiación de un local de negocios determina un derecho de indemnización a favor del arrendatario que tiene por objeto posibilitar la continuidad del negocio en otro lugar sin que sufra un detrimento económico. Como la extinción del arrendamiento determina el traslado del arrendatario a otro local de características similares que ha de adquirir por traspaso, o alquilar a cambio de una renta superior a la que venía abonando, la jurisprudencia ha utilizado dos métodos alternativos para valorar el justiprecio del arrendatario: uno en función de una hipotética efectividad del derecho de traspaso, y otro basado en la capitalización al diez por ciento la diferencia de rentas de alquiler. Este último criterio es el más aplicado, tanto por entenderse más adecuado a la naturaleza del derecho que se extingue a resultas de la expropiación como por la habitual ausencia de referencias sobre el precio medio de los traspasos. En todo caso, el Tribunal Supremo ha señalado un límite a la aplicación de este método valorativo: la valoración del derecho de arrendamiento sobre un inmueble no debe ser nunca superior a la acordada para el inmueble expropiado (así, por ejemplo, STS de 5 de junio de 1997, Ar. 4630).

La STS de 19 de junio de 2001, Ar. 6854, resuelve un recurso de casación planteado por un arrendatario contra una sentencia de instancia que había fijado el justiprecio de un local destinado a farmacia en dos años de la renta que había de pagarse por el nuevo local. Como quiera que este criterio del Tribunal *a quo* se aparta del método de capitalización de rentas sentado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (dando lugar a una indemnización desproporcionadamente menor al perjuicio causado), éste estima el recurso y pasa a resolver la cuestión del justiprecio en los términos en que aparece planteada por las partes. Es justamente aquí donde radica el interés de la sentencia que se comenta, ya que el apartamiento que el Tribunal *a quo* hizo de la sentada doctrina jurisprudencial en la materia se justificaba, precisamente, en que la estricta aplicación del método de capitalización de rentas arrojaba una valoración superior a la que había sido acordada para el inmueble expropiado. Y, por paradójico que resulte, lo cierto es que esto era una aplicación impecable de la doctrina jurisprudencial que antes reseñábamos. No obstante lo cual, al declarar que hay lugar a la casación formulada, el Tribunal Supremo excepciona el automatismo de esta doctrina en el caso que comentamos y declara procedente la aplicación del método de capitalización de rentas haciendo una expresa corrección de su doctrina según la cual el justiprecio acordado para un derecho de arrendamiento no puede superar el del inmueble expropiado. La razón que para ello esgrime es que aquí estamos en presencia de un local destinado a farmacia, lo que —en palabras del Tribunal— “imprime un valor añadido al negocio” que deriva de su propia naturaleza y de su ubicación en un sitio céntrico, lo que, junto a las limitaciones que la normativa impone para la instalación de este tipo de locales, ha de ser tenido en cuenta para determinar el justiprecio correspondiente a la extinción del arrendamiento. De este modo, el Tribunal concluye que la aplicación del método de capitalización de rentas no produce en este caso un enriquecimiento injusto aunque ello suponga reconocer un justiprecio mayor al del inmueble que alojaba la farmacia en cuestión.

En definitiva, con esta flexibilización de su doctrina parece reconocerse que los criterios que rigen la valoración de los derechos de arrendamiento deben aplicarse de forma autónoma y objetiva, alejándose del parámetro de referencia que hasta ahora suponía el límite de la valoración acordada para el derecho de propiedad que resulta expropiado en la misma actuación. En este sentido, el propio Tribunal señala la posibilidad de emplear el método valorativo del art. 43 de la LEF con el fin de acercar el justiprecio del arrendamiento al valor de mercado. Sin embargo, mucho nos tememos que este loable intento de objetivación del valor de los derechos de arrendamiento se explique más por las excepcionales circunstancias del caso examinado y las especiales características del negocio afectado que por una decidida voluntad de reconsiderar su consolidada doctrina sobre el particular.

B) Procedencia de valorar la posibilidad potencial de explotación minera de recursos del grupo A de la Ley de Minas pese a que la explotación es incompatible con la actividad agrícola existente

La STS de 1 de marzo de 2001, Ar. 5287, conoce en casación de una sentencia que rechazó la posibilidad de valorar a efectos expropiatorios un yacimiento minero por conside-

rar que se trataba de un derecho ilusorio dada la imposibilidad de practicar dicha explotación por el destino agrícola de la finca en el momento de su expropiación. Asimismo, sobre el razonamiento del Tribunal *a quo* ejerció un peso considerable el hecho de que se tratasen de recursos geológicos de origen natural de los del grupo A de la Ley de Minas, que en vista del art. 2 de la misma, la sentencia de instancia califica de bienes demaniales.

El Tribunal Supremo se aparta de estos razonamientos y casa la sentencia recurrida en virtud de las siguientes consideraciones. En primer lugar, no encuentra obstáculo en la imposibilidad práctica de simultanear ambas explotaciones, mineral y agrícola, pues, aun siendo ello cierto, nada impide valorar las posibilidades potenciales de explotación minera del terreno en el futuro. En segundo lugar, aplicando sistemáticamente los preceptos de la Ley de Minas, el Tribunal Supremo sostiene que el titular de los terrenos tiene un verdadero derecho potencial —que no una simple expectativa— a la explotación de esos recursos. Derecho del que el Estado sólo puede privarle si decide explotar tales recursos por sí mismo o cediendo su aprovechamiento a terceros de la forma prevenida en los arts. 20 y 21 de la Ley de Minas; lo que requeriría, por lo demás, la renuncia del propietario a la explotación y la consiguiente expropiación del citado derecho. Aclarado lo anterior, la sentencia procede a valorar el derecho de explotación minera conforme a los criterios sentados por la jurisprudencia en la materia.

C) Valoración de acciones y participaciones representativas del capital de empresas pertenecientes al grupo RUMASA: posibilidad de justipreciarlas en cero pesetas como resultado de la aplicación del método de balances consolidados al que se refiere la Ley 7/1983, de 29 de junio. Contraargumentación a los votos particulares que niegan la posibilidad constitucional de establecer un justiprecio con valor nulo

Como señalábamos en el anterior número de esta Revista, la Ley 7/1983, de 29 de junio, que resultó de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-Ley 2/1983, de 23 de febrero, de expropiación de RUMASA, recoge algunas especialidades relativas al procedimiento y al sistema de valoración para llevar a cabo la determinación de los justiprecios correspondientes. Concretamente, el art. 4.4 de dicha Ley establece que el valor de las acciones o participaciones sociales expropiadas se estimará atendiendo al resultado que arroje el balance de cada sociedad cerrado a la fecha de la expropiación (para cuya formación se depurarán las partidas del activo y del pasivo con criterios comerciales al uso, ajustando los valores contables al valor real en función de los resultados de cada sociedad en los últimos tres años). Además, cuando haya sociedades cuyas acciones o participaciones, en todo o en parte, sean propiedad de otras sociedades del *holding*, el citado precepto establece que el justiprecio se determinará de conformidad con el neto patrimonial que resulte de un balance realizado con técnicas de consolidación, en el que el valor de las acciones de cada empresa sería el que resultase de su consolidación con las empresas que la participan y que a su vez conforman otros subgrupos del *holding*, y así sucesivamente.

La línea jurisprudencial iniciada por el Tribunal Supremo desde que ha empezado a conocer en casación de los recursos planteados contra las resoluciones que fijan los jus-

tiprecios de las empresas del Grupo en aplicación de estos criterios se sistematiza en cuatro fases sucesivas. En cada una de ellas luce un contenido argumental característico:

1ª) La primera vez que el Tribunal Supremo se enfrentó a la aplicación del método de valoración de la Ley 7/1983 fue en su **STS de 16 de septiembre de 1999**, Ar. 7928. La sentencia rechaza los recursos de casación formulados por los antiguos propietarios de una de las empresas expropiadas y por la Abogacía del Estado contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid de 18 de octubre de 1996 que había estimado parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los expropiados contra el acuerdo del Jurado Provincial de fijación del justiprecio. Con posterioridad a ésta, la **STS de 8 de mayo de 2000**, Ar. 5484, sostuvo las mismas conclusiones al resolver un supuesto sustancialmente idéntico.

En estos dos pronunciamientos, el Tribunal Supremo acepta los razonamientos del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que establecían un valor unitario para las acciones de las empresas justipreciadas. Una vez fijado, dicho valor habría de corregirse al alza aplicando los criterios de revalorización de los inmovilizados materiales de las empresas que previó la Ley de Presupuestos 9/1983 para el ámbito fiscal (con la finalidad de ajustar los valores contables al valor real) y por la procedente adición del premio de afección. Todo ello —como declaraba el Tribunal *a quo*—, a expensas de lo que resultase de la consolidación del subgrupo empresarial al que pertenecía cada una de las empresas expropiadas y de la posterior consolidación de aquéllos con todo el Grupo RUMASA, para lo que habría que esperar a la fijación de los justiprecios de las correspondientes empresas del holding. A la espera de estos datos, el Tribunal de instancia concluía que el justiprecio definitivo de las acciones de las empresas participadas se determinaría en la fase de ejecución de la sentencia siguiendo las bases establecidas en su fundamentación jurídica, sin perjuicio del derecho de los accionistas externos —no afectados por los procesos de consolidación— a percibir el justiprecio desde la firmeza de la sentencia.

2ª) El segundo grupo de pronunciamientos está encabezado por la **STS de 22 de febrero de 2001**, Ar. 5383, que ha sido seguida por las de **31 de mayo de 2001**, Ar. 5835, **7 de junio de 2001**, Ar. 5836, y **de 3 de julio de 2001**, Ar. 5803. En estos casos el Tribunal Supremo desestima igualmente todos los motivos de casación alegados por la representación procesal de los accionistas afectados por la expropiación, pero declara haber lugar a los recursos de casación formulados por el Abogado del Estado estimando tres de los siete motivos articulados por éste. En consecuencia, el Tribunal Supremo se decanta aquí por la anulación de las correspondientes sentencias de instancia y la consiguiente confirmación de los acuerdos del Jurado Provincial de expropiación.

Los motivos de casación que el Tribunal Supremo estima se refieren, respectivamente, a la valoración practicada por el Jurado Provincial al aplicar el art. 4.4 de la Ley 7/1983 siguiendo las apreciaciones efectuadas por la Administración cuando valoró las empresas expropiadas, a las afirmaciones que la Sala de instancia hace respecto a la insuficiente motivación de los acuerdos del Jurado y a la infracción de la regla de presunción de vali-

dez de dichos acuerdos alegada por la Abogacía del Estado. De todos estos aspectos, las consideraciones que el Tribunal Supremo hace al apreciar la corrección de la actuación valorativa llevada a cabo por el Jurado se revela como la cuestión capital en la que confluye toda la argumentación jurídica en los términos que vimos en el número anterior de esta Revista.

3ª) En tercer y más destacado lugar figuran las **SSTS de 3 de abril**, Ar. 4169 y **de 6 de abril de 2001**, Ar. 5755, que comentamos ampliamente en nuestra crónica anterior y cuya doctrina ha sido secundada en las posteriores **SSTS de 28 de abril de 2001**, Ar. 6225, y **de 23 de mayo de 2001**, Ar. 5833. También se trata aquí de pronunciamientos que resuelven recursos de casación contra otros tantos pronunciamientos de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid que habían estimado parcialmente los recursos interpuestos por los propietarios expropiados contra los respectivos acuerdos del Jurado Provincial de Expropiación. Por ello, no es de extrañar que las sentencias reseñadas sigan sustancialmente la senda argumental de la anteriormente citada STS de 22 de febrero de 2001, estimando tres de los motivos de casación planteados por el Abogado del Estado y declarando la conformidad a Derecho de los acuerdos del Jurado. Sin embargo, y contrariamente a lo que antes sucedía, el fallo del Tribunal Supremo tiene en estos otros supuestos una consecuencia radicalmente distinta que resulta ciertamente llamativa: mientras que en los casos anteriores el Jurado de expropiación había señalado una compensación económica por la expropiación de las empresas, estos otros pronunciamientos declaran ajustados a Derecho unos acuerdos del Jurado que arrojan una valoración nula de las acciones de las empresas expropiadas. En efecto, como quiera que el resultado de aplicar en estos casos el método de valoración del art. 4.4 de la Ley 7/1983 es negativo, el justiprecio fijado por el Jurado de expropiación es de cero pesetas, lo que acaba siendo avalado por el Tribunal Supremo.

Todos los pronunciamientos de este tercer grupo de sentencias cuentan con sendos votos particulares (respectivamente suscritos por los Excmos. Sres. Peces Morate y González Navarro) que reflejan la intensidad del debate sostenido en la Sección Sexta de la Sala Tercera del Supremo en la medida en que abordan monográficamente la cuestión de fondo que late en estos fallos: si la nula valoración de un justiprecio es posible desde la perspectiva constitucional o equivale, por el contrario, a un supuesto de confiscación. Sobre el calado argumental de estos votos particulares, ciertamente notables, nos remitimos a lo que exponíamos en el anterior número de esta Revista.

4ª) Precisamente por la relevancia constitucional de la cuestión que planteaban los votos particulares referidos, el Tribunal Supremo ha dictado finalmente una última saga de sentencias, iniciada por la **STS de 18 de mayo de 2001**, Ar. 5763 y posteriormente seguida por las **SSTS de 29 de mayo**, Ar. 6232, **31 de mayo**, Ar. 5774, **5 de junio de 2001**, Ar. 6234 y **28 de junio de 2001**, Ar. 7213. En estos últimos pronunciamientos la mayoría de la Sala introduce una argumentación nueva a fin de rebatir la tacha de inconstitucionalidad que los Magistrados disidentes hacían a la fijación de un justiprecio de valor nulo o cero. Junto a ello, la parte dispositiva de este último grupo de pronunciamientos suprime la remisión que hacían las anteriores sentencias a la futura consolidación de los

balances de las empresas expropiadas que debía hacerse en la fase de ejecución de la sentencia, limitándose a precisar que habrá de tenerse en cuenta lo razonado en su fundamentación jurídica sobre la actualización y consolidación de balances. Asimismo, cada uno de estos pronunciamientos viene de nuevo acompañado por sendos votos particulares suscritos por los mismos Magistrados que disintieron de los anteriores fallos, donde ambos contraargumentan la nueva *ratio decidendi* y se oponen al fallo reiterando su postura contraria, desde una perspectiva constitucional, a la fijación de un justiprecio de valor cero.

En las sentencias pronunciadas por el Tribunal Supremo los días 3 y 6 de abril de 2001 a las que antes nos referíamos se aprecia un claro y estridente desajuste entre el razonar de la mayoría y el que siguen los dos votos particulares a los que hemos hecho referencia. Contrasta, ciertamente, el silencio total de la mayoría de la Sala en torno a las dudas de constitucionalidad que puede suscitar la fijación de un justiprecio de valor cero con el protagonismo casi absoluto que esta trascendental cuestión adquiere en el discurso de los Magistrados que se oponen al fallo; hay un llamativo desequilibrio argumental y, en este sentido, no debemos dejar de realzar aquí la enjundia de los razonamientos —se esté o no de acuerdo con sus conclusiones— desplegados por la minoría disidente, que trascienden del caso examinado para entroncar con cuestiones de índole constitucional que afectan al alcance mismo la garantía patrimonial. Por ello, no es de extrañar que en la primera ocasión en la que ha tenido oportunidad, la mayoría de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo favorable al método de valoración seguido por el Jurado de expropiación en los supuestos que tienen como resultado la fijación de un justiprecio nulo haya añadido una nueva fundamentación jurídica con el propósito de contrarrestar la posición de los disidentes y elevar el tono discursivo de su propia argumentación. Dado el interés de la cuestión merece que transcribamos, pese a su extensión, los pasajes más señalados de la STS de 18 de mayo en los que se expresa el parecer de la mayoría sobre al reparo de inconstitucionalidad formulado por los disidentes en las sentencias del mes de abril:

“Una cuestión nos queda sin embargo por resolver en el presente caso habida cuenta que el justiprecio fijado por el Jurado a la vista del balance actualizado, depurado con criterios comerciales usuales y ajustado a valores reales teniendo en cuenta para ello los resultados de los tres últimos análisis, es de cero pesetas la acción.

El problema a que nos referimos es el de si ese justiprecio cero es compatible con el instituto de la expropiación.

Antes de analizar la cuestión en el estricto ámbito de nuestro derecho positivo conviene, a fin de situar más acertadamente la cuestión, examinarla en el ámbito del derecho internacional. A este fin resultan de especial trascendencia las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo de 23 de noviembre de 2000, demanda 25701/1994, caso ex rey de Grecia y otros contra Grecia y la de 9 de diciembre de 1994, núm. 0492/1994 en el asunto de Los Santos Monasterios contra Grecia. En ambos asun-

VIII. Expropiación Forzosa

tos el Tribunal Europeo, si bien concluye en ambos casos que el Gobierno Griego había expropiado diversos bienes inmuebles a los demandantes, debía establecerse la procedencia de la correspondiente indemnización, afirma en el apartado 90 de la primera de las sentencias citadas, bajo el epígrafe ‘proporcionalidad de la injerencia’ y en el apartado 71 de la segunda bajo idéntico epígrafe, que sin el pago de una suma que tenga relación razonable con el valor del bien, la privación de la propiedad constituye normalmente un ataque excesivo, y la ausencia total de indemnización sólo se justifica, en circunstancias excepcionales en el ámbito del artículo 1 del Protocolo número 1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (...).

Según la jurisprudencia del Tribunal, dicho artículo 1 (...) admite que no siempre la compensación, en los casos en que proceda, ha de ser íntegra pues objetivos legítimos de utilidad pública pueden justificar un reembolso inferior al pleno valor de mercado.

De lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias a que nos acabamos de referir se infiere que es posible, cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen, sin que ello contradiga los principios generales del Derecho Internacional, la privación a una persona de sus bienes sin indemnización.

Sentado lo anterior en el campo del derecho internacional, tal criterio, si bien no es aplicable sin más a nuestro derecho interno, sí habrá de servirnos de pauta a la hora de interpretar nuestro ordenamiento jurídico.

Así las cosas en primer lugar creemos cabe afirmar que a la vista del artículo 33 de la Constitución no sería ajustado a las previsiones de dicho precepto una Ley que acordase la expropiación de determinados bienes o derechos sin indemnización, por lo que cabría afirmar igualmente que en este punto nuestro ordenamiento jurídico ofrece una mayor protección del derecho de propiedad que la que se deriva del artículo 1 del citado protocolo.

Ahora bien, con arreglo a los citados principios, interpretados de conformidad a como lo hace el Tribunal Europeo, la indemnización, si como afirma puede no tener lugar por causas excepcionales, ha de concluirse que no es consustancial a la figura de la expropiación en todos los casos. Del mismo modo no cabe afirmar que del artículo 33 de la Constitución pueda obtenerse como consecuencia que cualquier privación de bienes o derechos deba ir acompañada siempre de una compensación económica aunque el valor de lo expropiado sea cero o negativo, pues una cosa es que resulte inconstitucional una Ley que expresamente declare que no procede indemnización y otra muy distinta que reconocido tal derecho ello deba reflejarse en todo caso en una contraprestación económica cuando la valoración de los derechos expropiados, en nuestro caso las acciones o participaciones de una empresa determinada, ajustada a valores reales, nos dé un valor cero o negativo.

La indemnización reconocida constitucionalmente en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 33 de la Carta Magna es aquella que corresponda con arreglo a la Ley y en el caso que nos ocupa será la que resulte del valor de las acciones en base a un balance consolidado, depurado con criterios comerciales usuales y ajustados los valores contables al valor real en la forma establecida en la Ley 7/1983. Si efectuada así la valoración tal valor neto resultante de las acciones o participaciones es cero o negativo, no cabe sostener que en todo caso el expropiado deba recibir una cantidad en metálico como contraprestación compensatoria, pues en este caso más que contraprestación com-

pensatoria estaríamos ante un enriquecimiento injusto, sin que quepa alegar que tal indemnización sea exigencia de la naturaleza jurídica del instituto de la expropiación. Ya hemos visto que el Tribunal Europeo afirma lo contrario incluso con mayor amplitud de lo que aquí se sostiene. Dato fundamental a tener en cuenta es la especial naturaleza de los bienes expropiados. En los casos a que se refieren las sentencias del Tribunal Europeo que citamos y en las que dicho Tribunal sostiene que procede la indemnización, estamos ante la privación de bienes inmuebles que por su propia naturaleza tienen un valor positivo, independientemente de las cargas que pesen sobre los mismos o de las obligaciones frente a las que con ellos se deba responder, pero por el contrario en nuestro caso estamos ante acciones o participaciones de sociedades cuyo valor positivo o negativo dependerá del resultado de la valoración de los distintos elementos que integran la empresa de que se trate y, por tanto, si de la valoración ajustada a valores reales de esos elementos que componen el activo y el pasivo de una empresa se obtiene un resultado cero o negativo el valor de las acciones o participaciones de la misma será cero (...)" (FJ 14º, la cursiva es nuestra).

Sentada de tal modo la premisa mayor, el resto de cuestiones parecen superfluas al razonamiento, pues de lo que se trata es de explicar la concepción que la mayoría que suscribe el fallo sostiene a propósito de la naturaleza y el alcance de las garantías del instituto expropiatorio. En consecuencia, afirmada la posibilidad teórica y la legitimidad constitucional de que el justiprecio de las acciones y participaciones representativas del capital de una empresa pueda ser cero, nada necesita añadirse —a juicio de la mayoría— sobre la constitucionalidad de unos criterios de valoración que pueden determinar de forma indirecta tal resultado ni sobre la procedencia de aplicar o no a estos supuestos del art. 43 de la LEF, tal y como se abogaba en los votos particulares.

Sin embargo, sí queremos precisar por nuestra parte una cuestión de trascendencia sobre la que pivota parte del razonar de los Magistrados que sostienen una y otra postura. Como vimos en la crónica anterior a ésta, uno de los apoyos argumentales más importantes de los Magistrados disidentes es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída sobre el art. 1 del Protocolo Adicional Primero. Según dichos Magistrados, esta jurisprudencia ha negado taxativamente la posibilidad de valoraciones nulas o negativas de los bienes expropiados, por ser ésta una medida de alcance confiscatorio que violenta las garantías patrimoniales del derecho de propiedad; doctrina que los disidentes deducen, entre otras pero sobre todo, de la importante sentencia dictada por la "Gran Sala" del TEDH en relación a la confiscación de los bienes de la familia Real griega (comentada por nosotros en el número 12 de esta Revista, págs. 161 y ss.)

Frente a ello, puede comprobarse en el fundamento transcrito de la Sentencia de 18 de abril de 2001, que la mayoría de la Sala encuentra un punto débil en esa jurisprudencia, una salida o "escapatoria" que le permite reafirmarse en sus planteamientos iniciales: el propio TEDH afirmó en dicha sentencia (y en otras anteriores) que "la ausencia de indemnización no hace ilegítima *eo ipso* la confiscación del Estado de los bienes de los demandantes" sino que, para que así sea, ha de concurrir, además, el requisito de que dicha medida "sea desproporcionada o excesiva", de forma que en circunstancias excepcionales está justificada la ausencia de indemnización. Circunstancias excepcionales que, a juicio de la mayoría, concurren en la expropiación de RUMASA y que justifican la espe-

VIII. Expropiación Forzosa

cialidad del método valorativo de la Ley 7/1983. Lo que, en definitiva, hace constitucional la fijación de un justiprecio de valor cero o nulo cuando éste es el valor real de las acciones en aplicación de tal método.

Dicho esto, debemos añadir una matización importante sobre cuál sea la correcta interpretación de la excepción permitida por la jurisprudencia del TEDH para que un Estado no se vea obligado a indemnizar determinadas privaciones de alcance confiscatorio. En este sentido, el TEDH tiene declarado que el principio general es la procedencia de una indemnización por la privación, pues “en los sistemas jurídicos respectivos de las Altas Partes contratantes una privación de la propiedad por causa de utilidad pública no se justifica si no va acompañada del abono de una indemnización”, de modo que su ausencia “convertiría en ilusoria e ineficaz la protección dispensada por el art. 1 del Protocolo” (STEDH *Lithgow*, de 8 de julio de 1986), y, por ello “sin el pago de una suma que tenga una relación razonable con el valor del bien una privación de propiedad constituye normalmente un ataque excesivo” (STEDH *Los Santos Monasterios contra Grecia*, de 9 de diciembre de 1994). Pese a ello, el alcance de la garantía indemnizatoria ha sido objeto de dos importantes matizaciones en la jurisprudencia del TEDH. Una es la posibilidad de que la indemnización acordada no equivalga al valor real o de sustitución del bien, ya que el Estado dispone de un cierto “margen de apreciación” para determinar el justiprecio expropiatorio, en cuya fijación puede esgrimir objetivos legítimos “de utilidad pública” que justifiquen “un pago inferior al del valor total de mercado” (STEDH *Lithgow* y *Santos Monasterios*). La otra es, por lo que atañe específicamente a los supuestos de incautación en los que la privación del bien no se acompaña de indemnización alguna, que “en circunstancias excepcionales” una confiscación tal pudiera estar justificada y no representar, en consecuencia, una violación del derecho de propiedad siempre que dicha medida no comporte una carga “excesiva y desproporcionada” para los afectados. No obstante, en los casos en los que el Tribunal ha efectuado esta consideración lo ha hecho guiado por la intención de dejar a salvo aquellos supuestos en que por razones excepcionales de orden público o de riesgo para la salud o la seguridad de las personas un Estado pudiera acordar medidas confiscatorias temporales o incluso la destrucción de determinadas categorías de bienes sin mediar indemnización. Pero más allá de la consignación de esta cautela, hecha casi siempre a mayor abundamiento y como *obiter dictum* del razonamiento cuando se efectúa al margen de los referidos supuestos excepcionales, lo cierto es que en todos los demás casos en los que ha estado en juego el patrimonio singular de una persona o un grupo de personas que había sido objeto de una medida confiscatoria individual el Tribunal ha terminado declarando la existencia de una carga excesiva para los afectados que resultaba desproporcionada respecto al fin perseguido.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Imputabilidad subjetiva. Responsabilidad de concesionarios y contratistas. 3. Objetividad del sistema y relación de causalidad.

A) Responsabilidad por omisión de la vigilancia debida. B) Daños hospitalarios: empleo de criterios de culpabilidad por el juez administrativo. C) Falta de la información debida en el caso de actuaciones médicas: diferencias entre intervenciones quirúrgicas y no quirúrgicas y necesario nexo de causalidad: soluciones civiles. D) Inundación de instalaciones privadas.

4. Antijuridicidad del daño y deber de soportarlo. A) Responsabilidad

derivada de actos anulados. B) Obligación de soportar el daño consistente en el contagio de enfermedades en un momento en que aún eran desconocidas. C) Obras públicas.

Circunstancias en las que la Administración ha de indemnizar la mengua de beneficios en negocios afectados.

5. Daño. Anulación de sanción disciplinaria que resarce por sí misma el daño moral. 6. Acción de responsabilidad y procedimiento. Dies a quo para la interposición de la acción y plazo para ejercitarla: soluciones civiles.

7. Responsabilidad del poder judicial. Procedimiento para su exigencia en el supuesto de error judicial.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Las Sentencias recaídas en el período objeto de esta Crónica permiten destacar de entre ellas un aspecto del sistema especialmente oportuno: la definición del régimen de la responsabilidad de concesionarios y contratistas frente a terceros. A la luz de la jurisprudencia contenida en estas Sentencias cabe cerrar de modo conclusivo una parcela de la institución cuya trascendencia es ocioso enfatizar y que en los últimos tiempos ha sufrido unos vaivenes interpretativos mayores de los deseables y de los que, en puridad, permitía la propia dicción de la Ley, concretamente los artículos 121.2 y 123 de la Ley de Expropiación Forzosa.

No se comprende bien por qué la Ley 30/1992 de RJAP-PAC, norma que venía a rellenar lo dispuesto en el artículo 149.1.18ª de la CE —y tan prolija en algunos aspectos— marginó el tratamiento de esta manifestación de la responsabilidad, tan corriente como fuente de daños, cuando tendría que haber resuelto de una vez por todas, dentro del seno mismo de la institución, las cuatro cuestiones fundamentales que gravitan sobre el tema: procedimiento a seguir; supuestos de imputación; sistema de responsabilidad aplicable; jurisdicción competente. Resulta paradójico que durante la vigencia misma de la Ley 30/1992 haya reinado la mayor incertidumbre, por ejemplo, sobre la responsabilidad directa o no del contratista; o sobre la jurisdicción competente en el caso de responsabilidad de éste; o si el damnificado tendría que seguir o no forzosamente esa especie de procedimiento administrativo arbitral regulado en el art. 123 de la LEF. Una especie, pues, de ceremonia de la confusión sin verdadera causa que diera pábulo a ella, a la que contribuyó el desafortunado —más absurdo aún por ambiguo— artículo 98 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al introducir la expresión “civil” dando con ello pie a interpretar la existencia de una salida hacia la jurisdicción civil precisamente en un momento histórico en el que se concitaban todos los esfuerzos para culminar el tan accidentado camino hacia la unidad de fuero en esta materia a favor del contencioso.

La jurisprudencia aquí citada deja bien claro que una vez depurada la imputación del daño al contratista —conforme prevé el art. 123 de la LEF—, éste es el responsable directo, quedando sometido al régimen de la responsabilidad objetiva, siendo competentes los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En otro orden de cosas, también cabe destacar la inquietante brecha que al sistema de responsabilidad objetiva puede abrir la doctrina del “margen de tolerancia” exculpatorio de la responsabilidad administrativa en el caso de actos anulados (obviamente, por ilegales); y no ya en el ámbito de las decisiones discrecionales —donde pueden darse “incorrecciones razonables”— sino incluso en el ámbito de lo reglado, cuando la dificultad de desentrañar y dictar la decisión correcta también puede operar como elemento exculpatorio “razonable” a favor de la Administración, que al cabo desplaza al administrado el deber de soportar el daño. Doctrina esta peligrosa donde las haya.

2. IMPUTABILIDAD SUBJETIVA. RESPONSABILIDAD DE CONCESIONARIOS Y CONTRATISTAS

Como hemos señalado, el período temporal que abarca esta Crónica ha sido fértil en supuestos de responsabilidad por daños provocados por contratistas a terceros. En estos casos la indemnización corre a cargo del contratista, salvo que el daño sea consecuencia inmediata y directa de una orden de obligado cumplimiento dada por la Administración, y, en los contratos de obras y de suministro de fabricación, cuando sea consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por la Administración. Así lo dispone hoy el art. 97 del TRLCAP de 2000, acogiendo la solución prevista en el art. 134.3 del Reglamento General

de Contratos del Estado de 1975, que, a su vez, la había tomado de lo dispuesto en el art. 121.2 LEF respecto a la responsabilidad del concesionario.

Tanto el art. 123 LEF como el 134.3 RGCE establecían el mismo procedimiento. El particular debía dirigirse a la Administración reclamando indemnización. Ésta había de pronunciarse sobre el sujeto imputable y sobre la procedencia de la indemnización, en función del criterio antes reseñado y aplicando el régimen de responsabilidad objetiva en todo caso. Contra la resolución administrativa, el contratista o el particular, en función de lo decidido por la Administración, podían interponer recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, el art. 98 LCAP de 1995 introdujo una nueva redacción que suscitaba dudas acerca del procedimiento a seguir, al establecer que:

“Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños. El ejercicio de esta facultad interrumpe el plazo de prescripción de la acción civil”.

Nótese que, al emplear el adjetivo “civil” y ser la reclamación aparentemente potestativa (“podrán”), el particular parecía contar con dos opciones: o bien plantear la reclamación y, en el caso de que la Administración estimara que el daño era imputable al contratista, dirigirse contra este por la vía civil; o bien renunciar a la reclamación previa y dirigirse directamente contra el contratista por esta vía. Esta solución, que parecía derivarse del tenor literal del precepto, no dejaba de plantear una problemática nada desdeñable (desconocimiento por el perjudicado de la causa del daño, y, por ello, de la vía pertinente; supuestos de concurrencia de causas; posibilidad de dar origen a sentencias contradictorias, etc.)

Ante las dudas planteadas, y en un entendimiento amplio de las facultades de “aclarar y armonizar”, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, ha suprimido la calificación de “civil” de la acción (aunque no la forma verbal “podrán”), lo que, de alguna manera, parece pudiera interpretarse como una voluntad de reconducir la interpretación del precepto al sentido originario del RGCE ya derogado. No obstante, es de esperar que la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado y de los Consejos Consultivos autonómicos aclaren estas cuestiones.

Las sentencias que a continuación reseñamos resuelven, *ratione temporis*, con arreglo a lo dispuesto en el RGCE, y nos sirven de muestra para chequear el funcionamiento del sistema en su regulación tradicional.

– En materia de responsabilidad de concesionarios de autopistas, puede notarse la aplicación de estos principios en la **STS de 5 de junio de 2001**, Ar. 5779, en que se declara a la empresa concesionaria del servicio de mantenimiento responsable de los daños producidos por el impacto de un vehículo con un objeto depositado en la calzada. El TS, en este caso, se apoya en el art. 19 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de Autopistas de Peaje, que reproduce el principio establecido en los arts. 121.2 y 123 LEF.

—También un concesionario de autopistas es el sujeto imputable en la **STS de 30 de abril de 2001**, Ar. 6852, en que el accidente trae causa de una mala señalización. El TS descarta la aplicabilidad de una anterior línea jurisprudencial, que tuvo su eco en dictámenes del Consejo de Estado, según la cual, en caso de concurrir los requisitos de la responsabilidad, la Administración ha de indemnizar al particular, sin perjuicio de que pueda repetir contra el concesionario si el daño le es imputable, línea esta de indudable vocación garantista pero que choca contra la dicción legal, según la cual la Administración sólo responde cuando el daño deriva de una orden de obligado cumplimiento o de condiciones impuestas al concesionario o contratista.

— La **STS de 7 de abril de 2001**, Ar. 6794, enjuicia la responsabilidad derivada de vertidos ilegales en la finca de un particular por parte de un contratista de obras, y pone de manifiesto cómo la preocupación por proporcionar una tutela efectiva a los ciudadanos preside la interpretación judicial. Al no tratarse de daños derivados de cláusulas del contrato impuestas por la Administración, el daño ha de imputarse al contratista. Ahora bien, el particular se había limitado a denunciar la situación ante la Administración, que había reconocido los hechos en un escrito inicial dirigido al particular, pero los había negado en uno posterior. La Administración alega que la demandante nunca reclamó expresamente indemnización en vía administrativa. Sin embargo, el TS considera suficiente el escrito en que se pide que cese la situación, y considera que fue la Administración la que incumplió al no pronunciarse sobre la procedencia de la indemnización, su cuantía, y el sujeto imputable. De este incumplimiento deriva su responsabilidad, teniendo en cuenta que la empresa contratista no fue emplazada en primera instancia, sin perjuicio de que la Administración pueda repetir contra el contratista.

— Finalmente, en la **STS de 8 de mayo de 2001**, Ar. 7207, la actividad del contratista origina un daño en la vivienda del afectado. La Administración no da respuesta a la reclamación previa, y el particular demanda tanto a la Administración como al contratista. El TS constata que el daño deriva de una actuación de la empresa contratista que no es consecuencia de orden directa de la Administración o vicios en el proyecto, e imputa la responsabilidad al contratista, reafirmando que la vía pertinente es la contenciosa, y no la civil, como alegaba la empresa.

En esta última sentencia se plantea una cuestión adicional interesante. En materia de intereses por la mora procesal, la regla general es la contenida en el art. 576 LEC, según la cual el responsable ha de abonar el interés legal del dinero, incrementado en dos puntos, de la cantidad líquida adeudada desde la fecha de notificación de la sentencia hasta su completo pago. La regla especial, aplicable a la Administración, es la del art. 106 LJCA, conforme al cual la Administración ha de proceder tan sólo al abono del interés legal del dinero salvo que, transcurridos tres meses desde la comunicación de la sentencia al órgano que deba cumplirla, no se hubiese satisfecho la deuda, en cuyo caso el Juez o Tribunal puede incrementar en dos puntos el interés legal a devengar siempre que se aprecie falta de diligencia en el cumplimiento. La razón de ser de esta singularidad a favor de la Administración, como explicita la sentencia, radica en el sometimiento de ésta a deter-

minados trámites para aprobar modificaciones o ampliaciones presupuestarias que, ordinariamente, requiere un tiempo prudencial. Pues bien, a la luz de esta racionalidad, al concesionario ha de aplicársele la regla general de la LEC, dado que no está sometido a idénticos trámites presupuestarios.

3. OBJETIVIDAD DEL SISTEMA Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD

A) Responsabilidad por omisión de la vigilancia debida

Como hemos podido notar a lo largo de los diferentes números de estas Crónicas, un tema recurrente es el de la responsabilidad por omisión, que plantea la siempre ardua cuestión de la causalidad indirecta. Esto es, el daño tiene su causa inmediata en la conducta de la propia víctima o de un tercero, pero la Administración tenía un deber especial de vigilancia, como titular del servicio público en cuya esfera se produce el daño, que lleva a plantear si ha de responder por lo que en el régimen civil se conoce como *culpa in vigilando*. El tema es siempre espinoso, y requiere un análisis del supuesto concreto, ya que se hace necesario enjuiciar la actuación de la Administración desde un parámetro, expreso o no, de diligencia, con criterios de proporcionalidad y racionalidad, para no caer bajo la atracción de ninguno de los extremos: ni eximir de toda responsabilidad a la Administración, por manifiesta que sea su desidia, por entender que no es la causante directa; ni convertirla en una suerte de seguro universal frente a todo daño que se produzca dentro de la esfera del servicio, cualquiera que sea su naturaleza y la diligencia empleada. En suma, se trata de un género de supuestos en el que se manifiesta de forma paradigmática hasta qué punto el criterio culpabilístico, incluso en un régimen proclamado objetivo, resulta cuasi imposible de obviar. Veamos algunos ejemplos que nos permiten una vez más mostrar la proximidad entre la *ratio decidendi* del juez administrativo y del civil.

En primer lugar, he aquí la síntesis de tres sentencias dictadas por Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS. Todas ellas razonan bajo el prisma de la existencia o no de causalidad objetiva, pero determinan ésta en función de la diligencia empleada:

– La **STS de 27 de enero de 2001**, Ar. 5377, establece la responsabilidad Administrativa por la muerte por ahogamiento en el baño de una persona bajo tratamiento farmacológico afectada por psicosis delirante. La Administración responde porque, a la vista de estas circunstancias, no debió dejar a la víctima sin vigilancia.

– En la **STS de 24 de julio de 2001**, Ar. 5411, se enjuicia el caso de un enajenado que derriba al agente de la guardia civil que le custodia, y, tras apoderarse de su arma reglamentaria, hiere a éste y a un tercero. El TS considera que no hay responsabilidad administrativa porque se trató de una reacción intempestiva, inesperada, y, por ello, que no se incumplió con el deber de vigilancia.

– El supuesto de la **STS de 24 de julio de 2001**, Ar. 5410, es el de un escolar que sufre pérdida de visión en un ojo tras recibir la patada de un compañero jugando al fútbol. El

TS estima que no hay responsabilidad, porque se trata de un lance del juego que no pudo evitarse cualquiera que hubiera sido la vigilancia de los profesores.

Los supuestos pueden confrontarse con los siguientes pronunciamientos dictados por la Sala de lo Civil, al enjuiciar casos de presunta responsabilidad administrativa:

– La **STS de 8 de mayo de 2001**, Ar. 7379, tiene como presupuesto el suicidio de una persona afectada por esquizofrenia y con antecedentes de tentativas previas, que se arroja por una ventana del domicilio paterno, tras haberse fugado del centro psiquiátrico donde permanecía en régimen abierto. Hay responsabilidad porque, habida cuenta la patología, los antecedentes, y la reiteración de las fugas, se deduce que hubo una omisión culpable del deber de vigilancia.

– La **STS de 12 de junio de 2001**, Ar. 5680, exime de responsabilidad a RENFE por el atropello de un peatón que caminaba por las vías de noche y en estado de embriaguez. Se daba la circunstancia de que el sujeto había deambulado durante dos horas por la estación, con evidentes síntomas de embriaguez, sin que le fuese prestada ayuda ni hecho advertencia alguna, e, incluso, había manifestado en voz alta ante la taquilla que se disponía a ir a su destino a pie siguiendo la vía, cuando se le advirtió que no existía apeadero en el lugar a donde se dirigía. El TS exime a la Administración, al entender que esa última circunstancia no ha quedado acreditada, que el conductor hizo todo lo posible para evitar la colisión, que existían dos vigilantes en los andenes (que, no obstante, no hicieron nada para evitar el fatal desenlace) y que se habían colocado carteles prohibiendo el acceso a las vías, cuya peligrosidad es conocida por toda persona normal, siendo por lo demás imposible vallar todos los andenes.

– Finalmente, la **STS de 16 de mayo de 2001**, Ar. 6210, también en un supuesto con RENFE como demandada, otorga en este caso indemnización por el daño sufrido como consecuencia de una caída sufrida por una persona que intentaba acceder al vagón cuando el tren comenzó su marcha. El TS asume una inversión de la carga de la prueba de la negligencia, con base en el principio de responsabilidad por riesgo. De la secuencia de los hechos, deduce que las puertas estarían abiertas cuando se intentó el acceso, y que no medió la obligada comprobación de su cierre antes de iniciar la marcha, pues pensar que la víctima intentara acceder con las puertas cerradas “escapa de la lógica”.

B) Daños hospitalarios: empleo de criterios de culpabilidad por el juez administrativo

La **STS de 14 de julio de 2001**, Ar. 6693, constituye otro botón de muestra de cómo, en el ámbito de los daños hospitalarios, también el juez administrativo sigue el criterio de la culpa, objetivada de acuerdo con el criterio del cumplimiento o no de la *lex artis*. Un paciente que presenta síntomas de hipertensión por mal funcionamiento valvular, achaca las secuelas a que los facultativos que le atendieron no atajaron a tiempo la insuficiencia. El TS estima que el tratamiento fue correcto teniendo en cuenta que los síntomas

específicos de la hipertensión se manifestaron en el último momento, por una evolución un tanto anormal de la patología, por lo que se excluye la causalidad, “no observándose, tampoco, negligencia, retrasos en la asistencia o quebranto de las reglas inherentes a la *lex artis* (...)”.

C) Falta de la información debida en el caso de actuaciones médicas: diferencias entre intervenciones quirúrgicas y no quirúrgicas y necesario nexo de causalidad: soluciones civiles

Conforme al art. 10.5 de la Ley General de Sanidad de 1986, el paciente tiene derecho “a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”. Cuáles sean el alcance y la extensión de este derecho, en conexión con la obligación de indemnizar en casos de incumplimiento, son cuestiones de las que se ocupan dos sentencias dictadas en este período por la Sala de lo Civil y que alcanzan soluciones contrapuestas habida cuenta de los dispares presupuestos fácticos de los que parten.

– La **STS de 27 de abril de 2001**, Sala de lo Civil, Ar. 6891, condena a la Administración a indemnizar por no informar debidamente del riesgo de embarazo, mínimo pero existente, tras una operación de ligadura de trompas. El TS expone una doctrina general sobre el estándar de información exigible.

“Se trata de derecho a información relevante personalizada, pues la misma debe de integrarse (...) con una comunicación completa y continuada, que incluya tanto diagnóstico como pronóstico y alternativas de tratamiento, por lo que, en términos de exigencia que debe presidir todas las cuestiones relativas a la salud humana, la información habrá de ser exhaustiva, es decir, que, en la comprensión del destinatario, se integre con los conocimientos suficientes a su alcance para entenderla debidamente, y también ha de tratarse de información suficiente a fin de poder contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen.

A dichos requisitos ha de añadirse que la información, en todo caso, debe ser correcta, veraz y leal, pues, en definitiva, de este modo se conformará consentimiento debidamente informado, el que operará en el ámbito de la libertad que es patrimonio indiscutible de cada persona, a través del principio de autonomía de su voluntad.”

En el caso de autos, estima que no se hizo advertencia precisa y detallada, ya que únicamente consta que la paciente firmó un documento impreso carente de todo rigor informativo, al tratarse de un modelo general para toda clase de operaciones, sin especificación concreta de los riesgos y de las alternativas de la intervención que se iba a practicar y la posibilidad de poder quedar embarazada. La propia dirección del hospital había reconocido que no había existido información puntual de la posibilidad de nuevos embarazos.

En este género de asuntos, la prueba de la práctica de una información adecuada corresponde a la Administración dado que se encuentra en situación favorable para aportarla,

principio este loable, que modula la regla general según la cual la prueba de la negligencia corresponde al demandante, a la par que contribuye una vez más a mostrar la simetría en las soluciones civiles y administrativas, con independencia del régimen de responsabilidad aplicado. En consecuencia, se declara la responsabilidad por la frustración del derecho a la información debida y, consiguientemente, de la autonomía personal. En efecto, nótese que el daño consiste no en el propio hijo en sí (repugna pensar que el nacimiento de un hijo pueda tener esta consideración) sino en la pérdida del poder de autodeterminación personal, ejercido por una persona que se somete a una operación de esterilización sin ser informada, como es deber de la Administración, de la persistencia de un riesgo mínimo, pero real, de futuros embarazos, que hubiera podido llevar a la paciente a no someterse a la misma, o a continuar adoptando medidas anticonceptivas, por ejemplo.

Sobre el alcance de la obligación de consentimiento informado son de sumo interés las SSTs de 4 de abril y 3 de octubre de 2000 que comentamos en el núm. 10 de esta Revista. Vid. asimismo nuestro trabajo “Esterilización frustrada ¿Responsabilidad administrativa?” en *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 40, 2000.

– Conviene distinguir estas circunstancias (intervención quirúrgica voluntaria en que la información es determinante de la decisión que pueda adoptar el paciente) de las presentes en la **STS de 27 de septiembre de 2001**, Sala de lo Civil, Ar. 7130, porque esta asimetría lleva a unos resultados opuestos. Una persona que sufre rotura del tendón de Aquiles cuando practicaba deporte reclama indemnización por defectuoso diagnóstico y tratamiento, y alega, además, ausencia de información escrita sobre el alcance de la lesión y el tratamiento. Tras descartar la inadecuación del tratamiento, el TS parte de que la alegación acerca de la falta de consentimiento informado “parece obedecer exclusivamente a la búsqueda de algún motivo que permita justificar la reclamación y el recurso”, y recuerda que:

“la falta de información no es *per se* una causa de resarcimiento pecuniario (no da lugar a una indemnización si no hay un daño derivado, evitable de haberse producido) y en el caso no es de ver en qué pudo influir una hipotética falta de información por escrito en el resultado lesivo, además de que no se da la exigencia informativa en el ámbito para el que se invoca”.

D) Inundación de instalaciones privadas

¿Quién tiene que soportar el daño cuando se inundan unas instalaciones privadas como consecuencia de un desembalse? ¿El particular, por haberlas ubicado en terreno inundable (y por tanto, de acuerdo con la Ley de Aguas, de dominio público), o la Administración, por haber permitido dicha instalación y haber dado origen luego a su inundación?

Ésta es la cuestión a la que se enfrenta la **STS de 21 de mayo de 2001**, Ar. 6620. En ella el TS descarta la indemnización por considerar que el afectado no acreditó que los terre-

nos destinados a vivero que fueron anegados por las aguas provenientes de la apertura de compuertas de un embalse se encontrasen fuera del cauce del río, y, por ende, fuera del dominio público hidráulico, de modo que existe deber de soportar el daño. El recurrente, en casación para la unificación de doctrina, citaba como sentencias de contraste las SSTs de 11 de septiembre de 1995, Ar. 6423 y de 6 de febrero de 1996, Ar. 2038, en las que se declaró la responsabilidad administrativa en supuestos similares, pero el TS considera que en esos supuestos no se planteó la cuestión de a quién compete acreditar que los terrenos no pertenecen al dominio público, por lo que no hay una identidad suficiente.

La Sentencia cuenta con un voto particular, que sí considera que hay una identidad en los presupuestos de las tres sentencias, y, en consecuencia, una contradicción en la solución ahora alcanzada. La discrepancia se sitúa en determinar a quién corresponde en estos casos la carga de la prueba acerca de la ubicación o no de los terrenos inundados en terrenos de dominio público, que debe ser la Administración para las anteriores sentencias y el Magistrado que suscribe el voto particular. En el caso en cuestión, además, los terrenos habían sido arrendados al dañado por un Ayuntamiento y la crecida registrada superaba la máxima crecida ordinaria del río. Para el Magistrado que suscribe el voto particular, habida cuenta estas circunstancias, correspondería a la Administración acreditar que, contra las apariencias, el vivero se situaba en dominio público, puesto que a ella le correspondía vigilar, practicando el oportuno deslinde. La solución acogida en la sentencia, por el contrario, “equivale a establecer una presunción favorable a la naturaleza demanial de cualquier suelo inundado por el desbordamiento de un río, lo que no se corresponde con la lógica, pues el criterio legal circunscribe aquél al anegado por las crecidas ordinarias”.

4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO Y DEBER DE SOPORTARLO

A) Responsabilidad derivada de actos anulados

La STS de 12 de julio de 2001, Ar. 6692, vuelve sobre el tema de la indemnización derivada de actos anulados, al que hemos dedicado ya algunas páginas a lo largo de estas crónicas, entre ellas, en sus núms. 4 y 7. Como es sabido, el principio general está recogido en el art. 142.4 LRJAP-PAC (antes, en el art. 40 LRJAE), según el cual la anulación no presupone el derecho a indemnización. La jurisprudencia insiste en que esta regla no implica que el régimen deje de ser objetivo, y rechaza expresamente cualquier concepción subjetivista y la tesis del “margen de tolerancia” (sobre este concepto, vid. asimismo el núm. 13 de esta Revista, pág. 149).

En definitiva, cuando el daño deriva de un acto anulado la Administración habrá de indemnizar siempre que existan perjuicios individualizados y evaluables económicamente que el ciudadano no venga obligado a soportar. Ahora bien, y en contraposición con la pureza y contundencia de este dictado teórico, el TS viene haciendo una matización de una notable ambigüedad. La formulación, a pesar de su longitud, merece la reproducción literal. Señala que la concurrencia de estos requisitos “(...) ha de ser exa-

minada con mayor rigor en los supuestos de anulación de actos o resoluciones que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos”:

“(…) en consecuencia el matiz diferencial, de existir (sic), hemos de encontrarlo a la hora de efectuar el análisis valorativo de la concurrencia del tercero de los requisitos, antijuridicidad de la lesión, o lo que es lo mismo, la ausencia de deber jurídico del ciudadano de soportar el daño producido, lo que nos permite, al abandonar el debate sobre la conducta de la Administración y trasladarlo al resultado, la antijuridicidad de la lesión, atendiendo a las peculiaridades del caso concreto y sin introducir, por tanto, el requisito de culpa o negligencia en la actuación jurídica de la Administración.

El deber jurídico de soportar el daño en principio parece (sic) que únicamente podría derivarse de la concurrencia de un título que determine o imponga jurídicamente el perjuicio contemplado, tal sería la existencia de un contrato previo, el cumplimiento de una obligación legal o reglamentaria siempre que de ésta se derivasen cargas generales, o la ejecución administrativa o judicial de una resolución firme de tal naturaleza; esto que desde la perspectiva del funcionamiento de los servicios públicos aparece relativamente claro en su interpretación, se complica a la hora de trasladarlo a los supuestos de anulación de resoluciones administrativas.

En los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales por la Administración, el legislador ha querido que ésta actúe libremente dentro de unos márgenes de apreciación con la sola exigencia de que se respeten los aspectos reglados que puedan existir, de tal manera que el actuar de la Administración no se convierta en arbitrariedad al estar ésta rechazada por el artículo 9.3 de la Constitución. En estos supuestos parece que no existiría duda de que siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no sólo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio siempre que éste se llevase a cabo en los términos antedichos; estaríamos pues ante un supuesto en el que existiría una obligación de soportar el posible resultado lesivo.

El tema, sin embargo, no se agota en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales dentro de los parámetros que exige el artículo 9.3 de la Constitución, sino que ha de extenderse a aquellos supuestos, asimilables a éstos, en que en la aplicación por la Administración de la norma jurídica en caso concreto no haya de atender sólo a datos objetivos determinantes de la preexistencia o no del derecho en la esfera del administrado, sino que la norma, antes de ser aplicada, ha de integrarse mediante la apreciación, necesariamente subjetivada, por parte de la Administración llamada a aplicarla, de conceptos indeterminados determinantes del sentido de la resolución. En tales supuestos es necesario reconocer un determinado margen de apreciación a la Administración que, en tanto en cuanto se ejercite dentro de márgenes razonados y razonables conforme a los criterios orientadores de la jurisprudencia y con absoluto respeto a los aspectos reglados que pudieran concurrir, haría desaparecer el carácter antijurídico de la lesión y por tanto falta-

IX. Responsabilidad Administrativa

ría uno de los requisitos exigidos con carácter general para que pueda operar el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Ello es así porque el derecho de los particulares a que la Administración resuelva sobre sus pretensiones, en los supuestos en que para ello haya de valorar conceptos indeterminados, o la norma legal o reglamentaria remita a criterios valorativos para cuya determinación exista un cierto margen de apreciación, aun cuando tal apreciación haya de efectuarse dentro de los márgenes que han quedado expuestos, conlleva el deber del administrado de soportar las consecuencias de esa valoración siempre que se efectúe en la forma anteriormente descrita. Lo contrario podría incluso generar graves perjuicios al interés general al demorar el actuar de la Administración ante la permanente duda sobre la legalidad de sus resoluciones.

Lo hasta aquí razonado permite que en la valoración del caso concreto, función que necesariamente han de efectuar los Tribunales para poder dar una respuesta acorde a los intereses de la justicia en consonancia con las peculiaridades que concurren en cada supuesto sometido a su decisión, puedan operar, para la determinación de la concurrencia del requisito de antijuridicidad de la lesión que se examina, datos de especial relevancia cual sería la alteración o no de la situación jurídica en que el perjudicado estuviera antes de producirse la resolución anulada o su ejecución, ya que no puede afirmarse que se produzca tal alteración cuando la preexistencia del derecho no puede sostenerse al estar condicionado a la valoración, con un margen de apreciación subjetivo, por la Administración de un concepto en sí mismo indeterminado.”

Como puede comprobarse, el TS intenta compatibilizar lo que, en principio, parece imposible de casar. De una parte, como principio general, un régimen objetivo que rechaza la teoría del margen de tolerancia. De otra, como “matiz diferencial”, la posibilidad de excluir la indemnización de daños cuando éstos derivan de decisiones “razonables” (pero ilegales, adviértase) adoptadas en el ejercicio de facultades discrecionales o en la concreción de conceptos indeterminados que implican márgenes considerables de apreciación. A nadie se le oculta que esta segunda perspectiva coincide, en realidad, con la adoptada por los sistemas de responsabilidad administrativa basados en la culpa, entre ellos, y como principio rector, por el Derecho comunitario.

En el caso de autos, el TS concluye que la norma vulnerada era clara y su interpretación incontrovertida, por lo que la Administración responde del daño causado. En esta línea, resulta destacable cómo en la jurisprudencia del TS unos principios tan polémicos en el plano teórico vienen desprovistos casi indefectiblemente de consecuencias prácticas, no obstante lo cual, la propia especulación argumentativa pone de relieve por sí misma la tendencialidad del sistema hacia un régimen “subjetivista” que no cabe soslayar.

B) Obligación de soportar el daño consistente en el contagio de enfermedades en un momento en que aún eran desconocidas

Las SSTs de 11 de mayo de 2001, Ar. 7418 (recurso de casación para la unificación de doctrina); y de 21 de junio de 2001, Ar. 7425, apuntalan la ya sólida doctrina jurisprudencial (ver su seguimiento en números anteriores en esta misma Revista) que, en sintonía con lo hoy dispuesto por el art. 141.1 LRJAP-PAC, considera los supuestos de contagio

de enfermedades por vía transfusional como daños que, por no ser antijurídicos, el afectado está obligado a soportar (sin perjuicio de que puedan preverse medidas asistenciales), cuando tienen lugar en el período en que aún eran desconocidas y, por ende, el contagio era imposible de prever y de evitar.

C) Obras públicas. Circunstancias en las que la Administración ha de indemnizar la mengua de beneficios en negocios afectados

Cuando la Administración ejecuta una obra pública, determinados empresarios pueden sufrir un daño en forma de mengua de beneficios, bien porque vean reducida su clientela durante el período de ejecución de las obras, o bien porque la misma suponga una alteración menos favorable a sus intereses económicos del trazado de la vía pública.

La regla jurisprudencial consiste en la no indemnizabilidad de la pérdida de rentabilidades derivadas de una obra pública, salvo cuando se demuestra un perjuicio singular y efectivo más allá de la mera frustración de expectativas, como ocurre en los casos en que se priva de acceso a los inmuebles como consecuencia de dichas obras, o se obstaculiza de modo inadecuado, o cuando el afectado es titular de una autorización o concesión, y no se han adoptado medidas compensatorias. En los demás casos, el daño no se considera, pues, antijurídico, ya que no existe un derecho al mantenimiento de un determinado trazado.

La aplicación de esta doctrina lleva, en la **STS de 14 de junio de 2001**, Ar. 7421, a descartar la indemnizabilidad por pérdida de clientela de un negocio de restauración de carretera, habida cuenta que llevaba un número razonable de años en funcionamiento, de modo que, razona la sentencia, el particular que pudo enriquecerse gracias al esfuerzo económico que supone para las arcas públicas la construcción de una carretera ha de soportar los daños derivados de su modificación, cuando ésta no obedece a circunstancias injustificadas. Ello no supone vulneración de la libertad de empresa, ya que este derecho constitucional no se opone al legítimo ejercicio de las potestades administrativas que modifican la realidad física y jurídica, si no hay vulneración de la confianza legítima ni ausencia injustificada de medidas compensatorias. Por el contrario, en la **STS de 1 de marzo de 2001**, Ar. 5386, las obras en una calle que impiden la salida y entrada de vehículos en el local de exposición de un concesionario de automóviles, y, con ello, la continuación de la explotación del local para dicho uso comercial durante el período de su ejecución, sí dan lugar a indemnización por la bajada de ventas.

5. DAÑO. ANULACIÓN DE SANCIÓN DISCIPLINARIA QUE RESARCE POR SÍ MISMA EL DAÑO MORAL

La **STS de 22 de mayo de 2001**, Ar. 6689, tiene como antecedentes la anulación de una sanción disciplinaria, con abono de todos los atrasos e incluso del complemento de productividad. Se desestima la demanda de daños morales aplicando el principio (acogido

IX. Responsabilidad Administrativa

por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al que invoca la sentencia), según el cual “la mera reintegración al puesto de trabajo hay que entender que resarce suficientemente al funcionario removido de cualquier daño moral emergente del acto que la sentencia anula”.

6. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO. *DIES A QUO* PARA LA INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN Y PLAZO PARA EJERCITARLA: SOLUCIONES CIVILES

En el período considerado, la Sala de lo Civil ha seguido conociendo de recursos contra sentencias de esta jurisdicción que enjuician supuestos de responsabilidad administrativa dictadas antes de la entrada en vigor de la LJCA de 1998 y de la reforma de la LOPJ.

– La **STS de 17 de julio de 2001**, Sala de lo Civil, Ar. 6859, estima que cuando la acción de responsabilidad precede a la incoación de diligencias previas penales, el *dies a quo* se sitúa, no en la fecha del auto de archivo de aquéllas, sino en la fecha en que gana firmeza con el “visto” del Ministerio Fiscal. La precisión en el caso de autos es relevante, porque determina la no prescripción de la acción. No obstante, se apunta también, aparentemente como argumento de refuerzo, que el auto de archivo ha de notificarse al perjudicado, incluso si no se hubiera personado en el proceso penal, a los efectos, entre otros, de que pueda ejercitar la reclamación de daños, y será la fecha de la notificación (que no se acredita en el caso en cuestión) la que determine finalmente el *dies a quo*.

– El presupuesto de la **STS de 11 de junio de 2001**, Sala de lo Civil, Ar. 5674, es la deficiente atención en un parto que obliga a someter al neonato a una operación de cirugía plástica, propuesta por el especialista de la sanidad pública. Los padres deciden acudir a una clínica privada, para no aguardar la lista de espera. El infante es objeto de dos intervenciones que no logran los resultados deseados. El TS considera que el plazo a tener en cuenta no es el de los quince años del art. 1964 CC., como han establecido algunas sentencias anteriores, sino el de un año del art. 1968.2, pues no puede sostenerse la naturaleza contractual del vínculo entre la Seguridad Social y el asegurado teniendo en cuenta la configuración constitucional de la Seguridad Social, que la convierte en una función del Estado y a su régimen en un régimen legal y público. El *dies a quo* no se sitúa en la fecha de la segunda operación, sino el de la propuesta de cirugía correctora formulada por el facultativo de la Sanidad pública. No puede tomarse tampoco en consideración que se tratara de una intervención para corregir una cirugía que crecía conforme al desarrollo del niño, pues supondría dejar a la libre voluntad de los demandantes el comienzo del plazo de prescripción. Es decir, no se considera a estos efectos como un supuesto de daño continuado, ni de falta de determinación de las secuelas definitivas.

7. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. PROCEDIMIENTO PARA SU EXIGENCIA EN EL SUPUESTO DE ERROR JUDICIAL

Como es sabido, y conforme a lo dispuesto en el art. 293.1 LOPJ, la reclamación por causa de error deberá ir precedida de una resolución judicial que expresamente lo reco-

nozca. A ese reconocimiento del error se puede llegar bien mediante una sentencia dictada en virtud de recurso extraordinario de revisión, bien, cuando no se haya seguido esta vía, por una decisión que lo declare, a la que se llegará por el procedimiento propio del recurso extraordinario de revisión. Hay, pues, que atender a la sutil diferencia: el error se constata o bien por sentencia dictada en recurso de revisión, o bien por sentencia dictada en un proceso cuyo único objeto es precisamente el reconocimiento del error como requisito previo a la solicitud de indemnización.

En este segundo caso, se aplican las reglas específicas establecidas en los arts. 292 a 297 LOPJ (así, destacadamente, no es aplicable la limitación de causas de la revisión, sino que se exige, como sabemos, un error notorio, patente, indubitado e incontestable, como expresa reiterada doctrina, recogida, entre otras, en la **STS de 3 de julio de 2001**, Ar. 6997). En lo no contemplado en dichos artículos, se sigue el mismo procedimiento previsto para el recurso extraordinario de revisión, no sólo en la fase de sustanciación del procedimiento, sino en su totalidad, incluida, como en el caso del **ATS de 9 de enero de 2001**, Ar. 5912, la obligación de constituir un depósito.

El plazo para instar la declaración del error, conforme a lo dispuesto en el art. 293.1 LOPJ, es de tres meses desde la fecha en que la sentencia contra la que ya no quepa recurso y a la que se imputa el error deviene firme. No obsta a esta consideración que una sentencia posterior sobre un asunto similar la contradiga, es decir, ello no supone la reapertura del plazo, como afirma la **STS de 18 de junio de 2001**, Ar. 6306, y es que, como pone de relieve la **STS de 3 de julio de 2001**, Ar. 6997, no hay que confundir el error judicial con la mera existencia de jurisprudencia contradictoria, que tiene su vía de corrección a través del recurso de casación para la unificación de doctrina.

EMILIO GUICHOT REINA
JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE
FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Acceso. A) Requisitos establecidos en Relación de Puestos de Trabajo. No cabe la exclusión injustificada de titulaciones. B) La valoración de pruebas debe respetar los criterios establecidos en las bases de las convocatorias e indicados a los concursantes. Personal laboral. C) Concurso de méritos. Valoración desproporcionada de la experiencia en la Administración convocante. **3. Carrera administrativa. Provisión de puestos de trabajo.** A) Adscripción provisional a puesto de nivel inferior tras cese en puesto ocupado por libre designación. Normativa autonómica. B) Concurso. Debe ser tenida en cuenta la experiencia profesional adquirida en una anterior relación de carácter laboral. **4. Régimen disciplinario.** A) Falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento del servicio. B) Las sanciones disciplinarias impuestas por hechos condenados en la vía penal protegen bienes distintos de los tutelados por los delitos que tienen en cuenta la condición de funcionario del sujeto y, por tanto, no vulneran el principio *non bis in idem*. **5. Derechos colectivos.** A) Derecho de asociación: No existe una expresa prohibición constitucional sobre las modalidades del derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas ni sobre los límites de este derecho. B) Derecho de negociación colectiva: a) La presencia en el marco estatutario de una amplia reserva de Ley lleva a distinguir distintos tipos de negociación: negociación prelegislativa con procedimiento de participación en forma de consulta obligada y negociación colectiva con eficacia directa. b) Tanto la negociación como la consulta son requisitos esenciales para la correcta elaboración de la decisión administrativa y su omisión comporta la nulidad de pleno derecho sin posibilidad de subsanación *a posteriori*. **6. Derechos económicos.** A) Derecho del personal funcionario transferido a la Comunidad Foral de Navarra al complemento de destino. B) Retribuciones y guardias médicas. a) El personal liberado por acción sindical tiene derecho al cobro de retribuciones en concepto de guardias. b) Retribuciones en periodo de vacaciones y naturaleza de las guardias médicas. **7. Derechos laborales.** A) Derecho de los médicos generales y especialistas de cupo a solicitar la reducción del

número de pacientes asignados cuando éste supera el cupo máximo. B) Derecho al descanso y guardias médicas. **8. Situaciones administrativas.** A) El personal autonómico que realice funciones de guardería forestal no puede extender la situación de servicio activo hasta los 70 años al quedar incluido dentro del ámbito de exclusión marcado por la Disposición Adicional 24 de la Ley 30/1984. B) No es posible suspender la ejecución de un anterior acuerdo sobre concesión de excedencia voluntaria por interés particular cuando el funcionario se encuentra ya disfrutando de dicha situación administrativa. **9. Extinción de la relación funcionarial: Cese discrecional en los puestos de libre designación y derechos fundamentales.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica incluye una variada selección de sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Las sentencias comentadas contienen importantes pronunciamientos sobre distintos aspectos del régimen funcionarial. Entre otros, cabe destacar los relativos al acceso, al régimen disciplinario y a los derechos colectivos, laborales y económicos.

2. ACCESO

A) Requisitos establecidos en Relación de Puestos de Trabajo. No cabe la exclusión injustificada de titulaciones

La STSJ de Aragón de 24 de enero de 2001, Ar. 713, enjuicia el recurso interpuesto contra la Orden por la que se convocó la provisión por el sistema de libre designación del puesto de Jefe de servicio de Espacios Naturales Protegidos, Caza y Pesca, reservado a Ingenieros de Montes, tal como estaba previsto en la Relación de Puestos de Trabajo.

La STSJ de Aragón estima parcialmente el recurso, anulando la resolución recurrida por entender que no existe justificación de la opción por la titulación de Ingeniero de Montes con exclusión de otras, ya que de la descripción de las funciones del puesto en cuestión no puede deducirse falta de idoneidad para el desempeño por otros titulados (en Biología, como es el caso de la recurrente). En este caso, la Administración convocante había tenido en cuenta sólo una parte del cometido funcional del puesto para determinar su adscripción exclusiva a los Ingenieros de Montes.

B) La valoración de pruebas debe respetar los criterios establecidos en las bases de las convocatorias e indicados a los concursantes. Personal laboral

La STSJ de Castilla-La Mancha de 19 de febrero de 2001, Ar. 441, enjuicia el supuesto de unas pruebas selectivas de personal laboral, cuya fase de oposición consta de un ejer-

cicio teórico y otro práctico, ambos eliminatorios. El ejercicio teórico constaba de 60 preguntas, con cuatro respuestas posibles cada una de ellas. Según las bases de dicha convocatoria, la prueba teórica se calificaría de 0 a 7 puntos, siendo necesario obtener una calificación mínima de 3,5 puntos para superarla y penalizándose con la resta de un acierto la comisión de tres errores. Asimismo, junto con el cuestionario, a los opositores se les entregaron ciertas instrucciones, en las que se advertía que todas las preguntas del cuestionario tenían idéntico valor. Sin embargo, una vez realizado el ejercicio teórico, la Comisión de Selección decidió situar el umbral de la consideración de apto para acceder a la prueba siguiente en 34 respuestas correctas tras descontar el porcentaje correspondiente por fallos. De este modo, la Comisión consideró que pasarían al ejercicio siguiente un número suficiente de aspirantes (486).

Conforme a lo indicado en las bases de la convocatoria, los recurrentes entienden que el número mínimo de aciertos para obtener 3,5 puntos y pasar al ejercicio siguiente sería 30 y no 34.

La STSJ de Castilla-La Mancha estima el recurso por apreciar que la decisión de establecer el aprobado en 34 puntos sitúa el aprobado en 3,96 puntos, mientras que, según las bases de la convocatoria y las instrucciones dadas a los opositores, bastaba obtener 3,5 puntos para pasar al ejercicio siguiente.

C) Concurso de méritos. Valoración desproporcionada de la experiencia en la Administración convocante

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 8 de febrero de 2001, Ar. 429, declara nulas las Ordenes por las que se convocaron procesos selectivos para la consolidación del empleo temporal en distintos Cuerpos, mediante concurso de méritos. Conforme a lo establecido en las convocatorias, la experiencia profesional representa el 45% de los méritos, si bien no podrá exceder de 45 puntos ni se podrán valorar más de 10 años de experiencia. En este sentido, se obtendrán 0,4 puntos por cada mes de experiencia en puestos de trabajo adscritos a personal funcionario contemplados en la Relación de Puestos de Trabajo de la Administración General de la Junta de Andalucía, del mismo contenido que los desempeñados por los funcionarios de carrera de los Cuerpos y especialidades a que se opta y siempre que hayan sido adquiridos en el mismo grupo al que se aspira. La puntuación correspondiente sería de 0,2 puntos cuando la experiencia se hubiese adquirido en puestos adscritos a personal funcionario de cualquier Administración Pública, reduciéndose a 0,1 puntos la experiencia distinta de la contemplada en los supuestos anteriores. De este modo, sólo los funcionarios interinos de la Junta de Andalucía podrían obtener la máxima puntuación (48 puntos en 10 años), mientras que en los restantes casos la puntuación no excedería de 24 o de 12 puntos.

Si además se tiene en cuenta la escasa importancia otorgada a las titulaciones académicas y a la superación de ejercicios de pruebas selectivas, claramente se desprende que las Ordenes impugnadas convocaron unas pruebas restringidas con apariencia de concurso de libre acceso a la función, que hacían prácticamente imposible el acceso a la función pública de personas ajenas a la Administración de la Junta de Andalucía. Se trataba, por

tanto, de un intento de solucionar el problema de la amplia bolsa de personal interino en la Junta de Andalucía, al margen de toda prueba objetiva que permita contrastar los principios de mérito y capacidad.

3. CARRERA ADMINISTRATIVA. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

A) Adscripción provisional a puesto de nivel inferior tras cese en puesto ocupado por libre designación. Normativa autonómica

La STSJ de Murcia de 28 de marzo de 2001, Ar. 653, resuelve el recurso interpuesto contra la resolución que confirmó la adscripción provisional del actor a un puesto de nivel 24, tras ser suprimido el puesto que ocupaba (nivel 30), con motivo de la aprobación de una nueva Relación de Puestos de Trabajo.

En ejercicio de su potestad autoorganizativa, la Administración autonómica decidió —mediante la Relación de Puestos de Trabajo mencionada— suprimir el puesto de Director de Estudios de la Consejería de Política Territorial y Obras (nivel 30) ocupado por el actor, adjudicándole provisionalmente un puesto de la nueva Relación de Puestos de Trabajo, de Técnico de Gestión (nivel 24), por entender que no existía otro puesto de funciones y retribuciones similares y no tener el nuevo puesto un nivel superior en más de dos grados al del puesto anterior.

Pues bien, además de reiterar el reconocimiento de naturaleza normativa de las Relaciones de Puestos de Trabajo, la STSJ de Murcia señala que la actuación de la Administración ha sido ajustada a Derecho, ya que podía adscribir al actor a cualquiera de los puestos vacantes en la localidad, siempre que reuniese los requisitos establecidos por las Relaciones de Puestos de Trabajo. Por otro lado, el actor fue adscrito a un puesto que se encuentra dentro del arco de niveles establecido para el grupo A al que pertenecía y siguió percibiendo el sueldo base, los trienios y el complemento de destino del nivel 30 que tenía consolidado. Por último, teniendo en cuenta que no es de aplicación al caso el art. 58.2 del RD 364/1995, por estar esta materia específicamente regulada por la normativa autonómica (Ley 3/1986, de 19 de marzo, de la Función Pública de la Región de Murcia), la Sentencia desestima el recurso.

B) Concurso. Debe ser tenida en cuenta la experiencia profesional adquirida en una anterior relación de carácter laboral

En el caso enjuiciado por la SJ (Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo) núm. 5 de Madrid de 6 de noviembre de 2000, Ar. 418, la Comisión de Valoración no tuvo en cuenta los méritos alegados por el actor, que acreditó haberlos obtenido en una anterior relación laboral. Dado que dichos méritos específicos eran contemplados por las bases de la convocatoria como adecuados a las características del puesto de trabajo y determinantes de la idoneidad necesaria para el desempeño del mismo, el hecho de que los méritos en cuestión deriven de una relación laboral no autoriza a la Comisión de

Valoración a apartarse de las bases del concurso. Por las razones expuestas, el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo anula la resolución por la que se declaró desierta una plaza a la que había optado el actor.

4. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

A) Falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento del servicio

La apreciación de la “falta grave de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituye falta grave” [art. 84.j) de la Ley 6/1989, de 6 de julio, de la Función Pública Vasca], exige la concurrencia de los dos requisitos que menciona. La falta de rendimiento no puede extraerse de un descuido puntual de los deberes del funcionario. Asimismo, la resolución sancionadora debe acreditar, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, en qué medida la conducta del inculpado afecta al normal funcionamiento del servicio.

Enjuiciando el caso de un funcionario sorprendido encuadrando las tapas de un texto privado y, por tanto, realizando labores ajenas al servicio municipal de imprenta, la **STSJ del País Vasco de 2 de marzo de 2001**, Ar. 573, por un lado, estima que se ha producido un uso indebido de la maquinaria y del material municipal, con evidente disminución del rendimiento del funcionario por la menor dedicación a los asuntos propios de su puesto. Pero, por otro lado, señala que la resolución sancionadora no ha acreditado la concreta perturbación que la conducta del funcionario ha ocasionado al servicio. A falta de concreción sobre el volumen de trabajo en la imprenta o sobre la urgencia de las tareas que le habían sido encomendadas al funcionario, circunstancias que habrían sido útiles para valorar la eventual perturbación del servicio, la STSJ del País Vasco concluye anulando la resolución que sancionó la “falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios (...)”.

B) Las sanciones disciplinarias impuestas por hechos condenados en la vía penal protegen bienes distintos de los tutelados por los delitos que tienen en cuenta la condición de funcionario del sujeto y, por tanto, no vulneran el principio *non bis in idem*

La STS de 17 de julio de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6685, declara ajustada a Derecho la sanción impuesta al demandante sobre la base de los mismos hechos que le valieron la condena como autor de un delito continuado de falsedad en documento oficial llevada a cabo por funcionario (art. 302 CP) y de un delito continuado de estafa (arts. 528 y 529 CP). Señala el Tribunal que no existe vulneración del principio *non bis in idem* porque la sanción penal y la sanción disciplinaria protegen bienes jurídicos distintos. El hecho de que los delitos castigados hayan tenido en cuenta la condición de funcionario del sujeto activo, no significa que los bienes protegidos por éstos coincidan con los propios de la sanción disciplinaria. Lo que ocurre es que la condición de funcionario del sujeto activo del delito añade un especial desvalor a la conducta que, por ello, merece un reproche mayor. Si, según señala la STS de 17 de julio de 2001, el delito de falsedad protege los valores de fe pública o confianza y el delito de falsedad el mismo bien jurídico

de confianza y el de propiedad, no hay obstáculo para aplicar una sanción disciplinaria cuyo fundamento:

“(…) es procurar la irreprochabilidad penal de los funcionarios sometidos al mencionado Estatuto (Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social), en cuanto interés legítimo y propio de la Administración Pública y para que ésta satisfaga adecuadamente los intereses generales a cuyo servicio viene constitucionalmente obligada (…)”.

5. DERECHOS COLECTIVOS

A) Derecho de asociación: no existe una expresa prohibición constitucional sobre las modalidades del derecho de asociación de los miembros de las Fuerzas Armadas ni sobre los límites de este derecho

La STC 219/2001, de 31 de octubre, ha entendido que la negativa de la Administración a inscribir en el Registro a una Asociación de miembros de las Fuerzas Armadas constituye una lesión del derecho de asociación consagrado en el artículo 22 de la Constitución y, en consecuencia, ha concedido el amparo solicitado por la Hermandad recurrente. La lesión de este derecho tuvo su origen en la negativa del Ministerio del Interior al inscribir en el Registro de Asociaciones una modificación de los Estatutos aprobada por la ahora denominada Hermandad de Personal Militar en Situación Ajena al Servicio Activo. Esta resolución se basaba principalmente en que el artículo 3.c) de los Estatutos enuncia como fin propio de la asociación “realizar las gestiones precisas para conseguir para sus miembros cuantos beneficios sean posibles tanto en el aspecto económico como en el moral o social”, siendo ello contrario a lo dispuesto en el artículo 181 de la Ley 85/1978, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, que expresamente dispone que “los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa”.

Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo habían confirmado dicha resolución por entender que una actividad es reivindicativa cuando va encaminada a la defensa y consecución de intereses y objetivos económicos o sociales de signo profesional. Con la prohibición de asociaciones reivindicativas se evita la afiliación o creación de entes asociativos sindicalizados o parasindicales pues se asemejarían a los sindicatos, no en modos o formas de actuar o configurarse, sino en los fines. La fundamentación de todo ello se encontraría, pues, en el propio artículo 28 de la Constitución, que no sólo permite la prohibición de los sindicatos militares en sentido formal, sino también de cualquier tipo de asociación que, por su naturaleza y fines, pueda encuadrarse en un concepto sustantivo y material del sindicato, caracterizado por la índole de los intereses que protege, de ahí que para evitar a través de subterfugios formalistas el ejercicio de actividades sindicales en las Fuerzas Armadas, el citado artículo 181 prohíba, no sólo los sindicatos, sino también las asociaciones con finalidad reivindicativa.

El Tribunal, no obstante, destaca que el artículo 22.3 de la Constitución contempla la inscripción no sólo como una carga de la asociación ya creada, sino también como una prestación debida por la Administración encargada del correspondiente Registro, a fin de que la libertad de asociación se realice plenamente. Asimismo, respecto de quienes son miembros de las Fuerzas Armadas no existe una expresa previsión constitucional sobre las modalidades de su derecho de asociación ni sobre los límites de este derecho. En todo caso, la facultad del legislador de restringirlo estaría sometido a ciertos límites: deberían ser establecidos mediante una Ley Orgánica y habrían de ser a la vez proporcionados y respetuosos con el contenido esencial de este derecho fundamental. Por todo ello, recupera el Tribunal su doctrina establecida en la Sentencia 67/1985, de 23 de mayo, respecto a que “el derecho de asociación que regula el artículo 22 de la Constitución se refiere a “un género –la asociación– dentro del cual caben modalidades específicas”, entre ellas, las de aquellas asociaciones con especial relevancia constitucional, como son los sindicatos, los partidos políticos y las asociaciones empresariales (arts. 6 y 7 CE). Pero más allá de la común pertenencia a este género amplio nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos del art. 28.1 CE. Ello supone, en primer lugar, una indebida restricción del derecho de asociación, por aplicación de un criterio contrario al principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, reiteradamente reconocido por este Tribunal (STC 146/1999, de 27 de julio, FJ 6). Y supone también una indebida extensión, a los expresados efectos, del concepto de sindicato, al desconocer, de hecho, otros rasgos que lo caracterizan, tanto histórica como legalmente. Entre tales rasgos o caracteres figura, muy destacadamente, su esencial vinculación con la acción sindical que, según hemos declarado en numerosas sentencias se plasma en el ejercicio del derecho de huelga (art. 28.2 CE), en la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y en la adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). Es suficiente reparar en tales medios de acción a disposición de los sindicatos para comprender que el art. 28.1 CE haya permitido que la Ley llegue incluso a exceptuar del ejercicio del derecho de libertad sindical a los miembros de instituciones que están sometidas a la disciplina militar”.

Esta Sentencia cuenta con un Voto Particular formulado por el Magistrado don Julio Diego González Campos que, pese a compartir el fallo de la Sala, estima que la Sala debería haber realizado también un pronunciamiento acordando elevar al pleno una cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 181.1 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas por suponer una lesión del derecho de asociación.

B) Negociación colectiva

a) La presencia en el marco estatutario de una amplia reserva de Ley lleva a distinguir distintos tipos de negociación: negociación prelegislativa con procedimiento de participación en forma de consulta obligada y negociación colectiva con eficacia directa

El Tribunal Supremo ha vuelto a reiterar su doctrina acerca de la naturaleza y eficacia de la negociación colectiva en el ámbito funcional a propósito de una impugnación del

Reglamento del Instituto Cervantes presentada por el sindicato Comisiones Obreras. En dicha impugnación, el sindicato sostenía que dada la naturaleza pública de dicha entidad le resultaba aplicable el régimen previsto en la Ley sobre los Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LORAP), Ley 9/1987, de 12 de junio, y, en consecuencia, la selección y régimen retributivo del personal del Instituto Cervantes quedaban incluidos dentro del artículo 32 de dicha Ley, existiendo respecto de ellos la obligación de ser negociados.

La **STS de 25 de junio de 2001**, Ar. 5738, desestima esta impugnación dado que el personal de esta institución, según dispone el artículo 24.1 de su Reglamento, se rige por las normas del Derecho Laboral. Ahora bien, ello no impide al Tribunal recordar la naturaleza jurídica de la negociación colectiva en la Función Pública: “el derecho a la negociación colectiva es un derecho de indudable estirpe y naturaleza laboral, reconocido en el artículo 37.1 CE, que ha sido objeto de traslación por la LORAP al ámbito de las relaciones administrativas del régimen funcionarial. Dicha aplicación, por las propias peculiaridades del régimen estatutario funcionarial, ha dado lugar a dificultades interpretativas que tratan de resolverse acudiendo a criterios administrativos o a criterios laborales extraídos de los correspondientes ordenamientos; aunque, en todo caso, por la presencia, en el marco funcionarial y presupuestario, de una amplia reserva de Ley resulta obligado distinguir distintos tipos de negociación: negociación prelegislativa con procedimientos de participación en forma de consulta obligada y negociación colectiva con eficacia directa”.

Como prueba de ello, la Ley alude a dos instrumentos diferentes de negociación, los Pactos y los Acuerdos. “Los primeros se celebran sobre materias que se corresponden con el ámbito competencial del órgano que los suscribe y, por tanto, una vez suscritos le vinculan y generan derechos y obligaciones para quienes estén comprendidos en su ámbito, en el que despliegan eficacia general, ya que no cabría aplicar condiciones diferentes a los funcionarios de dicho ámbito. Así, la Ley introduce en el ordenamiento administrativo una nueva fuente reguladora de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, puesto que los Pactos, en clara semejanza con los convenios colectivos laborales son pactos colectivos vinculantes y de eficacia normativa, por haberlo así establecido la Ley. Los Acuerdos, por el contrario, son el instrumento con que finalizan las negociaciones sobre materias que son competencia del órgano ejecutivo superior (Consejo de Ministros, del órgano equivalente de las Comunidades Autónomas, Entidades Locales o, en su caso, institucionales), que conforme a la propia LORAP, requieren la aprobación expresa y formal del órgano indicado que corresponda en función del ámbito de aplicación del Acuerdo”.

Por lo que respecta a la obligatoriedad de la negociación sobre las materias previstas en el artículo 32 de la Ley, recuerda la Sala que:

“debe tenerse en cuenta que, conforme al artículo 33 de la propia LORAP, las materias que se negocian en cada proceso son aquéllas sobre las que las partes acuerden y es posible que

una materia no sea objeto de negociación porque no exista conformidad al respecto; de tal manera que lo que establece el primero de los preceptos indicados es que los aspectos que enumera no pueden ser objeto de una regulación o actuación unilateral por parte de la Administración sin haber intentado previamente una negociación o haber realizado, en su caso una consulta previa.”

b) Tanto la negociación como la consulta son requisitos esenciales para la correcta elaboración de la decisión administrativa y su omisión comporta la nulidad de pleno derecho, sin posibilidad de subsanación a posteriori.

La STSJ de Navarra de 5 de abril de 2001, Ar. 684, estima el recurso planteado por el sindicato recurrente contra las Disposiciones Adicionales del Decreto Foral 241/1998, de 3 de agosto, sobre atención y seguimiento personalizados en la asistencia sanitaria especializada y selección de médico especialista por los médicos de atención primaria del Servicio navarro de Salud-Osasunbidea, por no haber sido previamente objeto de negociación ni consulta con los sindicatos. En este caso, el Tribunal se remite a la jurisprudencia dictada al respecto por el Tribunal Supremo, entre otras, en sus Sentencias de 10 de noviembre de 1994, Ar. 9040 y de 6 de marzo de 1997, Ar. 2165, según las cuales “una cosa es que una Ley o un Reglamento establezcan directamente la ordenación de las condiciones de trabajo, que sería el supuesto argüido por la apelante en cuanto ajena a su disponibilidad por vía negocial; y otra distinta que la Ley o Reglamento impongan a la Administración la prestación de un servicio o la realización de una función, de lo que es perfectamente distinguible la posterior ordenación por ella de los medios personales para llevarlos a cabo, y como contenido de la misma, la ordenación de las condiciones de ese personal, aspecto este último en el que ya la Administración dispone de una pluralidad de alternativas en las que tiene encaje posible la negociación prevista en el art. 32 de la Ley 9/1987”.

Por todo ello, el TS ha fijado el carácter estrictamente obligatorio de la negociación previa, se alcance o no un resultado y requiera o no el acuerdo alcanzado el refrendo o la regulación por parte del Órgano de Gobierno de la Administración. Por ello “procede la sanción de nulidad del acto o disposición en cuya elaboración se haya omitido este requisito formal, de carácter esencial para la correcta formación de voluntad del órgano autor de la norma”. Del mismo modo, cuando las decisiones de la Administración afecten a su potestad de organización, también la consulta “mantiene inalterable su condición de requisito esencial para la correcta elaboración de la decisión administrativa y su omisión comporta la nulidad de pleno derecho, tratándose de un requisito no susceptible de sustanciación a posteriori”.

6. DERECHOS ECONÓMICOS

A) Derecho del personal transferido a la Comunidad Foral de Navarra al complemento de destino

La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Pamplona, de 23 de marzo de 2001, Ar. 579, se pronuncia sobre si el actor, funcionario estatal transferido a

la Comunidad Foral de Navarra, tiene derecho al complemento de destino previsto en el art. 33.2 de la Ley 31/1990, de Presupuesto General del Estado para 1991. El Gobierno de Navarra había desestimado esta pretensión aduciendo que el complemento de destino no está previsto en la legislación foral y que las retribuciones complementarias no caen dentro de la categoría de derechos esenciales previstos en la legislación básica.

La situación en Navarra es ciertamente peculiar, pues, en virtud de los derechos históricos reconocidos constitucionalmente, Navarra dispone de una competencia muy amplia para la regulación del régimen estatutario. Su límite no es la totalidad de la legislación básica estatal, sino únicamente el respeto a “los derechos y obligaciones esenciales” reconocidos en la misma [art. 49.1.b) LORAFNA].

El Gobierno de Navarra afirma que las retribuciones complementarias no pueden considerarse, a diferencia de las retribuciones básicas, derechos esenciales del funcionariado. La Sala discrepa y considera que el principio de igualdad retributiva entre los funcionarios estatales, autonómicos y transferidos, debe llevar, por el contrario, a la conclusión de que las retribuciones complementarias en cuanto integran la retribución salarial del funcionario constituyen también un derecho esencial. La Sala refuerza su argumentación acudiendo al Real Decreto 2356/1984, por el que se establecen las normas reguladoras de la transferencia de servicios estatales a la Comunidad Foral, en el que se dispone que la Comunidad respetará el grupo del Cuerpo o Escala de procedencia, así como los derechos económicos inherentes al grupo y grado personal, de lo que se deduce la voluntad de ambas Administraciones de que los funcionarios transferidos no resulten de peor condición que el resto de los funcionarios del Estado por el mero hecho del traspaso.

B) Régimen de retribuciones y guardias médicas

a) El personal liberado por acción sindical tiene derecho al cobro de retribuciones en concepto de guardias

La STSJ de Andalucía (Málaga) de 4 de mayo de 2001, Sala de lo Social, Ar. 1871, afirma que, de acuerdo con el principio de indemnidad retributiva de los liberados sindicales recogido en la Ley 9/1987, de Órganos de Representación, Determinación de las condiciones de trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, debe afirmarse el derecho de los mismos a idénticos conceptos retributivos que sus compañeros y en igual cuantía que si estuvieran realizando las guardias.

b) Retribuciones en periodo de vacaciones y naturaleza de las guardias

Las SSTSJ de Murcia de 11 de abril y de 10 de mayo de 2001, Ar. 655 y 552, analizan la cuestión de si las guardias médicas que realizan los médicos funcionarios adscritos al Servicio Murciano de Salud deben reputarse jornada ordinaria o servicios extraordinarios, a efectos de determinar si las retribuciones por estos conceptos han de incluirse en los conceptos retributivos que debe percibir el médico en vacaciones.

La Sala recuerda que ya se ha pronunciado al respecto en sentencias anteriores, en las que estableció que las guardias no encajaban en el concepto de servicios extraordinarios, puesto que son un servicio permanente y normal de los centros sanitarios, que se realizan por la casi totalidad de los médicos y que se distribuye entre los médicos por la Administración. La retribución por las guardias debía, por tanto, reputarse como una retribución ordinaria y no como una gratificación. En consecuencia, la Sala entendió que debían incluirse entre las retribuciones a las que tienen derecho los funcionarios durante el periodo de vacaciones. Sin embargo, la Sala pone de manifiesto que este criterio ha sido corregido por las Leyes de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para los años 1996 y 1997, en las que se excluye este concepto retributivo de la remuneración del mes de vacaciones.

7. DERECHOS LABORALES

A) Derecho de los médicos generales y especialistas de cupo a solicitar la reducción del número de pacientes asignados cuando éste supera el cupo máximo

La STSJ de Navarra de 13 de junio de 2001, Sala de lo Social, Ar. 1880, afirma que los médicos de cupo pueden solicitar la reducción del número de beneficiarios asignados cuando supera el cupo máximo legalmente establecido (en el presente caso, el actor tenía asignados 1710 pacientes, superando ampliamente el cupo máximo de 998), sin que el Servicio de Salud pueda denegar la reducción alegando que en tal caso se produciría un aumento del número de pacientes asignados a sus compañeros, situándolos en cifras no recomendables. La Sala considera que esta argumentación no puede ser aceptada, porque las facultades organizativas del Servicio Navarro de Salud no son ilimitadas, sino que han de sujetarse a la legislación y concretamente al artículo 111.4 de la Ley General de la Seguridad Social, de acuerdo con el cual, el cupo máximo es el número más elevado de titulares que pueden ser asignados a un médico, “salvo circunstancias excepcionales debidamente justificadas”, que no concurren en el presente caso. Por todo lo cual, reconoce el derecho del actor a solicitar y obtener la correspondiente reducción.

B) Derecho al descanso y guardias médicas

La STSJ del País Vasco de 15 de mayo 2001, Sala de lo Social, Ar. 1480, se pronuncia sobre el alcance y la conformidad a Derecho del art. 66 del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo del personal de Osakidetza (BOPV 7 de diciembre de 2000). La Sala, tras realizar una extensa interpretación del precepto, concluye que lo que éste reconoce es “el derecho al descanso mínimo de diez horas el día saliente de guardia de presencia física subsiguiente a una jornada de trabajo, computando como tal la guardia que se realice el sábado, y a que se compute como jornada ordinaria de trabajo, con una independencia de que ese día la tuviera asignada, pero no tiene derecho a ese cómputo cuando la guardia no sigue a una jornada ordinaria (como sucede en las guardias iniciadas los domingos o festivos)”. A continuación, la Sala examina si esta regulación es acorde con la Directiva 93/104/CE y afirma al respecto que: a) la Directiva no reconoce un derecho

al cómputo como jornada trabajada del descanso correspondiente al día saliente de la guardia, por lo que en este punto no hay vulneración de la normativa comunitaria y b) la Directiva reconoce un derecho al descanso durante un período mínimo de once horas al día saliente de la guardia de presencia física, cuando ésta no sucede a una jornada ordinaria, regulación que no respeta el Acuerdo analizado y que determina la directa aplicación de la normativa comunitaria.

La STSJ de Navarra de 25 de junio de 2001, Sala de lo Social, Ar. 1882, resuelve los recursos de suplicación interpuestos por ambas partes contra la sentencia del Juzgado de lo Social, número 1, de Navarra, en la que se declaraba el derecho de los actores al descanso compensatorio el día siguiente al domingo o festivo cuando se realice una guardia la víspera de domingo o festivo, declarando que tal descanso compensatorio se considera como tiempo de trabajo a efecto del cómputo de la jornada ordinaria anual.

La Sala considera que el derecho al descanso semanal reconocido por la sentencia es acorde con la Directiva 93/104/CE, plenamente aplicable al caso de acuerdo con la STJCE de 3 de octubre de 2000 y otras posteriores. Sin embargo, admite parcialmente el recurso interpuesto por el Servicio Navarro de Salud, al entender que el reconocimiento de ese derecho se hace en términos más amplios que los de la propia Directiva. En primer lugar, la Sala afirma que la Directiva no establece el derecho a que se computen los descansos compensatorios como jornada de trabajo realizada. En segundo lugar, la Sala tampoco considera que pueda ampararse en la Directiva el derecho a librar las 35 horas de descanso semanal por el hecho de realizar una guardia de presencia física el sábado, saliendo el domingo a las 8.00 de la mañana, pues tal derecho sólo se devengará por trabajar la noche del sábado, si no han gozado o pueden gozar de la libranza en un período de cómputo ordinario de 7 días, o extraordinario, por causas justificadas, de 14 días. Dado el carácter voluntario de las guardias y su naturaleza de trabajo discontinuo y de disponibilidad, la Sala entiende que “concurren las circunstancias especiales que permiten alargar el cómputo del periodo hasta los 14 días, por lo que el trabajo en guardia de presencia física de sábado a domingo, sólo da derecho a las 35 horas de descanso semanal preceptivo, si no han gozado ni van a gozar los demandantes de dicho descanso en un periodo de cómputo que comprende los 7 días anteriores y los 7 posteriores al momento de referencia, que será el de la salida de la guardia el domingo a las 8.00 de la mañana”.

8. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS

A) El personal autonómico que realice funciones de guardería forestal no puede extender la situación de servicio activo hasta los 70 años al quedar incluido dentro del ámbito de exclusión marcado por la Disposición Adicional 24 de la Ley 30/1984

Se cuestionaba en este caso la adecuación a derecho de dos resoluciones dictadas por la Consejería de Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha a través de las cuales se declaraba a los recurrentes en situación de jubilación forzosa por edad, en aplicación de

lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda punto 4º de la Ley Autonómica 9/1999, de 26 de mayo, de Conservación de la Naturaleza.

El primer motivo alegado por los recurrentes se basaba en la inconstitucionalidad de esta Disposición autonómica por supuesta invasión de la normativa básica estatal sobre jubilación. Al respecto, es preciso señalar que la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que fue introducida por la Ley 66/1997, establece que “el personal de la policía local, el de los servicios de extinción de incendios y de los agentes rurales de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales queda exceptuado de la posibilidad de permanencia voluntaria en la situación de servicio activo prevista en el artículo 33 de la Ley”. Al respecto dirá la Sala que “la mención de este personal se hace en la Ley de forma genérica, atendiendo a las funciones que realizan y que son la causa de esta exclusión, sin poderse pretender que esta mención agote las posibles denominaciones de los Cuerpos y Escalas en los que en las Comunidades Autónomas y en las Entidades Locales se aglutinan estas funciones”. De ello deduce que la Ley autonómica no sólo no vulnera la normativa estatal al respecto, sino que es una aplicación fiel de lo previsto en la misma, toda vez que los miembros del Cuerpo de Guardería Forestal de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha son incluibles dentro de las previsiones de la Disposición Adicional Vigésima Cuarta de la Ley 30/1984.

En el presente caso se daba la circunstancia de que los actores se encontraban en el momento de dictarse los actos recurridos precisamente en situación de prórroga del servicio activo entre los 65 y 70 años; prórroga que les había sido concedida en su momento por aplicación de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Medidas que, según la redacción dada por la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, permitía prolongar la situación de servicio activo hasta los 70 años. Por ello, alegaban los recurrentes que la Administración había realizado una aplicación retroactiva de la Ley.

Para la desestimación de estos motivos la STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de enero de 2001, Ar. 537, recurre a la doctrina del Tribunal Constitucional contenida, entre otras muchas, en sus Sentencias 108/1986 y 99/1987, en las que dejó sentado que “si bien la existencia de una carrera funcional o de un derecho a la jubilación de sus integrantes son elementos que no están en la disponibilidad del legislador, sí lo está, en cambio, el modificar sus condiciones y, entre ellas, el momento en que ha de producirse la jubilación. De todo ello resulta que quien accede a la Función Pública no es titular de un derecho subjetivo a ser jubilado a la edad establecida para ello en el momento de su acceso, sino de una simple expectativa a que sea a tal edad”. Ahora bien, acontece que a dos de los funcionarios afectados les fue concedida la prórroga antes de la entrada en vigor de la Disposición Adicional Vigésima Cuarta, el 1 de enero de 1998, por lo que, a la vista del cambio legislativo, la Administración actuó correctamente al declarar la situación de jubilación. Por el contrario, a los otros dos funcionarios se les había reconocido inicialmente la prolongación del servicio activo en el año 1999, estando ya en vigor la citada Disposición. Por ello, entiende la Sala que en este caso la solicitud de prolongación del servicio debió ser denegada, de modo que cuando después acordó la Administración su jubilación forzosa estaba en realidad revocando su anterior acto declarativo de derechos sin causa posterior que lo justificara y sin seguir el procedimiento al efecto, por lo que la Sala decide declarar la nulidad de dichos actos.

B) No es posible suspender la ejecución de un anterior acuerdo sobre concesión de excedencia voluntaria por interés particular cuando el funcionario se encuentra ya disfrutando de dicha situación

La cuestión que se planteaba en este supuesto era la de determinar las potestades de la Administración para suspender la ejecución de un acto administrativo. Para ser más precisos, se trataba de un funcionario, profesor universitario, al que se le había concedido el pase a la situación de excedencia voluntaria por interés particular a través de una resolución de 19 de mayo de 1999 que, por cierto, sólo otorgaba el pase a dicha situación sin someterla a plazo o condición alguna. Días más tardes, sin embargo, mediante un acuerdo de fecha de 24 de mayo de 1999, adoptado por el Vicerrector de Profesorado de la Universidad, por delegación del Rector, se acordó la suspensión de la ejecución de dicho acuerdo como medida cautelar adoptada durante la tramitación de un expediente disciplinario, toda vez que el recurrente había dejado de impartir docencia desde el momento en que solicitó el pase a la situación de excedencia. Este último acuerdo del Vicerrectorado fue impugnado por el recurrente.

La STSJ de Galicia de 14 de febrero de 2001, Ar. 672, entiende que dada la naturaleza de acto unilateral de dicha resolución, la misma se perfecciona y empieza a producir efectos de acuerdo con las reglas generales que rigen el procedimiento administrativo. Por ello, dado que el funcionario se encontraba ya en esa situación administrativa en el momento en que se dicta el acuerdo, no es posible suspenderla “pues el pase a esa situación administrativa se ha consumado y no puede suspender la situación ya perfeccionada pues ello no puede calificarse de suspensión sino de revocación, en sentido estricto de revisión, de un acto declarativo de derechos, revocación o revisión sometida en nuestro ordenamiento a determinados requisitos procedimentales y límites sustantivos, de acuerdo con los artículos 102 y 103 de nuestra Ley 30/1992, ninguno de los cuales se ha satisfecho”.

9. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL: EL CESE DISCRECIONAL EN LOS PUESTOS DE LIBRE DESIGNACIÓN TIENE UN LÍMITE EN EL RESPETO A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, PERO LA CARGA DE LA PRUEBA DE SU VULNERACIÓN CORRESPONDE AL INTERESADO

La Sentencia de 21 de mayo de 2001 del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo, núm. 5, Ar. 570, reitera la doctrina (entre otras, SSTs (3) de 6 de febrero de 1995, Ar. 2109, 18 y 29 de mayo de 1995, Ar. 4123 y 4399, 10 y 11 de enero de 1997, Ar. 406 y 407, y 13 de junio de 1997, Ar. 5143) conforme a la cual en los puestos de libre designación, en los que la persona es nombrada en virtud de la especial relación de confianza con la autoridad correspondiente, ésta puede también proceder libremente al cese cuando considere que se ha producido un quebranto de dicha confianza, sin que sea necesario que realice una exposición expresa de los motivos por los que ha preferido a una persona en lugar de otra o por los que ha perdido la confianza en la que fue designada. No obstante, como ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 29/2000), la dis-

crecionalidad de la Administración tiene un límite en el debido respeto a los derechos fundamentales y no puede utilizarse como instrumento para limitar, impedir o coaccionar el ejercicio de los mismos. Ahora bien, la decisión de la Administración ha de reputarse, en principio, legítima, correspondiendo al interesado la carga de acreditar las pruebas o indicios de la existencia de una vulneración de la Constitución. En el presente caso, el Juzgado considera que no se ha demostrado la existencia de indicios que generen una razonable sospecha de que el cese acordado tuviera por causa la vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad personal, a la igualdad en el acceso a los cargos público y a la tutela judicial efectiva. En consecuencia, desestima el recurso interpuesto.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

EVA DESDENTADO DAROCA

BELÉN MARINA JALVO

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Planificación urbanística. A) El plazo de ejecución de las obras de urbanización marcado en el Plan Parcial o Programa de Actuación Urbanística no es una determinación normativa sino indicativa. B) La publicación posterior de un PGOU no subsana la nulidad de aquellos otros planes de desarrollo carentes de dicho soporte normativo necesario. C) El artículo 70.2 de la LBRL, modificado por Ley 39/1994, de 30 de diciembre, resalta la obligación constitucional de publicar todas las Ordenanzas y

Normas de planes urbanísticos. **2. Régimen del suelo: el pago de impuestos o tasas no atribuye a los terrenos la clasificación de urbanos.** **3. Ejecución del Planeamiento.**

A) Polígonos y Unidades de Actuación: Discontinuas. B) Proyectos de Urbanización.

4. Momento y valoración de las expropiaciones urbanísticas. A) Los artículos 105.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y los artículos 146.c), 147 a 151 del Reglamento de Gestión Urbanística, permiten aumentar o disminuir, en un 15% como máximo, el valor urbanístico en consideración con el grado de urbanización y a las particularidades específicas de los terrenos con independencia de otros conceptos previstos en la legislación tributaria. B) No es posible acudir al aprovechamiento de un metro cuadrado de suelo por un metro cuadrado de construcción, cuando en el propio Plan Especial se fija para la superficie construida un aprovechamiento. **5. Licencias**

urbanísticas. A) Otorgamiento. a) Necesidad de ajustarse al Planeamiento en vigor en el momento de su concesión. b) Trámites requeridos para la concesión de la licencia de obras. c) Otorgamiento de la licencia de obras mediante silencio administrativo positivo. B) Suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas. a) Por modificación del Planeamiento en vigor. b) Suspensión hasta en tanto se haya aprobado definitivamente el proyecto de reparcelación. **6. Disciplina urbanística.** Obligación que tiene la Administración de dar traslado en plazo a la Jurisdicción contencioso-administrativa del acuerdo de paralización de obras ilegales.

1. PLANIFICACIÓN URBANÍSTICA

A) El plazo de ejecución de las obras de urbanización marcado en el Plan Parcial o Programa de Actuación Urbanística no es una determinación normativa sino indicativa

La STS de 25 de junio de 2001, Ar. 6175, casa y anula la Sentencia recurrida, que a su vez había anulado un Proyecto de Urbanización por fijar una etapa única de dos años cuando que en el PP y en el PAU, del que traía causa, se fijaba un plazo de ejecución en dos cuatrienios. En contra de este parecer, el Tribunal Supremo considera:

“La fijación de un Plan de Etapas en los instrumentos urbanísticos, con una duración determinada, ya sea en una o varias etapas, no debe ser considerada como una determinación de índole estrictamente normativa de un Plan Parcial u otro instrumento urbanístico, sino que constituye una simple indicación o manifestación de propósito, de que las obras proyectadas de urbanización, no han de exceder del periodo temporal fijado, lo que sin duda constituye un plazo máximo que no puede ser sobrepasado, por causas imputables a la Administración, o a los promotores, salvo causa de fuerza mayor, y ello precisamente en interés y garantía de todos los interesados y afectados en la culminación de esas obras urbanizadoras, pero ello no es óbice, naturalmente, para que tales obras, siempre dentro de los periodos marcados, puedan ser concluidas en un plazo más breve del señalado como máximo en el planeamiento (...)”

Para el Supremo, en definitiva, el plazo de ejecución de las obras marcado por el planeamiento tiene carácter indicativo y, en todo caso, máximo, por lo que puede ser reducido en el Proyecto de Urbanización. Lo contrario, a su juicio, conculcaría los principios del artículo 103.1 CE y, en especial, el de eficacia, que ha de prevalecer sobre “formalismos insustanciales” (sic).

B) La publicación posterior de un PGOU no subsana la nulidad de aquellos otros planes de desarrollo carentes de dicho soporte normativo necesario

El artículo 13 del TRLS de 1976 exige que los Planes Parciales tengan necesariamente apoyo en un PGOU.

En el caso de Autos, el PGOU se había aprobado en 1988, pero su publicación se produjo en 1992. El Tribunal de instancia, no obstante, había aceptado la validez del PP aprobado en 1991, al entender que la publicación tardía del primero había convalidado retroactivamente el segundo, sirviéndole ya de soporte.

Esta tesis es rechazada por la STS de 26 de septiembre de 2001, Ar. 7606:

“Aquí, en efecto, el Plan Parcial impugnado era contrario al TRLS de 9 de abril de 1976, pues éste exige que los Planes Parciales tengan su apoyo necesariamente en un Plan

XI. Urbanismo

General (artículo 13) que, en este caso, y por no publicado, no había entrado en vigor y era ineficaz, es decir, inhábil a esos fines. De forma que el Plan Parcial era nulo de pleno derecho y no podía ser convalidado”.

Esta decisión se apoya en otra anterior STS de 20 de mayo de 1999, Ar. 3641. En dicho caso ya se había señalado que el Plan Parcial era nulo de pleno derecho por carecer del necesario soporte normativo en el momento en que fue aprobado, sin que la publicación tardía del Plan General pudiera servir para convalidarlo.

C) El artículo 70.2 de la LBRL, modificado por Ley 39/1994, de 30 de diciembre, resalta la obligación constitucional de publicar todas las Ordenanzas y Normas de planes urbanísticos

La tesis de la sentencia recurrida era que la nueva redacción dada al artículo 70.2 de la LBRL por la Ley 39/1994, de 30 de diciembre, sólo impone la publicación de las normas de los planes urbanísticos cuya aprobación corresponde a los municipios, remitiendo la de los planes aprobados por las Comunidades Autónomas a lo que disponga el ordenamiento de éstas, que en Cataluña sólo exige la publicación del acuerdo de aprobación definitiva.

La STS de 27 de julio de 2001, Ar. 6880, no cree, en cambio, que dicha reforma legal pretendiera rectificar la jurisprudencia consolidada sobre la necesidad de publicar los planes ni restringir la originaria redacción del precepto, sino todo lo contrario:

“La finalidad de la reforma del artículo 70.2 la dice muy claramente su Exposición de Motivos, y es (aparte de mejorar su redacción) la de “resaltar la obligación constitucional de publicar en el Boletín Oficial de la Provincia las normas urbanísticas y ordenanzas contenidas en los instrumentos de planeamiento”, de forma que así “se garantiza la publicidad de las normas”.

En ese sentido, aclara el Tribunal Supremo, el nuevo artículo 70.2 distingue entre las Ordenanzas, incluido el articulado de las normas de los planes urbanísticos, y los acuerdos aprobatorios de estos planes. Para los primeros exige la publicación en el BOP en todo caso, cualquiera que sea su procedencia y el acto último de aprobación, local o autonómico. En cuanto a los segundos, se refiere solo a los que proceden de entes locales, pero de todos modos la legislación autonómica debe interpretarse de forma que no colisione con la legislación básica estatal y constitucional que imponen la publicidad de las normas.

2. RÉGIMEN DEL SUELO: EL PAGO DE IMPUESTOS O TASAS NO ATRIBUYE A LOS TERRENOS LA CLASIFICACIÓN DE URBANOS

En casación, el recurrente alegó infracción de la doctrina jurisprudencial de los “actos propios”, al no haberse admitido que la Administración tenía reconocido el carácter “urbano” de los terrenos en las fichas catastrales, en cuya virtud venía cobrando los tri-

butos propios de dicho suelo. Todo ello en relación con el principio de buena fe del artículo 7.1 del Código Civil. La STS de 27 de julio de 2001, Ar. 6880, rechaza categóricamente el argumento, acudiendo a otra doctrina jurisprudencial muy consolidada según la cual el pago de impuestos o tasas no atribuye a los terrenos la clasificación de urbanos:

“Justamente en esta materia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no aplica en absoluto la doctrina de los actos propios, sin duda por el carácter reglado del suelo urbano, que impide que tal clasificación se adquiera por actos presuntos, tácitos o indirectos distintos del único dato que importa, a saber, que el suelo cuente con los servicios y que se encuentre en la malla urbana”.

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Polígonos y Unidades de Actuación: Discontinuas

En la STS de 3 de mayo de 2001, Ar. 4695, el Tribunal tiene que decidir sobre la legalidad de la delimitación de unidades de actuación discontinuas y, a este respecto, reitera la doctrina ya asentada, aceptando dicha posibilidad sobre la base del art. 78.3 RGU 79, es decir, exigiendo que se trate de reparcelaciones voluntarias.

Así, el Tribunal señala que las transferencias de aprovechamiento tipo en suelo urbano pueden ser realizadas mediante la delimitación de polígonos o unidades de actuación discontinuos, según el precepto antes citado del RGU 79 que desarrolla el art. 124.1 LS 76, pero precisando:

“que las transferencias de aprovechamiento mediante Polígonos discontinuos en suelo urbano han de hacerse por medio de reparcelaciones voluntarias” (FJ 4º), debido a que en la práctica totalidad de supuestos, en los polígonos discontinuos las dotaciones públicas no quedan al servicio del Polígono o Unidad de Actuación que las asume, de forma que tales dotaciones no son de cesión obligatoria y gratuita, según se dispone en los arts. 83.3.1º LS 76 y 46.2 RGU 79, sino cesiones voluntarias hechas en reparcelaciones voluntarias.

Y a este respecto, matiza del Tribunal que: “reparcelación voluntaria es la que proponen los 2/3 de los propietarios del Polígono o Unidad de Actuación, que representan como mínimo el 80% de la Unidad reparcelable, es decir, del Polígono o Unidad de Actuación” (FJ 4º), según se desprende de los arts. 98.3.a) LS 76 y 106.1 y 115.1 RGU 79, lo que, en el presente caso llevó a concluir que no existía ninguna reparcelación voluntaria por no existir propuesta presentada por las 2/3 partes de los propietarios que representen, al menos, el 80% de la unidad reparcelable, y a desestimar el recurso de casación interpuesto.

B) Proyectos de Urbanización

En la Sentencia de 25 de junio de 2001, Ar. 6174, el TS dilucida un conflicto entre un Ayuntamiento y un promotor de un proyecto de urbanización, ocasionado por un acuerdo municipal en el que se recogía la obligación del promotor de presentar dicho proyecto de urbanización con los requisitos que en aquel acuerdo se expresaban pero también que los gastos que dicho proyecto generara para el promotor no podían superar la cuantía de 50 millones de pesetas.

Sin embargo, presentado el proyecto al Ayuntamiento, se comprobaron que los gastos superaban esa cantidad, lo cual no impidió la aprobación del mismo por dicho Ayuntamiento. El problema, lógicamente, es la asunción de ese exceso de gastos, ante la negativa del Ayuntamiento a hacerse cargo de los mismos al entender que debía ser el promotor del proyecto el encargado de costearlos.

El TS va a dictaminar que el Ayuntamiento, presentado el proyecto y comprobado ese exceso, pudo ordenar su modificación a fin de adecuarlo al importe al que tenía que hacer frente el promotor o, alternativamente, y si existen otros promotores, repercutir la diferencia entre el importe real y el límite fijado para el primer promotor, a esos otros promotores. Sin embargo, el Ayuntamiento aprobó el proyecto presentado, lo que habilitaba al promotor para la ejecución del mismo, y además, disponiendo éste de una limitación de su responsabilidad económica, de lo que el Tribunal deduce que el primer promotor no debe de soportar un desembolso superior al límite de 50 millones que tenía fijado.

4. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) Los artículos 105.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 y los artículos 146.c), 147 a 151 del Reglamento de Gestión Urbanística, permiten aumentar o disminuir, en un 15% como máximo, el valor urbanístico en consideración con el grado de urbanización y a las particularidades específicas de los terrenos con independencia de otros conceptos previstos en la legislación tributaria

La STS de 24 de marzo de 2001, Ar. 5750, reitera su línea jurisprudencial al declarar haber lugar al Recurso de Casación relativo al justiprecio de los bienes expropiados. Así, en el FJ 4º reconoce que “tanto el Jurado como la Sala de instancia han infringido lo dispuesto por el artículo 105.2 y 3 del mencionado Texto Refundido, 146.c) y 147 del Reglamento de Gestión Urbanística por haber aplicado al valor urbanístico unos coeficientes de corrección no autorizados por estos preceptos”.

Y, a mayor abundamiento, en el mismo FJ 4º subraya que “entre los coeficientes correctores contemplados por los artículos 148 a 151 del mencionado Reglamento (...) no están los aplicados por el Jurado en su acuerdo”, e incide en que “en ningún caso, podrían superar el quince por ciento”.

B) No es posible acudir al aprovechamiento de un metro cuadrado de suelo por un metro cuadrado de construcción, cuando en el propio Plan Especial se fija para la superficie construida un aprovechamiento

En este sentido resuelve la STS de 6 de junio 2001, Ar. 6797, respecto a la determinación del valor urbanístico de la finca que se expropiaba. Así pues, en su FJ 10, tras recordar que se estaba en presencia de suelo urbano plenamente consolidado y clasificado como tal por el planeamiento urbanístico, expresó:

“Considera esta Sala que teniendo reconocida la finca un volumen de edificabilidad y un uso permitido de vivienda unifamiliar, si bien luego restringido por los fines de protección que justifican el procedimiento expropiatorio, debe, a efectos de valoración, aplicarse éste y no el previsto para supuestos de falta de Plan”.

5. LICENCIAS URBANÍSTICAS

A) Otorgamiento

a) Necesidad de ajustarse al Planeamiento en vigor en el momento de su concesión

La STS de 15 de junio de 2001, Ar. 5795, reitera la postura mantenida en decisiones anteriores respecto de la naturaleza de las licencias urbanísticas como actos reglados que se otorgan conforme al planeamiento en vigor, pero nunca respecto de un planeamiento futuro (SSTS de 14 de julio de 1997, 25 de mayo de 2001 y 20 de octubre y 17 de abril de 1998). A tal efecto sostiene que:

“La validez o invalidez de las licencias no se resuelve conforme a normas de planeamiento futuras, sino, según jurisprudencia unánime de esta Sala, conforme a las normas de planeamiento que resulten aplicables a las mismas en el momento de su concesión en vía administrativa” (FJ 3º).

No obstante, la STS de 23 de junio de 2001, Ar. 6173, sostiene la posibilidad de aplicar retroactivamente unas Normas Subsidiarias de un municipio a efectos de prestar cobertura jurídica al acuerdo de concesión de una licencia, legalizando las mismas. Esta solución propugnada es finalmente descartada por la Sala dado que dichas Normas fueron anuladas por la sentencia de instancia.

b) Trámites requeridos para la concesión de la licencia de obras

- Informe jurídico de la entidad otorgante

La STS de 21 de junio de 2001, Ar. 5577, mantiene que la ausencia de este trámite, requerido por el artículo 4 del Reglamento de Disciplina Urbanística no vicia de nulidad la licencia concedida, ya que no significa que se haya prescindido total y absolutamente

del procedimiento legalmente establecido, sino que constituye un mero defecto de forma no invalida el acto en cuestión.

- Alcance de la posibilidad de subsanar las irregularidades del proyecto presentado para la concesión de la correspondiente licencia

La STS de 26 de junio de 2001, Ar. 6112, considera que la posibilidad que brinda el artículo 9.14 RSCL de subsanar las simples irregularidades o defectos formales del proyecto presentado a la autoridad administrativa para el otorgamiento de la licencia de obras no puede amparar la corrección de defectos de fondo relativos a la infracción por parte de aquél de normas sustantivas.

c) Otorgamiento de la licencia de obras mediante silencio administrativo positivo

Aunque el tema que aborda la STS de 18 de julio de 2001, Ar. 6186, que posibilita la obtención de una licencia mediante silencio administrativo positivo sin que se hubiera solicitado y obtenido el “certificado de acto presunto” previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, pueda ubicarse de manera más acertada dentro del apartado de estas Crónicas relativo a los “Actos administrativo y procedimiento”, conviene, sin embargo, que nos detengamos brevemente en su examen dada la importancia que presenta el mantenimiento de esta tesis para la comprensión del procedimiento de concesión por esta vía de las autorizaciones necesarias para la realización de obras menores.

El FJ 2º de esta decisión expresa:

“(…) ya la sentencia de esta Sala de 26 de febrero de 1996 se pronunció sobre esta cuestión sosteniendo que tal certificación no era un requisito o presupuesto constitutivo del acto presunto sino, antes al contrario, un mero justificante formal de efectos estimatorios o desestimatorios producidos por el transcurso del plazo para resolver expresamente un determinado procedimiento sin que hubiera tenido lugar su resolución expresa por lo que, también en definitiva, el silencio administrativo o acto presunto se producía, en la regulación dada a la materia por la LRJ-PAC, por el mero transcurso del plazo”.

La bondad de esta interpretación es corroborada por el tenor vigente de la Ley 30/1992, en su redacción actual del art. 43.3º: “La estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento”, lo que ratifica el art. 43.4.a) cuando afirma que: “En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo”.

B) Suspensión del otorgamiento de licencias urbanísticas

a) Por modificación del Planeamiento en vigor

La STS de 3 de julio de 2001, Ar. 6786, declara el derecho que tiene la entidad actora a obtener la licencia de obras solicitada ya que la suspensión de la misma, que había jus-

tificado su denegación, es considerada por la Sala ilegal. Y ello en razón a que esta misma autorización ya había sido suspendida dos años antes por otro intento de modificación del planeamiento.

El FJ 3º señala a estos efectos que:

“Es razonable entender que la modificación del planeamiento acordada por un municipio, y en tanto no se den circunstancias que lo justifiquen, obliga a mantener por un tiempo mínimo el planeamiento aprobado, y está vedado al uso de la suspensión de licencias en los términos previstos en el art. 27 TRLS”.

b) Suspensión hasta en tanto se haya aprobado definitivamente el proyecto de reparcelación

Las **STS de 29 de mayo de 2001**, Ar. 5770, mantiene la decisión del Tribunal de Instancia, señalando la validez de la licencia controvertida que se otorgó una vez firme el proyecto de reparcelación.

La firmeza de este acuerdo reparcelatorio deriva aquí de la imposibilidad de recurrir frente al mismo en vía administrativa. La Sala considera que esta conclusión no queda impedida por la posibilidad que se brindó al demandante de articular el recurso de reposición frente a aquél. Estima la alta instancia jurisdiccional no sólo que la Ley 30/1992 suprimió este recurso en el ámbito local (SSTS de 14 de junio y 13 de octubre de 1997), sino que también hay que tener presente que “(...) el ofrecimiento de un recurso inexistente no puede reabrir una vía procedimental que legalmente se encuentra cerrada por prescripción legal (...)” (FJ 2º).

En sentido contrario, la **STS de 19 de junio de 2001**, Ar. 5940, decreta la anulación de una licencia que había sido concedida antes de que fuera firme en vía administrativa el acuerdo aprobatorio de la reparcelación.

6. DISCIPLINA URBANÍSTICA

Obligación que tiene la Administración de dar traslado en plazo a la Jurisdicción contencioso-administrativa del acuerdo de paralización de obras ilegales

La **STS de 1 de febrero de 2001** reitera la postura mantenida a este respecto en su jurisprudencia anterior, en atención a la cual, y dado el carácter de las licencias de edificación como actos declarativos de derechos, sus efectos no pueden ser suspendidos por la Administración sino en los casos establecidos en el TRLS de 1976 y, en concreto, mientras se están realizando las obras, sólo cuando la autorización constituya manifiestamente una infracción urbanística grave y cumpliendo el requisito de dar traslado a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia competente a los efectos del artículo 118 de la Ley de la Jurisdicción. Añade la Sala que el plazo para la realización

XI. Urbanismo

de este traslado es “fatal e improrrogable” y su incumplimiento priva de eficacia a la suspensión, impidiendo la posterior utilización de esta misma facultad.

Posibilitar lo contrario supone, a juicio del Tribunal, dejar en manos de la Administración suspensiones reiteradas e ilimitadas con referencia a una misma licencia, con grave quebranto de la seguridad jurídica y del cabal derecho de los particulares a confiar en los derechos por aquélla declarados.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ

CONSUELO ALONSO GARCÍA

FRANCISCO DELGADO PIQUERAS

RUBÉN SERRANO LOZANO

ANTONIO VILLANUEVA CUEVAS

XII. BIENES PÚBLICOS Y PATRIMONIO CULTURAL

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Bienes locales. A) Titularidad de los bienes de dominio público. Afectación de edificios municipales a fines educativos competencia de la Administración autonómica. B) Régimen jurídico de los bienes públicos.

Embargabilidad de los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos. C) Adquisición de bienes. Adquisiciones sujetas a condiciones. D) Utilización de los bienes de dominio público. Revocación de usos en los bienes destinados a un uso o servicio público.

E) Aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales. El aprovechamiento y disfrute de los mismos no comprende el cerramiento de los lotes adjudicados. F) Bienes de dominio público. Viviendas destinadas a maestros. G) Potestades administrativas.

Recuperación de oficio. H) Potestades administrativas. Desahucio administrativo.

I) Defensa de los bienes municipales. Acción vecinal. **3. Aguas continentales.**

A) Administración hidráulica: Juntas de Explotación. B) Aguas subterráneas: modificación de emplazamiento de pozos. C) Aprovechamientos hidroeléctricos: cuestiones de autorización. D) Convenio sobre uso privativo. E) Infracciones. F) Obras hidráulicas: expropiación. G) Regadíos: denegación de concesión. H) Régimen económico-financiero. I) Sequía y medidas extraordinarias. Indemnizabilidad. J) Sociedades estatales para la construcción y explotación de obras hidráulicas: audiencia a Comunidades Autónomas en su creación. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde. B) Recuperación de oficio. C) Usos.

D) Infracciones y sanciones. E) Limitaciones sobre las propiedades colindantes.

F) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo. G) Puertos. H) Pesca y cultivos marinos. **5. Carreteras.** A) Autopistas de peaje: modificación de las condiciones de la concesión. B) Autorizaciones: diversas cuestiones. C) Infracciones y sanciones. **6. Montes.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi desde la Sentencia 4051 hasta la 6975, con lo que termina el comentario de ese año, y la Constitucional desde la Sentencia 190/2001, de 1 de octubre, hasta la 11/2002, de 17 de enero.

2. BIENES LOCALES

A) Titularidad de los bienes de dominio público. Afectación de edificios municipales a fines educativos competencia de la Administración autonómica

En la STS de 26 de junio de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 6399, se afirma que la decisión de una Comunidad Autónoma de convertir en un centro de formación profesional un edificio municipal, que estaba afectado a centro escolar con anterioridad, por necesidad de escolarización y de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoséptima de la LOGSE, no implica una privación del bien del Ayuntamiento. El edificio se encontraba cedido por el Ayuntamiento para ese uso y sólo se ha producido un cambio de destino, sin privarle la propiedad a la Entidad local. Además, se debe tener en cuenta el deber de colaboración de los Municipios para esos fines.

Con esta decisión recurrida, en definitiva, no existe quebrantamiento alguno del artículo 33 de la Constitución, puesto que se trata de bienes de dominio público, de servicio público, a tenor de los artículos 3 y 4 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, inexpropiables, por tanto, en los que sólo se modifica el destino, no la titularidad, permaneciendo aquéllos en el dominio público y, más en concreto, al servicio de unos mismos intereses educativos, que imponen, por otra parte, ese régimen de colaboración entre las Administraciones Públicas que rechaza el Ayuntamiento recurrente y que, en contra, de su tesis, viene respaldado por competencias que corresponden a la Administración educativa correspondiente.

B) Régimen jurídico de los bienes públicos. Embargabilidad de los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos

En el ATS de 5 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 5412, se reitera jurisprudencia anterior del TC y del TS que declara embargables los bienes patrimoniales no afectos materialmente a un uso o servicio público. De acuerdo con la Ley de Enjuiciamiento Civil, es el acreedor quien debe proceder a una adecuada individualización y selección de los bienes patrimoniales e instar al embargo. Tal selección e individualización se halla sujeta a un obligado control jurisdiccional, al acordarse el embargo.

C) Adquisición de bienes. Adquisiciones sujetas a condiciones

En el artículo 12 del Reglamento de Bienes de 1986 se dice que si los bienes se hubieran adquirido bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieran servido al mismo y aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público. No obstante, para que proceda aplicar este artículo debe tratarse de una condición a la que está sujeta la transmisión. En este sentido, en el caso debatido en la STS de 22 de mayo de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4954, no se aplica dicho precepto dado que constituye una condición a la que está sometida la adquisición, teniendo

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

do en cuenta los datos del caso enjuiciado y, en particular, que la obligación de destinar a un determinado fin el bien adquirido por la Entidad local no se recogió en la escritura pública de cesión ni, consecuentemente, fue incorporada al Registro de la Propiedad.

D) Utilización de los bienes de dominio público. Revocación de usos en los bienes destinados a un uso o servicio público

En la STS de 28 de marzo de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6614, se afirma que la revocación de la autorización de uso especial de bienes de dominio público en cualquiera de sus aspectos ha suscitado la atención de la jurisprudencia en los últimos años, que ha combatido la arcaica concepción del precario administrativo como institución que permite a la Administración exonerarse de toda responsabilidad indemnizatoria en aquellos casos en que se ha fijado un plazo extenso para la duración de la utilización otorgada con respecto a bienes demaniales, habiendo tenido lugar el acceso al uso tolerado de los mismos por virtud de una auténtica relación contractual al amparo de la cual se han originado, incluso, considerables desembolsos económicos por cuenta del administrado, y que se pretende rescindir sin más ocasionándole una pérdida económica indemnizable. Circunstancias que no concurren en el caso concreto, al tratarse del desalojo de una agrupación musical de un local existente en la Casa consistorial con el fin de destinar ese local a servicios municipales. Además, quedó acreditado en el proceso el carácter temporal de la misma y la inexistencia de desembolsos económicos de cierta consideración. La agrupación disfrutaba gratuitamente del local y sólo abonaba los gastos derivados de dicha utilización.

E) Aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales. El aprovechamiento y disfrute de los mismos no comprende el cerramiento de los lotes adjudicados

En la STS de 19 de junio de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4403, se sostiene que el beneficiario de un lote de bien comunal mediante canon no puede cercar dicho bien impidiendo el acceso a sus fincas a otros vecinos y debe disfrutar la finca en las condiciones en las que se le entregó, pudiendo ser requerido por el Ayuntamiento para que retire las cercas. El derecho a cerrar o cercar las fincas previsto en el artículo 388 del Código corresponde a los propietarios de las fincas, dejando salvas las servidumbres que tuvieran constituidas, asimismo la regulación del usufructo en el mismo Código no comprende dicho derecho.

F) Bienes de dominio público. Viviendas destinadas a maestros

En la STS de 18 de junio de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6064, reiterándose jurisprudencia anterior, se señala que no es posible obtener ingreso alguno por las casas destinadas a viviendas de maestros, que las ocupan por razón de su cargo, dada la vinculación de dicho uso al fin público último que cumplen.

G) Potestades administrativas. Recuperación de oficio

En la **STS de 23 de abril de 2001**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4241, se exponen sistemáticamente las condiciones que la Sala y la legislación exigen para que la Entidad local pueda proceder a la recuperación de oficio de sus bienes de dominio público. En concreto, en la Sentencia se parte de que las Corporaciones locales tienen la potestad de recobrar por sí, sin necesidad de acudir a los Tribunales, la tenencia de sus bienes (artículos 344 del Código Civil, 74.1 de la Ley de Régimen Local de 1986 y 3.1 y 70 y siguientes del Reglamento de Bienes de 1986). La recuperación podrá realizarse en cualquier tiempo en el caso de los bienes de dominio público y contra estos acuerdos de recuperación no procede interdicto de recobrar o retener. Por otra parte, en la Sentencia citada se dice que el ejercicio de la potestad defensora de los bienes de dominio público no está a merced de un criterio de discrecionalidad, teniendo la obligación de defenderlos y no siendo preciso un deslinde previo, si no existe confusión de límites.

Para el ejercicio de esta potestad basta con acreditar una posesión pública anterior o una usurpación reciente de tales bienes; prueba que debe ser plena y acabada, si bien en el caso de usurpaciones recientes no es necesaria la aportación por el Ayuntamiento de documentos para justificar la decisión administrativa. No obstante, no es preciso que se acredite la plena titularidad demanial de los bienes sobre los que se ejerce la facultad de recuperación.

Además, los bienes recuperados deben hallarse indebidamente en posesión de particulares, sin acto jurídico que legitime la posesión contraria, y existir una identidad entre lo poseído y lo usurpado por el particular.

Finalmente, en la Sentencia citada se dice que en el ejercicio de esta acción ni la Administración ni posteriormente los tribunales contencioso-administrativos pueden determinar la titularidad dominical o resolver las cuestiones de propiedad, al enjuiciar la actuación. En consecuencia, el ejercicio de la facultad de recuperación se reconoce sin perjuicio de que quien se crea titular dominical de los bienes sobre los que se ejerce la *interdictum propium* pueda reivindicarlos ante la jurisdicción civil.

Precisamente, estas últimas consideraciones se reiteran en la **STS de 11 de julio de 2001**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6088. En ella se afirma que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ha de limitarse al enjuiciamiento del correcto ejercicio por parte de los Entes locales de las facultades recuperatorias, quedando deferida la decisión sobre la propiedad o posesión definitiva de los mismos a los tribunales de la jurisdicción civil, de suerte que ni la confirmación ni la revocación en vía contenciosa de un acto administrativo impugnado ha de prejuzgar este tipo de cuestiones.

Al margen de estas afirmaciones, en la Sentencia también se dice que constituye doctrina jurisprudencial reiterada que es decisivo determinar si los bienes, cuyo público dominio es la justificación de la acción recuperatoria, se encontraban realmente afectos a un

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

estado de pública posesión cuando la supuesta usurpación tuvo lugar, ya que el privilegio de reacción contra la misma depende de la aludida circunstancia (art. 71.2 RBEL); y si bien es cierto que no siempre es preciso acompañar al acuerdo previo de la Corporación la acreditación documental que justifique el estado posesorio, cabiendo sustituirlo por otros elementos demostrativos de esa misma circunstancia, lo cierto es que es absolutamente preciso que el previo uso público y detentación posesoria por parte del Ayuntamiento recurrente haya quedado establecido de modo medianamente convincente, sin necesidad de complicados juicios valorativos, bien porque conste la utilización con ese carácter por una pluralidad de vecinos de manera reiterada y pacífica, bien a través de una actividad de conservación y cuidado del camino por parte del Ente público, bien por cualquier otra circunstancia. Prueba aportada por el Ayuntamiento que en el caso enjuiciado no fue suficiente.

En cambio en la **STS de 21 de junio de 2001**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 5734, se considera suficientemente probada la posesión previa del Ayuntamiento, fundamentada en una certificación de inventario municipal, una certificación registral, planos topográficos e informe o dictamen de peritos.

H) Potestades administrativas. Desahucio administrativo

El acto de recuperación de bienes de dominio público municipal por vía del artículo 120 del Reglamento de Bienes no prejuzga ni se pronuncia sobre las cuestiones de naturaleza meramente dominical cuya competencia está deferida a los tribunales del orden civil, según la **STS de 13 de julio de 2001**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 6756. Asimismo, en la Sentencia citada se dice que de conformidad con jurisprudencia anterior de la misma Sala, el Ayuntamiento está capacitado para recuperar de oficio, sin necesidad de previa indemnización, la posesión de los bienes de dominio público cuya declaración como tales dimana de preceptos concretos (en el caso, el artículo 128 de la Ley del Suelo de 1976 en relación con los artículos 124 y 174 del Reglamento de Gestión Urbanística) y adjudica su titularidad a la Corporación por estricto ministerio de la Ley, sin necesidad de trámites ulteriores, aunque sin perjuicio evidentemente de la posible decisión definitiva de los mismos que se adopte por otra jurisdicción.

I) Defensa de los bienes municipales. Acción vecinal

En la **STS de 14 de mayo de 2001**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 4254, dictada en recurso de casación en interés de Ley, se pronuncia sobre el alcance de los artículos 68 de LRBRL y 220 del Reglamento de Organización de 1986. En los dos preceptos se prevé la actuación en defensa de los bienes municipales en el caso de que la Entidad local haga dejación de sus competencias en perjuicio de los mismos. Ambos artículos exigen para su aplicación que la persona que ejercita las acciones tenga la condición de vecino, es decir, que de conformidad con lo previsto en los artículos 15 y 16 de la LRBRL se trate de una persona que resida habitualmente en el Municipio y se encuentre inscrita en el padrón municipal.

Sin embargo, en la Sentencia se afirma que a los efectos del artículo 68 de la LRBRL cabe dar al término vecino que utiliza la norma no una acepción exclusivamente personal, sino también la real que proporciona, en determinados supuestos, la vinculación al Municipio y a la acción de que se trata, la titularidad de terreno en el término municipal, pues en tal caso no cabe apreciar diferencia alguna entre quien reside y está empadronado y quienes, sin estarlo, tienen idéntico interés en el ejercicio de la acción municipal. En el caso debatido se trataba de un propietario de una finca rústica que no era vecino formalmente, cuyo acceso a través de un camino municipal se ve interrumpido por la usurpación del mismo y la inactividad de la Administración para recuperarlo.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Administración hidráulica: Juntas de Explotación

De acuerdo con el art. 30 Lag. (después art. 32 TR de Lag.), las Juntas de Explotación tienen por finalidad coordinar la explotación de las obras hidráulicas y de los recursos de agua de aquel conjunto de ríos, río, tramo fluvial o unidad hidrogeológica, cuyos aprovechamientos estén especialmente interrelacionados, añadiendo el art. 39.2 del RAPA de 1988 que el ámbito de las Juntas de Explotación será fijado por el Presidente del OC, oída la Junta de Gobierno. La **STS de 5 de junio de 2001**, Ar. 5845, interpreta la expresión “especialmente interrelacionados” al hilo de decidir sobre una controversia suscitada por la Unidad Sindical de Usuarios del Júcar contra la Resolución del Presidente de la CH del Júcar que determinaba el ámbito de las Juntas de Explotación. Para el TS es correcta esta última Resolución, pues la parte recurrente no ha conseguido demostrar que en los ámbitos alternativos que propugna concurra la exigencia de especial interrelación. Estamos ante una potestad discrecional administrativa y no se ha probado la existencia de arbitrariedad en su actuación.

B) Aguas subterráneas: modificación de emplazamiento de pozos

La **STS de 30 de marzo de 2001**, Ar. 4550, entiende conforme a derecho la autorización otorgada a una Comunidad de Regantes para la sustitución de la toma de un pozo, mediante un nuevo sondeo situado a menos de 30 metros de éste, y por consiguiente las alegaciones del Ayuntamiento recurrente no prosperan. En la autorización del cambio de toma se condiciona la explotación a lo que disponen los arts. 54 y 91 Lag. de 1985 (en ese momento aplicables), no vulnerándose el art. 89 de esa misma norma que prohíbe el ejercicio de cualquier actividad en los perímetros de protección establecidos. En este supuesto no es preciso el otorgamiento de concesión como prescribe la Disposición Transitoria Tercera.³ Lag. de 1985 porque la sustitución de la toma de aguas no supone distinto alumbramiento, ni dar mayor profundidad de la autorizada.

Por otro lado, en la **STS de 19 de julio de 2001**, Ar. 5037, se considera correcta una Resolución administrativa que aprueba el régimen de explotación del acuífero del

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Campo de Montiel para la campaña de 1992. La Asociación de Titulares de aguas privadas del acuífero 24 creen improcedente dicho Acuerdo y aducen para combatirlo distintos alegatos, pero el TS pone de manifiesto que el origen de los daños en los cultivos y de las pérdidas económicas por causa de las limitaciones de riegos no está en la actuación administrativa, sino en la situación objetiva del acuífero. De este modo, recordando jurisprudencia anterior (entre otras, STS de 18 de marzo de 1999, crónica XII.3.I del núm. 6 de esta Revista) se afirma que no estamos ante una privación singular indemnizable, sino ante una medida de carácter general adoptada en situaciones de sequía, aplicable también a aprovechamientos de aguas privadas en virtud del apartado 4 de las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera Lag. de 1985.

C) Aprovechamientos hidroeléctricos: cuestiones relativas a autorizaciones

En la **STS de 16 de febrero de 2001**, Ar. 4926, no se da la razón a la empresa eléctrica recurrente que pretendía la anulación de una resolución de la CH del Tajo que adjudicó a otra empresa el concurso sobre aprovechamiento hidroeléctrico del salto a pie de presa del embalse de Rosarito. El argumento aducido de arbitrariedad en la decisión no prospera, pues quedó demostrado que la resolución se basó en distintos informes técnicos motivados. Tampoco se admite por el Alto Tribunal la incompetencia de la CH del Tajo para resolver el concurso, pues a pesar de que en ese momento no había sido aprobada aún la Orden de 3 de febrero de 1989, en el Pliego de condiciones queda atribuida claramente esa competencia en favor del Organismo de cuenca para potencia no superior a 5 MVA.

Finalmente, no se acoge que la adjudicación vulnere el art. 48.4 Lag. de 1985 (actual art. 50.4 TR de Lag.), que prohíbe el desperdicio o mal uso del agua. En efecto, el proyecto seleccionado si bien preveía una menor potencia a instalar que el de la empresa recurrente, garantizaba en mayor medida que la explotación hidroeléctrica respetaría el uso para riegos ubicado aguas abajo. En este caso pues, la Sentencia interpreta la expresión “máxima utilización de la energía de posible obtención” contenida en el art. 133 RDPH, en el sentido de óptima utilización que le permita su compatibilidad con otros usos hídricos existentes, como el relativo a riego.

Por otro lado, en la **STS de 19 de febrero de 2001**, Ar. 5102, se analiza la validez o no de una autorización de modernización de una minicentral, otorgada con base en el art. 14 del RD 916/1985 (modificado por RD 249/1988) que introduce en el pliego concesional originario (que data de 1929) una condición por la que se reduce a 25 años el plazo de duración fijado inicialmente en 75 años. Como afirma el TS, dado que el aprovechamiento hidroeléctrico no había llegado a ponerse en funcionamiento en esos años, y teniendo en cuenta lo contenido en el art. 153 RDPH, aplicable al caso por solicitarse la modernización mencionada con aumento de caudal, es preciso mantener los 75 años de duración contados a partir de la fecha en que se autorice su explotación, y por tanto procede anular la controvertida reducción temporal.

De similar temática versa la **STS de 20 de julio de 2001**, Ar. 5884, si bien en este supuesto al tratarse de una solicitud de modernización de minicentral sin ampliación de caudal, el argumento utilizado por el TS es diferente. Así, en esta ocasión se rechaza la posi-

bilidad de que al hilo de una autorización de acondicionamiento de una minicentral (art. 14 RD 916/1985, modificado por RD 249/1988) pueda introducirse una condición de reducción temporal del aprovechamiento (también de 75 a 25 años), sin que medie un procedimiento de revocación de oficio de un acto declarativo de derechos con apoyo en una causa de nulidad, lo que al no haber tenido lugar en el caso debatido, trae como consecuencia que dicha condición deba anularse.

Por la **STS de 21 de junio de 2001**, Ar. 5020, se decide que la Resolución del Presidente de la CH del Ebro adoptada en julio de 1991, que ratificaba un acuerdo de la Comisión de Desembalse adoptado para hacer frente a una situación extraordinaria de sequía y asegurar determinados aprovechamientos de riego es conforme a derecho. Según el TS, Enher, titular de un aprovechamiento hidroeléctrico ubicado en el embalse de Canelles no tiene derecho a indemnización por el vaciado parcial del citado embalse, pues de las cláusulas concesionales resulta que la central hidroeléctrica debía supeditarse en todo momento a las necesidades para los regadíos establecidos sin derecho a compensación económica, no siendo aplicable por tanto el art. 53.2 Lag. (posterior art. 55.2 TR de Lag.) aducido por la empresa.

D) Convenio sobre uso privativo

En la **STS de 22 de mayo de 2001**, Ar. 4862, se obliga al Ayuntamiento de Cardena a cumplir un Convenio celebrado en julio de 1989 con dos particulares, consistente en que estos últimos cedían al ente local las aguas de un pantano situado en una finca de su propiedad durante tres años, mientras que el Ayuntamiento se comprometía a colocar una línea de alta tensión y otras instalaciones, y a que a partir de enero de 1992, mediante el oportuno expediente de desafectación, todas esas instalaciones pasaran a dichos particulares, incluido el motor de bombeo, etc. Lo alegado por la Corporación local para no cumplir lo pactado se fundamenta en que el agua embalsada fue destinada al abastecimiento y no al riego por un RD de sequía basado en el art. 56 Lag. de 1985, pero como señala el TS eso no es óbice para no respetar el Acuerdo suscrito en aplicación del art. 111 TRRL, o para si hay dificultades para su cumplimiento, sustituir éste por su equivalente económico.

E) Infracciones

Se confirma la STSJ de Murcia impugnada en la **STS de 16 de abril de 2001**, Ar. 4507, al considerarse acertada la decisión de anular la sanción de multa impuesta a un particular por la construcción de un pozo sin autorización [art. 108.b) Lag. de 1985]. En efecto, se trataba de una sanción no conforme a derecho al haber prescrito la infracción en virtud de los arts. 132 Ley 30/1992, y 327 RDPH (modificado por RD 1771/1994, de 5 de agosto). Además, el procedimiento había caducado por haber transcurrido más de un año desde su incoación hasta su resolución, vulnerando el art. 332 RDPH (modificado por RD 1771/1994).

F) Obras hidráulicas: expropiación

Al controvertido caso Itoiz alude la **STS de 31 de marzo de 2001**, Ar. 5752, pero en esta ocasión el conflicto planteado es en relación al tema expropiatorio. El defecto aducido por los recurrentes y que acoge la Sentencia de instancia sobre iniciación del expediente de expropiación por acuerdo del Gobierno de Navarra de 7 de noviembre de 1990, con ausencia de la declaración de utilidad pública que exigen los arts. 9 y 10 LEF debe entenderse subsanado si se tiene en cuenta que: primero, en nuestro derecho aquélla se considera implícita en los Planes de obras de las Administraciones territoriales, y en este supuesto se aprobó el correspondiente Proyecto de la presa de Itoiz por el MOPU el 2 de noviembre de 1990 cumpliéndose ese requisito de validez, y segundo, la exigencia de que toda obra pública hidráulica de interés general sea aprobada por Ley como en ese momento prescribía el art. 44 Lag. de 1985 queda cumplido posteriormente con la aparición de la Ley 22/1997, de 8 de julio, con lo que el requisito de eficacia de que adolecía el expediente expropiatorio ha quedado purgado con ello, quedando legitimada plenamente la expropiación llevada a cabo.

G) Regadíos: denegación de concesión

Se estima correcta por la **STS de 5 de julio de 2001**, Ar. 6153, la denegación de una concesión de aguas subterráneas solicitada en 1998 para la transformación de secano a regadío de más de 24 hectáreas, debido a que el peticionario contaba con una autorización de la CH del Júcar dada en 1995 al amparo del art. 52.2 Lag. de 1985, para la extracción de 3.000 m³/año, con destino exclusivamente para uso doméstico, y porque los criterios para una explotación sostenible del acuífero Mancha Oriental establecidos en el art. 32.4 de la Normativa del PHC correspondiente impedían lo solicitado.

H) Régimen económico-financiero

Apelando a jurisprudencia anterior (v.gr. STS de 26 de febrero de 2000, crónica XII.3.E del núm. 9 de *Justicia Administrativa*) el TS en la **Sentencia de 5 de mayo de 2001**, Ar. 5365, señala que las liquidaciones giradas por la CH del Segura en concepto de canon de regulación a la entidad “Juzgado de Aguas del Azud de Alfeitami” son procedentes. En efecto, dado que los recurrentes se benefician de determinadas obras de regulación, deben abonar las exacciones discutidas, no siendo un motivo de exención el que se trate de regadíos tradicionales (los existentes antes de 1933). Del art. 5 del Decreto de 25 de abril de 1953 no se deduce que queden liberados de lo preceptuado en el Decreto 144/1960 relativo al canon de regulación. En un similar sentido, se encuentra la **STS de 16 de mayo de 2001**, Ar. 6016.

De otro lado, la **STS de 11 de mayo de 2001**, Ar. 6014, se refiere a la incorrección de las liquidaciones giradas a varias Comunidades de Regantes para 1985, ya que recordando jurisprudencia anterior (SSTS de 17, 18 y 19 de junio de 1998, crónica XII.3.F del núm. 3 de esta Revista) se afirma que cuando se trata de un pantano como el de Loriguilla construido con arreglo al procedimiento de “ejecución por cuenta exclusiva del Estado” previsto en el art. 12 de la LOH de 1911 (precepto que no prevé ningún régimen de

aportación por los regantes al coste de las obras, sino que sólo hace alusión a las tarifas progresivas que se fijen) no cabe incluir en las mencionadas liquidaciones la partida contenida en el art. 4.a) del Decreto 133/1960, de 4 de febrero (aportación de los usuarios al coste de las obras específicas de regadío, y de regulación). De semejante significado es la STS de 14 de mayo de 2001, Ar. 6015.

Sobre el canon de vertido versan las SSTs de 9 de abril y 1 de junio de 2001, Ar. 5334 y Ar. 6270, respectivamente, en las que siguiendo jurisprudencia anterior (así, SSTs de 26 de febrero de 2000, crónica XII.3.E del núm. 9 de *Justicia Administrativa*; de 31 de mayo de 2000, crónica XII.3.D del núm. 10 de esta Revista; y de 10 de febrero de 2001, crónica XII.3.E del núm. 13 de *Justicia Administrativa*) se pone de relieve que no es posible anular las liquidaciones en concepto de canon de vertido que se discuten en cada litigio, fundando dicha pretensión en la ilegalidad del art. 295.3 RDPH, y en que este precepto no respeta lo contenido en el art. 105 Lag. de 1985, vulnerándose por consiguiente el principio de jerarquía normativa. En efecto, ese argumento no puede prosperar pues el hecho de que en ese momento no se hubiese aprobado aún el PHC correspondiente a que alude el art. 105 Lag., no puede impedir la exigencia del canon de vertido, pues la mención “en su caso” contenida en ese precepto legal, conlleva la necesidad de aplicar transitoriamente el valor de unidad de contaminación fijado en el art. 295.3 RDPH, sin que por ello se infrinja el principio de reserva de Ley.

También sobre el canon de vertido, la STS de 8 de junio de 2001, Ar. 6274, recordando decisiones judiciales previas (SSTs de 6 de noviembre y de 16 de diciembre de 1999, crónica XII.3.G del núm. 8 de *Justicia Administrativa*), llega a la conclusión de que la liquidación girada a una empresa en el ejercicio 1988 es conforme a derecho, y por tanto se rechaza el argumento de que la Orden de 23 de diciembre de 1986 vulnera el principio de reserva de Ley y el de jerarquía normativa, pues la obligación de satisfacer el canon surge por los arts. 92 y siguientes Lag. de 1985 en conexión con el art. 105 Lag., 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.

I) Sequía y medidas extraordinarias. Indemnizabilidad

La STS de 23 de mayo de 2001, Ar. 5414, pone de relieve que la merma de producción hidroeléctrica sufrida por Iberdrola, S.A. durante dos meses de 1992, como consecuencia de la aplicación de un Acuerdo de la CH del Júcar –adoptado en virtud de un RD de medidas extraordinarias (art. 56 Lag.)– que permitió el travase de 20 Hm³ del embalse de Alarcón hacia el Acueducto Tajo-Segura con destino a riegos, posee carácter indemnizable. Aunque los arts. 53.2 y 56 Lag. de 1985 se refieren a supuestos diferentes, en este litigio son compatibles, debiendo corresponder el abono de la compensación económica al Sindicato Central de Regantes del Acueducto, al ser la entidad beneficiaria de la medida de urgencia que se adoptó y que causó perjuicios a la empresa citada.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

J) Sociedades estatales para la construcción y explotación de obras hidráulicas: audiencia a Comunidades Autónomas en su creación

Según el art. 158.5 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre (después art. 132 TR de Lag.) se autoriza al Consejo de Ministros para la constitución de sociedades estatales que tengan por objeto la construcción y explotación de obras públicas hidráulicas. Precisamente en la **STS de 16 de abril de 2001**, Ar. 4486, se resuelve un recurso interpuesto por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 17 de julio de 1998 que autoriza la creación de “Aguas del Júcar, S.A.” Lo argumentado por la parte recurrente acerca de la falta de audiencia a la CH del Júcar, y a la propia CA en el procedimiento seguido para la adopción del acuerdo no es atendible, pues estamos ante una decisión de política económica que compete exclusivamente al Consejo de Ministros (art. 6.3 LGPria), y que si bien precisa respetar unos hitos procedimentales para la formación de su voluntad, éstos no pueden ser tan estrictos como los exigidos a un acto administrativo ordinario.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde

El ejercicio de la potestad administrativa de deslinde (determinado de oficio por la propia Administración o impulsado por particulares interesados que, de hacerlo con posterioridad a aquélla, verán acumulada su petición al expediente ya en marcha, **STS de 9 de abril de 2001**, Ar. 4504) tiene, como obvia intención, la de delimitar la condición jurídica de los bienes sobre los que se despliega. Bienes que, caso de ser declarados integrantes del demanio marítimo, se consideran de posesión y titularidad estatal, constituyendo además la resolución aprobatoria de aquél 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 (**STS de 5 de julio de 2001**, Ar. 5022). 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 (**STS de 9 de abril de 2001**, Ar. 5837).

Hay que tener en cuenta, asimismo, que durante la tramitación del procedimiento de deslinde queda suspendido el otorgamiento de cualquier concesión y autorización administrativa sobre los terrenos objeto del mismo, y ello en tanto no se produzca la resolución definitiva que le ponga fin (**STS de 20 de junio de 2001**, Ar. 5575).

B) Recuperación de oficio

Frente a usurpaciones de bienes de dominio público marítimo llevadas a cabo por particulares, la Administración del Estado, en cuanto que titular y como modo permanente de tutela de la demanialidad, debe ejercitar la potestad de recuperación de oficio. Esta potestad le habilita para recuperar, en cualquier tiempo, la posesión de los bienes así categorizados, con mayor facilidad si existe una total ausencia de aquiescencia administrativa (SSTS de 23 y de 25 de julio 2001, Ar. 5888 y 5897) o un exceso en la extensión concedida por un título otorgado a precario y, como tal, sometido a las exigencias de interés general (STS de 11 de mayo de 2001, Ar. 4725, FJ 3º).

C) Uso privativo y concesión

El uso privativo del demanio marítimo-terrestre requiere, para su realización efectiva, la previa obtención de una concesión por parte del poder público titular del mismo. Concesión que, una vez caducada (entre otras causas, por incumplimiento de las condiciones en ella determinadas, tales como la extensión prefijada de la superficie a aprovechar, STS de 11 de mayo de 2001, Ar. 4725, FFJJ 2º y 4º), determina la cesación de cualquier relación jurídica entre el cesionario y los terrenos y, como consecuencia, la plena libertad de la Administración —a la que han revertido los mismos— de decidir sin indemnización la demolición de edificaciones allí existentes (STS de 23 de febrero de 2001, Ar. 4073).

El otorgamiento de aquel título administrativo lleva anudado, obviamente, el pago de un canon concesional por el aprovechamiento demanial (artículo 81 de la Ley de Costas); canon que responde a la naturaleza jurídica de tasa. El desacuerdo con la liquidación del mismo obliga al sujeto pasivo a interponer una reclamación económico-administrativa con carácter antecedente al acceso a la vía jurisdiccional contenciosa —en cuanto que presupuesto procesal previo—; requisito no atendido en el supuesto resuelto por la STS de 8 de mayo de 2001, Ar. 6710, en la que se declara la inadmisibilidad del recurso judicial y la retroacción de actuaciones.

Por su parte, la realización de un uso común especial —no excluyente del aprovechamiento demanial por el resto de particulares, pero sí restrictivo del mismo en atención a las especiales circunstancias de intensidad que concurren en él— demanda la expedición de una previa autorización administrativa. Autorización que, aún obtenida, sólo podía —de acuerdo con la legislación anterior—, justificar una prescripción adquisitiva en aquellos supuestos en los que la actividad realizada era considerada como “industria marítima”, lo que no concurre, a entender de la STS de 1 de junio de 2001, Ar. 5717, en el caso del alquiler de embarcaciones. Hoy, indudablemente, la imprescriptibilidad del dominio público costero enerva de raíz cualquier planteamiento en el sentido apuntado.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

D) Infracciones y sanciones

La realización de construcciones no autorizadas en zona de dominio público marítimo-terrestre y, concretamente, en las playas, es prohibida expresamente por los artículos 90 y 91 de la Ley de Costas, que la consideran como infracción grave, más aún cuando no cabe legalización posible de las mismas (**STS de 6 de julio de 2001**, Ar. 6158). Por esta razón, es plenamente ajustada a derecho la exigencia, en tanto que sanción, de su demolición y la reposición de las cosas a su primitivo estado (**SSTS de 18 de abril y de 10 de mayo de 2001**, Ar. 4510 y 4724, respectivamente).

En análogo orden de consideraciones, hay que tener en cuenta que es doctrina constitucional consolidada la afirmación de la incompetencia de la Administración costera estatal para imponer sanciones en zona de servidumbre de protección en tanto corresponda a la Comunidad Autónoma el otorgamiento de autorizaciones en la misma. La misma vuelve a ser recordada por la **STS de 11 de mayo de 2001**, Ar. 4277.

E) Limitaciones sobre las propiedades colindantes

La existencia de limitaciones sobre la propiedad privada contigua al demanio marítimo con el fin de cumplimentar necesidades públicas pero, sobre todo, con el de su salvaguardia, es lugar común en la normativa costera. Un ejemplo típico de estas limitaciones es la prohibición de realizar, en zona de servidumbre de protección —extensiva a una franja de terreno de 100 metros medida tierra adentro desde el límite interior de la ribera del mar (artículo 23.1 de la Ley de Costas)—, obras y actividades que puedan poner en peligro la integridad de aquél. En este sentido, el artículo 25.1.a) de la misma norma establece que en esta zona sólo se permitirá, con carácter ordinario, la realización de obras, instalaciones y actividades que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre, así como las instalaciones deportivas descubiertas. Al margen de éstas, sólo en casos excepcionales y debidamente justificados podrán autorizarse obras y actividades distintas; excepcionalidad y justificación que no concurren en el supuesto enjuiciado por la **STS de 16 de julio de 2001**, Ar. 5866, en el que se pretendía la nueva construcción de una vivienda particular, lo que colisiona con la prohibición general de realizar en la misma edificaciones destinadas a residencia o habitación.

F) Titularidad y competencias sobre el demanio marítimo

El hecho de que el demanio marítimo sea estatal no ha de identificarse, en ningún momento, con la indisposición por parte de Comunidades Autónomas y Municipios de competencias que les permitan actuar sobre el mismo. Antes al contrario, tal y como fue reconocido en su momento por la Sentencia del Tribunal Constitucional 149/1991, de 4 de julio, sobre la Ley de Costas, tanto unas como otros disponen de habilitaciones en este sentido.

Concretamente, en el caso de las primeras, es la contemplación que de la cuestión hagan sus Estatutos de Autonomía la que servirá de medida para determinar su alcance, pudien-

do en este punto, incluso, plantearse disputas competenciales entre Comunidades vecinas, que pueden sentir invadidas sus atribuciones mediante actuaciones respectivas. Es el caso del conflicto positivo de competencias resuelto por la **STC 195/2001, de 4 de octubre** (BOE núm. 266, de 6 de noviembre), en el que el Alto Tribunal considera que las posibles repercusiones que una obra portuaria realizada íntegramente en territorio gallego pudiera tener sobre la zona asturiana de la ría del Eo han de solventarse jurídicamente ante el orden contencioso-administrativo, siendo en realidad un asunto ajeno al cauce procesal del conflicto constitucional de competencias por no suponer la actividad concreta, en cuanto tal, invasión, menoscabo o condicionamiento para el ejercicio de las competencias invocadas por el Principado de Asturias.

Por su parte, y en lo que respecta a los Municipios, es sabido que éstos tienen a su cargo importantes encomiendas en relación con el planeamiento urbanístico; planeamiento que, de afectar al demanio marítimo, impone la intervención —a través de informe preceptivo y vinculante en la medida en que obste el ejercicio de facultades propias— de la Administración costera. Así lo recuerdan las **SSTS de 7 y de 21 de junio de 2001**, Ar. 5783 y 5578, respectivamente, rechazando que la procedencia a una reparcelación sea el “Plan o Norma” que, de acuerdo con la Ley de Costas, justifica tal intervención, tratándose como se trata, meramente, de un instrumento de ejecución del planeamiento.

G) Puertos

Las infraestructuras portuarias, en cuanto que vinculadas al dominio público marítimo-terrestre, participan de su naturaleza demanial. Esto significa, entre otras cosas, que el uso y disfrute privativo de las mismas está supeditado a la obtención de una previa concesión administrativa; concesión cuyo otorgamiento corresponde al órgano competente en el momento de dictar la resolución en que la misma consiste, y siempre con todas las garantías que deben acompañar a los procedimientos administrativos (**STS de 20 de julio de 2001**, Ar. 5885). Asimismo, y teniendo en cuenta que los puertos se emplazan siempre en un término municipal, será lógico colegir la participación de las Entidades locales en la valoración de las obras que en los mismos se lleven a cabo, singularmente cuando éstas no vengan afectas a actividades estrictamente portuarias —en cuyo caso, y según ha manifestado el Tribunal Constitucional, quedarían exentas de la obtención de licencia urbanística local— y por ende deban, como toda infraestructura, procurarse el título administrativo reseñado y abonar el impuesto sobre construcciones, instalaciones y obras (**STS de 9 de junio de 2001**, Ar. 6276).

La asunción por un nuevo organismo público —la Junta de Puertos— de las competencias y bienes ostentadas hasta el momento por un Consorcio y la problemática que este traspaso plantea son analizadas por la **STS de 26 de junio de 2001**, Ar. 6690. En este sentido, determina el Tribunal que la razonable compensación debida a aquel segundo por la cesión realizada debe venir, en todo caso, precedida por un inventario general que determine el verdadero valor de las transferencias producidas; inventario que, en este caso concreto, no ha sido llevado a cabo y, es más, ni siquiera impulsado por el Consorcio

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

recurrente que, de esta manera, se precipita en la interposición de la reclamación administrativa previa y la subsiguiente exigencia judicial de aquélla. Como yerra también planteando una exigencia de responsabilidad patrimonial a la Junta de Puertos, en la medida en que no concurren ninguna de las causas que justifican la misma: ni hay lesión en los bienes y derechos de los particulares como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, ni existe un daño evaluable, efectivo e individualizado con relación a una persona o grupo de personas causado por la actividad administrativa.

H) Pesca y cultivos marinos

La propia importancia económica de la actividad pesquera requiere, entre otras cosas, la elaboración de censos de empresas dedicadas a la realización de la misma. Tal es el caso de los arrastreros congeladores a los que se refería la Resolución de la Secretaría General de Pesca Marítima de 3 de abril de 1990, en la que se establecían los criterios a seguir para confeccionar los mismos. Criterios que, por su indudable naturaleza de regulación con vocación de permanencia que pasa a formar parte del ordenamiento jurídico, así como por tratarse de un manifiesto desarrollo de las previsiones contenidas en el Real Decreto regulador de la Ordenación de la Actividad Pesquera Nacional, debieran haber sido recogidos en una norma de carácter general emanada del Ministro (**STS de 14 de mayo de 2001**, Ar. 4250).

Un modo muy tradicional de agremiación de los profesionales de la actividad pesquera han sido las Cofradías de Pescadores, sobre cuya naturaleza jurídica se pronuncia la **STS de 17 de julio de 2001**, Ar. 5034. De acuerdo con el pronunciamiento jurisprudencial indicado, tal naturaleza no es otra que la de corporaciones de derecho público, dotadas de personalidad jurídica y capacidad de obrar para el cumplimiento de los fines y el ejercicio de las funciones que les están encomendadas, que actúan como órganos de consulta y colaboración con la Administración en la promoción del sector pesquero, que representan intereses económicos y corporativos de los profesionales del sector –sin perjuicio de la representación que poseen las organizaciones de empresarios y trabajadores de la pesca– y que pueden desarrollar, asimismo, actividades propias de organización y comercialización de la producción en el sector pesquero, del marisqueo y de la acuicultura. Por esa propia naturaleza corporativa, son sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, si bien están incluidas en el régimen de las parcialmente exentas; exención que no alcanza al supuesto concreto que se dilucida en la Sentencia indicada, debiendo por ende tributar por los rendimientos derivados del ejercicio de explotaciones económicas –todos aquellos que, procediendo del trabajo personal y del capital conjuntamente, o de uno solo de estos factores, supongan por parte del sujeto pasivo la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y de recursos humanos o de uno o ambos con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes y servicios (FJ 5º).

Finalmente, ha de comentarse la importante cuestión de la parada biológica que, en ocasiones, se impone al ejercicio de la actividad pesquera, en la medida en que viene demandada por la protección cuantitativa y cualitativa de las especies piscícolas. Estas paradas biológicas pueden justificar la suspensión de relaciones laborales, y así lo recuerda la **STS de 16 de julio de 2001**, Ar. 6761.

5. CARRETERAS

A) Autopistas de peaje: modificación de las condiciones de la concesión

En este ámbito, es preciso destacar la **STS de 30 de abril de 2001**, Ar. 4719, que se refiere a una cuestión de actualidad en los últimos años, tras las reformas de la Ley de autopistas de 1972 llevadas a cabo a partir de 1996. En concreto, en el presente supuesto se analiza la conformidad a derecho del RD 2346/1998, de 23 de octubre, que modificó las cláusulas de la concesión de autopistas de la que es titular la empresa ACESA, y que a su vez aprobaba un convenio suscrito entre ésta y las Administraciones estatal y autonómica catalana. La recurrente es la Federación de Municipios de Cataluña, a quien el Tribunal Supremo desestima su recurso presentado.

En el mencionado RD, entre otras medidas, se adoptaba la de reducir el precio del peaje en determinados tramos de las autopistas gestionadas por ACESA a cambio de prorrogar el plazo concesional. En relación con ello, el TS considera que no se afecta al equilibrio económico-financiero de la concesión, pues no se vulnera lo establecido en los artículos 25, 25 bis y 30.1 de la Ley de Autopistas de 1972, modificada en este punto por las Leyes 13/1996 y 66/1997.

Por último (FJ 8º), la Sala Tercera establece que la naturaleza jurídica de los peajes abonados por los usuarios de las autopistas no es la de tasa o precio público (en el sentido del art. 31.3 de la Constitución), sino la de una tarifa fijada por la Administración como un precio para remunerar a quien presta el servicio en régimen de derecho privado, que tiene además un componente negocial (art. 14 de la Ley de Autopistas y cláusulas 39 a 45 del Pliego general de 1973).

B) Autorizaciones: diversas cuestiones

En relación con esta materia, debe citarse en primer término la **STS de 4 de julio de 2001**, Ar. 5402, que confirma la decisión del Tribunal de instancia y da la razón a un particular, a quien la Administración del Estado denegó una autorización para construir un depósito de agua con caseta-bomba junto a una carretera nacional.

En este caso resulta determinante establecer el tipo de vía en el que se pretendía construir el depósito (autovía, vía rápida o carretera convencional), pues la línea límite de edificación a la que se refiere el art. 25 de la Ley de Carreteras de 1988 varía en uno o en otro caso. Y aunque técnicamente el tramo podría ser calificado de “autovía” (donde la línea límite de edificación es más amplia y, por tanto, la autorización aquí solicitada debería en ese caso haber sido denegada), sin embargo la Administración no ha acreditado suficientemente que legalmente exista tal carácter. De ahí que el TS estime que deba considerarse al tramo objeto de controversia como “carretera convencional”, en vista de las pruebas practicadas en la primera instancia, por lo que estima que la autorización denegada debió en su momento ser concedida.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Por otra parte, destaca la **STS de 12 de julio de 2001**, Ar. 5028, que se refiere a un supuesto de autorizaciones otorgadas por la Administración del Estado a una empresa para realizar obras de cruce de cable eléctrico de baja tensión en varias carreteras nacionales, en las que se incluía una cláusula por la que la Administración establecía, entre otros aspectos, que la modificación, suspensión o extinción de la autorización (que se otorgaba a precario) no daría lugar a indemnización alguna. El TSJ de Aragón anuló esta cláusula, aspecto que ahora confirma el Tribunal Supremo, al considerar que, en efecto, en supuestos como éste sí que existe derecho a indemnización, tal y como se desprende de los arts. 132.1 y 106.2 de la Constitución, art. 126 de la Ley de Patrimonio del Estado y art. 7 de la Ley 10/1966, de expropiación forzosa en materia de instalaciones eléctricas (y concordantes de su Reglamento, aprobado por Decreto 2619/1966).

C) Infracciones y sanciones

En este punto, debe mencionarse la **STS de 9 de abril de 2001**, Ar. 4299, que desestima el recurso de casación interpuesto por la Diputación Foral guipuzcoana contra la Sentencia de 5 de mayo de 1994 del TSJ del País Vasco. En esta última se anuló la decisión de la Diputación Foral de imponer una sanción de ocho millones de pesetas a una empresa por infracción del artículo 31.4.g) de la Ley estatal de Carreteras de 1988, que sanciona la colocación de carteles publicitarios en los lugares visibles desde la zona de dominio público de las carreteras (y cuya prohibición se establece en el art. 24.1 de esta misma Ley). En este caso debe prevalecer lo establecido en la Ley de Carreteras de 1988 sobre lo dispuesto en el entonces también vigente Reglamento de carreteras de 1977. Y como se trataba de un tramo urbano (según la definición de éste en el art. 37 de la citada Ley de Carreteras de 1988), la prohibición de realizar publicidad no debe aplicarse, por lo que no existe infracción en este caso.

Por otra parte, también se refiere a un supuesto sobre instalación de publicidad la **STS de 30 de mayo de 2001**, Ar. 4965, con los mismos protagonistas procesales que la Sentencia citada en el párrafo anterior. En esta ocasión, y por los mismos motivos, se vuelve a dar la razón a la empresa demandante en primera instancia y se confirma la anulación por el TSJ del País Vasco de la sanción impuesta por la Diputación Foral de Guipúzcoa. Se resuelve aquí un recurso de casación para la unificación de la doctrina.

6. MONTES

En relación con esta materia, debe comentarse en primer lugar la **STS de 28 de junio de 2001**, Ar. 5743, relativo a un supuesto de montes vecinales en mano común, donde se confirma la decisión del TSJ de Galicia. Este último había estimado el recurso presentado por una Comunidad de Montes vecinales contra la decisión de la Administración autonómica de realizar el deslinde de un monte vecinal en mano común perteneciente a aquélla. El punto controvertido se refiere a la exclusión en el acto de deslinde de varias fincas que el Jurado de Calificación del monte vecinal había incluido dentro de éste, pero que la Junta de Galicia estima que pertenecen a unos particulares. Y aunque se trata de una cuestión civil (la relativa a la titularidad de estas fincas) sin embargo los actos reali-

zados por la Comunidad de Montes, su Jurado de Calificación y por la Administración sí son susceptibles de ser juzgados en vía contencioso-administrativa, por lo que se estima que la Junta de Galicia debió incluir las citadas fincas en su acto de deslinde. En el presente caso se aplican el art. 12 de la Ley estatal de 1980 sobre montes vecinales en mano común, los arts. 53 de la Ley gallega sobre esta materia de 1980 y concordantes de la de 1989, y también el art. 11 del Reglamento estatal de montes de 1962.

Por último, en la **STS de 2 de julio de 2001**, Ar. 6072, se confirma la decisión del TSJ de Castilla-La Mancha, que consideró conforme a derecho la denegación por la Administración autonómica de la solicitud de exclusión de una finca del régimen común de pastos, hierbas y rastrojeras. La empresa recurrente entendía que no se reunían los requisitos establecidos en el art. 58 del Decreto de 6 de junio de 1969. Pero esta pretensión es desestimada en vía judicial, pues se considera que a pesar de que la finca tenía una extensión superior a las 150 hectáreas (necesarias para sustentar el rebaño base), sin embargo no se encontraba bajo una misma linde, como se exige en el citado precepto.

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) En materia de residuos: incumplimiento de obligaciones por los Estados y normas relativas al traslado de residuos. B) Cuestiones relativas a las especies amenazadas de extinción. Aplicación en la Comunidad Europea del Convenio de Washington. C) Protección de los animales utilizados para experimentación y fines científicos. En especial, los requisitos del sistema sancionatorio de los Estados. D) Protección de las aguas de baño y contaminación con nitratos. **3. Actividades clasificadas.** A) Autorización de establos en el interior de las ciudades incrementando los niveles básicos de protección medioambiental preservados con la prohibición de establecimiento del artículo 13 del RAC. B) Extensión del concepto de industria fabril del artículo 4 del RAC a una granja de engorde de pollos. C) No aplicación de las limitaciones de emplazamiento del artículo 4 del RAC a una actividad de carpintería y serrería. D) El traslado de una explotación pecuaria exige disponer de previa licencia en el nuevo emplazamiento. E) Denegación de licencias por razones urbanísticas al amparo del artículo 30.1 del RAC. F) El informe de la comisión municipal de gobierno dictado al amparo del artículo 30.2.c) del RAC es un acto de trámite no recurrible. G) Alcance del informe de la Comisión de Actividades Clasificadas. H) A vueltas con el silencio positivo del artículo 33.4 del RAC. I) La introducción de nuevas medidas correctoras puede exigirse en cualquier momento durante toda la vida de la actividad clasificada. J) La competencia originaria para ordenar el cese temporal de una actividad clasificada corresponde al Alcalde (art. 6 del RAC). K) La instalación de una terraza de verano en zona portuaria requiere de previa licencia de actividad clasificada. L) Cierre de vaquería instalada en el casco urbano sin licencia. M) Cierre de sala de baile que funcionaba con una simple licencia de espectáculos desde 1949. **4. Fauna. Especies protegidas. Caza. Competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para fijar los períodos hábiles de caza de las aves migratorias. 5. Aguas continentales: vertidos. 6. Aguas marítimas.** A) Vertidos. B) Puertos.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia aparecida desde octubre de 2001 hasta enero de 2002 inclusive; la ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi de 2001 desde la Sentencia 4051 hasta la 6975, y la Constitucional desde la Sentencia 190/2001, de 1 de octubre, hasta la 11/2002, de 17 de enero.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

Particularmente rica en temas y aportaciones se presenta la jurisprudencia comunitaria que debemos comentar en esta entrega como se va a observar inmediatamente.

A) En materia de residuos: incumplimiento de obligaciones por los Estados y normas relativas al traslado de residuos

Diversas Sentencias del Tribunal de Justicia constatan incumplimientos por parte de los Estados de las obligaciones que les fijan las diversas Directivas que son agrupables en este ámbito. Así, la **Sentencia de 11 de diciembre de 2001**, Sala Primera, recaída en el asunto C-376/00, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas y a la República italiana declara, simplemente, que este Estado no ha cumplido las obligaciones periódicas de información (relativas a los años 1995-1997) que impone el art. 18 de la Directiva 75/439/CEE, relativa a la gestión de aceites usados, modificada por la Directiva 91/692/CEE.

Por su parte, la **Sentencia de 15 de enero de 2002**, Sala Primera, recaída en el asunto C-196/2001, que opone a la Comisión y al Gran Ducado de Luxemburgo, indica que este país ha incumplido la Directiva 75/442/CEE del Consejo, relativa a los residuos, (modificada por la Directiva 91/156/CEE) y la Decisión 94/3/CE, en cuanto que la transposición al derecho interno del Catálogo Europeo de Residuos aprobado por la Decisión citada en aplicación del art. 1.a) de la Directiva 75/442/CEE se ha hecho por circular interna, que no obliga a terceros e introduciendo, además, una nomenclatura propiamente luxemburguesa que difiere de la comunitaria.

La **Sentencia de 24 de enero de 2002**, Sala Segunda, recaída en el asunto C-446/99, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas y a la República italiana, declara el incumplimiento de este Estado de una serie de Directivas en materia de residuos (art. 7 Directiva 75/442/CEE, relativa a los residuos, modificada por la Directiva 91/156/CEE, art. 6 de la Directiva 91/689/CEE, relativa a residuos peligrosos y art. 14 de la Directiva 94/62/CE, relativa a los envases y residuos de envases. El supuesto común de incumplimiento es la falta de comunicación de Planes de gestión de envases y residuos de envases de todas las Regiones italianas y de Planes de gestión y de eliminación de residuos y de residuos peligrosos de las regiones de Sicilia y Basilicata. En el procedimiento previo,

la República Italiana consiguió que los primitivos reproches de la Comisión (incumplimientos en todos los casos de todas las Regiones) quedaran centrados en las regiones indicadas en el supuesto de los residuos peligrosos. No se hizo cuestión por la República italiana, en ningún caso, de la hipotética responsabilidad en ello de las regiones.

En la **Sentencia de 24 de enero de 2002**, Sala Segunda, recaída en el **asunto C-35/00**, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, se declara el incumplimiento de este país de la Directiva 75/442/CEE, relativa a los residuos, del art. 6 de la Directiva 91/689/CEE relativa a los residuos peligrosos y del art. 14 de la Directiva 94/62/CE relativa a los envases y residuos de envases. En todos los casos se constata que los planes de gestión enviados por el Reino Unido no abarcan el conjunto del territorio nacional haciéndose un caso aparte de Gibraltar, puesto que el Reino Unido ha enviado un plan específico de gestión de residuos sobre Gibraltar y el Tribunal declara que no quiere hacer pronunciamientos respecto a ello, puesto que la aplicación de la Directiva 94/62/CE de envases en relación a Gibraltar es objeto de controversia entre el Reino Unido y la Comisión en otro procedimiento que no se nombra en la Sentencia.

La **Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2001**, en el **asunto C-324/99**, resuelve una cuestión planteada por el Tribunal Administrativo Federal alemán (Bundesverwaltungsgericht), en la que se suscitan al Tribunal comunitario una serie de preguntas sobre la aplicabilidad del Reglamento (CEE) 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea, dada una normativa del Land Baden-Württemberg sobre esa cuestión. El procedimiento administrativo previo conoce de un recurso de la empresa DaimlerChrysler AG contra la aplicación de la normativa del Land. En concreto, esta normativa dispone la obligación de poner a disposición de una Agencia del Gobierno del Land, los residuos producidos para que ésta, cuando se trate de residuos que deban ser incinerados, los entregue según se cumplan determinadas circunstancias a un centro de tratamiento dependiente del Land de Hamburgo con quien Baden-Württemberg ha firmado un convenio de colaboración. La empresa DaimlerChrysler alega que el traslado hasta Hamburgo le ocasiona unos fuertes gastos cada año y que preferiría enviarlos a un centro en Bélgica.

Para apoyar sus pretensiones, DaimlerChrysler dice que la normativa del Land equivaldría a una restricción cuantitativa de las exportaciones que estaría prohibida por el art. 34 del Tratado CEE (en la numeración actual, art. 29). Es decir, que la normativa nacional no sólo debería confrontarse con el Reglamento comunitario sino, en función de ciertas previsiones de éste, con prescripciones generales del mismo Tratado. Ésta es la cuestión básica que se plantea en esta Sentencia y sobre la que gira la más interesante respuesta del Tribunal de Justicia. Para éste, al contrario de lo que alega la empresa, el Reglamento es en sí mismo suficiente y su validez ya fue contrastada anteriormente en una Sentencia (28 de junio de 1994, C-187/93), recaída en un recurso de anulación interpuesto por el Parlamento europeo contra el Reglamento. En concreto se resaltó la voluntad garantizadora del medio ambiente de este Reglamento y que cumplía los objetivos básicos de la política de medio ambiente en materia de residuos, como son los prin-

cipios de proximidad, prioridad de valorización y autosuficiencia a nivel comunitario y nacional. No hay nada, por tanto, que contrastar con las normas aducidas del Tratado CEE que no se relacionan con la política medioambiental. Eso supone que es plenamente adecuada la normativa del Land Baden-Württemberg al Reglamento controvertido.

Ahora bien, en algunas otras cuestiones secundarias se producen interpretaciones del derecho nacional (el del Land) que favorecen las pretensiones de DaimlerChrysler. Por ejemplo, se indica en la Sentencia que no es adecuado que en los supuestos en que los residuos producidos en el propio país puedan entregarse a un centro de tratamiento de otro país, se exija que su eliminación cumpla los requisitos ambientales del Estado de expedición. Estas prescripciones nacionales incumplirían los principios de proximidad, prioridad de valorización y autosuficiencia. Finalmente, tampoco se permite por el Tribunal de Justicia que el derecho nacional introduzca normas procedimentales (notificación relativa a la oferta de residuos con sus propias formalidades y plazos) previas a las propias normas procedimentales del Reglamento sobre esta cuestión.

B) Cuestiones relativas a las especies amenazadas de extinción. Aplicación en la Comunidad Europea del Convenio de Washington

La Sentencia del Tribunal de Justicia, de 23 de octubre de 2001, Sala Primera, recaída en el asunto C-510/99, resuelve una cuestión planteada por un Tribunal de Grenoble (Francia) que sigue contra un ciudadano francés un procedimiento penal, para que se resuelvan unas preguntas sobre la interpretación de los arts. 30 y 36 del Tratado CE (actualmente 28 y 30), y de diversos artículos del Reglamento (CEE) núm. 3626/82 del Consejo, de 3 de diciembre de 1982, relativo a la aplicación en la Comunidad del Convenio sobre el comercio internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestres, del Reglamento (CE) núm. 338/97 del Consejo, de 9 de diciembre de 1996, relativo a la protección de especies de la fauna y flora silvestres mediante el control de su comercio, así como de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora silvestres celebrada en Washington el 3 de marzo de 1973.

El problema de fondo es la observación en el derecho francés de unas normas muy rígidas que prohíben de manera general cualquier utilización comercial de especímenes nacidos y criados en cautividad lo que tiene sus consecuencias en la persecución penal que está sufriendo ante el Tribunal de Grenoble un ciudadano que se dedica al comercio de especies incluidas en esa normativa. La interpretación del Tribunal de Justicia es que el derecho comunitario especificado en el párrafo anterior no se opone a la posibilidad de que un Estado introduzca prescripciones que incluyan esas prohibiciones generales en relación a las especies que se enumeran en el anexo I de la Convención de Washington (las más amenazadas). Ahora bien, es posible la utilización comercial en relación a las especies mencionadas en el anexo II (las que no se hallan en peligro de extinción) de la Convención o en el anexo B del Reglamento 3626/82, excepto que se hayan violado algunas prescripciones procedimentales reguladas por el Reglamento 3626/82. En general, los Reglamentos mencionados se opondrían a una prohibición general en un Estado

miembro de la utilización comercial de especímenes importados de otros Estados miembros y mencionados en estos últimos anexos, si los objetivos de protección pudieran cumplirse de manera igualmente eficaz con medidas menos restrictivas de los intercambios comunitarios.

C) Protección de los animales utilizados para experimentación y fines científicos. En especial, los requisitos del sistema sancionatorio de los Estados

La Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 2001, Sala Quinta, recaída en el asunto C-354/99, opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra Irlanda. El tema que se reprocha a Irlanda es el incumplimiento de las obligaciones que le fija la Directiva 86/609/CEE del Consejo, de 24 de noviembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros respecto a la protección de los animales utilizados para experimentación y otros fines científicos. En Irlanda rige sobre el particular una antigua Ley de 1876 modificada en 1994 y la Comisión opina que esa modificación no ha tenido la virtualidad de adaptarla completamente a la Directiva comunitaria. En concreto, se reprocha en primer lugar que el concepto de la Directiva de “experimento” no esté suficientemente definido en la normativa irlandesa que sólo se referiría a situaciones en las que existiera una intención subjetiva de causar un resultado que conllevara dolor. En la normativa comunitaria, sin embargo, los experimentos referidos son aquellos en los que exista una posibilidad objetiva de que causen dolores o sufrimientos, angustia o daños duraderos (por ejemplo, disminución de la esperanza de vida pero sin sufrir dolores). Aunque Irlanda aduce que en la práctica sigue las prescripciones comunitarias, el Tribunal de Justicia conforme a una jurisprudencia tradicional en esta materia, constata que las simples prácticas administrativas “por su propia naturaleza modificables a voluntad de la Administración y carentes de una adecuada publicidad, no pueden considerarse una ejecución válida de la obligación de adaptar el Derecho nacional a las directivas” (punto 28).

Igualmente se constatará la ausencia de designación de una autoridad nacional competente para autorizar la puesta en libertad de un animal o la falta de procedimientos de notificación previa a una autoridad competente de los experimentos o de los datos relativos a las personas que los realizan. En relación a la falta de un sistema de sanciones adecuado si se incumplieran los requisitos de la Directiva, el Tribunal constata la falta de tipificación de determinadas infracciones administrativas correspondientes a los objetivos de la Directiva y que las multas reguladas no son eficaces, proporcionadas ni disuasorias. En este tema es adecuado recordar los principios de una jurisprudencia comunitaria sobre el particular que, en los términos del punto 46 de la Sentencia, consiste en que “cuando una normativa comunitaria no prevé sanciones específicas en caso de infracción de sus disposiciones o se remite, en este punto, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales, el artículo 5 del Tratado obliga a los Estados miembros a adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho Comunitario. Con este fin, los Estados miembros, aunque conservan una facultad discrecional en cuanto a la elección de las sanciones, deben velar por que las infracciones de la normativa comunitaria sean sancionadas en condiciones de fondo y de procedimiento análogas a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional de naturaleza e impor-

tancia similares y que, en todo caso, confieran a la sanción un carácter efectivo, proporcionado y disuasivo”.

D) Protección de las aguas de baño y contaminación con nitratos

La Sentencia del **Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 2001**, Sala Sexta, recaída en el **asunto C-127/99**, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra la República italiana, declara el incumplimiento de Italia de algunas obligaciones fijadas en 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. Ya Italia fue condenada por incumplimiento del art. 12 de esta Directiva (falta de designación de zonas vulnerables) en la Sentencia de 25 de febrero de 1999 (vid. en el núm. 4 de esta Revista), y ahora volverá a tener la misma calificación por no haber establecido programas de acción (art. 5), realizado las operaciones de control previstas en el art. 6 ni presentado el informe que prevé el art. 10.

Finalmente, damos noticia de la **Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2001**, Sala tercera, recaída en el **asunto C-427/00**, que opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y que una vez más constata el incumplimiento de un Estado de la Directiva 76/160/CEE del Consejo, de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño. En este caso es la falta de cumplimiento temporal de la obligación de adecuar esta calidad a los valores límite fijados por la Directiva en su art. 3.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

De las 26 sentencias examinadas hemos extraído la siguiente doctrina.

A) Autorización de establos en el interior de las ciudades incrementando los niveles básicos de protección medioambiental preservados con la prohibición de establecimiento del artículo 13 del RAC

El TS, después de un estudio de la evolución de la doctrina constitucional sobre las bases-desarrollo en materia de medio ambiente y las facultades asumidas por CA al respecto, deduce, como no podía ser de otra manera, en la **STS de 8 de mayo de 2001**, Ar. 4395, que el contenido del RAC tiene carácter básico en los aspectos en que contiene medidas de protección del medio ambiente (FJ. 7º). Y que por lo tanto es susceptible de ser desarrollado por las CCAA, sin que éstas se vean obligadas a reproducir o mantener los requisitos o exigencias concretas establecidas en aquél, siempre, claro está, que el nivel de protección adicional que se logre con los nuevos requisitos o medidas que los sustituyan comporten un nivel de protección medioambiental superior. Finalidad que da cumplimiento a la facultad de las CCAA para dictar normas adicionales de protección como les habilita el artículo 149.1.23 de la CE.

Las anteriores premisas, junto a otros datos fácticos, permiten al TS llegar a la conclusión de que el art. 13 del RAC, aun teniendo carácter básico, no sería aplicable al caso objeto de debate (emplazamiento autorizado por el PGU de Valencia de una hípica en zona calificada como de espacio libre y uso deportivo con amparo en el art. 4 del RAC), siempre que se asegure la inocuidad de ésta mediante el establecimiento de las medidas correctoras adecuadas.

B) Extensión del concepto de industria fabril del artículo 4 del RAC a una granja de engorde de pollos

Reiterando la doctrina contenida en sentencias anteriores con una interpretación que va siendo mayoritaria en el TS éste va a estimar en la **Sentencia de 2 de julio de 2001**, Ar. 6419, el recurso de casación que conducirá a la denegación de la licencia concedida para la instalación de una granja avícola de engorde de pollos a 60 y 100 metros de edificaciones ocupadas por los actores y a 1.100 metros de la zona urbana.

Entiende el TS que es de aplicación al caso la prohibición general de instalación de industrias fabriles de carácter peligroso e insalubre a menos de 2.000 metros del núcleo más próximo de población agrupada contenida en el art. 4 del RAC. Para ello lleva a cabo una interpretación amplia del concepto de industria fabril extendiéndolo a los efectos de su prohibición “a todas aquellas actividades que supongan un tratamiento industrializado de los elementos que constituyen su objeto comercial”, es decir, “a todos aquellos centros en los cuales se someta a tratamiento a los elementos almacenados o depositados en los mismos” (FJ 3º). Aceptando que pueden existir excepciones al amparo de los arts. 4 y 5 del RAC pero que no serían aplicables a un supuesto como el debatido.

Se refuerza esta posición con el amparo de los arts. 43 y 45 de la CE cuando como en el presente no se han establecido medias correctoras eficaces para garantizar la inexistencia de efectos nocivos e insalubres en relación a la existencia a corta distancia de una industria cárnica y de la conducción de agua suministrada a la misma población y su inocuidad (FJ 4º).

C) No aplicación de las limitaciones de emplazamiento del artículo 4 del RAC a una actividad de carpintería y serrería

La **STS de 12 de marzo de 2001**, RA 6600, resuelve el supuesto de solicitud de licencia para una carpintería y serrería a instalar a 60 metros de la vivienda del actor. La sentencia de la primera instancia se pronunció por la denegación de la licencia por entender que le era de aplicación a la industria la limitación de los 2.000 metros establecida en el art. 4 del RAC, aunque admitió que podría autorizarse la actividad aun siendo molesta si se hubieran adoptado las medidas correctoras oportunas, lo que no ha sucedido porque se ha comprobado en período de prueba que el nivel de decibelios es superior al permitido. Entendiendo que la inaplicación del art. 4 depende de que efectivamente no existan unas molestias reales.

No obstante, el TS parece aceptar, salvo defecto de transcripción de la sentencia, que la doctrina que establece la obligatoriedad de los 2.000 metros al próximo núcleo habita-

do podría ser de aplicación a esta actividad calificada como molesta sino fuera porque, además de otros matices, no se ha demostrado que exista un núcleo habitado a menos de esa distancia aunque sí viviendas dispersas. Aunque admite que debe mantenerse el equilibrio entre el derecho de la industria a que se le autorice la actividad y el de los vecinos a no soportar ruidos superiores a los permitidos.

Nos sorprende, al no haberlo visto admitido con anterioridad, que se acepte la posible aplicación de la limitación de los 2.000 metros a esta actividad calificada como molesta y no sólo a las insalubres y peligrosas como parece desprenderse tanto de la redacción literal del art. 4 del RAC como de la interpretación que del mismo se viene haciendo.

D) El traslado de una explotación pecuaria exige disponer de previa licencia en el nuevo emplazamiento

Antes del requerimiento de traslado de una explotación pecuaria hay que seguir el procedimiento establecido en los arts. 29 y siguientes del RAC para determinar si procede o no otorgar la oportuna licencia, en función de que sea o no legalizable el establecimiento ganadero del actor. Así lo ratifica la STS de 23 de julio de 2001, Ar. 6782.

E) Denegación de licencias por razones urbanísticas al amparo del artículo 30.1 del RAC

La licencia del RAC para la instalación de una estación de servicio no puede obtenerse cuando lo impiden las disposiciones del PGOU debiendo ser denegada por el Ayuntamiento al amparo del art. 30.1 de dicho reglamento como sanciona la STS de 8 de junio de 2001, Ar. 5566. En el mismo sentido se pronuncia la STS de 26 de marzo de 2001, Ar. 6609, respecto a la solicitud de licencia para hotel, reconociendo además la facultad del Alcalde para denegar la licencia por dicho motivo en cualquier fase del procedimiento y sin necesidad de dar traslado de la solicitud a la Comisión provincial de actividades (FJ 3º), ya que la apreciación de las razones urbanísticas para la concesión o denegación de licencias de actividades corresponde a la competencia municipal y no a la referida comisión (STS de 12 de enero de 2001, Ar. 4131).

F) El informe de la comisión municipal de gobierno dictado al amparo del artículo 30.2.c) del RAC es un acto de trámite no recurrible

El informe de la comisión municipal de gobierno dictado al amparo del art. 30.2.c) del RAC sobre el emplazamiento y demás circunstancias de la actividad clasificada es un acto de trámite que no decide el fondo del asunto ni genera indefensión, ni impide la continuidad del procedimiento, por lo que no es recurrible y no permite acceder al recurso contencioso-administrativo (STS de 4 de abril de 2001, Ar. 6386).

G) Alcance del informe de la Comisión de Actividades Clasificadas

No es necesaria la existencia del informe de las Comisiones de Actividades Clasificadas para que pueda operar el silencio administrativo regulado en el art. 33.4 del RAC como

confirma la STS de 5 de junio de 2001, Ar. 6349. Pero sí que resulta inexcusable la audiencia de dichas comisiones en el otorgamiento de las licencias de ampliación de todo tipo de actividades reglamentadas por el RAC como es el caso de unificación de las actividades de bar y discoteca (STS de 16 de julio de 2001, Ar. 6759).

H) A vueltas con el silencio positivo del artículo 33.4 del RAC

Reitera de nuevo el TS su doctrina de que no es aplicable el silencio positivo regulado en el RD-Ley 1/1986, de 14 de marzo, sobre política económica, al referirse a licencias ordinarias y no a las sometidas a legislación especial como resulta ser el RAC. Y en los casos examinados además porque no resulta posible adquirir por la vía del silencio administrativo derechos que resulten contrarios al ordenamiento jurídico (SSTS de 11 de mayo y de 26 de marzo de 2001, Ar. 5693 y 6609, respectivamente).

La única manera de considerar otorgada presuntamente una licencia para una actividad clasificada, como resultan ser tanto la producción cementera como la extracción de áridos, es a través del procedimiento regulado en el art. 33.4 del RAC (STS de 2 de julio de 2001, Ar. 5746). Sin que para que opere el silencio allí regulado sea precisa la emisión del informe de la Comisión de Actividades Clasificadas, sino que es suficiente con que se haya remitido el expediente a la citada comisión (STS de 17 de julio de 2001, Ar. 6766) y con el transcurso de los plazos exigidos en dicho artículo antes y después de la doble denuncia de mora (STS de 5 de junio de 2001, Ar. 6349).

I) La introducción de nuevas medidas correctoras puede exigirse en cualquier momento durante toda la vida de la actividad clasificada

El Ayuntamiento tiene potestad suficiente para imponer medidas correctoras durante el período de vigencia de la licencia municipal, máxime cuando se están produciendo molestias que perturban la tranquilidad y el medio ambiente sin que estas medidas tengan carácter sancionatorio (STS de 27 de junio de 2001, Ar. 5741).

J) La competencia originaria para ordenar el cese temporal de una actividad clasificada corresponde al Alcalde (artículo 6 del RAC)

La orden de cierre y precinto de un establecimiento, bar en este caso, hasta que se realicen las obras de insonorización, con retirada temporal de la licencia, corresponde originariamente al Alcalde (art. 6 del RAC), sin perjuicio de la oportuna delegación en otro órgano municipal que deberá ser acreditada (STS de 28 de mayo de 2001, Ar. 6343).

K) La instalación de una terraza de verano en zona portuaria requiere de previa licencia de actividad clasificada

La concesión administrativa de la autoridad portuaria para la instalación de una terraza de verano en zona portuaria se otorga condicionada a la obtención de las licencias procedentes, entre ellas la de actividad clasificada al resultar una actividad molesta por los ruidos y olores que se producen. Siendo posible, dadas las características del caso, el otorga-

miento de una licencia de carácter provisional, pero que, no obstante, no exime de la tramitación del procedimiento correspondiente en el que respeten en todo caso los trámites esenciales de información pública y notificación a los vecinos, y la solicitud del correspondiente informe preceptivo a la Comisión calificadora. Trámites esenciales que garantizan el interés público en la tranquilidad, salubridad y seguridad que se protege mediante la aplicación del RAC y que debe prevalecer, a decir de la Sala, sobre el interés público en un uso accesorio del dominio público (STS de 13 de julio de 2001, Ar. 6757).

L) Cierre de vaquería instalada en el casco urbano sin licencia

La STS de 2 de julio de 2001, Ar. 5745, confirma el acuerdo del Ayuntamiento de Córdoba que decretó el cierre de una vaquería que venía funcionando sin licencia de apertura desde 1969, atendiendo a que no podía tolerarse la existencia de la misma a menos de 2.000 metros del núcleo más próximo de población. Siendo imposible además su legalización al encontrarse dentro del casco urbano y próximo a viviendas, y sin que le fuera aplicable la Disposición Transitoria Segunda del RAC al ser aplicable exclusivamente a las situaciones nacidas con anterioridad a la vigencia del mismo.

M) Cierre de sala de baile que funcionaba con una simple autorización gubernativa de espectáculos desde 1949

Entiende el TS que la licencia de espectáculos otorgada por el Gobernador Civil en 1949 para el funcionamiento de una sala de baile no ampara el funcionamiento de ésta tras la entrada en vigor del RSCL en 1955 y el RAC en 1961, debiendo haberse solicitado licencia municipal con base en la Disposición Transitoria Primera de este último Decreto y, a mayor abundamiento, en la Disposición Transitoria Primera de la Instrucción para la aplicación del RAC de 15 de marzo de 1963 que exigía su homologación, pues la licencia gubernativa carecía de efectos al no cumplirse la reglamentación aplicable (STS de 22 de junio de 2001, Ar. 6069).

4. FAUNA. ESPECIES PROTEGIDAS. CAZA. COMPETENCIA DEL PAÍS VASCO PARA FIJAR LOS PERÍODOS HÁBILES DE CAZA DE LAS AVES MIGRATORIAS

La STS de 21 de mayo de 2001, Ar. 4733, reitera la doctrina contenida en su anterior Sentencia de 5 de marzo de 2001, Ar. 1459, que fue objeto de comentario en el número 14 de esta revista al cual nos remitimos, declarando la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para fijar los períodos hábiles de caza de las aves migratorias siempre que no coincida con la época de su trayecto al lugar de nidificación o de cría.

5. AGUAS CONTINENTALES: VERTIDOS

Conforme al art. 260 RDPH, el Organismo de cuenca puede suspender temporalmente las autorizaciones de vertido o modificar sus condiciones, cuando las circunstancias que

motivaron su otorgamiento se hubiesen alterado o sobrevinieran otras que, de haber existido anteriormente, hubieran justificado su denegación o el otorgamiento en términos distintos. En la **STS de 6 de julio de 2001**, Ar. 6154, se interpreta este precepto en el caso que se resuelve, y en concreto lo discutido es si la suspensión temporal acordada por la CH del Júcar en relación a una autorización provisional de vertido (otorgada en virtud de la OM de 23 de diciembre de 1986) requiere o no del informe preceptivo del Consejo del Agua de la cuenca como dispone con carácter general el art. 261.3 RDPH. El TS afirma que este último informe sólo se precisa en el caso de suspensión temporal de autorización definitiva y no provisional de vertido, por lo que la Resolución impugnada es correcta.

6. AGUAS MARÍTIMAS

A) Vertidos

El vertido de residuos en una parcela calificada como de dominio público marítimo-terrestre sin el respaldo que supone la existencia de un previo título administrativo habilitante es considerado por la Ley de Costas de 1988 como una infracción grave, en atención al riesgo que supone para la salud y a los daños de difícil reparación a que puede dar lugar tal acción. Infracción que, de acuerdo con la teoría general de la potestad sancionadora administrativa, lleva aparejada, por ende, la correspondiente sanción, así como la obligación de reponer las cosas a su primitivo estado (**STS de 11 de mayo de 2001**, Ar. 4264).

B) Puertos

La instalación de terrazas de verano en zona de dominio público portuario requiere —en tanto uso privativo que es— la obtención de una previa concesión administrativa. Concesión que, en atención a la actividad de que se trata, debe venir anudada a la consecución de las pertinentes licencias municipales. Singularmente, y por tratarse de una actividad molesta, aquella instalación requerirá de una licencia *ad hoc* de las reguladas en el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas, sin que el hecho de otorgar la aquiescencia local con carácter provisional para acelerar el otorgamiento de la concesión por parte de la Administración portuaria enerve la necesaria prosecución del procedimiento específico recogido en la norma reglamentaria citada (**STS de 13 de julio de 2001**, Ar. 6757).

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Agricultura. A) Ayudas. B) Concentración parcelaria.

C) Importación. Exigencia de devolución de avales y confianza legítima. **3. Energía.**

A) Energía eléctrica. Conceptos de transporte y distribución. **4. Industria.** A) Fomento.

Zonas de promoción económica. B) Competencia estatal en materia de control sobre sustancias químicas catalogadas. C) Hidrocarburos. Supresión retroactiva de la exención de materias primas disfrutada por los fabricantes en el impuesto sobre el petróleo.

5. Mercado de valores. 6. Precios. A) Precios autorizados a Telefónica. B) Prestación patrimonial de carácter público. Ingresos de la Comisión Nacional de la Energía y reserva de Ley. **7. Seguros. 8. Servicio público.** A) Servicio público y monopolio. Servicio

mortuario municipal. **9. Transportes.** A) Transportes terrestres. Requisitos para ejercer la actividad de transportista.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se incluyen las Sentencias del Tribunal Constitucional comprendidas entre los números 210/2001, de 29 de octubre, a STC 240/2001, de 18 de diciembre, y las Sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los cuadernos Aranzadi números 20 a 32 de 2001.

2 AGRICULTURA**A) Ayudas**

La aplicación del régimen de ayudas comunitario en materia de agricultura ha dado lugar, en relación a un mismo supuesto de hecho, a dos sentencias de sentido contrario, una desestimatoria y otra estimatoria, si bien las dos están fundadas en un mismo razonamiento.

En estas dos Sentencias de 28 de marzo y 4 de julio de 2001, Ar. 6382 y 6079, se examinan los recursos casacionales frente a la denegación de ayudas en relación a la producción de oleaginosas y maíz. En ambos casos la cuestión conflictiva se limita a analizar la apreciación de los hechos realizada por la Administración para denegar la ayuda, apreciación de los hechos confirmada en primera instancia. En un caso el Tribunal Supremo deniega el recurso casacional (STS de 4 de julio de 2001), y en el otro, con una argumentación más extensa, estima el recurso (STS de 28 de mayo de 2001).

B) Concentración parcelaria

La STS de 9 de julio de 2001, Ar. 6428, analiza la regulación y aplicación del régimen de las tierras sobrantes en un proceso de concentración parcelaria, a partir fundamentalmente de lo establecido en el artículo 206 del texto refundido de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973.

Con este fin el Tribunal Supremo parte de la calificación de la concentración parcelaria como una privación de propiedad de carácter no expropiatorio, argumento que le lleva a denegar el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad por falta de reversión automática a los agricultores afectados de las tierras afectadas.

Denegada la petición de plantear una cuestión de inconstitucionalidad, el Tribunal Supremo sí estima el recurso en base a argumentos de control de legalidad, al entender que el acto impugnado hizo una incorrecta aplicación del artículo 206 de la Ley de reforma agraria al denegar la cesión de tierras sobrantes a la Comunidad de Regantes, pues dicho precepto establece que las tierras deben revertir, en primer lugar, a beneficio de sus antiguos propietarios.

Avanzando algo más, se señala que no es que las tierras deban revertir a todos los agricultores, pues la redacción del artículo se refiere a la generalidad de antiguos propietarios, y no por tanto a todos y cada uno de ellos. Por ello declara que la solución correcta debió ser la de que se ordenara la devolución de las tierras a la Comunidad de Regantes que la solicitó y a la que pertenecen los propietarios afectados.

C) Importación. Exigencia de devolución de avales y confianza legítima

Autorizadas unas determinadas importaciones de maíz a culminar en un breve plazo temporal, la Administración requirió la devolución de las fianzas en su día exigidas al no haberse completado la importación en dicho plazo.

Interpuestos sendos recursos en dos supuestos diversos, el **Tribunal Supremo** los desestimó en las **Sentencias de 4 y 26 de junio de 2001**, Ar. 5739.

Para el Tribunal Supremo debe rechazarse el primer argumento del recurrente según el cual el retraso en la importación se debió a la actuación de la Administración. Para el Tribunal la caída de los precios del maíz se produjo como consecuencia del anuncio del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Estados Unidos, lo que constituye un riesgo comercial ordinario no imputable a la Administración.

Por otro lado, también rechaza que la Administración no aplicara correctamente los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica, y los de proporcionalidad y discriminación. En relación con esta alegación el Tribunal establece que:

“en efecto el principio de confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del TJCE y la jurisprudencia de esta Sala, el que la autoridad pública no pueda 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 determinadas decisiones. O, dicho en otros términos, la virtualidad del principio que se invoca como fundamento del primero de los motivos de casación puede suponer la anulación de un acto de la Administración o el reconocimiento de la obligación de ésta de responder de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento. En el bien entendido de que no pueden apreciarse los necesarios presupuestos para la aplicación del principio invocado en la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias, y que ni el principio de seguridad jurídica ni el de la confianza legítima garantizan que las situaciones de ventaja económica deban mantenerse indefinidamente estables, coartando la potestad de los poderes públicos para establecer nuevas regulaciones o para adoptar nuevos acuerdos con países terceros. (Cfr. SSTs de 10 de mayo, 1999, 3979, 13, 1999, 7478 y 24 de julio de 1999, 1999, 6554.)”

3. ENERGÍA

A) Energía eléctrica. Conceptos de transporte y distribución

El RD 2819/1998, de 23 de diciembre, dictado en desarrollo de la Ley 54/1997 del sector eléctrico, reguló las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, y fue impugnado por diversas empresas distribuidoras. El recurso tuvo como objeto los artículos 2, 3, 11 y 12, preceptos que según las entidades recurrentes vulneraban el contenido de la Directiva 96/92/CE. Las entidades recurrentes solicitaron también del Tribunal Supremo que planteara una cuestión prejudicial con el fin de que el Tribunal comunitario interpretara el significado del artículo 2, apartados 5 y 6, de la Directiva antes citada.

El **Tribunal Supremo**, en su **Sentencia de 28 de mayo de 2001**, Ar. 5704, desestima la petición de plantear una cuestión prejudicial así como el recurso interpuesto.

El conflicto resuelto por el Tribunal Supremo se centra en la determinación de los conceptos de transporte y distribución. Para las empresas distribuidoras impugnantes los conceptos utilizados en la norma reglamentaria vulnerarían la letra y el espíritu de la Directiva y de la norma técnica interna, UNE-EN 50160 de noviembre de 1994. Para estas empresas el concepto de transporte exige determinar una tensión en concreto de corte, y estiman que la referencia contenida en el Real Decreto es imprecisa y contraria a la normativa comunitaria, exigiendo que se fije un umbral de tensión que separe o diferencie las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, y que tal umbral se fije en la concreta cifra de 35/36 KW.

El Tribunal Supremo rechaza en primer lugar que deba plantear una cuestión prejudicial. El Tribunal argumenta en este sentido que según los datos que le ha facilitado la Dirección General de Energía y Transportes de la Comisión Europea todos los países de la Comunidad han fijado umbrales de tensión diversos al que se refieren los recurrentes como único umbral válido. Por tanto, concluye el Tribunal Supremo, se desprende de los datos que la propia Comisión da a su normativa un sentido amplio, sin que sea necesario requerir al Tribunal comunitario para que interprete esta normativa.

En segundo lugar entiende el Tribunal Supremo que el contenido del Real Decreto no es arbitrario, y reconoce a la norma reglamentaria la capacidad para fijar el concepto de alta, media y baja tensión, conceptos que sirven para determinar lo que se entiende por transporte y distribución. En este punto, añade el Tribunal, la norma reglamentaria no está predeterminada por lo que diga la Norma europea EN 50160. Además, concluye, la cuestión que se plantea es una cuestión jurídica, sin que deba atender de forma necesaria y vinculante a otros elementos traídos al juicio, como los dictámenes periciales aportados por las entidades recurrentes.

4. INDUSTRIA

A) Fomento. Zonas de promoción económica

Las resoluciones en materia de ayudas en zonas de promoción económica de diversos ámbitos territoriales continúan dando lugar a un número significativo de sentencias en las que o bien se revisa el acto de denegación de la ayuda, o bien la resolución por la que se exige devolver las cantidades entregadas al apreciarse el incumplimiento de las condiciones que sirvieron de base para otorgar la ayuda.

Como ejemplos de sentencias en las que se revisa el acto por el que se exige la devolución de lo entregado pueden citarse las de 2, 11, 17, 18 y 19 de julio de 2001, Ar. 5396, 5024, 5034, 5035 y 5036. En todas estas se desestima el recurso al entender que no existió error en la resolución y que el incumplimiento está acreditado. Por el contrario, la **STS de 12 de julio de 2001**, Ar. 5026, estimó el recurso. En este caso el acto por el que se exigió la devolución se fundamentó en el incumplimiento del compromiso de inversiones en el último año. Pero el Tribunal Supremo entiende que no existió tal incumplimiento, ya que el último año se produjo una subrogación en la posición de la empresa beneficiada, asumiendo sus obligaciones la nueva empresa que culminó la inversión y mantuvo la creación de empleo.

Por lo que hace referencia a la denegación de la solicitud de ayuda, la Sentencia de 4 de julio de 2001, Ar. 5405, casa la sentencia recurrida en la que se había anulado el acto denegatorio de la ayuda y concedido lo solicitado. Para el Tribunal Supremo procede confirmar el acto denegatorio ya que se trató de un acto suficientemente motivado, añadiendo que en esta valoración la Administración cuenta con una discrecionalidad que

sólo puede ser revisada jurisdiccionalmente en casos de arbitrariedad o manifiesto error, lo que a su juicio no se produjo. Para el Tribunal el mero cumplimiento de los requisitos no da derecho a la ayuda, ya que ante la limitación de medios existentes la Administración deberá valorar las diferentes propuestas presentadas, y su mejor adecuación al cumplimiento de los fines previstos. Y es en esta valoración donde la sentencia reconoce a la Administración una amplia discrecionalidad.

B) Competencia estatal en materia de control sobre sustancias químicas catalogadas

La **STC 235/2001, de 13 de diciembre**, resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas. En concreto, la discusión se plantea en relación con aquellos preceptos que someten las actividades de fabricación y comercialización de dichos productos a la obtención de previa licencia estatal y a la obligación de suministrar información relevante, así como a la consiguiente potestad sancionadora de la Administración. Se trata, pues, de la previsión de medidas administrativas propias de la función de limitación u ordenación que recaen sobre una determinada actividad industrial y comercial.

Desde el punto de vista que interesa a esta crónica, destaca el hecho de que se admite por las partes y el Tribunal acepta que dicha regulación no corresponde al título competencial de “industria” —y tampoco a “sanidad”—, a pesar de su evidente conexión con tales materias. Por el contrario, el título prevalente es el de “seguridad pública”, puesto que la actividad de policía administrativa regulada, lo es de carácter preventivo por razones de seguridad pública, no de ordenación de la actividad de producción industrial. Lo que se discute, entonces, es acerca de las competencias de carácter ejecutivo o aplicativo en la materia de seguridad pública. Al final, el Tribunal se inclina por entender que, al tratarse de actividades jurídicas y no materiales, no cabe introducir el título más específico de “policía” en el sentido de policía gubernativa, que permitiría intervenir a la policía propia de la Comunidad Autónoma, sino que debe mantenerse el genérico de seguridad pública que corresponde al Estado en exclusiva (art. 149.1.21 CE).

Debe destacarse que acompañan a la Sentencia dos votos particulares, uno de los cuales, suscrito por cuatro magistrados, subraya el cambio que se produce en la doctrina del propio Tribunal en relación con el alcance conceptual de la “policía propia” de la Comunidad Autónoma (STC 175/1999), con la introducción, entre otros aspectos, del concepto de policía gubernativa.

C) Hidrocarburos. Supresión retroactiva de la exención de materias primas disfrutada por los fabricantes en el impuesto sobre el petróleo

En virtud de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ de Cataluña, el Tribunal Constitucional ha analizado la constitucionalidad de la Ley 45/1985, de 23 de

diciembre, reguladora de los impuestos especiales. Lo hace en su **STC 234/2001, de 13 de diciembre**, en el concreto aspecto en que, habiendo modificado sustancialmente la Ley el régimen de las exenciones establecido con motivo de regular el nuevo impuesto sobre hidrocarburos, lo que es legítimo, la Disposición Transitoria Cuarta, apartado siete, dispuso la revocación de las anteriores exenciones incluso para supuestos ya reconocidos y aplicados, como sería el caso de productos ya adquiridos y almacenados, que antes quedarían exentos y ahora no. El Tribunal Constitucional admite que se trata de un supuesto de retroactividad plena, no proscribida totalmente, pero que en este caso concreto vulnera el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) por ser imprevista, sorpresiva, sin fijar un plazo a los afectados para adaptarse a la nueva situación, y no resultar justificada en otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como pudiera ser la estabilidad económica ante una situación excepcional.

Debe señalarse que la Sentencia se produce quince años después de la autoliquidación del impuesto que dio origen remoto a la anulación del precepto de la Ley de 1985, cuando dicha Ley ha sido ya derogada por la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, modificada ésta a su vez por la Ley 40/1995, de 19 de diciembre. Consciente de la problemática que a ello se anuda, y seguramente a la vista de la jurisprudencia del Supremo relativa a la revisión de actos tributarios dictados en virtud de Leyes declaradas inconstitucionales, el Tribunal, en el último fundamento jurídico de la Sentencia, precisa el alcance que se le da a la declaración de inconstitucionalidad: en virtud del principio de seguridad jurídica, se declara que sólo son susceptibles de ser revisadas con fundamento en esta sentencia aquellas que a la fecha de su publicación no hayan adquirido firmeza al haber sido impugnadas en tiempo y forma y no haber recaído todavía una resolución administrativa o judicial firme sobre las mismas (art. 40.1 LOTC).

5. MERCADO DE VALORES

La función pública de vigilancia sobre una actividad privada de interés general, como es la creación y gestión de Agencias de Valores, se concreta en último término en la imposición de sanciones, como medida represiva que sigue a la previa función de inspección.

Una de las posibles infracciones es la tipificada en el artículo 99.l) en relación con el art. 66.j) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, infracción consistente en incumplir el compromiso de contar, efectivamente y en todo momento, con una organización y unos medios personales y materiales técnicamente adecuados al carácter y volumen de la actividad desarrollada como Agencia de Valores.

Al haberse cometido la infracción que acaba de mencionarse, se impuso la sanción de revocación de autorización y separación del cargo e inhabilitación a los miembros del Consejo de Administración de una determinada entidad. La **STS de 5 de julio de 2001, Ar. 5406**, confirma dicha sanción.

Los recurrentes alegan la vaguedad del tipo, lo que a su juicio lleva a exigir una responsabilidad sancionadora de carácter objetivo. Frente a esta alegación el Tribunal sostiene que ha existido una actuación negligente de los sancionados, pues la obligación de que las entidades financieras cuenten efectivamente y en todo momento con una organización y unos medios personales y materiales técnicamente adecuados al carácter y volumen de su actividad, está establecida en el artículo 66 de la Ley del Mercado de Valores y tipificado su incumplimiento como infracción muy grave.

Además, añade el Tribunal, se deben recordar sus consideraciones reiteradas en recursos análogos sobre el especial deber de cuidado exigible a aquellas personas que administran fondos ajenos en los mercados de valores, así como el artículo 3 del Código General de Conducta de los Mercados de Valores, incluido como Anexo al RD 629/1993, de aplicación obligatoria a las entidades habilitadas para actuar en estos Mercados. Todos estos elementos permiten negar que la conducta sancionadora no estuviera previamente identificada como constitutiva de una infracción.

6. PRECIOS

A) Precios autorizados a Telefónica

La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos autorizó a Telefónica de España, S.A., para establecer precios diferentes en las llamadas que los abonados de su red pública telefónica fija realizan a los abonados de las redes nacionales de telefonía móvil automática, incluidos los de telecomunicaciones móviles personales –llamada fijo a móvil– en función de los precios de interconexión por la terminación de dichas llamadas en las distintas redes de telefonía móvil automática.

Interpuesto recurso por un tercero frente a dicho Acuerdo, se solicitó la suspensión de su eficacia, aduciéndose como fundamento de la medida cautelar solicitada la ilegalidad de la medida y, por tanto, existencia de *fumus boni iuris* a favor del recurrente.

El **Tribunal Supremo**, mediante **Auto de 25 de junio de 2001**, Ar. 5801, rechazó la petición de suspensión. En dicho Auto recuerda la doctrina general sobre adopción de medidas cautelares, y, en particular, la interpretación que ha dado al fundamento de la apariencia de buen derecho. En este punto reitera el carácter restrictivo con el que debe aplicarse este principio para otorgar la suspensión, si bien admite que puede acudir al mismo en casos de fuerte presunción de ilegalidad de la resolución cuya suspensión se solicita, y añade que “asimismo será procedente la toma en consideración de los criterios usualmente utilizados por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (...) en la medida en que la tutela cautelar se refiera a derechos derivados de la aplicación, directa o indirecta, de normas de derecho comunitario”.

Por estas razones, el Tribunal entra a enjuiciar, si bien a los efectos puramente indiciarios propios del incidente cautelar, algunas cuestiones de fondo.

Así, en primer lugar, se afirma que el Acuerdo impugnado fue dictado por órgano competente, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 11/1998, disposición no derogada por el RD-Ley 16/1999.

En segundo lugar, se rechaza la existencia de vicios procedimentales en la adopción del Acuerdo, que el recurrente calificó de norma. Para el Tribunal la calificación del Acuerdo como disposición de carácter general “no deja de ofrecer dudas”, por lo que no puede entenderse que exista en este punto un vicio de ilegalidad manifiesta.

Por último, el Tribunal niega que el Acuerdo afecte negativamente a la competencia, al pretender precisamente lo contrario. Para dar un argumento a favor de su tesis, el Tribunal apela como argumento de autoridad a la opinión expresada en este sentido por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

B) Prestación patrimonial de carácter público. Ingresos de la Comisión Nacional de la Energía y reserva de Ley

La Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, creó la Comisión Nacional de Energía. En el apartado 2 de su Disposición Adicional Duodécima estableció que la financiación de la citada Comisión integraría “la cantidad unitaria que a estos efectos se determine para los productos vendidos en el mercado nacional por los operadores a que se refiere el artículo 42 de la presente Ley y por el recargo que a estos efectos se establezca sobre los peajes o tarifas correspondientes, que en el caso del sector eléctrico tendrán la consideración de costes permanentes del sistema”.

Esta previsión legal fue desarrollada por el RD 1339/1999, de 31 de julio, cuyo artículo 43.5 se refiere a la cuota unitaria que deben pagar los operadores mayoristas de productos petrolíferos.

Frente a este Reglamento se interpuso recurso ante el Tribunal Supremo con carácter general por vicios formales, y en concreto se impugnó el citado artículo 45.3 por vulneración del principio de reserva de Ley. El recurso fue estimado en relación con esta segunda cuestión mediante Sentencia de 16 de julio de 2001, Ar. 5030.

El Tribunal Supremo parte de la calificación de la cuota unitaria impugnada como prestación patrimonial de carácter público (“... sin necesidad siquiera de entrar en el examen de la verdadera naturaleza jurídica de la cuota unitaria, configurada como obligación de pago de todos los operadores al por mayor de productos petrolíferos, de lo que éstos no pueden sustraerse”), para traer a colación la conocida doctrina del Tribunal Constitucional sobre la reserva de Ley en esta materia (SSTC 185/1995 y 233/1999). En base a la misma recuerda que si bien cabe acudir al Reglamento en auxilio de la Ley para determinar elementos no esenciales de la prestación patrimonial, lo que no cabe es deslegalizar los elementos cuantificadores de las prestaciones patrimoniales de carácter público.

En base a esta doctrina, el Tribunal concluye que:

“como ya hemos indicado la norma habilitante se limita a señalar como uno de los instrumentos de financiación de la Comisión Nacional de Energía ‘la cuota unitaria que se determine’ (...), sin que se hayan establecido unos parámetros objetivos en los que la Administración pueda basarse para la realización de su cuantificación, como tampoco en qué grado la contribución de cada sector del mercado de hidrocarburos repercute realmente en aquellas funciones de la Comisión que permita a la Administración llevar a efecto tal cuantificación, por lo que no parece que quepa llegar a conclusión distinta de la postulada por la actora, respecto de la violación por la norma reglamentaria impugnada, en ese particular concreto en que lo ha sido, del principio de reserva legal, conforme al artículo 31.1 de la Constitución y del 23.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre”.

Estimado el recurso, el Tribunal termina por recordar que nuestro ordenamiento jurídico sanciona con nulidad radical la ilegalidad de los reglamentos, y ordena publicar la sentencia, pero nada dice sobre los efectos de esta nulidad radical sobre los actos dictados en aplicación de la norma. ¿Se deberá devolver lo ingresado? ¿en todos los casos, o con excepción de los actos firmes? ¿podrá en este último caso iniciarse una acción de responsabilidad para recuperar lo que se pagó de forma indebida?

7. SEGUROS

La Dirección General de Seguros, en aplicación de lo establecido con carácter general en el artículo 55 del Reglamento de Ordenación del Seguro privado, RD 1348/1985, señaló el modo de llevar a cabo el cálculo de las provisiones técnicas en el seguro de vida temporal o prima de vida. Impugnada esta resolución por una entidad de seguros, el Abogado del Estado se opuso a la admisión del recurso al sostener que se trata de una cuestión meramente fáctica, no susceptible de control jurisdiccional.

El **Tribunal Supremo**, en su **Sentencia de 16 de abril de 2001**, Ar. 4543, admite el recurso al entender que se discute una cuestión jurídica. Para el citado Tribunal “se trata de determinar si la provisión en el seguro Prima de Vida debe hacerse sobre las primas pagadas en el momento del cálculo, o debe comprender la totalidad de las primas que deba pagar el asegurado hasta el final del período de riesgo, si antes no se produce su muerte”. Por tanto, añade, “es cuestión jurídica el tratar de discernir cuál de estas dos posturas se ajusta al artículo 55 del Reglamento”.

Admitido el recurso, sin embargo se desestima sin entrar a revisar el contenido de la resolución impugnada. El Tribunal entiende que dicha resolución cuenta con motivación suficiente por la remisión a un informe previo, y porque al tratarse de una materia técnica debe prevalecer la solución dada por la Administración.

8. SERVICIO PÚBLICO

A) Servicio público y monopolio. Servicio mortuario municipal

La regulación de los servicios mortuarios ha dado lugar a numerosos conflictos jurisdiccionales y a una reforma normativa en sentido liberalizador. La **STS de 21 de mayo de 2001**, Ar. 4948, ha vuelto a ocuparse de esta cuestión al impugnarse un Reglamento municipal que imponía un régimen de monopolio en los casos de óbitos producidos en su término municipal en relación a las actividades preparatorias al sepelio (embalsamamiento, suministro de féretros y enferetramiento, mesa de firmas, tanatorio, traslado).

En esta ocasión el Tribunal Supremo destaca que no se pronunciará sobre la normativa aprobada con posterioridad al conflicto, el Decreto-Ley liberalizador 7/1996, ni sobre la regulación en materia de transporte de cadáveres, cuestión ya analizada en anteriores sentencias (SSTS de 17 de junio de 1997, Ar. 6093, 9 de mayo de 1996, Ar. 4115, 19 de abril de 1999, Ar. 4173 y 23 de febrero de 2000, Ar. 1897). El Tribunal centra el objeto del conflicto y señala que de lo que se trata es “de si las actividades anexas o preparatorias del transporte de cadáveres para su enterramiento fuera del municipio han de realizarse o prestarse en régimen de monopolio”.

Centrado el objeto del litigio, el Tribunal Supremo señala que debe diferenciarse el servicio mortuario, cuya finalidad es la inhumación del cadáver mediante la sepultura en tierra, nicho o panteón, no siendo infrecuente en la actualidad la cremación o incineración, de las actividades mediales a tal fin, como son el transporte y otras actividades previas. Estas dos actividades mediales, transporte y actividades previas, no pueden contratarse de forma independiente según la normativa aplicable y que se cita, por lo que, si se permite el transporte del cadáver fuera del municipio, las actividades preparatorias también deberán poder realizarse fuera del mismo. La conclusión es que “permitiendo el ordenamiento jurídico el sepelio en un municipio distinto, y no debiendo fraccionarse el régimen del servicio prestado, ha de entenderse que efectivamente no pueden incluirse en el régimen del monopolio que establece el Reglamento Municipal las actividades preparatorias del cadáver, salvo que se trate de utilizar instalaciones municipales como puede ser tanatorio”. Por tanto, aunque el óbito se produzca en el término municipal, si se produjera el traslado del cadáver, las actividades preparatorias podrán realizarse por empresas diversas de la que actúa en régimen de monopolio.

9. TRANSPORTES

A) Transportes terrestres. Requisitos para ejercer la actividad de transportista

Los requisitos para ejercer la actividad de transportista fueron establecidos en la Ley 16/1987, incluyéndose entre tales requisitos la capacidad económica. Este requisito fue precisado internamente por el RD 1211/1990, en aplicación de la Directiva comunitaria

92/26/CE. Posteriormente, al modificarse la directiva por la nueva 98/76/CE, se modificó el RD de 1990, por el nuevo RD 1830/1999, de 3 de diciembre.

Frente a este nuevo reglamento, pero sólo en relación a su artículo 40 en la medida en que da una nueva redacción al requisito de capacidad económica, una Federación de ámbito regional interpuso recurso.

Los motivos en los que se fundó el recurso fueron los siguientes: el nuevo precepto atribuye a la Administración un excesivo margen de discrecionalidad para apreciar cuándo existe capacidad económica; no cabe la remisión a la decisión del Ministro de Fomento y, en tercer lugar, la regulación olvida las competencias autonómicas en la materia.

El **Tribunal Supremo**, en su **Sentencia de 18 de mayo de 2001**, Ar. 4544, desestima el recurso. En primer lugar entiende el Tribunal, creemos que de forma discutible, que el nuevo precepto fija un criterio reglado a la actuación del Ministerio de Fomento al fijar los requisitos para apreciar la capacidad económica. En concreto, se dice que cuando se trata de acreditar las condiciones económicas del transportista la norma determina que para fijar la disposición de recursos financieros y medios materiales se hará teniendo en cuenta “las circunstancias del mercado”, lo que constituye un elemento reglado. Cuestión diversa, y en esto sí coincidimos con la sentencia, es que este criterio, concepto jurídico indeterminado, exija una motivación cuando se aplique al caso concreto y permita una revisión judicial. Pero en todo caso, parece que deja a la Administración un amplio margen de apreciación.

Se rechaza también el argumento competencial, al sostener que es razonable que la intervención sobre una materia cambiante se atribuya al Ministro, que ejercerá su función de acuerdo con lo previsto en el artículo 4.1.b) de la Ley 50/1997 del Gobierno.

Por último, se rechaza también el argumento competencial, al señalar que la norma se dicta para ser aplicada exclusivamente por la Administración del Estado.

TOMÁS FONT I LLOVET
JOAQUÍN TORNOS MAS

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD

Sumario:

1. Consumo. A) Protección de los consumidores en la venta a domicilio: derecho de revocación. B) Competencias de los Estados de la Unión Europea en la lucha contra la encefalopatía espongiforme bovina. **2. Deporte.** A) Elección a puestos directivos de club deportivo, control electoral de órgano administrativo, e incompetencia jurisdiccional de lo contencioso-administrativo. B) Legalidad de normas federativas que permiten la cancelación de licencias condicionadas. **3. Educación.** A) No Universitaria. a) Ilegalidad de las instrucciones que regulaban la organización y funcionamiento de los Institutos de Educación Secundaria. b) El nombramiento de Director del Centro debe respetar la propuesta del Consejo de Profesores. c) No es discriminatoria la admisión preferente de los hijos del personal militar en determinados centros. B) Universitaria. a) Legitimación de miembros del Consejo de Departamento para recurrir acuerdo en cuanto que repercute sobre su carga docente. b) La discutida preferencia del Catedrático sobre el Profesor Titular para ser Director de Departamento. **4. Extranjeros.** A) Residencia. B) Expulsión. C) Asilo. **5. Sanidad.** A) Confidencialidad de las medidas de vigilancia y control de la salud y parte médico de alta. **6. Seguridad pública.** A) Control de sustancias químicas para la fabricación ilícita de drogas.

1. CONSUMO

A) Protección de los consumidores en la venta a domicilio: derecho de revocación

La STJCE de 13 de diciembre de 2001 examina dos cuestiones prejudiciales relacionadas con el derecho de rescisión de las obligaciones que resulten de la firma de contratos en la venta a domicilio. En el asunto principal se plantea la cuestión de si un contrato de crédito con garantía real se inserta en el ámbito de aplicación de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales. Al respecto el Tribunal de Justicia decide incardinar la modalidad de contrato examinado entre los contemplados en la Directiva en su art. 1, posibilitando el derecho de revocación que se contempla en el art. 5 de la Directiva. Además, en segundo lugar, entiende que la Directiva 85/577 se opone a que el legislador nacional aplique un plazo de un año a partir de la celebración del contrato para poder ejercitar el derecho de revo-

cación que establece el artículo 5, cuando el consumidor no ha recibido la información prevista en el artículo 4 de la mencionada Directiva.

B) Competencias de los Estados de la Unión Europea en la lucha contra la encefalopatía espongiforme bovina

La STJCE de 8 de enero de 2002 resuelve una cuestión prejudicial declarando que las disposiciones comunitarias aplicables a la política agrícola común en el sector de la carne de bovino deben interpretarse en el sentido de que, a raíz de la información sobre una posible relación entre la encefalopatía espongiforme bovina y la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob en personas y sobre la crisis de la encefalopatía espongiforme bovina en el Reino Unido, los Estados miembros estaban facultados con arreglo al artículo 8, apartado 1, letra a), de la Directiva 90/425/CEE, modificada por la Directiva 92/118/CEE del Consejo, para: en primer lugar, ordenar el sacrificio de terneros originarios del Reino Unido presentes en su territorio y, en segundo lugar, determinar el momento de dicho sacrificio.

2. DEPORTE

A) Elección a puestos directivos de club deportivo, control electoral de órgano administrativo, e incompetencia jurisdiccional de lo contencioso-administrativo

Mediante la intermediación de órganos administrativos de control se publican los procesos electorales de las Federaciones deportivas. Y en algunos casos extremos las Leyes autonómicas del deporte (por ejemplo, de Murcia o Galicia) publican, siguiendo este método, incluso las elecciones de clubes deportivos privados. La STS de 6 de julio de 2001, Ar. 6902, entiende, sin embargo, que la jurisdicción contencioso-administrativa es incompetente para adentrarse en el control del acto formalmente impugnado —Resolución del Comité de Disciplina Deportiva de la Región de Murcia, órgano adscrito a la Dirección de Deportes de la Comunidad Autónoma— alegando que el Decreto Autonómico 111/1988 al establecer que los actos del Comité de Disciplina “agotan la vía administrativa”, no predetermina “la competencia jurisdiccional”, y se interpreta que la Ley 4/1993 —con idénticas prescripciones— no es aplicable al caso por haber entrado en vigor con posterioridad a los actos impugnados.

B) Legalidad de normas federativas que permiten la cancelación de licencias condicionadas

La STS de 23 de julio de 2001, Ar. 6921, declara como ajustada a Derecho la cancelación de la licencia federativa condicionada a no poder jugar “ningún campeonato por Equipos de Club durante el año 1989”, de tres niños de edades comprendidas entre los 10 y 14 años. La posibilidad legal de imponer como penalización al abandonar un club deportivo de tenis la participación en competiciones por Equipos de Club durante todo

un año se sustenta en el Reglamento de la Federación Española de Tenis de 1994 (art. 38) —precepto reproducido en el cuerpo de la Sentencia, aunque no se presta atención en la misma a que los hechos se remontan al año 1989—. Por lo tanto, el Tribunal Supremo da la razón a quienes sostienen que deben ponerse obstáculos a quienes cambien de Club, dado que con ello se pretende proteger la formación que cada Club da a sus afiliados.

3. EDUCACIÓN

A) No Universitaria

a) Ilegalidad de las instrucciones que regulaban la organización y funcionamiento de los Institutos de Educación secundaria

La STS de 16 de mayo de 2001, Ar. 4851, ratifica la anulación de dos instrucciones aprobadas por la Orden de 29 de junio de 1994, relativas a la organización y funcionamiento de los Institutos de Educación Secundaria relativas a la impartición de materias en caso de necesidad de completar su horario el Profesor, que permitían que se hiciese impartiendo las áreas, materias o módulos que le encomiende el Jefe de Estudios, diferentes de las asignadas a su departamento. La anulación se basó en que no se preveía ningún tipo de cautelas dirigidas a procurar que la medida operara en relación a áreas, materias o módulos que fueran afines. El Tribunal Supremo añadirá a ello que la correlación entre la especialidad del profesor y la materia o área que tiene que impartir es una exigencia implícita del principio de eficacia de la actuación administrativa (art. 103 CE) y, cuando ésta se proyecta sobre la materia educativa, resulta especialmente relevante por ser el instrumento de satisfacción de un derecho fundamental; finalmente, dirá el Tribunal Supremo que se concilia mal con el principio de capacidad, constitucionalmente proclamado, en cuanto al acceso a la función pública (art. 103.3 CE), y, de manera más particular, con la preocupación por la calidad de la enseñanza que exterioriza la propia LOGSE.

b) El nombramiento de Director del Centro debe respetar la propuesta del Consejo de Profesores

La STS de 22 de junio de 2001, Ar. 6394, deja bien establecido que el nombramiento de Director debe respetar la propuesta del Consejo, evitando así que puedan producirse conflictos entre el Consejo de Profesores que propone y el órgano ministerial que decide.

c) No es discriminatoria la admisión preferente de los hijos del personal militar en determinados centros

La STS de 25 de junio de 2001, Ar. 6396, declara que no es discriminatoria la preferencia de los hijos del personal militar en los Centros de enseñanza objeto del Convenio de Cooperación entre los Ministerios de Educación y Ciencia y de Defensa sobre régimen, promoción y funcionamiento de Centros de Enseñanza (aprobado por Real Decreto

295/1988, de 25 de marzo), siempre que tengan su destino en la localidad o establecida en ella su residencia.

B) Universitaria

a) Legitimación de miembros del Consejo de Departamento para recurrir acuerdo en cuanto que repercute sobre su carga docente

La STC 220/2001, de 31 de octubre, otorga el amparo frente a la denegación de legitimación para recurrir un acuerdo del Consejo de Departamento sobre distribución de carga docente, que el Tribunal Contencioso-Administrativo había basado en el antiguo art. 28.4.a) LJCA de 1956, que negaba legitimación activa a los órganos de una entidad pública [el actual art. 20.a) LJCA de 1998 lo impide, asimismo, a los órganos de una Administración Pública, pero también a los miembros de los órganos colegiados, salvo que una Ley lo autorice expresamente; motivo por el que la *ratio decidendi* de esta Sentencia del Tribunal Constitucional tiene aún mayor interés].

El razonamiento de esta Sentencia estimatoria es el siguiente: lo prohibido por la Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo de 1956 es que los órganos de una entidad o Administración Pública (sean unipersonales o colegiados) impugnen en vía contenciosa la actividad de la misma, lo que no significa que las persona físicas que forman parte de dichos órganos, o sean sus titulares, no puedan impugnar los actos o disposiciones que afecten a sus derechos o a sus intereses legítimos; la excepción se refiere únicamente al supuesto en el que el titular o miembro del órgano administrativo pretenda interponer recurso contencioso-administrativo como tal órgano, infringiendo el principio general que inspira la organización jerárquica de las Administraciones Públicas (art. 103.1 CE), “la razón de ello es la consideración que en el supuesto de Administraciones o entidades públicas la voluntad y la decisión administrativa es imputable a la entidad como tal, no a sus órganos, por lo que manifestada aquella voluntad a través del acto que agota la vía administrativa, los órganos inferiores, aunque discrepen del parecer de quien emitió el acto que puso fin a dicha vía, no pueden plantear tal discrepancia en sede contenciosa, al ser parte integrante de dicha persona o ente público. Por el contrario, esta excepción no se extiende a los integrantes del órgano administrativo, los cuales no pueden verse privados de la posibilidad de defender en vía contencioso-administrativa los derechos o intereses legítimos que su situación les confiere y cuya garantía constitucional deriva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)”. En este caso, como los actos impugnados (relativos a distribución de carga docente) repercutían de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de los recurrentes, tenía que haberse aceptado su interés legítimo para acudir al proceso con la pretensión de que se declarase la nulidad de los mismos.

b) La discutida preferencia del Catedrático sobre el Profesor Titular para ser Director de Departamento

La preferencia legal de los Catedráticos sobre los Profesores Titulares para ejercer la dirección de los Departamentos —“La dirección de cada Departamento corresponderá a uno de sus catedráticos, y, de no haber candidato de esta categoría, a uno de sus profesores titulares”, decía el antiguo art. 8.5 LORU de 1983— ha tenido diversas interpretaciones jurisprudenciales para cohonestarla con el principio electivo establecido para los órganos universitarios (ex arts. 17 y 21 LORU). La previsión vigente en la actualidad es que el Director del Departamento será elegido por el Consejo de Departamento, en los términos establecidos por los Estatutos de cada Universidad, entre profesores doctores pertenecientes a los cuerpos docentes universitarios adscritos al respectivo centro y, en su defecto, en las Escuelas Universitarias entre funcionarios de cuerpos docentes universitarios no doctores o profesores contratados doctores (según dispone el art. 25 LOU de 2002).

En efecto, cabía una interpretación “fuerte” o absoluta de dicha preferencia, que primaba la candidatura de un Catedrático sobre las demás consideraciones (esto es, que habiendo un candidato perteneciente al cuerpo de Catedráticos éste tenía que ser el Director sin más requisitos) y cabía una interpretación más “suave” o relativa (esto es, que aun habiendo un solo candidato catedrático, éste debía someterse al proceso selectivo correspondiente y, caso de no alcanzar la mayoría prevista, el proceso se abriría a los profesores titulares que podrían ser candidatos, aunque sometidos también al proceso selectivo).

El Tribunal Supremo había mantenido ambas posturas, aunque parecía imponerse últimamente la segunda. Pues bien, en el período de tiempo que estamos considerando en esta crónica nos encontramos con dos sentencias de la misma Sala (Tercera) y Sección (Séptima) del Tribunal Supremo, referidas a la misma Universidad, con una distancia temporal de diez días, con perfecta conciencia de la diferencia interpretativa (puesto que la segunda hace referencia explícita a la anterior como interpretación no coincidente), sin ningún voto particular en ninguna de ellas y que mantienen interpretaciones diversas a este respecto.

En efecto, la **STS de 3 de julio de 2001**, Ar. 6577, viene a asumir la interpretación de la sentencia recurrida, en el sentido de que, si existe un solo candidato Catedrático, es a él a quien corresponde la Dirección de Departamento, siendo innecesaria la prosecución del proceso electoral (y considerando, incluso, ilegal la previsión estatutaria existente). Sin embargo, en la **STS de 13 de julio de 2001**, Ar. 7402, la solución es diversa y conviene verla en su literalidad: “A pesar de que algunas sentencias de esta Sala Tercera han sostenido una interpretación coincidente con la de la sentencia de instancia (así las de 15 de enero de 1998, Ar. 184 y de 3 de julio de 2001, que es la que acabamos de mencionar), la doctrina jurisprudencial mayoritaria —plasmada en sentencias de 28 de septiembre de 1993, Ar. 6561, 19 de mayo de 1997, Ar. 3959, 30 de junio de 1998, Ar. 5912 y 15 de diciembre de 1999, Ar. 10106 de 2000— ha declarado, en sintonía con la argumentación

de la Universidad recurrente, que la exigencia estatutaria de mayoría de votos para la elección del catedrático que se presente como único candidato en esa primera elección, no supone extralimitación respecto del régimen legal del artículo 8.5 LRU, pues está en el espíritu general de la Ley de Reforma Universitaria, que exige que todos los cargos representativos universitarios sean electivos y cuenten con el respaldo suficiente de su sector, en este caso de los miembros del Departamento, cuya dirección (artículos 8.5 y 21) puede ser ostentada también por Profesores Titulares, aunque su candidatura deba respetar la preferencia legalmente conferida a los catedráticos. Para llegar a esta conclusión, la Sala ha sido consciente de las diferencias jurisprudenciales en que ha incurrido y, a la vista de las mismas (...), entiende que debe consagrar como definitiva la doctrina jurisprudencial mayoritaria que procura una mejor armonización sistemática de dicho precepto legal con el principio electivo de los cargos universitarios, que consagran los artículos 17 y 21 de la Ley de Reforma Universitaria”.

4. EXTRANJEROS

A) Residencia

Aunque únicamente por razones procesales, merece citarse aquí la **STS de 3 de abril de 2001**, Ar. 5754, donde se reitera que la competencia para conocer de un acto dictado en materia de extranjería (en el caso, denegación de tarjeta de residencia comunitaria y de exención de visado), debe considerarse como de cuantía indeterminada y, en consecuencia, su conocimiento corresponde al Tribunal Superior de Justicia y no a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Por su parte, la **STS de 21 de mayo de 2001**, Ar. 7209, anula una denegación de exención de visado por exigir un período previo de matrimonio de tres años (que aparece en la Orden Ministerial de 11 de abril de 1996) y que el Tribunal Supremo considera ilegal e incluso contrario al art. 39.1 CE.

B) Expulsión

La **STS de 23 de julio de 2001**, Ar. 6925, vuelve a enfrentarse con “la carencia de medios de vida” como causa de expulsión [prevista en el art. 26.1.f) de la Ley Orgánica 7/1985] y reitera que, consistiendo en un hecho negativo, “es al recurrente, frente a su imputación, a quien corresponde al menos indicar cuáles son los medios de vida lícitos con los que cuenta en España”.

Finalmente, la **STS de 19 de septiembre de 2001**, Ar. 7576, mantiene la anulación jurisdiccional de una orden de expulsión porque en el procedimiento administrativo no hubo prueba de cargo alguna de la actividad ilícita que se le imputaba al interesado (y por la que se decretó su expulsión) suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que le amparaba.

C) Asilo

Se ha publicado en este período la **STS de 12 de junio de 2000**, Ar. 5810 de 2001, que reitera una interesante doctrina sobre la suspensión de la expulsión en caso de solicitantes de asilo político, argumentando lo siguiente: como se declaró en la Sentencia de 11 de mayo de 2000, Ar. 6268, en modo alguno son equiparables la situación de un extranjero cuya expulsión del territorio nacional se acuerda por alguna de las causas previstas en la Ley 7/1985 y la de aquellos que solicitan asilo político, “en cuyo caso la situación de arraigo aparece en principio, como incompatible con la propia naturaleza de aquella disposición; por esta razón la jurisprudencia de esta Sala específica en la materia (...) viene considerando que los perjuicios irreparables están ínsitos en la obligación de salir del territorio nacional” en estos casos.

5. SANIDAD

A) Confidencialidad de las medidas de vigilancia y control de la salud y parte médico de alta

En la **STS de 18 de septiembre de 2001**, Ar. 7899, se hace referencia a la cuestión de la confidencialidad de los datos médicos y los partes médicos de los trabajadores (incluidos los funcionarios, cual era el caso) en la que se advierte del diferente ámbito de aplicación del art. 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (en el que se prevén las medidas de vigilancia periódica del estado de salud de los trabajadores en función de los riesgos inherentes al trabajo) –Ley que es también de aplicación en las “relaciones de carácter administrativo o estatutario del personal civil al servicio de las Administraciones Públicas, con las peculiaridades que, en este caso, se contemplan en la presente Ley o en sus normas de desarrollo”, como indica su art. 3.1–, señalando que la confidencialidad exigida respecto de los datos médicos que pueda llegar a obtener un determinado servicio médico de empresa, en modo alguno afecta al parte médico de alta, al surtir efectos en la denegación de la persistencia de prórroga de baja laboral no acreditada, que concluye negando la causa de incapacidad laboral, reconociendo que puede realizar otros trabajos distintos.

6. SEGURIDAD PÚBLICA

A) Control de sustancias químicas para la fabricación ilícita de drogas

La **STC 235/2001**, de 13 de diciembre, desestima el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra la Ley 3/1996, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas. El debate competencial se sitúa en el ámbito material de la seguridad pública y, al respecto, lo significativo a juicio del Tribunal es determinar si las funciones objeto de litigio se inscriben en el marco de las actividades propias de los cuerpos de policía o, por el contrario, se sitúan “en relación con la seguridad pública

desde una perspectiva separada de la actividad de policía gubernativa”. Al efecto, se concluye que la concesión de las correspondientes licencias corresponden a “ámbitos administrativos prepoliciales y genéricamente preventivos”, por lo que la competencia exclusiva estatal en materia de seguridad pública prima sobre la competencia de la Generalidad, que ciñe su terreno de ejecución a la seguridad pública “policial”. En el voto particular que suscribe el Magistrado Vives Antón no se comparte la distinción entre actividades de los cuerpos de policía y actuaciones “prepoliciales”, y se afirma que “la distribución de competencias en materia de seguridad pública se diseña en la Constitución, los Estatutos de Autonomía y la Ley Orgánica a la que remite el art. 149.1.29 CE. De modo que cualquier otra Ley que pretenda introducir en este orden competencial la más mínima alteración ha de ser declarada inconstitucional y nula, so pena de vaciar de contenido la idea misma de orden constitucional de competencia”.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES**Sumario:**

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Competencia. a) Corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocer del recurso contra una resolución de coordinador provincial de Inspección de servicios sanitarios del INSALUD. b) Tribunales Superiores de Justicia. a') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen del recurso contra una resolución del Subdelegado del Gobierno. b') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen residualmente de las resoluciones disciplinarias del Fiscal General del Estado. B) Sujetos: la legitimación activa debe interpretarse conforme al principio *pro actione*. C) Objeto. a) La declaración de lesividad no es recurrible. b) El examen de las causas de inadmisibilidad es prioritario al análisis de fondo. D) Procedimiento. a) Interposición: no es necesario anunciar la impugnación indirecta. b) Requisitos para que la falta de emplazamiento tenga relevancia constitucional. c) En casos excepcionales puede admitirse la presentación extemporánea de escritos. d) La presentación de escritos en el Juzgado de Guardia sólo es válida respecto a los escritos de término. e) Prueba. a') La practicada sin audiencia del recurrente pero sin trascendencia para el fallo, no produce indefensión. b') Los órganos judiciales no pueden denegar una prueba propuesta y desestimar el recurso por falta de acreditación de los hechos cuya demostración se trataba de obtener. f) Conclusiones: se puede solicitar el trámite de conclusiones tras la notificación de la providencia denegatoria de la prueba. g) Sentencia. a') Congruencia: diferencia entre alegaciones y pretensiones. b') La sentencia no es incongruente si el silencio puede interpretarse como una desestimación tácita. c') El incumplimiento del plazo para dictar sentencia no es invalidante. d') Carece de sentido otorgar un amparo que se limita a anular parte de la motivación de la sentencia, manteniendo íntegro el fallo. e') La rectificación de errores materiales no puede entrañar una nueva valoración del Derecho. h) Suspensión. a') El criterio de la apariencia de buen derecho tiene una importancia secundaria. b') Cuando se enfrentan dos intereses públicos se debe seguir el criterio de la normalidad. c') Se requiere un juicio ponderativo. i) Ejecución de sentencia: la selección e individualización de los bienes patrimoniales

embargables debe hallarse sujeta a control jurisdiccional. j) Costas: la repercusión del IVA o la retención del IRPF son cuestiones ajenas a la tasación de costas. k) La falta de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no vulnera derecho constitucional alguno. l) Procedimiento de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales: se debe invocar de forma argumentada la infracción de derecho fundamental. **2. Recurso de casación.** A) Objeto. a) Contra autos. a') El recurso de súplica es requisito de procedibilidad. b') Autos dictados en ejecución de sentencia: el recurso debe prepararse evidenciando la infracción de normas estatales en la sentencia ejecutada. B) Motivos. a) La solicitud de pruebas como diligencias para mejor proveer no da cumplimiento a lo exigido en el artículo 88.2 LJCA. b) Carece de relieve la invocación de una norma estatal si su interpretación no trasciende del ámbito autonómico. c) El examen de la concurrencia de los casos que contempla el artículo 87.1.c) LJCA corresponde al Tribunal Supremo. d) Puede revisarse la prueba de presunciones. e) La infracción de jurisprudencia debe razonarse. f) No se puede estimar el recurso por un motivo que no alteraría otros fundamentos de la sentencia. g) La incongruencia omisiva no se produce respecto a cuestiones planteadas en conclusiones. C) Procedimiento. a) El principio *pro actione* juega con menos intensidad en casación que en el acceso a la jurisdicción. b) Escrito de interposición: los motivos no pueden concretarse por remisión a otro recurso de casación. c) La falta de cita de los motivos en el escrito de interposición no puede entenderse subsanada en preparación. D) Inadmisión. a) Reglas generales. a') Los criterios de inadmisión del recurso son aplicables incluso si el procedimiento en primera instancia se tramitó por la Ley de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales. b') La preliminar declaración de admisibilidad tiene un valor provisional. b) Defectuosa preparación. a') Ciertos defectos en el escrito de preparación son subsanables. b') El motivo del artículo 95.1.3 LJCA (de 1956) debe citarse en preparación. c') Los defectos en el juicio de relevancia del escrito de preparación no son subsanables. c) Personal. a') Las bases de las convocatorias no son normas reglamentarias. b') Es cuestión de personal la controversia sobre el derecho de un profesor a corregir exámenes. d) Cuantía. a') Criterio de notoriedad. b') A las exenciones de tributos se les aplica el artículo 489.6ª LECiv. c') En los procedimientos expropiatorios la cuantía viene determinada por la diferencia entre la hoja de aprecio y lo determinado por el jurado.

d') La pérdida de clientela por suspensión temporal de concesión es un concepto indiferente. **3. Recurso de casación para la unificación de doctrina.** A) El examen de la identidad de las sentencias enfrentadas corresponde al Tribunal Supremo. **4. Recurso de casación en interés de la Ley.** A) Debe concretarse la intensidad del perjuicio al interés general y la doctrina propuesta. B) Los Colegios Profesionales están legitimados cuando se enjuicien sus funciones públicas. **5. Incidente de nulidad de actuaciones.** A) Debe ser examinado de un modo restrictivo. B) Objeto: no procede contra sentencias dictadas en el recurso de casación en interés de Ley.

INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de septiembre a noviembre de 2001 en el Repertorio de jurisprudencia Aranzadi, recoge diversos pronunciamientos jurisdiccionales y del Tribunal Constitucional referentes a la nueva Ley Jurisdiccional de 1998, entre los que pueden ser destacados los relativos a la presentación extemporánea de escritos, al cumplimiento del artículo 88.2 LJCA (de 1998) o al alcance de la incongruencia omisiva.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Competencia

- a) Corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo conocer del recurso contra una resolución de coordinador provincial de Inspección de servicios sanitarios del INSALUD

Los actos de un Coordinador Provincial de Inspección y servicios sanitarios del INSALUD son actos emanados de un órgano con competencia territorialmente limitada, que no se extiende a todo el territorio nacional y, en consecuencia, la STS de 30 de marzo de 2001, Ar. 5751, declara que la competencia para conocer de su revisión jurisdiccional corresponde, a tenor del artículo 8.3 LJCA (de 1998), a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

b) Tribunales Superiores de Justicia

- a') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen del recurso contra una resolución del Subdelegado del Gobierno

La competencia objetiva que el artículo 8.3 LJCA (de 1998) atribuye a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para conocer de los recursos que se deduzcan contra los

actos de la Administración periférica del Estado no es absoluta sino que está sujeta a limitaciones. En el párrafo segundo del propio artículo 8.3 se exceptúan los actos de cuantía superior a 10 millones de pesetas y los que se dicten en ejercicio de competencias sobre el dominio público, obras públicas del Estado y propiedades especiales.

Dado que el recurso interpuesto contra la Resolución de un Subdelegado del Gobierno, dictada en ejercicio de competencias delegadas por el Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, sobre denegación de Tarjeta de Residencia Comunitaria, es de cuantía indeterminada, la **STS de 3 de abril de 2001**, Ar. 5754, ha señalado que este acto debe recibir el mismo tratamiento competencial que el previsto para los de cuantía superior a 10 millones de pesetas, lo que significa que el conocimiento del recurso deducido contra el mismo no está atribuido a los Juzgados sino a los Tribunales Superiores de Justicia, en virtud de la norma residual del artículo 10.1.j) LJCA (de 1998).

b') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen residualmente de las resoluciones disciplinarias del Fiscal General del Estado

Sin perjuicio de las altas funciones que incumben al Fiscal General del Estado y al margen del elevado rango que le es propio, resulta evidente que, en el concreto orden del ejercicio de la potestad disciplinaria sobre los miembros del Ministerio Fiscal, el Fiscal General del Estado ejerce unas facultades subordinadas al Ministro de Justicia y, en tal sentido, sus resoluciones son susceptibles de recurso ante éste en vía administrativa. Siendo así no cabe considerar la posible competencia de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo, que existiría en el supuesto de que la resolución de la Ministra de Justicia no hubiese sido aprobatoria del Decreto del Fiscal General. El caso que se enjuicia en el **ATS de 3 de julio de 2001**, Ar. 5174, se refiere a una resolución dictada por un órgano —el Fiscal General del Estado— dependiente en materia disciplinaria del Ministro de Justicia, pronunciada en materia de personal que no afecta al nacimiento o extinción de la relación de servicios de funcionarios de carrera, lo que determina, a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.1.j) LJCA (de 1998), que deba conocer del recurso, en única instancia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en que, por razón del territorio, se produjo el acto.

B) Sujetos: la legitimación activa debe interpretarse conforme al principio *pro actione*

Las **SSTC 7/2001**, de 15 de enero y **24/2001**, de 29 de enero (BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2001 y núm. 52, de 1 de marzo de 2001), para reconocer la legitimación activa a los sindicatos, reiteran una conocida jurisprudencia constitucional en virtud de la cual las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos se ajustan al artículo 24.1 CE siempre que sean razonables y no erróneas y que aprecien adecuadamente una causa legal de inadmisión, pero están sin embargo sometidas a un escrutinio constitucional especialmente severo.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

En relación concretamente con la legitimación activa, señala que pese a que determinar quién tiene interés legítimo para recurrir en la vía contencioso-administrativa es una cuestión de legalidad ordinaria, los órganos jurisdiccionales quedan compelidos a interpretar las normas procesales, no sólo de manera razonable y razonada sin sobra de arbitrariedad ni error notorio, sino en sentido amplio y no restrictivo, esto es, conforme al principio *pro actione*, con interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón, revelen una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan y los intereses que sacrifican.

Más en concreto, sobre la interpretación del artículo 28.1.a) (LJCA 1956) a la luz de la Constitución, este Tribunal ya desde antiguo ha venido entendiendo que el concepto de interés directo aludido en dicho precepto debía sustituirse por el de interés legítimo del art. 24.1 CE. Desde este planteamiento se ha de aplicar al contencioso-administrativo la regla general de la legitimación por interés (ventaja o utilidad jurídica que se obtendría en caso de prosperar la pretensión ejercitada), de modo que para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso, siendo por ello inconstitucionales las decisiones jurisdiccionales de inadmisión de recursos en los que se pueda cabalmente apreciar tal interés.

C) Objeto

a) La declaración de lesividad no es recurrible

La declaración de lesividad, regulada en el artículo 103 de la Ley 30/1992 (modificado por la Ley 4/1999), constituye un mero presupuesto procesal para la interposición del recurso contencioso-administrativo por parte de la Administración contra sus propios actos favorables o declarativos de derechos, siendo en el proceso que se promueva con base en esa declaración de lesividad donde se dilucidará si efectivamente concurre causa de anulabilidad en el acto declarado lesivo.

De esta caracterización jurídica de la declaración de lesividad como mero presupuesto para el ejercicio de acciones contra sus propios actos por parte de la Administración, deriva, según la **STS de 18 de julio de 2000**, Ar. 4627, la inadmisibilidad del recurso que se interponga contra la misma, siendo lógica esta declaración de inadmisibilidad, ya que no tiene sentido admitir la interposición de un recurso contra la Administración sin más objeto que evitar que la misma Administración interponga un recurso, en el cual la parte podrá hacer plena defensa de sus derechos.

b) El examen de las causas de inadmisibilidad es prioritario al análisis de fondo

Es hoy dominante la jurisprudencia, oportunamente recordada por la **STS de 9 de abril de 2001**, Ar. 5838, que, apartándose de anteriores decisiones se inclina, por obvias razones de seguridad jurídica, unidas a la exigencia del acto administrativo previo y subsi-

guiente carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en favor de considerar prioritario el examen de las causas de inadmisibilidad, aun en los casos de plantearse un recurso en el que se accione invocando una nulidad de pleno derecho.

D) Procedimiento

a) Interposición: no es necesario anunciar la impugnación indirecta

Según la **STS de 16 de enero de 2001**, Ar. 4133, no es necesario hacer constar la impugnación indirecta ni en el escrito de interposición del recurso ni en la vía administrativa. Así se desprende, sin lugar a dudas, de la dicción del propio artículo 69.1 LJCA (de 1956), cuando señala que en la demanda y en la contestación podrán alegarse cuantos motivos procedan en justificación de las pretensiones que se deduzcan, aunque no se hubieran expuesto previamente en la vía administrativa. Dado que en la impugnación indirecta de disposiciones generales no cabe declarar la nulidad de la disposición misma sino únicamente la del acto de aplicación o desarrollo que se ataca directamente, es improcedente anunciar la impugnación indirecta al delimitar el objeto del proceso en el escrito de interposición del recurso ni antes, en la vía administrativa.

b) Requisitos para que la falta de emplazamiento tenga relevancia constitucional

La **STC 36/2001, de 12 de febrero** (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2001) ha señalado que para que la falta de emplazamiento personal tenga relevancia constitucional deben cumplirse tres requisitos: En primer lugar, es necesario que el sujeto que no ha sido emplazado tenga un derecho subjetivo o un interés legítimo que pueda verse afectado por la resolución que se adopte en ese proceso. Por ello, para que la falta de emplazamiento determine la lesión del derecho fundamental que consagra el artículo 24.1 CE es necesario que los no emplazados personalmente en el proceso puedan verse afectados por los ulteriores efectos materiales de la cosa juzgada. En segundo lugar, es preciso que el ciudadano, pese haber mantenido una actitud diligente, se vea colocado en una situación de indefensión. Por esta razón, cuando quede acreditado de manera fehaciente que el afectado tuvo conocimiento extraprocesal de la existencia del proceso, la falta de emplazamiento personal no determina la invalidez del mismo. Y en tercer y último lugar, se exige que el interesado pueda ser identificado por el órgano judicial a través de los datos que obran en el escrito de interposición de recurso, en la demanda, o en el expediente administrativo.

c) En casos excepcionales puede admitirse la presentación extemporánea de escritos

En el **ATC 134/1997**, de 7 de mayo, se consideró correcta la interpretación judicial de que la llegada extemporánea de un escrito de parte, presentado en tiempo en un órgano judicial distinto del de destino y del Juzgado de guardia, carece de todo efecto procesal.

Sin perjuicio de lo dicho, la **STC 41/2001, de 12 de febrero** (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2001) recuerda que en otras ocasiones se ha admitido que en situaciones excepcionales debe considerarse plenamente eficaz la presentación datada y cierta de un escrito ante un registro público distinto al del órgano judicial —así lo ha hecho el Tribunal en relación con los recursos de amparo que llegan de forma extemporánea y son interpuestos por quienes actúan sin postulación y tienen su domicilio en una localidad lejana a Madrid—, concluyendo, sin duda, que en situaciones excepcionales, y en las que no concurre negligencia alguna de parte, la inadmisión de un recurso por llegada extemporánea al órgano judicial —aunque presentado en tiempo y con certeza en otro registro público— puede ser tachada de desproporcionadamente rigurosa e irrazonable y, por tanto, contraria al artículo 24.1 CE.

d) La presentación de escritos en el Juzgado de Guardia sólo es válida respecto a los escritos de término

La **STC 54/2001, de 26 de febrero** (BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2001) reitera que no puede tildarse de irrazonable la interpretación que niega la eficacia de la presentación de escritos procesales en el Juzgado de Guardia antes del día en que se fija el plazo hábil para ello y cuando todavía está a disposición de la parte proceder a su presentación en el registro del órgano judicial destinatario.

Dicha interpretación resulta acorde con la excepcionalidad que en todo caso reviste la presentación de escritos procesales en el Juzgado de Guardia, respeta adecuadamente el principio de seguridad jurídica que protege a quien ha obtenido un pronunciamiento favorable en la instancia y no hace recaer sobre quien ejerce su derecho a los recursos legalmente establecidos una carga desproporcionada o de imposible cumplimiento.

Por todo ello, quien, a pesar de todo, opta por presentar dicho escrito en el Juzgado de Guardia antes del último día de plazo asume el riesgo de que el mismo no tenga entrada en el registro del órgano judicial destinatario dentro del plazo legal, provocando la extemporaneidad en la evacuación del trámite y la consiguiente frustración en el uso del remedio procesal de que se trata, sin que por ello pueda aducir una pretendida infracción del derecho a la tutela judicial efectiva. Tanto más cuanto que este derecho no autoriza a convertir, a partir de lo dispuesto en una norma de rango reglamentario, una regla excepcional establecida en garantía de la plenitud de los plazos de que disponen las partes para el cumplimiento de los trámites procesales, en un criterio de alternatividad acerca del lugar de realización de dichos trámites.

La **STS de 7 de julio de 2000**, Ar. 4624, por su parte, nos reitera esta misma doctrina, señalando que el cómputo del plazo de dos meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo, a tenor de lo establecido en el artículo 5.1 del Código Civil, aplicable por disposición del artículo 185.1 LOPJ debe hacerse “de fecha a fecha”, frase que, según criterio jurisprudencial consolidado, no puede tener otro significado que el de entender que el plazo vence el día cuyo ordinal coincida con el que sirvió de punto de partida, que es el de notificación o publicación, es decir, que el plazo comienza a con-

tarse a partir del día siguiente de la notificación o publicación del acto, siendo la del vencimiento la del día correlativo mensual o anual al de la notificación o publicación.

e) Prueba

a') La practicada sin audiencia del recurrente pero sin trascendencia para el fallo, no produce indefensión

Para la STS de 12 de junio de 2001, Ar. 5792, es irrelevante la prueba unida a los autos sin audiencia del recurrente, si el hecho que pretende demostrar, aunque irregular, ha sido inocuo para la decisión adoptada. En consecuencia, las infracciones procesales denunciadas no han producido la indefensión y perjuicio que el artículo 95.1.3 LJCA (de 1956) exigen para la estimación del recurso de casación.

b') Los órganos judiciales no pueden denegar una prueba propuesta y desestimar el recurso por falta de acreditación de los hechos cuya demostración se trataba de obtener

Tras exponer la doctrina constitucional relativa al derecho a la prueba, la STC 19/2001, de 29 de enero (BOE núm. 52, de 1 de marzo de 2001) nos recuerda que su inclusión en el artículo 24.2 CE no ha de ser entendida como la constitucionalización de un derecho absoluto y automático a la prueba en todos los procesos y en sus diferentes grados. Es decir, este derecho no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas. Para que la cuestión adquiera relevancia constitucional es preciso que la denegación o ausencia de práctica de la prueba se haya traducido en una efectiva indefensión material para el recurrente. Dicho de otro modo, que la prueba resulte decisiva en términos de defensa porque, de haberse practicado la prueba omitida o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta. Por ello, concluye que el artículo 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar.

f) Conclusiones: se puede solicitar el trámite de conclusiones tras la notificación de la providencia denegatoria de la prueba

El artículo 62.3 LJCA (de 1998) establece que “sólo se acordará la celebración de vista o formulación de conclusiones escritas cuando lo solicite el demandante o cuando, habiéndose practicado prueba, lo solicite cualquiera de las partes”; asimismo su artículo 62.2 dispone que “dicha solicitud habrá de formularse por medio de otrosí en los escritos de demanda o contestación o por escrito presentado en el plazo de tres días contados desde que se notifique la diligencia de ordenación declarando concluso el período de prueba”.

En este sentido, el **ATS de 25 de abril de 2001**, Ar. 5038, ha señalado que tras haberse rechazado el recibimiento a prueba y, por tanto, no haber tenido lugar la diligencia a que se refiere el artículo 62.2 citado, ha de entenderse que el demandante tiene la posibilidad de solicitar el trámite de conclusiones tras la notificación de la providencia denegatoria de la prueba.

g) Sentencia

a') Congruencia: diferencia entre alegaciones y pretensiones

La **STC 1/2001, de 15 de enero** (BOE núm. 41 de 16 de febrero de 2001) nos recuerda la doctrina reiterada de este Tribunal que establece que, si bien es cierto que la ausencia de respuesta expresa a las cuestiones suscitadas por las partes puede generar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, sin embargo no todos los supuestos son susceptibles de una solución unívoca, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del artículo 24.1 CE, o si, por el contrario, puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita que satisfaga las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva. A estos efectos ha de diferenciarse entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas; de manera que, si bien respecto de las primeras no sería necesaria una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, siendo suficiente, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global y genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales, la exigencia de congruencia, referida a la pretensión misma, es más rigurosa. Pues, en este caso, para poder apreciar la existencia de una respuesta tácita y una mera omisión sin trascendencia constitucional es necesario que del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución pueda deducirse razonablemente, no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino, además, los motivos fundamentadores de la respuesta tácita. Por otra parte, para que la queja fundada en incongruencia omisiva prospere se hace preciso la constatación del efectivo planteamiento de la cuestión cuyo conocimiento y decisión se afirma eludido por el Tribunal. Por último, la estimación de la vulneración del derecho a la tutela judicial requiere, en todo caso, la verificación de que la incongruencia omisiva causó una indefensión real y efectiva, reflejada en un perjuicio concreto al derecho a la defensa en juicio del afectado.

b') La sentencia no es incongruente si el silencio puede interpretarse como una desestimación tácita

El derecho a la tutela judicial obliga a los órganos jurisdiccionales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que aparezcan planteadas. Pero la **STS de 12 de febrero de 2001**, Ar. 5098, matiza que cuando el silencio de la resolución puede ser razonablemente interpretado como una desestimación tácita, tras ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso, no se produce en la sentencia el vicio de incongruencia omisiva. A lo que se añade que no existe incongruencia relevante si el órgano jurisdiccional resuelve genéricamente la pretensión de la parte, aunque no

se haya pronunciado sobre todas las alegaciones concretas que ésta formulaba, siempre que la pretensión que se hizo valer en el proceso haya quedado resuelta.

c') El incumplimiento del plazo para dictar sentencia no es invalidante

El incumplimiento del plazo para dictar sentencia es, según la **STS de 14 de mayo de 2001**, Ar. 4250, una irregularidad de la sentencia no invalidante y, por tanto, carente de relevancia o virtualidad casacional, pues, no constituye infracción de las normas reguladoras de un acto o garantía procesal que haya generado indefensión, ni se trata de infracción de una norma reguladora de los principios que deben regir el contenido de la sentencia y que se concretan en la congruencia y motivación, supuestos a los que se refiere el artículo 95.1.3 LJCA (de 1956) cuando habla de quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia, de tal modo que el mero incumplimiento del plazo para dictar sentencia no determina quebrantamiento de las formas esenciales del juicio.

d') Carece de sentido otorgar un amparo que se limita a anular parte de la motivación de la sentencia, manteniendo íntegro el fallo

La **STC 30/2001, de 12 de febrero** (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2001) ha reiterado que carece de sentido la concesión de un amparo que se limite a anular una parte de motivación de una Sentencia, aunque mantenga en su integridad el fallo, de la misma manera que carece de sentido anular totalmente la Sentencia, incluido el fallo, con el único objeto de que el órgano judicial dicte una nueva Sentencia en la que confirme el fallo, pero corrigiendo posibles errores o desaciertos contenidos en la redacción de su fundamento jurídico. Y es que el recurso de amparo se orienta a la reparación de efectivas vulneraciones de los derechos fundamentales y no a la depuración objetiva de aquellos vicios que puedan concurrir en la acción de los poderes públicos, sin que, por ello pueda otorgarse el amparo cuando los desaciertos en la fundamentación jurídica no han sido necesariamente relevantes para el fallo y, en sí mismos, no han supuesto la lesión de un derecho fundamental.

e') La rectificación de errores materiales no puede entrañar una nueva valoración del Derecho

La **STC 58/2001, de 26 de febrero** (BOE núm. 77, de 30 de marzo de 2001) señala que cuando el error material que conduce a dictar una resolución equivocada o que no se refiera al procedimiento de que se trataba sea un error grosero manifiesto apreciable desde el texto de la misma sin realizar interpretaciones o deducciones valorativas, deducible a simple vista, en definitiva, si su detección no requiere pericia o razonamiento jurídico alguno, el órgano jurisdiccional podrá legítima y excepcionalmente proceder a la rectificación ex artículo 267 LOPJ, aun variando el sentido del fallo. En cambio, cuando la rectificación (con alteración del sentido del fallo) entrañe una nueva operación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho el órgano jurisdiccional se habrá excedido de los estrechos límites del citado precepto legal y habrá vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes en el proceso.

h) Suspensión

a') El criterio de la apariencia de buen derecho tiene una importancia secundaria

No siendo siempre acordes los criterios con arreglo a los cuales se ha venido otorgando o denegando la suspensión de los actos o disposiciones impugnados, desde la entrada en vigor de la LJCA de 1998 se viene otorgando preeminencia argumental a la mayor o menor probabilidad de que la falta de adopción de dicha medida cautelar pueda privar de eficacia al recurso contencioso entablado, como lógica consecuencia de preservar el principio de efectividad de la tutela judicial, que no puede entenderse agotado con la mera declaración de la existencia de un derecho cuya satisfacción no fuere posible de modo específico. Ello explica, según el **ATS de 3 de mayo de 2001**, Ar. 5039, que al criterio de apariencia de buen derecho invocado (o *fumus boni iuris*) solamente pueda otorgársele una relevancia secundaria, que siempre ha de partir de la imposibilidad de que esa apariencia pretenda traducirse en un anticipo de la resolución sobre la cuestión de fondo.

b') Cuando se enfrentan dos intereses públicos se debe seguir el criterio de la normalidad

Cuando se trata de un debate procesal entre dos entes públicos, no se trata de ponderar los intereses públicos frente a los privados, sino que en tales casos, la **STS de 30 de abril de 2001**, Ar. 4245, se inclina por la normalidad que supone mantener la ejecutividad del acto recurrido, frente a la excepcionalidad que implica la suspensión del mismo.

c') Se requiere un juicio ponderativo

En el nuevo régimen de medidas cautelares, ya no sólo limitado a la suspensión, instaurado por el artículo 130 LJCA (de 1998) se permite al Órgano jurisdiccional la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

Según el **ATS de 21 de marzo de 2001**, Ar. 5914, la exégesis del precepto conduce a las siguientes conclusiones: a) la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa, entre otras posibles interpretaciones, que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso; b), aún concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, y, c), en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

i) Ejecución de sentencia: la selección e individualización de los bienes patrimoniales embargables debe hallarse sujeta a control jurisdiccional

El ATS de 5 de febrero de 2001, Ar. 5412, nos recuerda la doctrina sentada en la STC 166/1998, que declara la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “y bienes en general” del artículo 154.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas locales, en la medida en que no excluye de la inembargabilidad los bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público, o sujetos a una legislación especial. El Tribunal Constitucional declara, sin embargo, que las previsiones legales y reglamentarias en vigor respecto a los bienes de las entidades locales permiten que el acreedor proceda a una adecuada individualización y selección de los bienes patrimoniales al instar el embargo (artículo 919 LECiv) excluyendo correlativamente los demaniales, los comunales e incluso los patrimoniales que se hallen materialmente afectados a un uso o servicio público. Con lo que se salvaguarda no sólo la seguridad jurídica, sino también la eficacia de la Administración local y la continuidad en la prestación de los servicios públicos. Máxime si tal selección e individualización se halla sujeta a un obligado control jurisdiccional al acordarse el embargo.

En dicha sentencia se sienta la conclusión de la embargabilidad de dichos bienes por el procedimiento indicado, siempre que, observado el procedimiento para la válida realización del pago (artículo 154.4 de la Ley de Haciendas Locales y concordantes) el ente local deudor persistiera en el incumplimiento de su obligación de satisfacer la deuda de cantidad líquida judicialmente declarada.

j) Costas: la repercusión del IVA o la retención del IRPF son cuestiones ajenas a la tasación de costas

La STS de 23 de junio de 2000, Ar. 5814, señala 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 tanto, 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.

k) La falta de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad no vulnera derecho constitucional alguno

La STC 33/2001, de 12 de febrero (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2001) ha señalado que suscitar la cuestión de inconstitucionalidad es una prerrogativa exclusiva e irrevocable atribuida por el artículo 163 CE a los órganos judiciales, los cuales, por el mero

hecho de no plantearla y de aplicar la Ley que, en contra de la opinión del justiciable, no estiman inconstitucional, no lesiona, en principio, derecho fundamental alguno de éste.

1) Procedimiento de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales: se debe invocar de forma argumentada la infracción de derecho fundamental

La STS de 23 de mayo de 2001, Ar. 5170, ha declarado que una declaración inicial de inadmisión del recurso por inadecuación del cauce procesal especial y sumario, solamente es viable cuando la pretensión ejercitada no guarde relación alguna con los derechos fundamentales invocados, en el sentido de que la argumentación expuesta para interponer el recurso no se funde en la lesión aducida o resulte tan ajena a ella que realmente pueda concluirse que el debate planteado no ofrece vínculo alguno con los derechos fundamentales susceptibles de ser protegidos conforme al régimen procesal de la Ley 62/1978, de tal modo que si se invoca de forma argumentada la infracción de un derecho fundamental —y salvo que la argumentación carezca manifiestamente de fundamentación— debe tramitarse el procedimiento especial de la Ley 62/1978, con independencia de lo que en definitiva se aprecie en la sentencia sobre lo fundado o infundado de la lesión del derecho fundamental que se haya alegado.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Objeto

a) Contra autos

a') El recurso de súplica es requisito de procedibilidad

En relación con la previa interposición del recurso de súplica, en atención a las dudas que suscita el artículo 87.3 LJCA (de 1998), la jurisprudencia, recordada por el **ATS de 16 de mayo de 2001**, Ar. 5762, tiene dicho que es exigible el recurso de súplica previo al recurso de casación también en los supuestos del artículo 87.1 LJCA (de 1998), razonando al efecto que aunque en principio debería superarse la literalidad del artículo 87.3 —probablemente atribuible a un defecto de su elaboración parlamentaria— cuando dice “(...)en los casos previstos en el apartado anterior”, es decir, los recogidos en el apartado núm. 2 y lo normal es la exigencia del recurso de súplica previo al recurso de casación también en los supuestos del apartado 1 del citado artículo 87, al igual que se exigía en el texto de la LJCA (en su versión de 1992) y recoge expresamente la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil cuando establece en su Disposición Final Decimocuarta, apartado 2, que el apartado 3 del artículo 87 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa queda redactado en los siguientes términos: “Para que pueda prepararse el recurso de casación en los casos previstos en los apartados anteriores es requisito necesario interponer previamente el recurso de súplica”.

b') Autos dictados en ejecución de sentencia: el recurso debe prepararse evidenciando la infracción de normas estatales en la sentencia ejecutada

La jurisprudencia tiene declarado que cuando la sentencia no es susceptible de recurso de casación, el auto dictado en su ejecución tampoco puede serlo. En base a ello, la **STS de 7 de junio de 2001**, Ar. 5937, ha precisado que la preparación del recurso de casación en estos casos, a la que se refiere el inciso inicial del artículo 94.2 LJCA (de 1956), habrá de hacerse conforme al artículo 96.2 de la propia Ley, aunque aplicado al caso de la ejecución de sentencia. Dispone éste, refiriéndose al escrito de preparación del recurso de casación, que en el supuesto previsto en el artículo 93.4, a que se acaba de hacer referencia, habrá de justificarse que la infracción de una norma no emanada de la Comunidad Autónoma ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia de cuya ejecución se discute.

Aunque el recurso de casación en ejecución de sentencia es una modalidad *sui generis* de recurso, en la que únicamente cabe expresar los motivos de extralimitación que dice el artículo 94.1.c) LJCA (de 1956), es el recurrente quien en el escrito de preparación del recurso de casación tiene la carga procesal inexcusable de justificar que la infracción de una norma no emanada de los órganos de la Comunidad Autónoma ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia a ejecutar y que, por ello, la cuestión trasciende el Derecho autonómico y puede acceder, o ha accedido ya, al recurso de casación. En otras palabras, la relevancia de la normativa estatal, como factor que posibilita el acceso a la casación en el artículo 93.4 LJCA (de 1956), debe situarse en el fallo de la sentencia no respetada en fase de ejecución, y no en el recurso de casación esgrimido frente a los autos que resuelven la misma.

B) Motivos

a) La solicitud de pruebas como diligencias para mejor proveer no da cumplimiento a lo exigido en el artículo 88.2 LJCA

La infracción de las garantías procesales derivadas de la omisión de diligencias de prueba que hubiesen podido ocasionar indefensión requieren, aparte de la existencia de dicha indefensión, que se haya reclamado en momento procesal oportuno contra la decisión del Tribunal que omitió su práctica, o la realizó irregularmente, debiendo en consecuencia obedecer la indefensión creada al indebido proceder de éste y no a la incuria, negligencia o libérrima decisión de la parte que la alega.

La **STS de 23 de mayo de 2001**, Ar. 4955, considera que no se puede entender como petición de subsanación de esa omisión la simple sugerencia vertida en el escrito de conclusiones de la actora de que, caso de que no se estimase acreditado lo fundado de su pretensión, se insistiría en que las pruebas admitidas, y no practicadas por causas que no constan en autos, se acordasen para mejor proveer.

b) Carece de relieve la invocación de una norma estatal si su interpretación no trasciende del ámbito autonómico

Según la STS de 20 de enero de 2001, Ar. 4138, carece de relieve, a efectos de la casación, la invocación de un precepto del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992, —equivalente a otro del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, que adquiere relieve como *ius superveniens* tras la STC 61/1997, que declara inconstitucional el precepto invocado—, cuando la impugnación se reduce a la mera interpretación de una norma que no trasciende el ámbito autonómico.

c) El examen de la concurrencia de los casos que contempla el artículo 87.1.c) LJCA corresponde al Tribunal Supremo

El ATS de 4 de junio de 2001, Ar. 5173, ha declarado que aunque el artículo 90.1 LJCA (de 1998) apodera a la Sala de instancia para verificar si la resolución impugnada es susceptible de recurso de casación y el artículo 87.1.c) limita la recurribilidad de los autos recaídos en ejecución de sentencia a los que resuelvan cuestiones no decididas, directa ni indirectamente, en aquélla o que contradigan los términos del fallo que se ejecuta, no es a dicha Sala sino al Tribunal Supremo a quien corresponde, una vez formalizado el escrito de interposición del recurso, juzgar si el auto contra el que se ha preparado el recurso de casación se encuentra o no comprendido en alguno de los dos casos del artículo 87.1.c), bastando a los efectos de la preparación del recurso, por lo general, que el recurrente se acoja a cualquiera de ellos, pues dichos extremos integran la fundamentación del recurso, por lo que deben examinarse una vez interpuesto éste.

d) Puede revisarse la prueba de presunciones

La jurisprudencia ha venido admitiendo que pueda plantearse en casación la ruptura del nexo lógico entre el hecho base y el hecho consecuencia obtenido aplicando las reglas de la presunción. Es por ello que la STS de 3 de abril de 2001, Ar. 4149, si bien reconoce que en el recurso de casación no puede someterse a libre examen la valoración de la prueba realizada en la resolución recurrida, pues el recurso de casación es un recurso especial que tiene por objeto la corrección de vulneraciones del ordenamiento jurídico con independencia de la fijación de los hechos que corresponde al Tribunal de instancia, admite que a veces pueden cometerse infracciones del ordenamiento jurídico en el acto de apreciación de la prueba. Entre los preceptos que disciplinan las reglas metódicas a las que debe sujetarse la valoración de la prueba se halla el artículo 1253 del Código Civil, el cual exige, para llegar a una conclusión por la vía indiciaria, un enlace preciso y directo entre el hecho inferido y los hechos que, con el carácter de indicios, constituyen la base sobre la que se construye la inferencia lógica efectuada por el juzgador.

La valoración de la prueba, en efecto, constituye una facultad del Tribunal de instancia. Éste deberá apreciar libremente el conjunto de los medios de que disponga válidamente en el proceso. El juzgador sólo quebrantará las reglas sobre la prueba presuntiva en el supuesto de que se funde en meros indicios para obtener conclusiones faltas del debido

fundamento lógico. No cuando, acertadamente o no, no reconozca relevancia suficiente a los medios de prueba obrantes en el proceso por entender que no ofrecen una suficiente fuerza de convicción.

e) La infracción de jurisprudencia debe razonarse

La STS de 6 de abril de 2001, Ar. 4657, afirma que la jurisprudencia que se cita mediante una simple referencia a su fecha y número de repertorio carece de relieve a efectos de casación, porque ni se especifican los fundamentos de hecho que motivaron la doctrina que se extraiga ni se expresa en virtud de qué similitud puede ser la misma aplicable al presente supuesto.

f) No se puede estimar el recurso por un motivo que no alteraría otros fundamentos de la sentencia

Es jurisprudencia reiterada, invocada por la STS de 10 de abril de 2001, Ar. 4505, que no cabe casar una sentencia por un motivo determinado cuando, pese a su hipotética procedencia, el fallo seguiría encontrando su fundamento en otras razones distintas a las concernidas por aquel motivo, que deban quedar en pie; o, en otras palabras, que carecen de alcance casacional aquellos motivos cuya estimación no alteraría otros fundamentos de la sentencia que, debiendo mantenerse, también conducen al fallo.

g) La incongruencia omisiva no se produce respecto a cuestiones planteadas en conclusiones

La incongruencia omisiva, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, se produce cuando en la sentencia no se resuelve alguna de las cuestiones controvertidas en el proceso. Y es conocida la jurisprudencia que identifica “cuestiones” con “pretensiones” y “oposiciones”, y aquellas y éstas con el *petitum* de la demanda y contestación, lo que ha llevado en más de una ocasión a afirmar que cuando la sentencia desestima el recurso resuelve todas las cuestiones planteadas en la demanda. Pero es cierto, sin embargo, que esta doctrina fue matizada e, incluso superada, por otra línea jurisprudencial más reciente que viene proclamando la necesidad de examinar la incongruencia a la luz de los artículos 24.1 y 120.3 CE; de aquí que para definirla no baste comparar el “suplico” de la demanda y de la contestación con el “fallo” de la sentencia, sino que ha que atenderse también a la “*causa petendi* de aquéllas” y a la motivación de ésta. Así la incongruencia omisiva se produce esencialmente cuando no existe correlación entre las pretensiones de las partes y el fallo de la sentencia, pero ello incluye también los supuestos en que en la fundamentación de ésta se produce una preterición de la *causa petendi*, es decir, de las alegaciones o motivos que sirven de fundamento a los escritos de demanda y contestación.

En base a las anteriores consideraciones, la STS de 21 de mayo de 2001, Ar. 5993, ha precisado que una cuestión preterida por el Tribunal a quo que se habría introducido en

el escrito de conclusiones no tiene encaje en la incongruencia omisiva que sólo se produce cuando la sentencia deje sin resolver “alguna de las cuestiones planteadas en la demanda y contestación”, sin que tenga relevancia el que se aludiera después a ella en el escrito de conclusiones pues éste, dado su limitado alcance procesal, no delimita el ámbito de cognición del Tribunal sentenciador.

C) Procedimiento

a) El principio *pro actione* juega con menos intensidad en casación que en el acceso a la jurisdicción

Como se señala en la STS de 6 de abril de 2001, Ar. 4233, el rigor formal del recurso de casación no puede ser atemperado por el principio *pro actione*, que no tiene en este recurso extraordinario la intensidad que se le da en el acceso a la vía jurisdiccional.

b) Escrito de interposición: los motivos no pueden concretarse por remisión a otro recurso de casación

Según la STS de 8 de febrero de 2001, Ar. 4142, en casación no pueden exponerse los motivos de impugnación por remisión a otro recurso de casación, porque eso significa incumplir la carga procesal que al recurrente impone el artículo 92.1 LJCA consistente en expresar razonadamente el motivo o motivos en que se ampare, cuya expresión no se cumple haciendo una remisión a otro proceso.

c) La falta de cita de los motivos en el escrito de interposición no puede entenderse subsanada en preparación

Las SSTs de 8 y 11 de junio de 2001, Ar. 5853 y 5856, reiteran la jurisprudencia que, aplicada a la nueva Ley Jurisdiccional, viene sosteniendo que el carácter extraordinario del recurso de casación impone al recurrente el cumplimiento riguroso de determinados requisitos, cuya falta determina su inadmisión.

Especialmente exigente se muestra, en cuanto al deber de fijar el motivo en que haya de fundarse el recurso, con expresión del apartado correspondiente del artículo 88.1 LJCA (de 1998); e, igualmente, si se articula el del apartado c), cuál es la norma jurídica o jurisprudencia que se considera infringida o inaplicada por la sentencia. 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 puede verse impedida por el hecho cierto de que en el escrito de preparación se alegase el artículo 88.1, apartado c), de la Ley Jurisdiccional, 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.

D) Inadmisión**a) Reglas generales**

- a') Los criterios de inadmisión del recurso son aplicables incluso si el procedimiento en primera instancia se tramitó por la Ley de Protección Jurisdiccional de Derechos Fundamentales

Varias han sido las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre si las Sentencias que los órganos contencioso-administrativos dicten en única instancia por el cauce de la Ley 62/1978 son o no, siempre y en todo caso, susceptibles de recurso de casación (esto es, aun en el supuesto de que tal recurso se halle exceptuado en el artículo 93 LJCA de 1956).

La **STC 32/2001, de 12 de febrero** (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2001) resumiendo lo dicho, sostiene que el criterio seguido por este Tribunal era que no resultaba contrario al artículo 24.1 CE aplicar a los pleitos contencioso-administrativos tramitados por la Ley 62/1978 las reglas sobre el régimen general de recursos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 (hasta 1992 recurso de apelación, después recurso de casación). Con la salvedad de la **STC 188/1994, de 20 de junio** (en la que de forma excepcional y sin pretensión de generalidad se vino a reconocer que podía ser procedente tal recurso y que la no tramitación del mismo menoscabó el artículo 24.1 CE), se reconoce que la interpretación que los órganos jurisdiccionales realicen sobre esta cuestión en el sentido de que no cabe casación no vulnera el artículo 24.1 CE siempre que se trate de una interpretación no arbitraria, no irrazonable o no errónea.

- b') La preliminar declaración de admisibilidad tiene un valor provisional

La **STS de 27 de febrero de 2001, Ar. 4711**, nos recuerda que el hecho de que un recurso de casación haya sido admitido a trámite no impide que las posibles causas de inadmisibilidad puedan y deban ser analizadas y apreciadas al dictar sentencia, ya que la preliminar declaración de admisión tiene valor provisional, a lo que se une que el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad es cuestión previa a analizar por la Sala antes de entrar a conocer de los motivos concretos articulados.

b) Defectuosa preparación

- a') Ciertos defectos en el escrito de preparación son subsanables

A pesar de la imperfección con que se formuló el escrito de preparación del recurso de casación, en el que no se expone, ni siquiera sucintamente, como exige el artículo 96.1 LJCA (de 1956), la concurrencia de los requisitos de admisibilidad exigidos, la **STS de 2 de abril de 2001, Ar. 6009**, no inadmite el recurso dado que en el escrito de interposición sí se respetaron cumplidamente las formalidades exigidas por la Ley Jurisdiccional

para este tipo de recursos, subsanándose, en consecuencia, los defectos en que la parte recurrente incurrió en su escrito de preparación, y toda vez que los defectos formales apuntados no impiden, ni dificultan el examen y decisión sobre las infracciones jurídicas alegadas, pues el contenido y alcance de la pretensión impugnatoria aparecen claramente expuestos en el escrito de interposición.

b') El motivo del artículo 95.1.3 LJCA (de 1956) debe citarse en preparación

La STS de 20 de diciembre de 1999, Ar. 5808, nos recuerda que respecto del motivo previsto en el artículo 95.1.3 LJCA (de 1956) carece de significado la carga que al recurrente impone el artículo 96.2, toda vez que para que tal motivo pudiera ser considerado habría sido necesario que se hubiera anunciado en el escrito de preparación del recurso. Téngase en cuenta que el artículo 93.4 afecta a la impugnabilidad de la sentencia —“(…) sólo serán susceptibles de recurso de casación (...)”— por lo que si no se anuncia en el escrito de preparación que el recurso vendrá fundado en su día en motivo distinto del previsto en el núm. 4 del artículo 95.1 se hace imposible que el Tribunal *a quo*, al que corresponde pronunciarse sobre la preparación del recurso, pueda conocer ese dato.

c') Los defectos en el juicio de relevancia del escrito de preparación no son subsanables

La STS de 4 de junio de 2001, Ar. 5842, recogiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, considera 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 que el defecto de justificación apreciable en el escrito de preparación no es subsanable en el escrito de interposición.

c) Personal

a') Las bases de las convocatorias no son normas reglamentarias

La STS de 28 de mayo de 2001, Ar. 5702, nos reitera que los acuerdos sobre convocatorias de pruebas selectivas y sus bases tienen el carácter de actos administrativos, aunque de efectos generales, y no de normas reglamentarias.

b') Es cuestión de personal la controversia sobre el derecho de un profesor a corregir exámenes

La cuestión litigiosa referida al derecho de un profesor a corregir unos exámenes se encuentra en íntima conexión con el desarrollo de la relación funcional en sentido amplio, una de cuyas manifestaciones es, sin duda, el desempeño de las funciones propias del puesto de trabajo, como la corrección de exámenes. Dado que el litigio planteado tiene su origen exclusivo en la relación funcional —docente— del recurrente y no, en modo alguno, en su situación como ciudadano que litiga con la Administración, situación que excluiría su consideración como cuestión de personal, la STS de 22 de mayo de 2001, Ar. 4861, concluye que la materia controvertida es claramente catalogable como

cuestión de personal, entendida como toda pretensión directamente relacionada con el nacimiento, desarrollo o extinción de la relación de servicio con las Administraciones Públicas y es incardinal en el caso general de inadmisibilidad de la casación que establece el inciso inicial del apartado a) del número 2 del artículo 93 de la LJCA (de 1956).

d) Cuantía

a') Criterio de notoriedad

La **STS de 5 de junio de 2001**, Ar. 5998, ha declarado inadmisibile por razón de la cuantía un recurso de casación en el que el objeto impugnado es una licencia de obra menor para la instalación de un cable telefónico, pues la cuantía de la litis queda determinada por el importe de los gastos para la instalación de un cable telefónico de 200 pares por distintos edificios municipales, y aunque no consta presupuesto de la instalación, notoriamente el valor de la instalación o montaje, en manera alguna, puede alcanzar la cifra de 6.000.000 de pesetas, que constituye el límite cuantitativo para la viabilidad del recurso conforme a lo dispuesto en el art. 93.2.b) LJCA (de 1956).

En la **STS de 8 de junio de 2001**, Ar. 5851, por su parte, se aplica el mismo criterio de notoriedad para inadmitir un recurso de casación cuya significación económica viene determinada por la reparación de una valla de un chalet, de cerramiento de obra y un metro de altura.

b') A las exenciones de tributos se les aplica el artículo 489.6ª LECiv

Es doctrina reiterada, invocada por las **SSTS de 13 y 14 de junio de 2001**, Ar. 6046 y 6047, que en asuntos en que las pretensiones deducidas son, además de las dirigidas a obtener la anulación de los actos recurridos, que se declare el derecho a que las pensiones que se perciban estén exentas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de su sistema de retenciones a cuenta, que para determinar la cuantía litigiosa debe acudirse a la regla 6ª del artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 51.1 LJCA (de 1956).

c') En los procedimientos expropiatorios la cuantía viene determinada por la diferencia entre la hoja de aprecio y lo determinado por el jurado

De conformidad con la doctrina reiterada por la **STS de 27 de junio de 2000**, Ar. 5817, la fijación de la cuantía en los expedientes expropiatorios, a los efectos de interposición del recurso de casación, viene determinada por la diferencia entre el valor del bien expropiado establecido en el acuerdo del Jurado y el valor asignado por el recurrente a dicho bien en su hoja de aprecio, por aplicación de lo prevenido en el artículo 51.1.b), número segundo, LJCA (de 1956).

d') La pérdida de clientela por suspensión temporal de concesión es un concepto indiferente

En aplicación del artículo 1710, regla 4ª, LECiv, en relación con la Disposición Adicional Sexta de la LJCA (de 1998), la STS de 6 de junio de 2001, Ar. 5727, ha señalado que el valor económico resultante de la ausencia de percepción de beneficios durante los quince días de suspensión del ejercicio de la concesión de la expendeduría de tabacos que establece una sanción, difícilmente puede superar la cuantía preceptiva de seis millones de pesetas, añadiendo, en cuanto a la hipotética pérdida de clientela, que más que referirse a un valor de cuantía indeterminada, ha de contemplarse, a efectos de su valoración, como un concepto indiferente dado que en el caso enjuiciado se está ante una medida provisional y temporal, que viene referida a una actividad mercantil que se ejerce en régimen de monopolio.

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA LA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) El examen de la identidad de las sentencias enfrentadas corresponde al Tribunal Supremo

En aplicación del artículo 97 LJCA (de 1998), el ATS de 4 de junio de 2001, Ar. 5172, entiende que el control que la Sala sentenciadora debe ejercer al pronunciarse sobre la admisión o inadmisión de un recurso de casación para la unificación de doctrina debe ceñirse, junto al examen de los requisitos generales sobre legitimación y postulación del recurrente, a los siguientes extremos: a) Si la interposición del recurso tiene lugar en el plazo legal de treinta días; b) Si contiene relación precisa y circunstanciada de las identidades determinantes de la contradicción alegada y se invoca razonadamente la infracción legal en que, a juicio del recurrente, incurre la sentencia impugnada; c) Si se acompaña al escrito de interposición del recurso certificación de la sentencia o sentencias alegadas con mención de su firmeza —cuando no lo fueran por ministerio de la Ley— o, en su defecto, copia simple de su texto y justificación documental de haberse solicitado aquélla del órgano jurisdiccional competente (en tanto no se constituya el Registro de sentencias previsto en la Disposición Adicional Tercera de la LJCA). Consecuentemente, a lo que no puede extenderse el control de la Sala de instancia es al examen de la identidad de las sentencias enfrentadas, toda vez que el juicio de contradicción, el primero que debe hacerse al tiempo de fallar el recurso, es competencia exclusiva del Tribunal de casación, en este caso, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

4. RECURSO DE CASACIÓN EN INTERÉS DE LA LEY

A) Debe concretarse la intensidad del perjuicio al interés general y la doctrina propuesta

Según la STS de 27 de junio de 2001, Ar. 5742, el escrito de interposición del recurso en interés de Ley debe realizar un análisis de la intensidad con que la sentencia recurrida perjudica el interés general y proponer la concreta doctrina que se estime correcta en torno a la cuestión definitivamente resuelta.

B) Los Colegios Profesionales están legitimados cuando se enjuicien sus funciones públicas

El artículo 100.1 de la LJCA (de 1998), abre el recurso de casación en interés de la Ley, además de al Ministerio Fiscal y a la Administración General del Estado, a la Administración pública territorial que tenga interés legítimo en el asunto y a las “Entidades o Corporaciones que ostenten la representación y defensa de intereses de carácter general o corporativo y tuviesen interés legítimo en el asunto”.

La jurisprudencia ha dicho reiteradamente que la legitimación para interponer el recurso de casación en interés de la Ley no se extiende a los sujetos privados, individuales o colectivos, cualquiera que sea la forma asociativa que adopten, ya que este recurso, en cuanto tiende a preservar el interés general, se atribuye únicamente a los entes públicos que encarnan dicho interés. Más concretamente, la expresión de “entidades o corporaciones” antes transcrita comprende tan sólo, con carácter exclusivo, a las entidades o entes corporativos que adopten una personificación pública y se configuren como tales entes públicos.

Los Colegios Profesionales son Corporaciones de derecho público y en cuanto tales tienen como fines esenciales, entre otros, la defensa de los intereses profesionales de sus colegiados. Ostentan en su ámbito la representación y defensa de la profesión ante los Tribunales, con legitimación para ser parte en cuantos litigios afecten a los intereses profesionales de sus colegiados. Pero esta argumentación no avala la legitimación de un Colegio Oficial de Médicos para interponer un recurso que está concebido exclusivamente en defensa del interés general. La cualidad de corporaciones públicas de los colegios profesionales es mera consecuencia de su origen, que está en la Ley, a diferencia de lo que acontece con las asociaciones y con las sociedades, en general, que nacen por un acuerdo de sus miembros. Se trata, por tanto, de una condición en sí misma insuficiente para acudir legítimamente a este recurso, que por otro lado no está concebido en defensa de los intereses profesionales de los colegiados, que son claramente intereses privados.

En presencia de tal doctrina, el **ATS de 26 de enero de 2001**, Ar. 5913, ha señalado que los Colegios Profesionales —y los Consejos Generales en que éstos se agrupan y que gozan de idéntica naturaleza a los efectos que nos ocupan— están legitimados para interponer el recurso de casación en interés de la Ley cuando lo que intentan rebatir es el correcto ejercicio de aquellas funciones públicas que les han sido atribuidas por el ordenamiento o delegadas expresamente por la Administración, como ocurre cuando ejercen la potestad disciplinaria en el orden profesional y colegial y, en general, cualquier otra competencia que normalmente es propia de aquélla.

5. INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES**A) Debe ser examinado de un modo restrictivo**

El incidente de nulidad de actuaciones artículo 240.3 LOPJ (según las modificaciones de 1997 y 1999) es un remedio o procedimiento rescisorio de sentencias o resoluciones

firmes calificable de extraordinario y excepcional, basado en defectos de forma procesales o en la incongruencia del fallo que hubieran causado indefensión (siempre que los primeros no haya sido posible denunciarlos antes de recaer sentencia o resolución que ponga fin al proceso y que, en uno y otro caso, la sentencia o resolución no sea susceptible de recurso en el que quepa reparar la indefensión sufrida), que, en consecuencia, según el **ATS de 4 de mayo de 2001**, Ar. 5760, al generar una cierta tensión con el principio de seguridad jurídica y con la santidad de la cosa juzgada, ha de ser examinado e interpretado, por lo que a su fundamentación se refiere, de un modo restrictivo, pues no tiene, o no debe tener, operatividad para dar satisfacción a invocadas vulneraciones de derechos fundamentales que pudieran afectar a las cuestiones sustantivas debatidas a lo largo de todo el proceso en el que interfiere o incide y ya resueltas en las diversas instancias judiciales, ni tampoco es susceptible de atender a reclamaciones de carácter formal que no cumplan los dos requisitos de la norma citada, esto es, los defectos de forma y/o la incongruencia y la efectiva generación de indefensión material (ex artículo 24 CE) en la parte que los alega.

B) Objeto: no procede contra sentencias dictadas en el recurso de casación en interés de Ley

Según el **ATS de 15 de junio de 2001**, Ar. 5796, el incidente de nulidad de actuaciones del nuevo art. 240.3 LOPJ no está concebido para ser interpuesto con la finalidad de lograr la nulidad de una sentencia dictada en un recurso de casación en interés de la Ley. En primer lugar, se trata de una modalidad casacional que no incide en la situación jurídica particular derivada de la sentencia impugnada, que en todo caso ha de respetar. En segundo término, tiene por único posible objeto enjuiciar la correcta interpretación y aplicación de normas emanadas del Estado o de las Comunidades Autónomas (según su modalidad estatal o autonómica) y por finalidad fijar “doctrina legal”, que vinculará a los Jueces y Tribunales inferiores en grado del orden contencioso-administrativo, esto es, sentar jurisprudencia. Y, en tercer lugar, se trata, por todo ello, de un medio de impugnación en que la Sala competente para sentar esa “doctrina” no viene vinculada por las pretensiones de las partes, sino que, antes al contrario, únicamente debe acceder a lo solicitado por la entidad que solicita el pronunciamiento cuando estime “gravemente dañosa para el interés general y errónea la resolución dictada”.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO
GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

ACTIVIDAD POLICIAL Y SEGURIDAD PÚBLICA (Comentario de urgencia a la STC 235/2001, de 13 de diciembre)

MIGUEL CASINO RUBIO

Profesor Titular de
Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

I

La reciente Sentencia 235/2001, de 13 de diciembre, cierra, por ahora, la lista de pronunciamientos constitucionales sobre el asunto de la “seguridad pública”, a que alude el artículo 149.1.29 CE. El Tribunal resuelve en esta ocasión, desestimándolo, el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña contra determinados artículos de la Ley estatal 3/1996, de 10 de enero, sobre medidas de control de sustancias químicas catalogadas susceptibles de desvío para la fabricación ilícita de drogas.

Desafortunadamente, como luego podrá comprobarse, tampoco esta Sentencia acierta en mi criterio a desentrañar, menos aun de modo convincente, el significado del concepto “seguridad pública”. Incluso habría que añadir que lo único que al término consigue la Sentencia es echar más leña al fuego de la discordia, al alumbrar un nuevo criterio de enjuiciamiento que, sobre ser muy discutible técnicamente, comporta además un injustificado abandono de su propia doctrina anterior, como muy bien se encarga de advertir uno de los votos particulares formulados a la Sentencia. Lo que, acaso, sea la prueba más concluyente de la desorientación que padece el Tribunal Constitucional, que anda buscando, sin encontrarlo, un canon de constitucionalidad que le sirva de una vez por todas para encuadrar y resolver adecuadamente este tipo de controversias.

II

El recurso, en el presente asunto, está motivado por la reserva que la citada Ley estatal establece en favor de la Administración General del Estado de las funciones ejecutivas previstas en sus artículos 11, 12, 26 y 27; lo que, en el criterio de la Generalidad, excluye que aquéllas puedan ser cumplidas concurrentemente por los órganos administrativos de las Comunidades Autónomas que, como sucede en el caso de Cataluña, han asumido competencias en materia de seguridad pública y disponen de policía propia.

En particular, el artículo 11 se impugna porque dispone que deberán obtener una licencia de actividad, expedida por el Ministerio de Justicia e Interior, las personas físicas o jurídicas que se dediquen habitual u ocasionalmente a la fabricación, transformación, procesamientos, almacenamiento, distribución, corretaje, transporte, comercialización o cualquier otra actividad conexas relativa a las sustancias químicas que la Ley se encarga de catalogar y que, sin ser en sí mismas estupefacientes o sustancias psicotrópicas, resultan necesarias para su fabricación. Se trata de los denominados “precursores” que la Ley persigue evitar puedan desviarse a la fabricación ilícita de drogas tóxicas y estupefacientes.

El artículo 12, por su parte, porque establece que sean las autoridades que determine el Ministerio de Justicia e Interior las encargadas de recibir y requerir de los particulares que operen con dichas sustancias catalogadas la información y el cumplimiento del resto de obligaciones que la Ley establece.

El artículo 26 se impugna también porque atribuye al Ministerio de Justicia e Interior la competencia para la incoación e instrucción de los procedimientos sancionadores correspondientes por la comisión de las infracciones asimismo previstas en la Ley. Y el artículo 27 porque atribuye al Ministro de Justicia e Interior la imposición de las sanciones procedentes por la comisión de infracciones graves y leves, y al Consejo de Ministros las correspondientes a la comisión de infracciones muy graves.

Para la representación de la Generalidad de Cataluña todas estas previsiones normativas, que acepta, como es la opinión también del abogado del Estado, pertenecen a la materia “seguridad pública”, lesionan no obstante las competencias autonómicas que son consecuencia de la creación de su propia policía en el marco de lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (en adelante, LOFCS). Una conclusión que no es compartida por la representación procesal del Estado, que insistirá en la condición estatal de las tareas policiales consideradas, supuesta la competencia de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para investigar y perseguir los delitos relacionados con la droga [art. 12.1.A).e) LOFCS].

Así planteada la controversia, la solución pareciera depender de la interpretación que al cabo deba merecer la LOFCS, en tanto que norma integrante del bloque de la constitucionalidad que diseña el modelo policial y asigna competencias a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en materia de “seguridad pública” ex artículos 149.1.29 CE y 13.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (en adelante EAC). Así, al menos, cabía deducirlo razonablemente de los respectivos argumentos aducidos por ambas partes y que de consuno, como se ha anticipado, coincidían en destacar la dimensión típica y estrictamente policial de las tareas administrativas objeto de disputa, antes recordadas.

Lejos de todo ello, el Tribunal Constitucional opera de un modo bien distinto. Parte de exponer el marco normativo vigente (art. 149.1.29 CE, EAC y LOFCS) y a continuación recuerda alguna de las declaraciones más importantes de su propia doctrina y, de modo particular, aquellas que han destacado el carácter proteico de la “seguridad pública” y la

consecuente imposibilidad de identificar simplemente esta materia con la actividad que es específica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (la Policía de Seguridad).

De la mano de estas declaraciones anteriores, y después de confirmar el encuadramiento constitucional de los preceptos discutidos en la materia “seguridad pública”, la Sentencia anuncia lo que entiende es el punto central de la controversia: dilucidar si las actuaciones administrativas cuestionadas “se insertan [o no] en el ámbito específico que, dentro de [la] materia genérica [seguridad pública], constituye la actividad policial” (FJ 8º). De tal modo, como subraya poco después, lo decisivo para decidir el recurso es determinar “si las funciones públicas objeto de litigio se inscriben en el ámbito de la actividad propia de los cuerpos de policía o la inherente necesariamente a ella o, por el contrario, cumplen un papel característico en relación con la “seguridad pública” desde una perspectiva separada de la actividad de la policía gubernativa”.

La respuesta a este interrogante principal obliga lógicamente al Tribunal a determinar previamente el contenido de la actividad policial, para poder comprobar luego, en un segundo momento, si las funciones administrativas consideradas constituyen o no actividad específicamente policial, “único espacio en que la Generalidad de Cataluña puede desenvolver las competencias estatutarias relativas a su policía propia”.

Para la Sentencia, la policía a que aluden los artículos 149.1.29 CE y 13.2 EAC es la que denomina “policía gubernativa”, especie del género de la “policía administrativa” o de “limitación” de los derechos e intereses de los particulares, que desempeñan los cuerpos y fuerzas de seguridad y que está caracterizada de modo principal, entre otras notas objetivas, por constituir “una actividad de índole material, no jurídica”.

Con arreglo a este planteamiento, la Sentencia concluirá que las competencias controvertidas corresponden al Estado. Sencillamente, en lo fundamental, porque ninguna de las citadas actividades administrativas “es propia de la actividad de la llamada policía de seguridad, es decir, de la que caracteriza a la fuerzas y cuerpos de seguridad, sino que se trata de una medida genérica de policía administrativa de carácter preventivo [o prepolicial, como dirá en otro lugar] por razones de seguridad pública”.

Así lo probarían, en efecto, en el criterio de la Sentencia, el hecho de que la Ley incorpora “una ordenación sistemáticamente unitaria, de signo preventivo, que nace para cumplir un compromiso supraestatal (...), cuya proyección es de por sí supracomunitaria”, que no reclama su conexión imprescindible con las funciones policiales, ni siquiera con aquéllas de carácter reactivo que pudieran demandar la intervención de las fuerzas y cuerpos de seguridad y, por tanto, en su caso, de la policía autónoma de la Generalidad. Y, concluyentemente, el que ni el otorgamiento de la licencia ni la adopción de la mayor parte de [las demás] medidas [de control de la actividad autorizada] suponen o implican actividad que deba ser desarrollada por las fuerzas y cuerpos de seguridad, sino que se trata de lo que genéricamente se ha venido configurando como medidas de policía administrativa (...) de carácter preventivo por razones de seguridad

pública, [que son] de índole netamente jurídica, y no una actividad material, que es la que genuinamente caracteriza la [actividad] de los cuerpos de la policía”.

III

Este modo de razonar me parece criticable de un modo muy serio, como, por lo demás, se encarga muy bien hacer el voto particular formulado por la Magistrada doña María Emilia Casas Baamonde, al que se adhieren otros tres Magistrados. Por mi parte, y coincidiendo en lo fundamental con el contenido de dicho voto particular, cuatro son los motivos fundamentales de mi discrepancia con la Sentencia.

i) En primer lugar, la Sentencia caracteriza a la policía en sentido institucional de un modo que ciertamente es más que discutible. Lo es ya, por lo pronto, la propia denominación formal de “policía gubernativa” que, sobre ser una categoría conceptualmente inespecífica, no tiene sanción normativa, ni es tampoco la que comúnmente utilizan la doctrina científica y la jurisprudencia, que suelen preferir la de “policía de seguridad”.

También lo es, y desde luego, la caracterización de la actividad policial como una actividad “primariamente de índole material, no jurídica”. Hay dos datos que son definitivos al respecto: el que la distinción entre actividad material y jurídica sea un distingo que, como se ha advertido, carece de respaldo en el sistema constitucional de distribución de competencias. Y, concluyentemente, que ello ni siquiera sea exacto.

No dudo que la actividad policial comporta con normalidad el desarrollo de actividades materiales, reales o técnicas, como acostumbran a denominarse ese tipo de actuaciones que carecen de relevancia jurídica inmediata y sí sólo la tienen en forma mediata o indirecta. Pero de ahí a concluir, como inopinadamente hace la Sentencia, que la actividad policial consiste genuinamente en una actividad de índole material, que sólo y circunstancialmente comprende algún tipo de actividad jurídica, existe todo un salto que nuestro ordenamiento jurídico no autoriza a dar, menos aún en el capital sentido que le atribuye la Sentencia.

Primero, porque como certeramente subraya el citado voto particular, basta con repasar el EAC o la LOFCS y la LOPSC, para comprobar cómo efectivamente los “agentes” de las fuerzas y cuerpos de seguridad pueden adoptar y de hecho adoptan en la realidad, incluso con absoluta frecuencia, múltiples decisiones dirigidas a producir efectos jurídicos directos e inmediatos en la esfera de sus destinatarios. Luego difícilmente esa caracterización de la policía como actividad genuinamente material puede servir, por carecer del imprescindible respaldo normativo, de parámetro válido de enjuiciamiento.

Y segundo, pero fundamentalmente, porque esa caracterización, además de ignorar, como se ha anticipado, el sistema legal de competencias, toma pie en un presupuesto que, aparte de indemostrado, resulta igualmente equivocado. No hay, en efecto, en nues-

tro ordenamiento ninguna razón que obligue a entender que la “policía gubernativa” o de “seguridad” es la actividad que exclusivamente desempeñan los órganos ejecutivos de las fuerzas y cuerpos de seguridad, esto es, los policías, y que es lo que la Sentencia sin embargo da por supuesto.

En esto último, precisamente, radica lo principal de este primer motivo de mi discrepancia. Al respecto sobraría notar que, conforme establece la propia LOFCS, la policía en sentido institucional u organizativo está articulada en autoridades (art. 10) y agentes ejecutivos (arts. 9 y 11.2 y 3). Lo que significa, por atender sólo ahora a la Administración General del Estado, que el Ministro de Interior, el Director de la Seguridad del Estado, el Director General de la Policía o de la Guardia Civil o, en fin, los Delegados y Subdelegados de Gobierno son igualmente todos ellos órganos de esa policía que la Sentencia llama gubernativa. Y, lo que parece más importante, si efectivamente es así, como creo que lo es y confirma además la LOPSC (arts. 2.1 y 4), ello habría obligado a que la Sentencia, conforme a su propio planteamiento inicial, hubiese calibrado también la naturaleza de la actividad que desarrollan esos otros órganos (autoridades) de la policía.

Al no hacerlo así y, por contra, fijarse exclusivamente en la actividad que desarrollan los agentes ejecutivos de la policía, es llano que la Sentencia no sólo desenfoca gravemente y de modo irremediable su propio punto de partida (comprobar si las funciones administrativas objeto del recurso forman parte o no de la actividad de la policía), es que, además, de apurar ese planteamiento inicial, la conclusión a que debiera haber llegado sería bien distinta. Sencillamente porque la actividad que cumplen esos otros órganos de la policía (sus autoridades) es, ahora sí, genuina y exclusivamente jurídica. Luego el hecho de que las tareas disputadas “constituyan una actividad de índole netamente jurídica”, nada naturalmente permitiría concluir, una vez advertido que los órganos de la policía (indiscutidamente las autoridades, pero también, como se ha razonado, sus agentes ejecutivos) desarrollan igualmente actividad jurídica.

ii) Pero si la clave del asunto no puede estar, por las razones dichas, en la naturaleza jurídica o simplemente material de la actividad que desarrolla la policía, tampoco lo es, ni puede serlo nunca, el que el legislador ordinario haya decidido atribuir determinadas competencias de control por razones de estricta seguridad pública a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad o, en su lugar, a órganos puramente administrativos (sic). La razón de todo ello es de nuevo bien fácil de verificar.

De un lado, porque semejante planteamiento significa prescindir lisa y llanamente de la organización administrativa diseñada en la LOFCS, que, ya he dicho antes, comprende a autoridades y agentes ejecutivos; y, por otro, porque, en tal forma, el significado y alcance del concepto de “policía de seguridad” o, peor aún, de la materia “seguridad pública” del artículo 149.1.29 CE se hace depender, como impecablemente denuncia el mencionado voto particular, de lo que en cada momento y materia diga el legislador ordinario, y no, como es lo obligado, a partir y en función de las normas del bloque de la constitucionalidad. De tal suerte, la Ley no se enjuicia a partir de la Constitución, que

es la única manera correcta de hacerlo, sino al revés, la Constitución a partir de la Ley, a la que la Sentencia trata de ajustar el texto de aquélla.

Y todo esto es, como también está así dicho en el repetido voto particular, sencillamente imposible. Como parece trivial, en efecto, “la Ley enjuiciada no puede ser, al tiempo, canon de su propia constitucionalidad”. Algo tan elemental que puede resultar superfluo recordar ahora, pero que bien es oportuno a la vista de las gruesas debilidades que rezuma el razonamiento de la Sentencia que se comenta.

iii) Pero si indiscutible me parece todo esto anterior, me interesa notar igualmente, en tercer lugar, la excesiva fe que la Sentencia pone en la necesidad de separar la policía (como organización y actividad específicas) de la materia “seguridad pública”. Dicho en otros términos, no tengo muy claro que la materia “seguridad pública” comprenda a órganos y actividades distintas de las que constitucional y legalmente corresponden a la policía en el sentido institucional u organizativo antes destacado.

No ignoro que el propio Tribunal Constitucional, en una jurisprudencia que arranca al menos de la Sentencia 104/1989, de 8 de junio, pero cuya doctrina estaba anunciada ya en la anterior 117/1984, de 5 de diciembre, ha dicho repetidamente que los servicios policiales, con ser muy relevantes, no agotan sin embargo el ámbito material de la “seguridad pública”. Está así dicho, en efecto, en la primera de las Sentencias que acaban de recordarse, que literalmente afirma que “otros aspectos y otras funciones distintas de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, y atribuidas a otros órganos y autoridades administrativas componen, sin duda, aquel ámbito material”. Una conclusión que la doctrina ha aceptado sin mucha preocupación en el mismo sentido que indica la literalidad de la declaración constitucional que acaba de recordarse. De tal forma, como por ejemplo afirma BARCELONA LLOP, que “el concepto de seguridad pública desborda con creces lo estrictamente policial” (en *Policía y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 221).

Tampoco ignoro que con apoyo en esta afirmación (luego varias veces repetida; SSTC 175/1999, de 30 de septiembre y 148/2000, de 1 de junio) el Tribunal ha concluido que, cuando las funciones o potestades en cada caso controvertidas no constituyen ni comprometen directamente a los servicios policiales, la competencia para ejercerlas es siempre del Estado, que es, notoriamente, el hilo argumental que subyace en el razonamiento de la Sentencia que ahora nos ocupa.

Muy probablemente, sin embargo, si el Tribunal hubiese parado en cualquiera de todas estas ocasiones en la distinción legal antes apuntada entre autoridades y agentes de policía, la conclusión, es verosímil pensar, hubiese sido otra. Y, sobre todo, no habría necesitado tampoco de echar mano de argumentos tan erráticos como los que utiliza la Sentencia considerada. Unos argumentos además, que, sobre confundir antes que aclarar, complican de forma innecesaria a mi juicio la identificación de la Administración encargada de velar por la seguridad pública.

Desde esta perspectiva, entiendo, como he razonado en otro lugar (*Seguridad pública y Constitución*; actualmente en prensa), que hay razones suficientes para concluir que la materia “seguridad pública” y “policía de seguridad” constituyen una ecuación exacta, que no admite excepciones, no, al menos, en el sentido apuntado por la doctrina constitucional. Si se prefiere, que en nuestro Derecho existe una específica organización administrativa (cabalmente la denominada “Policía”) que tiene directamente atribuida en exclusiva el mantenimiento de la seguridad y orden públicos.

Aunque probar este extremo me llevaría ahora demasiado lejos y, seguramente también, entretendría el hilo de este comentario, baste notar al respecto los innecesarios y forzados argumentos que se ve obligado a desarrollar el Tribunal a fin de poder incluir los controles controvertidos, que expresamente califica de medidas genéricas de policía administrativa de carácter preventivo, en el ámbito de la “seguridad pública”. Todo lo cual, nótese, significa meter en el mismo puño de la “seguridad pública” a la policía de seguridad y a las policías administrativas. Algo así, por tanto, como si las policías administrativas especiales tuvieran atribuidas en nuestro ordenamiento competencias en materia de seguridad pública. O, negativamente, que la policía de seguridad no sea la organización administrativa encargada específicamente y en exclusiva de velar por la seguridad pública. Extremos que entiendo imprescindibles apurar antes, pero que desafortunadamente están desatendidos en la Sentencia.

iv) Aunque de por sí suficiente todo lo anterior, hay una última razón añadida que apun-tala definitivamente el error que en mi criterio evidencia el razonamiento de la Sentencia y, al cabo, la conclusión que alcanza.

Conforme se ha advertido al principio, la Sentencia razona también, como elemento suplementario con el que reforzar su tesis, sobre la dimensión supracomunitaria de la regulación controvertida como un signo más de la competencia del Estado para ordenar y aplicar los controles y medidas que establece. Y esto me parece de nuevo sumamente discutible.

Y ello por la simple pero poderosa razón de que, con arreglo al art. 149.1.29 CE, la competencia del Estado para ordenar normativamente una determinada materia no está sujeta a delimitaciones territoriales. Éste es, en efecto, un canon que no se ajusta ni se desprende del citado precepto constitucional ni del resto de normas que integran el bloque de la constitucionalidad. Lo ha dicho repetidamente el propio Tribunal Constitucional, al negar que la creación de policías autonómicas, que es la única excepción que la Constitución establece a la competencia exclusiva del Estado, imponga acomodar la citada regla competencial a ningún criterio territorial. Dicha excepción, en efecto, alcanza simplemente, en su caso, a la regulación de los aspectos orgánicos y funcionales, “es decir, al del servicio disponible para garantizar la seguridad pública (la policía), no al aspecto material, la seguridad pública”, que es siempre una competencia exclusiva del Estado (por todas, SSTC 117/1984 y 175/1999, antes citadas).

Luego, lo realmente decisivo para poder encuadrar una determinada regulación en la órbita competencial del Estado ex art. 149.1.29 CE ha de ser siempre su condición o no de verdadera norma de “seguridad pública” (concepto, por cierto, sobre el que la Sentencia nada o muy poco dice en verdad), nunca la dimensión o los efectos territoriales de las medidas normativas en cada caso ideadas para garantizarla. De tal modo que, incardinada una determinada regulación en la materia “seguridad pública”, la competencia para establecerla será siempre del Estado, con entera independencia de la dimensión territorial de los riesgos que trata de evitar, que naturalmente nada quitan ni añaden a esa conclusión.

Distinta es, no obstante, la solución en el caso de la Administración encargada de aplicar las medidas ideadas normativamente. Comoquiera que ésta es una cuestión que opera ya en la fase ejecutiva o meramente administrativa de la materia “seguridad pública” previamente definida por el legislador estatal, la determinación de la instancia territorial competente para cumplir dichas tareas debe producirse teniendo en cuenta la posibilidad que contempla el propio art. 149.1.29 CE, esto es, la existencia o no en la correspondiente Comunidad Autónoma de la específica organización administrativa encargada de garantizar la seguridad pública: la policía autonómica (siempre entendida en el sentido institucional u organizativo que aquí se ha apuntado).

De tal modo que en este asunto de la seguridad pública, es siempre preciso distinguir entre las funciones de normación y ejecución. Lo primero, la regulación del aspecto material de la seguridad pública, esto es, el relativo a las materias que son relevantes para la seguridad pública y a la consecuente programación-habilitación de las correspondientes potestades-competencias policiales necesarias para garantizarla, es un componente inaccesible para las Comunidades Autónomas. En cambio, lo segundo, esto es, la determinación de la organización encargada de ejecutar o aplicar las medidas normativamente ideadas por el legislador estatal, debe hacerse ya a la vista de lo dispuesto en el bloque de la constitucionalidad y con respeto, una vez salvado este primer tramo (*rectius*, las funciones que la LOFCS reserva en todo caso a la policía estatal), a la eventual existencia de Policías autonómicas.

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

P. SANTOLAYA MACHETTI

El derecho de asilo en la Constitución Española

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 212 páginas]

RAFAEL BUSTOS GIBERT

Nos encontramos ante un nuevo trabajo del profesor SANTOLAYA sobre una materia tan apasionante y políticamente actual como es la relacionada con los derechos de los extranjeros en España. Frente a otras contribuciones realizadas por el autor más generales (en concreto sus comentarios a la nueva Ley de Extranjería) o examinando aspectos concretos del derecho de asilo (como su relación con la persecución por razón de sexo o la incidencia en este derecho de los convenios de Schengen y Dublín), se pretende aquí realizar un estudio sistemático y global del derecho de asilo en España, cubriéndose de esta forma una importante laguna en los estudios monográficos sobre derechos fundamentales. Muchas reflexiones podrían hacerse sobre el contenido de la presente monografía, pero dado el sentido de este comentario (dar noticia de la aparición de este trabajo) nos limitaremos a destacar la excelente sistemática, claridad y profundidad del contenido del libro que comentamos. Se trata de un repaso exhaustivo y completo de los diferentes aspectos del derecho de asilo. Comienza con un capítulo introductorio donde se sientan algunas bases conceptuales, continúa examinando su naturaleza jurídica y finaliza con dos capítulos sobre su contenido positivo tanto en el ordenamiento español como en el ordenamiento europeo (en el marco de la Convención europea de Derechos Humanos y en el marco comunitario). Finaliza el estudio con un amplio

catálogo de los numerosos materiales utilizados para su elaboración. Se trata, en fin, de un trabajo de obligada lectura para todos los que de un modo u otro se preocupan por la temática de los derechos fundamentales en general y del derecho de asilo en particular.

T. CANO CAMPOS

Non bis in idem, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos

[RAP, núm. 156, 2001, páginas. 191-249]

MANUEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

Aunque se abordan interesantes cuestiones relacionadas con el fundamento y la naturaleza jurídica de los principios de *non bis in idem* o de prevalencia de la vía penal, el trabajo gira más bien en torno a los concretos problemas de articulación entre estos principios, así como con la teoría de los concursos en Derecho administrativo sancionador. Para el autor, el *non bis in idem* no se reduce sólo a la prohibición material de ser sancionado más de una vez por lo mismo, sino que posee también una indudable *vertiente procedimental* que excluye la posibilidad de ser sometido a más de un proceso o procedimiento por los mismos hechos.

Precisamente es esta última manifestación del *non bis in idem* la que hace al autor reputar inconstitucionales por irracionales y arbitrarias (art. 9.1 CE) las normas que permiten la continuación (sin justificación razonable) del procedimiento administrativo sancionador mientras se tramita uno penal por los mismos hechos. El ciudadano puede solicitar la suspensión del procedimiento y recurrir la actividad administrativa expresa o

presunta denegando dicha suspensión (por “perjuicio irreparable” al derecho de toda persona a no ser sancionada dos veces por lo mismo –art. 107 Ley 30/1992–). También podría dirigirse al Juez penal para que requiera de inhibición a la Administración y, en su caso, plantee un conflicto de jurisdicción (art. 9 LOCJ). Sin embargo, no vulnera el *non bis in idem* en su faceta procedimental la tramitación o reanudación de un procedimiento administrativo tras uno penal absoluto por motivos distintos a la declaración de inexistencia de los hechos o de participación en ellos del imputado, ya que en dicha posibilidad debe verse la continuación del enjuiciamiento de unos hechos que permite agotar el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

El *non bis in idem* también impide incoar de forma simultánea dos expedientes sancionadores sobre unos hechos que ponen en peligro o lesionan el mismo bien jurídico (en cuyo caso podría acudir al conflicto de competencias regulado en el art. 20 Ley 30/1992). También impide la tramitación de un ulterior procedimiento administrativo cuando el primero ha concluido con la declaración de inexistencia de infracción o responsabilidad, o con el archivo de las actuaciones por caducidad del procedimiento (a estos efectos, postula el autor que la remisión del art. 44.2 Ley 30/1992 al art. 92 de la misma Ley debe entenderse realizada a su apartado 1 y no al 3, so pena de inconstitucionalidad).

Pero especial atención merecen los diversos supuestos en que los principios de *non bis in idem* y de prevalencia de la vía penal se encuentran en conflicto. Ante la eventual aplicación de sanción administrativa por unos hechos que también son constitutivos de delito, el *non bis in idem* vedaría el paso a la vía penal (ésta es la solución de la criticada STC 177/1999). Lo contrario supondría respetar este último principio pero vulnerar aquél. CANO CAMPOS invita a apurar los instrumentos que nuestro Derecho proporciona a fin de solventar estos problemas de la manera más respetuosa posible con ambos principios. Para ello, distingue las fases en que se encuentra la actuación administrativa: las soluciones

varían si la Administración todavía no ha dictado resolución (requerimiento de inhibición por parte del órgano judicial ex art. 9 LOCJ), si ya la ha dictado pero no agota la vía administrativa (posibilidad de conflicto de jurisdicción ex art. 8 LOCJ), si ya la ha dictado y agota la vía administrativa (paralización por prejudicialidad penal del posible procedimiento contencioso-administrativo en caso de recurso ex art. 4.1 LJ), si la resolución ha devenido firme (cuestión prejudicial ex art. 4 LECrim), si la sanción administrativa ha sido impugnada y la jurisdicción contencioso-administrativa la ha declarado conforme a Derecho (cuestión prejudicial devolutiva del art. 4 LECrim sin posibilidad de excepción de *cosa juzgada* por cambio en la *causa petendi*), y, finalmente, si la jurisdicción penal ha condenado por hechos previamente sancionados y la sentencia ha sido recurrida en amparo ante el TC (anulación de la sentencia penal y retroacción de las actuaciones al momento en que el Juez penal pueda plantear la prejudicialidad devolutiva del art. 4 LECrim). En todos estos supuestos, a la vertiente procedimental del *non bis in idem* no le queda más remedio que ceder ante el principio de la prevalencia de la vía penal. Para evitar estas anomalías, CANO CAMPOS formula unas interesantes propuestas *lege ferenda*.

Por último, el artículo se refiere a los diversos problemas que surgen al aplicar al concurso ideal o medial de infracciones en Derecho administrativo sancionador las soluciones dadas por el Derecho penal en tales supuestos; problemas derivados, por lo demás, de la aplicación de las normas por órganos diversos, la heterogeneidad que caracteriza a las sanciones en el ámbito administrativo, etc. Una posible solución pasaría por admitir la imposición de las dos sanciones, pero de forma atenuada. Dicha atenuación podría consistir en imponer las sanciones en su grado mínimo o, si se trata de concurso entre delito e infracción y el delito se ha impuesto sin tener en cuenta (como será lo normal) que el hecho también puede ser constitutivo de infracción administrativa (delitos cometidos por funcionarios públicos), imponer la sanción de la infracción administrativa inferior en grado. Esta solución ya

tiene algún reflejo en el propio artículo 5.2 del Reglamento de Procedimiento de la Potestad Sancionadora si se interpreta que se refiere a un concurso de infracciones, no de normas. También el art. 17.2 de la Ley Vasca sobre la Potestad Sancionadora recoge la solución de que aquí nos hacemos eco.

C. A. AMODEO SOUTO

Los “atajos” de los procedimientos sancionadores en materia de tráfico ante el Tribunal Supremo. La sentencia de 19 de diciembre de 2000 y su doctrina legal sobre el artículo 13.2 del Real Decreto 320/1994, de procedimiento sancionador en materia de tráfico

[RAP, núm. 156, septiembre a diciembre de 2001, páginas 307-335]

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

La STS de 19 de diciembre de 2000 (RJ 2001\2617) —de la que se da noticia en la crónica de Derecho Administrativo Sancionador de esta revista— al estimar un recurso de casación en interés de la Ley, acepta que las denuncias de los agentes de tráfico, ante la falta de alegaciones del denunciado, puedan trasmutarse directamente en propuesta de resolución y prescindan del trámite de audiencia. Es esta sentencia objeto de un comentario crítico en el trabajo recensio-

Comienza AMODEO SOUTO por exponer la configuración normativa del boletín de denuncia extendido por el agente de tráfico. Siendo el punto de partida el Real Decreto 320/1994, que regula el procedimiento sancionador en materia de tráfico, se ha de atender también a lo dispuesto por el Real Decreto 1398/1993, que se ocupa, en general, del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. De dicha normativa

se deduce que el agente de tráfico es el órgano iniciador por propia iniciativa del procedimiento sancionador. En consecuencia, el boletín de denuncia no sería una solicitud de iniciación del procedimiento, sino un auténtico acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador. Aceptado lo anterior, cabría aplicar, entonces, el art. 13.2 del Real Decreto 1398/1993 que dispone que “el acuerdo de iniciación (en nuestro caso, boletín de denuncia) (...) se notificará (...) al inculcado. En la notificación se advertirá a los interesados (denunciado) que, de no efectuar alegaciones sobre el contenido de la iniciación del procedimiento en el plazo (...) (de quince días), la iniciación podrá ser considerada propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada, con los efectos previstos en los artículos 18 (propuesta de resolución) y 19 (audiencia) del Reglamento”. Y este art. 19.2 dice que “salvo en el supuesto contemplado por el art. 13.2 de este Reglamento se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta otros hechos ni otras alegaciones o pruebas que las aducidas, en su caso, por el interesado (...)”. La aplicación de ambos preceptos supondría un “atajo” en la tramitación del procedimiento sancionador en materia de tráfico. Pero a su vez, dicho atajo plantearía serios problemas que el autor analiza con rigor. El primero, en cuanto a la notificación a los inculcados del boletín de denuncia o acuerdo de iniciación, que suscita numerosas complicaciones como que no se pueda detener al vehículo en el momento de la denuncia, que el denunciado se niegue a firmar el boletín de denuncia, o que rechace recibir copia de la misma. El segundo, en lo que se refiere al derecho de defensa del inculcado, pues es dudoso que pueda estimarse cumplido el trámite de audiencia con el mero escrito de descargo ex art. 19.2 del Real Decreto 1398/1993, o, incluso, sin él ex art. 13.2 del Real Decreto 1398/1993, cuando el denunciado no realiza siquiera alegaciones contra el acuerdo de iniciación (boletín de denuncia) que le es notificado por el agente de tráfico. Que el boletín de denuncia se convierta en propuesta de resolución ya notificada y sin derecho a una audiencia sobre el conjunto de los elementos

que obran en el expediente le parece, al autor, una interpretación que se aparta del diseño legal básico del derecho de alegaciones en el procedimiento administrativo.

M. SÁNCHEZ ADSUAR

Perención y cómputo de los plazos en el procedimiento sancionador en materia de tráfico. Comentario a propósito de la STS de 15 de noviembre de 2000

[Actualidad Administrativa, núm. 41, noviembre de 2001, páginas. 1.353-1.363]

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

La STS de 15 de noviembre de 2000, Sección Cuarta, Ar. 10064, que estima un recurso de casación en interés de la Ley, se refiere a la caducidad de procedimientos sancionadores en materia de tráfico. Considera erróneo que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de la caducidad sea en todo caso el de la denuncia, como había entendido la sentencia recurrida por partir de que el reglamento que regula ese procedimiento declara que se inicia mediante denuncia formulada por los agentes. Eso sólo es verdad “en el supuesto de que se notifique en el acto a los denunciados”. Si no es así, “esa iniciación debe entenderse deferida al momento en que se produzca el acuerdo correspondiente por parte de la Dirección General de Tráfico o de los Ayuntamientos...” y, por tanto, también ése será el momento de inicio del cómputo del plazo para la caducidad sin que se cuente el tiempo empleado en diligencias previas para averiguar la identidad del conductor.

Comienza el estudio con un análisis del régimen legal y jurisprudencial de la prescripción anterior a la Ley 30/1992, y como resultado de ésta. Posteriormente, se centra en la prescripción de las infracciones y sanciones de tráfico realizando un análisis comparativo con

la prescripción en otros sectores administrativos, como defensa del consumidor, carreteras, seguridad ciudadana. Señala SÁNCHEZ ADSUAR cómo el plazo prescriptivo de tres meses fijado por la Ley 5/1997 era demasiado breve, comparado con el régimen general previsto en la Ley 30/1992 y en otros ámbitos administrativos específicos. Se recogen también las opiniones contrarias a un aumento de dicho plazo de prescripción. No obstante, el autor apuesta por el cambio legislativo que se ha producido con la reciente reforma de la Ley de Tráfico por Ley 19/2001, de 19 de diciembre, que ha establecido diferentes plazos de prescripción según que las infracciones sean leves, graves o muy graves.

Respecto a los problemas relativos al cómputo de los plazos en el procedimiento sancionador en materia de tráfico, el trabajo se refiere, sobre todo, a los planteados en torno al *dies a quo* en los supuestos en que no se notifica la denuncia en el acto o en que los denunciados no son los titulares del vehículo infractor. En cuanto al *dies ad quem* se explica que el mismo viene dado por la fecha de la resolución o por la fecha de la notificación sancionadora, según la jurisprudencia a que atendamos.

Por lo que se refiere a la interrupción del plazo de prescripción en estos procedimientos, entiende el autor que en todo caso interrumpen el plazo de prescripción cualesquiera actuaciones administrativas necesarias, aunque no fueran conocidas por el interesado, para comprobar los hechos alegados por el presunto infractor, incluyendo, sin duda, el informe del agente denunciante.

J.R. FERNÁNDEZ TORRES

Las expropiaciones urbanísticas

[Aranzadi, Pamplona, 2001, 376 páginas]

ELOY COLOM PLAZUELO

La Ley de Expropiación Forzosa de 1954 contiene las normas generales sobre expropiación. Pero la aplicación de dicha norma queda exceptuada en numerosas ocasiones, al haberse aprobado Leyes sectoriales reguladoras de la expropiación en supuestos específicos. Uno de los casos más importan-

tes se contiene en la normativa urbanística vigente en la actualidad y es objeto de estudio en la monografía de la que se da noticia.

En la misma se parte del estudio del ámbito de aplicación de este supuesto y las diversas funciones que puede cumplir. Entre ellas puede mencionarse la configuración de la expropiación como sanción por la inobservancia de la función social de la propiedad; la expropiación como sistema de actuación para la ejecución del planeamiento; la expropiación como instrumento esencial para la ejecución de los sistemas generales en suelo urbano o urbanizable y de actuaciones urbanísticas aisladas en suelo urbano; la expropiación como mecanismo para la constitución o ampliación de patrimonios públicos de suelo o para la obtención de terrenos destinados en el planeamiento a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social; o la expropiación como fórmula utilizable en el marco de un sistema de actuación para la ejecución de los planes diferentes del expropiatorio.

Una vez examinadas las diversas funciones, se analiza el ejercicio de la potestad expropiatoria. Para ello primero se expone cuál es el sistema de fuentes y después se estudian las especialidades referidas a la declaración de utilidad pública o interés social y el objeto expropiado.

A continuación, se examinan las especialidades del procedimiento expropiatorio contenidas en la legislación urbanística. En particular, se dedica atención al procedimiento de determinación del justiprecio, con referencias específicas a los convenios urbanísticos y a los procedimientos de tasación individual y conjunta, al pago del justiprecio, a la ocupación y la inscripción en el Registro de la Propiedad. Además, se analiza la aprobación y los efectos del procedimiento de tasación conjunta.

Una parte importante del estudio se centra también en las valoraciones urbanísticas. Después de exponer los precedentes legislativos se examina la regulación actual. Normas de valoración del justiprecio que en la actualidad no solamente son aplicables a las expropiaciones urbanísticas, sino a todas las expropiaciones con independencia de la finalidad u objeto al que se refieran.

Finalmente, se expone la regulación sobre la reversión, analizando los supuestos en que procede y los requisitos que deben concurrir para hacerla efectiva.

Para la realización de estudio del que se ha dado noticia se ha utilizado una amplia bibliografía y jurisprudencia.

N O T A S

N O T A S

