



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, 48 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 nueva regulación de la evaluación de
impacto ambiental (Ley 6/2001,
de 8 de mayo)
M^a CONSUELO ALONSO GARCÍA

- [29] La naturaleza contencioso-administrativa del
procedimiento contencioso-disciplinario
militar: incidencia de la Ley 29/1998,
de 13 de julio
FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- [53] I. DERECHO COMUNITARIO
L. ORTEGA ÁLVAREZ
- [73] II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL
J. GARCÍA ROCA
- [89] III. DERECHOS FUNDAMENTALES
Y LIBERTADES PÚBLICAS
J. GARCÍA ROCA
- [103] IV. FUENTES DEL DERECHO
A. MENÉNDEZ REXACH
- [111] V. ACTOS ADMINISTRATIVOS,
PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE
LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
A. MENÉNDEZ REXACH
- [129] VI. ORGANIZACIÓN
ADMINISTRATIVA
M. SÁNCHEZ MORÓN
- [137] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR
M. REBOLLO PUIG
- [147] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA
F. LÓPEZ MENUDO
- [161] IX. RESPONSABILIDAD
ADMINISTRATIVA
F. LÓPEZ MENUDO
- [171] X. FUNCIÓN PÚBLICA
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [183] XI. URBANISMO
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN
- [195] XII. BIENES PÚBLICOS Y
PATRIMONIO CULTURAL
A. EMBID IRUJO
- [209] XIII. MEDIO AMBIENTE
A. EMBID IRUJO
- [219] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO
ECONÓMICO
J. TORNOS MAS
- [245] XV. BIENESTAR, CONSUMO,
EDUCACIÓN Y SANIDAD
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA
- [255] XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES
G. FERNÁNDEZ FARRERES

[279] NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

La nueva regulación de la evaluación de impacto ambiental (Ley 6/2001, de 8 de mayo)

M^o CONSUELO ALONSO GARCÍA

Profesora Titular
de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. Introducción. II. Novedades introducidas por la Ley 6/2001, de 8 de mayo. A) Novedades respecto del ámbito de aplicación de la EIA. 1. Proyectos sometidos a EIA. 2. Proyectos excluidos. B) Novedades en cuanto a la tramitación del procedimiento de EIA.

1. Modificaciones operadas por la aplicación de la Directiva comunitaria europea.

2. Aportaciones derivadas de la STC 13/1998. 3. Otras previsiones no derivadas ni del Derecho comunitario europeo ni de la STC 13/1998: régimen sancionador y suspensión de la ejecución del proyecto.

I. INTRODUCCIÓN

Recientemente las Cortes Generales han aprobado la Ley 6/2001, de 8 de mayo, que ratifica, prácticamente en sus mismos términos, —con las salvedades que en su momento advertiremos—, el Real Decreto-Ley 9/2000, de 6 de diciembre, por el que se modificó el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, que, junto con el Real Decreto 1131/1988, de 30 de septiembre, —que aprueba su Reglamento ejecutivo—, constituye la regulación estatal en materia de Evaluación de Impacto Ambiental (EIA en adelante) en nuestro Derecho.

La reforma de la regulación del procedimiento de EIA en el Ordenamiento jurídico español resultaba imprescindible no sólo por la obligación de adaptar la misma a la nueva normativa emanada de la Unión Europea, fundamentalmente a la Directiva 97/11/CE, del Consejo, de 3 de marzo, —que modifica la 85/337/CEE, de 27 de junio—, sino también por la necesidad de clarificar la intervención que en el mismo ha de corresponder a las Comunidades Autónomas, especialmente tras los pronunciamientos del Tribunal Constitucional al respecto, plasmados en la Sentencia 13/1998, de 22 de enero.

Precisamente acerca de la primera circunstancia, el 14 de diciembre de 1999 la Comisión Europea interpuso una demanda contra España ante el Tribunal de Justicia de Luxemburgo por la inadecuada incorporación al Derecho interno de la antigua Directiva 85/337, por no incluirse entre los proyectos de obligado sometimiento a EIA definidos en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, varios de los grupos que sí figuraban en el Anexo II de la norma comunitaria. Posteriormente, el 15 de diciembre de 2000, se presentó un nuevo requerimiento a nuestro Estado por la no transposición en plazo de la Directiva 97/11/CE, —éste había finalizado el 14 de marzo de 1999—. Ello obligó al Gobierno a dictar el citado Real Decreto-Ley 9/2000, —convalidado por Resolución del Congreso de los Diputados de 19 de octubre de 2000—, y, posteriormente, la Ley cuyo contenido comentamos.

La redacción de un nuevo texto regulador de la EIA ha sido aprovechada por el Legislador para atender al segundo de los condicionantes que hacía necesaria la modificación: la concreción del papel que, a la luz de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional plasmados en su Sentencia 13/1998, ha de corresponder a las Comunidades Autónomas en este proceso evaluador, significativamente para aquellos proyectos que, siendo de titularidad estatal, hayan de ubicarse en sus territorios o hayan de cumplimentar dicho trámite por venir así exigido en sus respectivas legislaciones.

No obstante, el diseño definitivo del nuevo régimen jurídico de EIA deja de estar acabado en la nueva disposición legislativa, que sigue planteando muchos problemas interpretativos, además de dejar sin resolver otros. De todo ello pasamos a ocuparnos en las siguientes líneas.

II. NOVEDADES INTRODUCIDAS POR LA LEY 6/2001, DE 8 DE MAYO

A) Novedades respecto del ámbito de aplicación de la EIA

1. Proyectos sometidos a EIA

La EIA es una técnica de protección ambiental, de carácter preventivo, a través de la cual se examinan las posibles repercusiones que un determinado proyecto, obra o actividad va a conllevar para el medio ambiente¹.

Se trata, por tanto, de un instrumento de carácter ambiental², en su sentido más lato, lo que lleva aparejado que la distribución de las funciones de los diferentes entes territo-

(1) Artículo 5 del Reglamento de EIA, aprobado por RD 1131/1988, de 30 de septiembre.

(2) Sobre este y otros caracteres de la EIA puede consultarse MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho ambiental*, Vol. I, Madrid, 1991, págs. 301 a 336, LOZANO CUTANDA, B., *Derecho ambiental administrativo*, Dykinson, Madrid, 2000, págs. 197 a 211 y ALONSO GARCÍA, M. C. y MORENO MOLINA, J. A., "Técnicas jurídicas de protección ambiental: Instrumentos de intervención administrativa", en *Lecciones de Derecho del Medio ambiente*, Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 123 a 128, así como las excelentes monografías de J. ROSA MORENO: *Régimen jurídico de la evaluación de impacto ambiental*, Trivium, Madrid, 1993, y de A. GARCÍA URETA: *Marco jurídico del procedimiento de impacto ambiental: El contexto comunitario y estatal*, IVAP, Oñati, 1994.

riales que participan en el mismo haya de formularse con arreglo al título competencial “medio ambiente”, concretado en los artículos 149.1.23º y 148.1.9º del Texto fundamental, en atención a la interpretación que de estos preceptos ha precisado una abundante, y en ocasiones contradictoria, doctrina del Tribunal Constitucional³, cuya hermenéutica ha sido especialmente controvertida en su Sentencia 13/1998, de 22 de enero, recaída, precisamente, en torno a un conflicto de competencias planteado por el Gobierno del País Vasco en relación con determinados preceptos del Reglamento de EIA de 1988⁴.

Dejando momentáneamente al margen las implicaciones de la doctrina constitucional más reciente expresada en el último fallo señalado, que ha trascendido de la propia definición de órgano ambiental a efectos de declaración de impacto ambiental, para impregnar no solamente toda la articulación del entero funcionamiento del mecanismo que nos ocupa sino también toda la concepción del título material “medio ambiente”, el esquema de reparto competencial, a los efectos de concretar las actividades sometidas a este proceso evaluador, sería el siguiente: la lista de proyectos para los que se exige dicho trá-

**LA NORMATIVA COMUNITARIA
AMPLIA EL NÚMERO DE
PROYECTOS QUE
OBLIGATORIAMENTE HAN
DE SOMETERSE AL EXAMEN
DE IMPACTO
MEDIOAMBIENTAL**

(3) Sobre la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas puede examinarse: CANALS AMETLLER, D., “La polémica jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de espacios naturales protegidos: Competencias estatales versus competencias autonómicas (Comentario a la STC 102/1995, de 26 de junio, en relación con las SSTC 156/1995, de 26 de octubre y 163/1995, de 8 de noviembre)”, *RAP*, 142, 1997; LARUMBE BIURRUN, P.M., “Medio ambiente y Comunidades Autónomas”, *RVAP*, 8, 1984; LÓPEZ MENUDO, F., “Planteamiento constitucional del medio ambiente. Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas”, en *Protección administrativa del medio ambiente*, Madrid, 1994; MUÑOZ MACHADO, S., “La distribución de competencias entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales en materia de Medio Ambiente”, *DA*, 190, 1981 y POMED SÁNCHEZ, L., “La protección del medio ambiente como función estructural del Estado en el seno de la Unión Europea: entrecruzamientos competenciales”, *REDA*, 98, 1998.

(4) EL TC, en su Sentencia 13/1998, ha considerado que el procedimiento de EIA no puede caracterizarse como un acto de ejecución o gestión ambiental (FJ 7º), sino como un trámite accesorio del procedimiento principal, que es el llamado a autorizar el proyecto sobre el que aquel análisis recae. Por consiguiente, será el título competencial aplicable a la materia sobre la que versa este último el determinante de la distribución de las funciones que las diferentes autoridades territoriales hayan de ejercer en el proceso evaluador. De esta manera, el título competencial relativo al procedimiento sustantivo se superpondrá, en todo caso, sobre el de medio ambiente, que quedará así relegado a una condición residual. Las críticas a esta doctrina del Constitucional (que ha contado con dos votos particulares, uno de los cuales rubricado por cuatro Magistrados) no se han hecho esperar. Vid., entre otros, ARANA GARCÍA, E., “Aspectos competenciales de la evaluación de impacto ambiental: comentario a la STC 13/1998, de 22 de enero”, *RDUMA*, 162, 1998, págs. 151 y ss.; GÓMEZ MEJÍAS, M., “Evaluación de impacto ambiental: alcance de la competencia estatal (STC 13/1998, de 22 de enero. Ponente: Sr. Rodríguez Bereijo)”, *Gestión ambiental*, 1, 1999, págs. 53 y ss.; JORDANO FRAGA, J., “Integración y desintegración en la construcción del federalismo ambiental: La STC 13/1998, de 22 de enero, o la razonable afirmación de competencias ‘ejecutivas’ en ‘materia ambiental’ fuera de las anormalidades”, *REDA*, 101, 1999, págs. 103 y ss.; MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.L., “Declaración de impacto ambiental y Comunidades autónomas (Algunas consideraciones acerca de la STC 13/1998, de 22 de enero)”, en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje a R. Martín Mateo*, Valencia, 2000, Vol. III, págs. 3.553 y ss. y VERA JURADO, D., “La evaluación de impacto ambiental y las competencias ejecutivas en materia de medio ambiente: un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *RAP*, 148, 1999, págs. 177 y ss.

mite se fijaría por las Cortes Generales⁵, dada su competencia para la redacción de la legislación básica estatal. Este catálogo se complementaría por lo previsto en la correspondiente legislación autonómica, que puede, en virtud de la atribución que la Constitución le confiere de dictar normas adicionales de protección en esta materia, ampliar los supuestos sometidos a este requisito ambiental.

Por tanto, el ámbito de aplicación de la EIA se define, inicialmente, en la nueva Ley 6/2001, considerada como básica según la Disposición Final Tercera de la misma.

Esta reciente disposición legal traslada a nuestro Ordenamiento jurídico el Derecho comunitario europeo, concretamente la Directiva 97/11/CE, de 3 de marzo de 1997.

Esta norma europea ha introducido importantes novedades respecto de la anterior regulación supranacional, constituida por la Directiva 85/337/CEE, de 27 de junio. En primer lugar, amplía el número de proyectos que obligatoriamente han de someterse al examen de impacto ambiental, que quedan fijados en su Anexo I, según indica el apartado 1 del artículo 4 de la misma⁶, y, segundo, determina otros que los Estados miembros, basándose en los criterios de selección definidos en el Anexo III, podrán incluir entre los sometidos a este procedimiento, bien mediante un estudio caso por caso bien mediante la fijación de umbrales o criterios bien aplicando ambos procedimientos. Estos proyectos que facultativamente podrán ser objeto de un análisis de sus repercusiones ambientales se definen en el Anexo II de la Directiva, en relación al artículo 4.2 de la misma.

La Ley 6/2001 transpone puntualmente estos contenidos, determinando un doble listado de obras, instalaciones y actividades que deberán incorporar este trámite para su autorización: Por un lado, las que obligatoriamente habrán de someterse a EIA, según el mandato del artículo 1.1 del texto, y que se concretan en el Anexo I de la disposición. Por otro, aquellas que, en atención a lo dispuesto en el artículo 1.2, sólo se sujetarán a dicho procedimiento cuando así lo indique el órgano ambiental en cada caso, en una decisión motivada y pública, que se ajustará a los criterios establecidos en el Anexo III. Este grupo de actividades queda definido en el Anexo II.

El referido Anexo I de la nueva disposición nacional aumenta considerablemente el número de proyectos sometidos imperativamente a EIA en relación a los descritos en la anterior regulación.

Para el segundo grupo de actividades, las definidas en el Anexo II de la Directiva, el Legislador español ha optado por acogerse al sistema mixto de elección de proyectos que

(5) La exigencia de norma con rango de ley para regular la EIA parece no ofrecer dudas. Vid. a este respecto QUINTANA LÓPEZ, T., "La Evaluación de Impacto Ambiental", RAP, 153, 2000, págs. 433 a 435, y la STS de 24 de octubre de 1996 (Ar. 7594).

(6) En la anterior Directiva este listado era de nueve actividades, siendo en la actualidad veintiuna las categorías de proyectos para los que se exige EIA.

Regulación de la evaluación de impacto ambiental

deben presentarse a esta evaluación ambiental que permitía el artículo 4 de la norma comunitaria, consistente en combinar el análisis particularizado de cada caso con los umbrales o criterios previamente establecidos en el Anexo III de la misma.

Estos umbrales o criterios coinciden con los establecidos en el artículo 4.3 y Anexo III de la Directiva europea, y son: las características del proyecto, —tamaño, acumulación con otros, utilización de recursos naturales, generación de residuos, contaminación y otros inconvenientes y el riesgo de accidentes—; su ubicación, —teniendo en cuenta el uso existente del suelo, la relativa abundancia, calidad y capacidad regenerativa de los recursos naturales del área, la capacidad de carga del medio natural, con especial atención a ciertas áreas—, y las características del potencial impacto, —extensión del mismo, carácter transfronterizo, magnitud y complejidad, probabilidad y duración, frecuencia y reversibilidad—.

El sistema de decisión no es, en absoluto, simple, presentando algunas dudas que conviene despejar.

En primer lugar, la resolución corresponde acordarla al órgano ambiental. Este órgano actuará a solicitud del promotor de la actividad, que es quien, a la vista del Anexo II de la Ley, deberá presentar ante el mismo la documentación acreditativa de las características, ubicación y potencial impacto del proyecto (artículo 2.3). En caso de resolución afirmativa por parte de la autoridad ambiental competente, estos datos deberán ser completados para componer el estudio de impacto ambiental.

La opción que la autoridad administrativa adopte deberá ser motivada y pública. La disposición española no aclara, sin embargo, a través de qué mecanismos se podrá dar cumplimiento a esta previsión, si bien entendemos, siguiendo en este punto el artículo 4.4 de la Directiva comunitaria europea que conmina a los Estados miembros a velar por que el público pueda tener acceso a la misma, que aquélla se efectúe en los Diarios oficiales correspondientes, estatal o autonómicos, en atención a la Administración en la que se integre el órgano ambiental decisor.

Tampoco aclara la Ley cuál es el plazo del que dispone la Administración para resolver ni qué sentido habrá de darse a la ausencia de decisión expresa de la misma. Podemos considerar que serán de aplicación a este supuesto las reglas del procedimiento administrativo común, aunque si entendemos que el carácter de este acto presunto es negativo, en el sentido de no requerir dicho trámite para iniciar la construcción proyectada, habrá que tener en cuenta las consecuencias que el propio Legislador anuda a la omisión de aquel procedimiento, consistente en la posibilidad de suspensión de la ejecución de la misma, según se establece en el artículo 9 del Real Decreto Legislativo y la consiguiente responsabilidad administrativa.

Otra importante cuestión derivada de este complejo sistema es el de las dificultades del control judicial de la decisión adoptada.

En primer lugar, respecto del margen de apreciación de que dispone el órgano ambiental para determinar si el proyecto habrá de someterse o no al procedimiento evaluador. El

parámetro para el contraste de esta solución se encuentra en la definición de los criterios señalados en el anexo III de la Ley, cuya amplitud y tecnificación permiten un alto grado de discrecionalidad para la autoridad decisora de difícil fiscalización.

En segundo lugar, por la posibilidad o no de su enjuiciamiento separado respecto de la decisión final sobre la autorización sustantiva. Sobre esta cuestión se podría sostener la caracterización de esta resolución como un acto de trámite dentro del procedimiento destinado a autorizar el proyecto, como ha mantenido nuestra jurisprudencia para la declaración de impacto ambiental⁷. No obstante entendemos que en este caso sí sería deseable un pronunciamiento separado sobre la validez o invalidez de este acto decisorio, dada la trascendencia futura del mismo para la ejecución de la obra.

En efecto, si la opción de la autoridad ambiental resulta ser afirmativa, en el sentido de exigir EIA, el promotor tiene dos posibilidades: bien renunciar a realizar la EIA y esperar a la resolución final del procedimiento autorizatorio, que será siempre desestimatoria por faltar un trámite esencial del mismo, o bien realizar el estudio de impacto ambiental y obtener así la autorización sustantiva definitiva, en cuyo caso no tendría sentido un recurso posterior frente a aquella decisión.

Por el contrario, si la solución del órgano ambiental competente tiene un sentido negativo, no considerando exigible esta técnica evaluadora, se plantea qué efecto tendría la estimación judicial de la solicitud de este requisito cuando el proyecto ya está autorizado o, en el peor y más frecuente de los casos, si no se han acordado medidas cautelares suspensivas, ya finalizado.

Pero al margen de los Anexos I y II de la disposición básica estatal, también es posible que la obligatoriedad de efectuar un análisis de las implicaciones que una obra o actividad va a conllevar para el medio ambiente se fije en la normativa estatal de carácter sectorial: En este sentido, el artículo 90 de la Ley de Aguas somete a este trámite a las concesiones y autorizaciones de dominio público hidráulico⁸; los artículos 42.2 y 63.1 de la Ley de Costas imponen esta exigencia para la ocupación y utilización del dominio público y extracción de áridos y dragados; la Disposición Adicional Segunda de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, para las transformaciones de uso del suelo que impliquen la eliminación de la cubierta vegetal arbustiva o arbórea y supongan riesgo potencial para las infraestructuras de interés general de la Nación y, en todo caso, cuando dichas transformaciones afecten a superficies superiores a cien hectáreas; la Disposición Adicional Duodécima de la Ley 54/1997, de

(7) Esta solución es la que adoptó el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de noviembre de 1998 (Ar. 10522), sobre el embalse de Itoiz.

(8) La nueva Disposición Adicional Segunda introducida en la Ley de Aguas de 1985 por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de aquélla, obliga al Gobierno a que, en el plazo de dos años, dicte un Real Decreto Legislativo en el que se refunda y adapte la normativa legal en materia de aguas, que, esperemos, contemple esta duplicidad.

27 de noviembre, del Sector Eléctrico, la requiere para la construcción de líneas aéreas de energía eléctrica⁹, etc.

En caso de concurrencia sobre el mismo proyecto de ambas regulaciones, general y sectorial, entendemos que el cumplimiento de este trámite deberá ajustarse a la normativa general reguladora de este mecanismo. No obstante, esta regla ha de quebrar a favor de la legislación específica en tres supuestos: Primero, cuando la actividad en cuestión no esté sujeta a este mecanismo por no incluirse la misma en el listado obligatorio del Anexo I de la nueva Ley; segundo, cuando aquella se contemple en el Anexo II de la nueva norma, supuesto en el que, obviamente, desaparecerá el margen de apreciación del que dispone el órgano ambiental para decidir el sometimiento o no de la obra o actividad proyectada a esta técnica, estando condicionado por la legislación sectorial a decidir afirmativamente sobre esta cuestión; y, tercero, porque no se incorpore a ninguno de estos listados, en cuyo caso la exigencia partiría de la propia normativa específica, cuya regulación resultaría también de aplicación a este supuesto.

En cualquier caso, y desde el punto de vista de la correcta ejecución del Derecho comunitario europeo, –cuyo cumplimiento ha constituido una de las justificaciones más importantes de la reforma operada–, las previsiones de la Ley en cuanto al ámbito de aplicación de la EIA, pese a todas las carencias señaladas, van a evitar, además de la imposición a nuestro Estado de las posibles consecuencias que el Ordenamiento jurídico comunitario anuda a la inejecución de sus normas¹⁰, los inconvenientes interpretativos que se le presentaban al juez nacional, al tener, en última instancia, que inaplicar la norma interna contraria a aquél¹¹, ejecutando directamente la comunitaria.

LA EIA ES UNA TÉCNICA DE PROTECCIÓN AMBIENTAL DE CARÁCTER PREVENTIVO A TRAVÉS DE LA CUAL SE EXAMINAN LAS POSIBLES REPERCUSIONES QUE DETERMINADO PROYECTO, OBRA O ACTIVIDAD VA A CONLLEVAR PARA EL MEDIO AMBIENTE

(9) La no exigencia de EIA para los proyectos de construcción de líneas de energía eléctrica fue el fallo del Tribunal Supremo en las Sentencias de 2 de diciembre de 1994 (Ar. 10023), 14 de abril de 1998 (Ar. 3633) y 1 de febrero de 1999 (Ar. 2127) –esta última cuenta con un interesante voto particular en el que los dos magistrados que lo suscriben disienten del parecer de la Sala por entender que el requisito de EIA venía requerido, en este caso concreto, por un Decreto autonómico y por el Anexo II de la Directiva Comunitaria 85/337, que no permite su exención genérica por parte del Estado miembro–.

(10) Entre estas consecuencias se encuentra la posibilidad de imponer multas coercitivas a los Estados miembros por inejecución de una sentencia de incumplimiento del Derecho comunitario europeo. Precisamente esta medida se ha plasmado por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en un asunto sobre medio ambiente, concretamente en la Sentencia de 4 de julio de 2000 (C-387/97) (Vid. el comentario de esta decisión realizado por I. MARTÍN DELGADO en REDA, 109, 2001, págs. 101 y ss.)

(11) Sobre la posibilidad que asiste a los jueces nacionales de inaplicar las normas internas, incluso leyes, incompatibles con el Derecho comunitario europeo, sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, vid. mi trabajo “La facultad del juez ordinario de inaplicar la Ley interna posterior contraria al Derecho comunitario”, en RAP, 138, 1995.

Por su parte, y según el esquema de reparto competencial anteriormente propuesto, las Comunidades Autónomas, además de desarrollar la legislación básica estatal a través de sus propias normas complementarias, han procedido a ampliar el listado estatal de proyectos y obras que han de someterse necesariamente a esta técnica evaluadora, haciendo a tal efecto uso de la posibilidad que les confiere la Constitución y sus Estatutos de Autonomía¹². Así ha sucedido, por ejemplo, con los planes y programas de ordenación territorial, que no están incluidos en los listados contenidos en la legislación estatal entre los proyectos para cuya ejecución se requiere EIA y que sí son, sin embargo, considerados por algunas disposiciones legislativas autonómicas, que han seguido en este sentido los planteamientos del Derecho comunitario europeo, que viene reclamando desde hace algún tiempo esta inclusión¹³.

Pero además, y para las categorías incluidas en el Anexo II de la disposición legislativa estatal, los territorios autonómicos disponen de la facultad de establecer sus propios umbrales de selección de los proyectos que deberán someterse a EIA, tal y como dispone el nuevo artículo 1.2 *in fine* de aquella¹⁴. En relación con este punto, se podría plantear la posibilidad de que las Comunidades Autónomas fijasen criterios de estimación distintos de los del Estado. Entendemos que, siempre dentro del respeto a la legislación básica estatal y en aras de una mayor protección de su entorno propio, esta diferenciación es admisible.

Asimismo, las Comunidades Autónomas pueden incorporar a este examen ambiental aquellos proyectos de obras, instalaciones y actividades cuando así lo reflejen en su

(12) La normativa de las Comunidades Autónomas en materia de EIA es la siguiente: Andalucía: Ley 7/1994, de 18 de mayo, de Protección ambiental; Aragón: Decreto 45/1994, de 4 de marzo, de Procedimiento de Evaluación de Impacto Ambiental; Asturias: Ley 1/1987, de 30 de marzo, sobre Coordinación y Ordenación Territorial; Canarias: Ley 11/1990, de 13 de julio, de Prevención del Impacto Ecológico; Cantabria: Decreto 50/1991, de 29 de abril, sobre Evaluación de Impacto Ambiental; Castilla y León: Ley 4/1994, de 24 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental y Auditorías Ambientales; Castilla-La Mancha: Ley 5/1999, de 8 de abril, de Evaluación de Impacto Ambiental; Cataluña: Decreto 114/1988, de 7 de abril, de Evaluación de Impacto Ambiental; Comunidad Valenciana: Ley 2/1989, de 3 de marzo, de Estudios de Impacto Ambiental; Extremadura: Decreto 45/1991, de 16 de abril, sobre Medias de Protección del Ecosistema; Galicia: Ley 1/1995, de 2 de enero, de Protección Ambiental; Islas Baleares: Decreto 4/1986, de 23 de enero, de implantación y regulación de los estudios de impacto ambiental; La Rioja: Decreto 16/1997, de 21 de marzo, sobre Competencias, Composición y Funcionamiento de la Comisión de Medio Ambiente de La Rioja; Comunidad de Madrid: Ley 10/1991, de 4 de abril, de Protección del Medio Ambiente; Región de Murcia: Ley 1/1995, de 8 de marzo, de Protección del Medio Ambiente; Navarra: Decreto Foral 580/1995, de 4 de diciembre, por el que se asignan las Funciones relativas a la Evaluación de Impacto Ambiental, y País Vasco: Ley 3/1998, de 27 de febrero, de Protección del Medio Ambiente.

(13) Posición común (CE) núm. 25/200, de 30 de marzo, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la evaluación de los efectos de determinados planes y programas en el medio ambiente (DOCE C-137, de 16 de mayo de 2000). El art. 3 de la misma somete al trámite de análisis previo ambiental a los planes y programas relativos a agricultura, explotación forestal, pesca, energía, industria, transporte, gestión residual, gestión de recursos hídricos, telecomunicaciones, turismo, ordenación del territorio urbano y rural o la utilización del suelo.

(14) Por ejemplo, en la Comunidad de Castilla-La Mancha estos criterios se prevén en el recientemente publicado Decreto 118/2000, de 20 de junio.

correspondiente legislación sectorial en aquellas esferas de actuación que les sean propias, como ordenación del territorio, actividades clasificadas, minas, espacios naturales protegidos, puertos, etc.¹⁵.

El problema fundamental que plantea el cuadro competencial propuesto es el de si la legislación autonómica puede prever la inclusión en sus listas de proyectos sometidos a esta técnica ambiental de aquellos que, ubicados en su territorio, hayan de ser autorizados por el Estado. En nuestra opinión, el reconocimiento de esta facultad es acorde con el esquema de distribución de poderes diseñado en la Constitución, que permite a estos entes territoriales adicionar a la legislación básica estatal normas más protectoras del medio ambiente¹⁶.

En el caso de proyectos estatales que hayan de pasar obligatoriamente por el trámite ambiental por exigirlo así la normativa autonómica, no se presentarán problemas específicos. Por lo que respecta a los proyectos referidos en el Anexo II de la disposición legislativa estatal, hay que recordar que el sometimiento a este procedimiento ambiental se vincula a la decisión del respectivo órgano ambiental. Ahora bien, en los supuestos que comentamos, ¿cuál ha de ser esta autoridad ambiental, la estatal que es titular del proyecto, o la autonómica que decide su sometimiento a este trámite?

El principio de congruencia entre los sistemas de inclusión referidos en los apartados 1 y 2 del nuevo artículo primero de la Ley, así como el respeto del orden de reparto competencial en la materia aconsejan que mantengamos que la expresión “órgano ambiental” empleada en este segundo precepto viene referida, en el supuesto que nos ocupa, al autonómico.

Sin embargo, dicha exégesis solamente es posible mantenerla en el plano estrictamente decisorio. En el terreno operativo, la declaración que habrá de decidir sobre la viabilidad, desde el punto de vista ambiental, de estos proyectos de titularidad estatal que hayan de someterse al proceso evaluador por indicarlo así la normativa regional, corresponderá realizarla, en ambos supuestos, a las autoridades centrales, dada la consideración de órgano ambiental al que corresponde tal función que mantiene la legislación básica estatal,

(15) Un listado de estas materias puede verse en RAZQUÍN LIZÁRRAGA, J.A., *La Evaluación de Impacto Ambiental*, Aranzadi, Madrid, 2000, págs. 71 y 72.

(16) Un importante sector doctrinal sostiene que la competencia autonómica para aumentar los supuestos sometidos a EIA sólo puede venir referida a los proyectos sobre los cuales la Comunidad Autónoma retenga la titularidad. Así lo han entendido A. EMBID IRUJO, quien, para el caso de los usos del agua estatales, considera que la imposición del deber de realizar dicha evaluación por la normativa autonómica “presupondría crear, sin título suficiente, una obligación que debería ser siempre cumplida por una Administración diferente, la del Estado”. Además, considera que, en el caso de que el uso del agua fuera competencia autonómica, el sometimiento del mismo a este control ambiental sólo podría determinarse en ausencia de determinación estatal al respecto, por constituir ésta la normativa básica reguladora de la materia (“Usos del agua e impacto ambiental. Evaluación de Impacto Ambiental y caudal ecológico”, en RAP, 134, 1994, págs. 133 y 134) y A. FANLO LORAS, quien, en relación con las aguas continentales, señala que “(...) las competencias medioambientales de las Comunidades Autónomas cuyos efectos territoriales están limitados al de la respectiva Comunidad Autónoma, incurrir en extralimitación competencial cuando pretenden tener, en el caso de las cuencas hidrográficas supracomunitarias, efectos supracomunitarios” (“La articulación de las competencias de las Comunidades Autónomas en la gestión del agua”, en *Gestión del agua y Medio ambiente*, Civitas, Madrid, 1997, pág. 176).

artículos 5 del Real Decreto Legislativo y 4 del Reglamento de ejecución, avalada en este aspecto por la doctrina del Tribunal Constitucional, como aquel que está emplazado en la misma Administración pública en la que resida la competencia sustantiva para autorizar el proyecto.

En cualquier caso, tras la citada Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1998, las legislaciones autonómicas que atribuyen la declaración de impacto ambiental a sus órganos propios, por mantener el criterio del territorio en el que radiquen los proyectos como título atributivo de esta competencia de ejecución, han de reputarse hoy en día inconstitucionales¹⁷.

Pero la afirmación de la posibilidad que asiste a las Comunidades Autónomas de incardinar dentro de sus listas de proyectos sometidos al requisito de la EIA a los de responsabilidad estatal conlleva otro importante interrogante: la determinación de la normativa aplicable a estos procedimientos.

A este respecto, la nueva Ley estatal ha suprimido la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto-Ley 9/2000, de 6 de octubre, que disponía que:

“Tratándose de proyectos públicos y privados, que corresponde autorizar o aprobar a la Administración General del Estado y no sujetos a evaluación de impacto ambiental conforme a lo previsto en el presente Real Decreto legislativo, que, sin embargo, deban someterse a la misma por indicarlo la legislación de la Comunidad Autónoma en donde deban ejecutarse, la citada evaluación se llevará a cabo de conformidad con el procedimiento abreviado que a tal efecto se establezca reglamentariamente por el Estado.”

Desde nuestro punto de vista, la omisión de esta previsión en el nuevo texto legal es acertada. Es a las Comunidades Autónomas a las que corresponde, a tenor de lo expresado en la Constitución, la concreción normativa del procedimiento de impacto ambiental de los proyectos que hayan de pasar por dicho trámite por imponerlo así sus respectivas legislaciones, facultad que se deriva de la posibilidad que les asiste de desarrollar la legislación básica del Estado en la materia, que viene constituida exclusivamente por las reglas procedimentales establecidas en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, modificado por la norma cuyo análisis nos ocupa, formulándonos serias dudas el alcance “básico” de su Reglamento de desarrollo¹⁸.

(17) Las normas autonómicas que atraen para sí la declaración de impacto ambiental de las obras que se hayan de instalar en su territorio son la valenciana, la andaluza, la canaria, la castellano-leonesa, la castellano-manchega, la gallega, la madrileña, la murciana, la vasca y el Decreto cántabro. Las que, por el contrario, no se arrojan esta facultad por considerar que la misma corresponde al órgano que ha de autorizar el proyecto sustantivo son los Decretos de Aragón, Cataluña y Extremadura.

(18) En la más reciente Sentencia del Tribunal Constitucional dictada sobre la materia, la 90/2000, de 30 de marzo, —resolutoria de un recurso de inconstitucionalidad promovido por el President del Gobierno contra determinados preceptos de la Ley del Parlamento canario 11/1990, de 13 de julio, sobre Prevención del Impacto Ecológico—, el Tribunal no se pronuncia expresamente sobre este aspecto, pero el parámetro de constitucionalidad de la normativa de desarrollo autonómica que utiliza viene constituido exclusivamente por el Real Decreto Legislativo.

Desde otro orden de consideraciones puede argumentarse, asimismo, a favor de la retención de esta función en manos de los entes autonómicos que si los mismos tienen lo más, cual es someter los proyectos estatales a sus disposiciones ambientales más protectoras, pueden lo menos, es decir, fijar reglamentariamente las reglas procedimentales a las que se ajustará el estudio de impacto que ellas hayan exigido, siempre condicionado al respeto de las bases estatales.

En cualquier caso, en la práctica estos supuestos no serán frecuentes, ya que, como se ha señalado anteriormente, la titularidad estatal sobre el proyecto traslada la competencia para pronunciar la declaración ambiental hacia los órganos de la propia Administración central.

2. Proyectos excluidos

Los proyectos que, a tenor de lo dispuesto en la legislación básica estatal, podrían ser excluidos del trámite del mecanismo que consideramos son los relacionados con la defensa nacional y los aprobados específicamente por una Ley del Estado (Disposición Adicional Primera del Real Decreto Legislativo de 1986 y artículo 2 del Reglamento de 1988), así como los exceptuados por el Consejo de Ministros en supuestos excepcionales y mediante acuerdo motivado (Disposiciones Adicionales Segunda del Real Decreto Legislativo y 3 del Reglamento).

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 13/1998, de 22 de enero, tuvo ocasión de pronunciarse sobre la validez de esta salvedad en los dos últimos casos.

En relación con los supuestos excluidos por estar así dispuesto en una Ley de Cortes Generales, el FJ 2º de la citada sentencia justifica la puesta en manos del Estado de dicha excepción por venir referida exclusivamente a proyectos “detallados”, considerando como tales aquellos en los que conste el análisis pormenorizado de las circunstancias ambientales del mismo. Como estas circunstancias se habrán de examinar en el iter parlamentario del proyecto de disposición general, el Tribunal afirma que, en realidad, más que en un caso de exención, nos encontramos ante una modalidad de sustitución de la ponderación de la incidencia que sobre el medio ambiente tendrá un proyecto estatal por las Cortes Generales.

Por lo que atañe a la posibilidad del Consejo de Ministros de dispensar del trámite de evaluación de impacto ambiental a un

**LA EXCEPCIÓN DEL TRÁMITE
DE EVALUACIÓN DE IMPACTO
AMBIENTAL, YA SEA
ESTABLECIDA POR EL
ESTADO YA POR
LAS COMUNIDADES
AUTÓNOMAS, EN CUALQUIER
CASO HABRÁ DE RESPETAR
LAS LIMITACIONES DE LA
NORMATIVA COMUNITARIA**

proyecto determinado “en supuestos excepcionales”, el FJ 13º de la sentencia que comentamos entiende que la misma no menoscaba competencia autonómica alguna si se interpreta sistemáticamente esta disposición, que llevaría a entender como *supuestos excepcionales* “aquellos en los que es imprescindible una intervención inmediata de la Administración general del Estado, autorizando o ejecutando directamente determinados proyectos, que se presentan, de este modo, como obligados remedios de urgencia con los que atender a situaciones extraordinarias y de imposible previsión (...)”. Es este particular entendimiento de lo excepcional, por su mayor grado de concreción, el que permite una delimitación negativa de los respectivos títulos competenciales que no supone, a juicio del Tribunal, una merma de las competencias autonómicas sobre la materia.

Estas excepciones sólo operan para proyectos estatales. Así lo ha manifestado el supremo intérprete de la Constitución en el fallo que analizamos, al señalar que:

“(...) únicamente podrán ser objeto de exclusión aquellos proyectos cuya aprobación o ejecución corresponda al Estado con arreglo a títulos competenciales que le sean propios, de suerte que sólo podrá excepcionar la evaluación de impacto ambiental ‘por Ley del Estado’ respecto de proyectos de titularidad estatal”.

En este mismo sentido hay que interpretar la salvedad que depende de la apreciación del Consejo de Ministros. Así lo ha entendido QUINTANA LÓPEZ, para quien “la dispensa de evaluación del Consejo de Ministros no puede afectar a proyectos cuya ejecución o autorización corresponda a las Comunidades Autónomas, pues en estos casos, de existir circunstancias excepcionales en que sea “imprescindible una intervención inmediata”, en su caso, deberían ser las Comunidades Autónomas las facultadas para apreciarlas y, consecuentemente, excluir el proyecto del procedimiento de evaluación de impacto ambiental, solución que también preconiza el supremo intérprete de la Constitución, al aceptar la constitucionalidad del citado artículo 3. Sólo circunstancias excepcionalísimas podrían justificar la quiebra del orden competencial aludido a favor del Estado”¹⁹.

Esta regla no soluciona, sin embargo, el problema planteado con relación a la posible excepción por parte del Estado de proyectos que siendo de su titularidad hayan de someterse al trámite de evaluación de impacto ambiental por indicarlo así la normativa autonómica.

Por nuestra parte, ninguna objeción podemos plantear al hecho de que dicha exención se realice a través de instrumento legislativo aprobado en Cortes Generales, desde el momento en que la misma conforma una norma básica que opera, en palabras del Tribunal Constitucional, como una “delimitación negativa del ámbito material reservado a la legislación básica del Estado” (FJ 12º de la STC 13/1998).

(19) “La evaluación...”, cit., págs. 422 y 423.

Regulación de la evaluación de impacto ambiental

Lo que ya no resulta tan claro es que dicha facultad, que viene avalada por el ejercicio por parte del Estado de su competencia sobre legislación básica de medio ambiente, pueda concretarse a través de un acto de ejecución, cual es el acuerdo del Consejo de Ministros.

En cualquier caso, la excepción, ya sea por el Estado ya por las Comunidades Autónomas, del trámite de evaluación de impacto ambiental habrá de someterse a las limitaciones establecidas al respecto por el Derecho comunitario europeo. En concreto, a la impuesta por el nuevo artículo 2.3, párrafo primero, de la Directiva reguladora de la materia, que admite dichas exenciones pero exclusivamente para la totalidad o parte de un *proyecto específico*, así como a la regla derivada de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 16 de septiembre de 1999 –Asunto C-435/99, *Fundación para la protección de la vida salvaje*–, en atención a la cual no se puede excluir *a priori*, sin fundamento o por motivos poco razonables, la evaluación de impacto ambiental para un proyecto, asistiendo a los particulares de los Estados miembros el derecho de invocar directamente ante las jurisdicciones de dicho Estado las disposiciones comunitarias, cuando consideren que las autoridades nacionales han sobrepasado el margen de apreciación que les confieren las mismas, pudiendo, de esta manera, obtener la inaplicación de las normas o medidas nacionales incompatibles con aquéllas.

B) Novedades en cuanto a la tramitación del procedimiento de EIA

Las novedades más significativas en orden a la regulación del procedimiento de EIA introducidas por la Ley 6/2001 se deben tanto a la necesidad de adaptar la norma nacional a las previsiones contenidas por la Directiva comunitaria europea como a la de concretar, desde un texto legal básico, la intervención que en el mismo haya de corresponder a las Comunidades Autónomas, en atención al criterio mantenido al respecto por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 13/1998, de 22 de enero. Otras aportaciones, sin embargo, son propias de nuestro Legislador.

1. Modificaciones operadas por la aplicación de la Directiva Comunitaria europea

a) Datos que deben consignarse en el estudio de impacto ambiental (nuevo artículo 2.1)

Los datos que obligatoriamente deberá incluir el promotor de una obra, instalación o actividad en el estudio de impacto ambiental se describen en el apartado primero del artículo 5 de la Directiva comunitaria, completándose los mismos en el Anexo IV de la misma. Dicha información es exigida, asimismo, por el artículo 2 de la Ley española, en una redacción que, en algunos puntos, dista de la imperativamente impuesta desde Bruselas. En concreto:

En relación con el punto primero del citado Anexo, la Disposición Nacional, –apartado a) del artículo 2.1–, sólo considera entre los datos relativos a la descripción de las exigencias que el proyecto va a conllevar para la utilización del suelo y otros recursos naturales, las de carácter temporal, marginando otras posibles circunstancias que pudieran, asimismo, plantearse en la ejecución de aquél. De igual manera, la Ley obvia el hecho de

que este dato debe consignarse en relación tanto a la fase de construcción como a la de funcionamiento de la proyectada actividad. Tampoco el Legislador español ha integrado dentro de esta documentación la “descripción de las características de los procedimientos de fabricación, con indicaciones, por ejemplo, sobre la naturaleza o la cantidad de materiales utilizados”, que sí es exigida por la norma europea.

En el apartado b) del mismo precepto también se echa en falta la alusión a un resumen, no sólo la exposición, —como dice la Ley—, de las principales alternativas examinadas, consideración que es exigida por el apartado 2 del Anexo IV de la Directiva. Tampoco en el apartado c) de la norma nacional se señala la obligación de incorporar al estudio de impacto ambiental la descripción de todos los posibles elementos que puedan verse afectados por la obra, instalación o actividad, que impone el apartado 3 del Anexo de la Directiva, sino sólo los indicados particularizadamente en el artículo arriba mencionado.

Asimismo, se omite por entero el apartado 4 del Anexo IV de la norma europea, que impone al promotor la entrega de “una descripción de los efectos importantes del proyecto propuesto sobre el medio ambiente, debido a:

- la existencia del proyecto,
- la utilización de los recursos naturales,
- la emisión de contaminantes, la creación de sustancias nocivas o el tratamiento de residuos, y
- la mención por parte del maestro de obras de los métodos de previsiones utilizados para evaluar los efectos sobre el medio ambiente”.

Pero, a pesar de estas omisiones, el nuevo texto legal incorpora al Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, dos importantes informaciones que debe contener el estudio de impacto ambiental:

En primer lugar, el apartado b) de su artículo 2.1 exige la inclusión de “una exposición de las principales alternativas estudiadas y una justificación de las principales razones de la solución adoptada, teniendo en cuenta los efectos ambientales”.

El análisis de las posibles alternativas existentes a las condiciones inicialmente previstas del proyecto ya se contenía en el antiguo apartado c) del Real Decreto Legislativo de 1986, pero en la misma no se aludía a la necesidad de motivar la decisión finalmente acogida.

El texto así redactado completa, por consiguiente, el contenido del estudio de impacto ambiental a efectos de facilitar una mejor comprensión de los argumentos justificativos

de la propuesta elegida no sólo a las autoridades administrativas encargadas de su valoración ambiental y de su definitiva autorización, sino también del público en general, ya que el mencionado estudio ha de ser objeto de la información pública a la que se refiere el artículo 3 del Real Decreto Legislativo.

En segundo lugar, el artículo 2.1.f) de la norma exige la incorporación al estudio de un dato que no figura en la Directiva comunitaria, el *Programa de Vigilancia ambiental*. Este instrumento ya estaba previsto en nuestro Derecho en los artículos 2.e) y 7 del Decreto Legislativo de 1986 y 11 del Reglamento de 1988. El mismo se ve ahora ampliado gracias al nuevo artículo 7, que, para el ámbito estatal, otorga a los “órganos competentes por razón de la materia”, “el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de la declaración de impacto”, sin perjuicio de la facultad que asiste al órgano ambiental de recabar información y realizar las oportunas verificaciones del cumplimiento de las condiciones impuestas.

El precepto realiza un traslado de la competencia fiscalizadora de la correcta ejecución del proyecto estatal, que debía corresponder al órgano ambiental, hacia el decisorio. Desde nuestro punto de vista, esta situación puede comprometer seriamente el correcto ejercicio del control de las exigencias medioambientales impuestas en la declaración de impacto, finalidad que es, precisamente, la que pretende la instauración del referido mecanismo de supervisión.

No obstante, como no podía ser de otra manera, la Ley, dejando a salvo el principio de autoorganización de las Comunidades Autónomas, señala la facultad que asiste a las mismas de designar la autoridad que haya de realizar esta labor de control, función que puede recaer en órganos de carácter ambiental. Esta opción es únicamente posible para los proyectos que no sean de competencia estatal.

b) Puesta a disposición del promotor de datos, informes y documentos y opinión de la Administración (nuevo artículo 2.2)

El párrafo primero del artículo 2.2 de la Ley 6/2001, por el que se obliga a la Administración a poner a disposición del titular del proyecto los informes y cualquier otra documentación que obre en su poder cuando resulte de utilidad para la realización del estudio de impacto ambiental, reproduce el artículo 2.2 del anterior texto legislativo.

**LA ADMINISTRACIÓN TIENE
EL DEBER DE PONER A
DISPOSICIÓN DEL TITULAR
DEL PROYECTO
LOS INFORMES Y
CUALQUIER OTRA
DOCUMENTACIÓN ÚTIL
PARA LA REALIZACIÓN DEL
ESTUDIO DE IMPACTO
AMBIENTAL**

La expresión “Administración” como sujeto obligado a suministrar esta información debe ser interpretada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.4 de la Directiva 97/11, que somete a esta imposición a *cualquier autoridad que posea información pertinente*, entendiendo, por tanto, esta referencia no sólo al órgano encargado de formular la declaración de impacto sino también a aquel al que le corresponda la decisión autorizatoria final. Por otro lado, y desde el punto de vista de la documentación que se debe presentar, la norma europea supedita este deber a que sea necesario, lo cual se ha traducido en la legislación española a la utilidad que pueda conllevar esta información para la realización de aquel análisis.

Este deber se complementa con uno nuevo previsto en el segundo párrafo del precepto, el que compete al órgano ambiental de dar a conocer al titular del proyecto, cuando éste así lo solicite, su opinión en cuanto al alcance específico del estudio de impacto ambiental, atendiendo a cada tipo de proyecto.

El precepto establece el derecho que asiste al promotor de recabar de la Administración ambiental competente la concreción de los datos que, en función del tipo de actividad que va a ser desarrollada, ha de incorporar al estudio de impacto ambiental, completando a estos efectos, los genéricos e indeterminados elementos referidos en el artículo 2 de la disposición legal.

Esta previsión opera sin perjuicio de la obligación que impone a la misma autoridad el artículo 14 del Reglamento de 1988, de facilitar al titular del proyecto el contenido de las consultas que haya realizado a otras personas, instituciones o Administraciones, así como la consideración de los aspectos más significativos que deben tenerse en cuenta en la realización de dicho estudio.

Ambas previsiones tienen como finalidad solventar las dudas que pudieran plantearse al titular de la proyectada obra o actividad sobre el modo de realizar el estudio ambiental de la misma, evitando con ello la posible suspensión o paralización de la ejecución de aquélla.

En relación con los aspectos formales de la consulta, la Ley no establece plazo alguno para que la autoridad ambiental evacue este dictamen ni determina qué efectos conlleve su omisión. La ausencia de regulación jurídica sobre estos aspectos procedimentales podría entenderse hoy ser suplida por el artículo 4 de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho a la información en materia de medio ambiente^{20 y 21}, entendien-

(20) El apartado primero de este artículo dispone que las Administraciones públicas disponen de un plazo máximo de dos meses para resolver las solicitudes de información sobre el medio ambiente, entendiéndose el transcurso del mismo sin que recaiga resolución en sentido desestimatorio.

(21) Véase el comentario a la misma de SÁNCHEZ MORÓN, M., “El derecho de acceso a la información en materia de medio ambiente”, RAP, 137, 1995. La Ley ha sido modificada por el Capítulo XIII de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social.

do que este informe supone una concreción del derecho de los ciudadanos de obtener de las Administraciones públicas toda la información medioambiental de la que éstas dispongan.

c) Efectos transfronterizos del proyecto, obra o actividad sometido a EIA (nuevo artículo 6)

La primera novedad introducida en Ley de 2001 es la remisión que hace la misma a la regulación del procedimiento previsto para estos supuestos en el Convenio sobre Evaluación de Impacto en el Medio Ambiente en un contexto transfronterizo, firmado en Spoo (Finlandia) el 25 de febrero de 1991 (ratificado por España el 1 de septiembre de 1997), –artículo 6.1–, así como la determinación del Ministerio de Asuntos Exteriores como órgano a través del cual se habrá de relacionar el órgano ambiental interno con el Estado afectado, –artículo 6.2–.

De esta manera, se suprime la deficiente previsión española al respecto contenida en los artículos 6.1 del Real Decreto Legislativo y 23.1 del Reglamento de desarrollo, que disponían solamente la obligación que incumbía al Gobierno español de poner en conocimiento del Estado previsiblemente afectado por la contaminación producida en nuestro territorio el contenido tanto del estudio a que se refiere el artículo 2 como del de la declaración de impacto. Esta previsión se presentaba claramente insuficiente si tenemos en cuenta lo dispuesto al respecto por el artículo 7 de la Directiva 97/11, que exige dicha comunicación no sólo en el supuesto de libre apreciación por el propio Ejecutivo, sino también cuando así lo solicite el Estado miembro afectado. Además, el contenido de la información suministrada no se debe limitar exclusivamente, como establecía la norma española, al estudio y a la declaración de impacto, sino que se ha de extender a toda la disponible sobre los posibles impactos transfronterizos, así como la relativa a la decisión que pueda tomarse, debiendo conceder al otro Estado un plazo razonable de tiempo para que indique si desea participar en el procedimiento de evaluación.

También resulta importante la previsión que incorpora el apartado 2 del nuevo artículo 6 que, al hacer un llamamiento al órgano ambiental que intervenga en la evaluación de impacto ambiental de dichos proyectos como aquel que deba relacionarse con el Estado afectado a través del Ministerio de Asuntos Exteriores, permite una proyección internacional de las Comunidades Autónomas, en el sentido en que serán sus respectivas autoridades ambientales las que, en el marco de los proyectos de su titularidad, lleven a cabo las funciones a las que se refiere el Convenio.

En relación con las obligaciones impuestas a las autoridades nacionales competentes para la declaración de impacto ambiental de los proyectos que puedan tener efectos transfronterizos en terceros países, la normativa española es muy parca en este sentido, limitándose a las fórmulas programáticas establecidas en los artículos 23.2 y 24 del Reglamento de 1988. Tampoco ofrecen excesivas soluciones las reglas de Derecho inter-

nacional, a las que remite la citada norma, las cuales, enunciadas a través de meros principios generales, podían ser calificadas como *soft law*²².

d) Concurrencia de autorizaciones ambientales

La norma española ha silenciado el tema de la concurrencia de autorizaciones medioambientales para la realización de un mismo proyecto. En otros trabajos hemos ya denunciado esta situación²³, consistente en que para la ejecución de determinadas obras o la realización de cierto tipo de actividades es necesaria la obtención de diversos permisos y la emisión de informes de carácter ambiental, que, en muchas ocasiones, tienen el mismo contenido, con la consiguiente superposición entre los mismos, circunstancia que se agrava con la desconexión entre los órganos administrativos implicados en su expedición.

Para intentar frenar esta situación, ya la Directiva IPPC, sobre Prevención y Control Integrados de la Contaminación (96/61/CE, de 24 de septiembre)²⁴, dispuso la conveniencia de que los Estados miembros adoptasen un sistema interno de “ventanilla única” para la tramitación ante un mismo organismo administrativo de las licencias de este tipo. En esta línea ha insistido la Directiva 97/11, cuyo artículo 2.2 bis faculta a los Estados miembros a establecer este procedimiento único para cumplir los requisitos impuestos en ambas regulaciones. La propuesta no ha sido acogida, hasta el momento, por nuestras Cortes Generales.

e) Datos que deben ser objeto de publicación

Finalmente, la nueva disposición legislativa debería haber insistido, a nuestro parecer, en destacar los elementos de la declaración de impacto ambiental que deben ser objeto de publicación junto con ésta. La única referencia a esta cuestión se encuentra en los artículos 4.3 del Real Decreto Legislativo y 22 del Reglamento de 1988, en los que se dispone simplemente la publicidad de este trámite.

La Directiva considera que esta información que se pone a disposición del público deberá contener, además de la decisión y las condiciones que lleve aparejadas la misma, las

(22) Una de las reglas internacionales más importantes en materia de contaminación transfronteriza, —además de las de no discriminación e igualdad de acceso—, es la del uso no perjudicial del territorio, señalada por primera vez en la sentencia arbitral dictada por la ONU el 11 de marzo de 1941, en el asunto de la *Fundición Trail*, que resolvió el enfrentamiento entre Canadá y EEUU por un problema de esta índole. En el mismo se estableció que “Ningún Estado tiene derecho a usar su territorio o a permitir el uso del mismo, de suerte que las emanaciones de humos causen un perjuicio en el territorio de otro Estado o a las propiedades de las personas que allí se encuentran, siempre que se trate de consecuencias graves, y el perjuicio sea demostrado por pruebas claras y convincentes” (Sobre esta cuestión puede consultarse mi trabajo *El régimen jurídico de la contaminación atmosférica y acústica*, Marcial Pons, Madrid, 1995, págs. 152 y ss.

(23) *Lecciones de Derecho del Medio ambiente*, cit., pág. 127.

(24) Un comentario sobre la misma puede verse en DELGADO PIQUERAS, F., “La Directiva 96/61/CE, de prevención y control integral de la contaminación”, en *Justicia Administrativa*, 7, 2000, especialmente pág. 25.

principales razones y consideraciones en las que ésta se ha basado y una descripción, cuando sea necesario, de las principales medidas para evitar, reducir y, si es posible, compensar los principales efectos negativos del proyecto. La ocasión para ampliar el contenido del exiguo precepto nacional era propicia, y una vez más, no se ha sabido aprovechar.

2. Aportaciones derivadas de la STC 13/1998

La reciente decisión de la alta instancia constitucional sobre el mecanismo ambiental que nos ocupa ha significado una trascendente innovación en la interpretación de diversas cuestiones de enorme implicación en este tema, que, evidentemente, han tenido su reflejo en la nueva disposición legal.

En primer lugar, la redefinición del título competencial “medio ambiente”, que se convierte en un componente de aplicación residual frente a los relativos a los espacios sectoriales sobre los que éste habrá de recaer. En segundo término, la reafirmación de la calificación de esta técnica evaluadora como una fase o trámite dentro del procedimiento de autorización del proyecto principal²⁵, lo que ha tenido como consecuencia la sustracción del ámbito autonómico de la función, eminentemente ejecutiva, y, por tanto, de ejercicio regional, de la declaración de impacto ambiental de los proyectos que, siendo de titularidad estatal, se lleven a cabo en dicho territorio o para los que la EIA venga exigida por la normativa propia de los Parlamentos autonómicos, y, en tercer lugar, la concreción del órgano ambiental que tiene la facultad de realizar la declaración de impacto ambiental en aquella autoridad situada en la misma Administración pública titular del proyecto que se pretende autorizar, lo que ha significado una llamada al principio de colaboración entre estas Administraciones públicas.

a) Determinación del órgano ambiental

El nuevo apartado 1 del artículo 5 señala cuál es el órgano ambiental que, en el ámbito estatal, será el encargado de realizar la declaración de impacto ambiental de los proyectos que deban ser autorizados o aprobados por la Administración

**PARA EVITAR LA
CONCURRENCIA DE
AUTORIZACIONES
AMBIENTALES SOBRE UN
MISMO PROYECTO
LA DIRECTIVA 96/61/CE
DISPUSO LA CONVENIENCIA
DE ADOPTAR UN SISTEMA
INTERNO DE «VENTANILLA
ÚNICA» PARA LA
TRAMITACIÓN DE ESTAS
LICENCIAS ANTE UN
MISMO ORGANISMO
ADMINISTRATIVO**

(25) La consideración de la declaración de impacto ambiental como trámite dentro del procedimiento de autorización del proyecto que se va a ejecutar fue ya señalada por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de noviembre de 1998 (Ar. 10522), sobre el pantano de Itoiz.

General del Estado, recayendo dicha función en el Ministerio de Medio Ambiente, tanto de los que exija la legislación estatal como la autonómica.

En este sentido ha constituido una importante decisión la creación de un Ministerio de Medio Ambiente, ya que la situación anterior podría comprometer la objetividad del informe del órgano ambiental, en cuanto que el mismo estaba situado en el departamento ministerial que resultaba competente para asumir la responsabilidad de la ejecución del proyecto, el Ministerio de Obras Públicas.

Por otro lado, el apartado segundo del precepto remite a la competencia autonómica para la determinación del órgano que ostenta dicha función en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma.

Por consiguiente, y como se ha señalado en páginas precedentes, tras la decisión del Tribunal Constitucional 13/1998, no cabe otro juicio acerca de las reglas dictadas por algunas Comunidades Autónomas por las que se atribuye a sus respectivos órganos ambientales la competencia para formular la declaración de impacto ambiental de los proyectos que, aún siendo de la titularidad del Estado, se encuentren situados en su territorio, que el de su inconstitucionalidad.

b) Solución de discrepancias entre el órgano sustantivo y el órgano ambiental (nuevo artículo 4.2)

En la regulación de 1986, la facultad de resolver los conflictos que pudieran surgir entre los órganos administrativos implicados en el procedimiento de EIA correspondía al Consejo de Ministros en cualquier caso. Ahora se establece la competencia de dicho órgano solamente si la Administración que tramita el expediente es la estatal. Si ésta resulta ser la autonómica, dicha función recaerá, lógicamente, en el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente o, en su caso, en el que ésta haya determinado.

Por otro lado, la presencia de una autoridad llamada a dirimir el conflicto viene a confirmar la ausencia de carácter vinculante que nuestro Ordenamiento otorga a la declaración de impacto ambiental para el órgano al que le corresponde la autorización sustantiva del proyecto.

Entendemos que la decisión que adopte este órgano habrá de ser motivada.

c) Colaboración con las Comunidades Autónomas (nuevo artículo 5.3)

El FJ 9º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1998, después de descartar que la competencia para formular la declaración de impacto ambiental de los proyectos que sean de responsabilidad del Estado pudiera corresponder a los órganos ambientales autonómicos en cuyo territorio se fuesen a ubicar éstos, impone a la Administración central un deber de colaboración con estas autoridades administrativas, a fin de que las mismas

puedan suministrar sus propios puntos de vista medioambientales respecto a la conveniencia o no de realizar la obra.

Llama la atención que dicho principio que preside las relaciones interadministrativas sea evocado, en cierta manera, por el supremo intérprete de la Constitución como elemento compensador de la sustracción que realiza de la función de ejecución del espacio competencial autonómico a favor del Estado²⁶, cuando precisamente dicho mecanismo fue el argumento principal de la afirmación de este tipo de potestad ejecutiva medioambiental a favor de las Comunidades Autónomas en su Sentencia 329/1993, de 12 de noviembre²⁷.

En efecto, en este fallo se abogaba por la coordinación y colaboración entre las diferentes administraciones autonómicas implicadas en la declaración de una zona de atmósfera contaminada que sobrepasara o incluyera el territorio de varias de ellas como mecanismo idóneo para mantener la competencia ejecutiva de las mismas, evitando con ello la intervención estatal en esta materia, que queda limitada a los supuestos excepcionales en que la participación separada de aquéllas no permita salvaguardar las medidas a tomar, y resulte necesaria una decisión unitaria del Estado a causa de poderosas razones de seguridad y grave y urgente necesidad que justifiquen la aplicación estatal sobre bases de dependencia en materia de protección del medio ambiente y para evitar daños irreparables²⁸.

Entre las posibles vías de colaboración interadministrativa a este respecto, el propio Tribunal Constitucional señala como adecuadas para esta finalidad la comunicación prevista en el artículo 13.3 del Reglamento de 1988 o la obligación del órgano autorizante de abrir consultas en la fase inicial de la evaluación medioambiental con los órganos autonómicos.

El nuevo artículo 5.5 del Real Decreto Legislativo diseña para este supuesto una consulta preceptiva al órgano ambiental de la Comunidad Autónoma en donde se ubique territorialmente el proyecto.

La mención expresa del carácter preceptivo del informe no alberga dudas sobre la necesidad de contar con el mismo para considerar la validez de la declaración de impacto ambiental que finalmente se formule, entendiendo, por nuestra parte, que su ausencia

(26) MORILLO-VELARDE ha señalado, respecto a la llamada a la obligación de colaboración que el Tribunal Constitucional impone al Estado para que éste tenga en cuenta, a la hora de realizar la declaración de impacto ambiental de aquellos proyectos de su titularidad que hayan de ejecutarse en el territorio autonómico, la opinión de los órganos de éste, que “(...) fácilmente, las cosas podrían volverse por pasiva, esto es, haber reconocido la competencia autonómica y corregido los defectos disfuncionales que pudieran derivarse invocando idéntico deber por parte de las Comunidades Autónomas” (“Declaración de impacto ambiental,...”, cit., pág. 3.562).

(27) Resolutoria del conflicto de competencias planteado por la Generalidad de Cataluña contra determinados preceptos del Real Decreto 1613/1985, que atribuían al Gobierno central la facultad de declarar zona de atmósfera contaminada las que sobrepasen el ámbito territorial de una Comunidad Autónoma.

(28) FJ 4º.

determina la nulidad de la autorización final, siendo su causa la omisión de un trámite esencial del procedimiento²⁹.

Cuestión diferente es la del grado de vinculación de la Administración central respecto de este dictamen. El silencio de la Ley sobre esta cuestión sólo puede ser interpretado en base a la caracterización que de esta consulta ha realizado el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 13/1998, que establece que su contenido “(...) debe ser ponderado expresamente por la autoridad estatal que formula la declaración de impacto ambiental y, en su caso, por la autoridad que adopte la decisión final sobre el proyecto, asumiendo sus conclusiones o exponiendo las razones de discrepancia por las que no pueden ser aceptadas” (FJ 11º).

3. Otras previsiones no derivadas ni del Derecho comunitario europeo ni de la STC 13/1998: régimen sancionador y suspensión de la ejecución del proyecto

Una importante novedad surgida de la Ley 6/2001 es la introducción en la regulación de la EIA de un catálogo de infracciones y sanciones en la materia, clasificando las primeras en muy graves (8 bis.2), graves (8 bis.3) y leves (8 bis.4), y estableciendo para las segundas unas multas pecuniarias que pueden llegar hasta los 400.000.000 de pesetas para las infracciones muy graves.

La nueva previsión legal permite el cumplimiento del principio de legalidad en materia sancionadora. Sin embargo, la Ley no ha determinado qué autoridades serán competentes para la imposición de las correspondientes sanciones, si aquellas a las que corresponde la autorización del proyecto o las ambientales. Lo lógico sería que las mismas fueran los órganos ambientales, que son los que técnicamente disponen de la cualificación necesaria para apreciar la concurrencia de las infracciones y determinar el grado de las mismas. Sin embargo, ésta no es la solución a la que parece apuntar la Ley, en cuyo artículo 7, recordemos, y para el ámbito estatal, hace velar por el seguimiento y vigilancia del cumplimiento de la declaración de impacto a los órganos competentes por razón de la materia, aunque otorga libertad a las Comunidades Autónomas para que éstas configuren las respectivas autoridades que asumirán dichas tareas para los proyectos de su titularidad.

Todo ello será sin perjuicio, tal y como dispone el artículo 8 ter. 3, de las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia, cuestión que tampoco aclara la Ley. En principio, las funciones autonómicas a este respecto habrían de abarcar la posibilidad de resolver los procedimientos sancionadores frente a infracciones cometidas por la Administración del Estado en su territorio cuando la EIA sea requerida por su legislación propia. Sin embargo, esta hipótesis cuenta con una difícil articulación técnica, ya que

(29) Entre las posibles soluciones a la falta de consideración por el Estado de los puntos de vista autonómicos, JORDANO FRAGA ha señalado dos: una, consecuencia del desvalor jurídico normal: la nulidad por omisión de un trámite esencial del procedimiento y otra derivada del desvalor constitucional dinámico/competencial, concretada en la posibilidad de apertura de un conflicto positivo de competencia ex artículo 63 LOTC (“Integración y desintegración...”, cit., pág. 114).

tanto si entendemos que el órgano sancionador es el competente por razón de la materia como si consideramos que es el órgano ambiental, dicha función recaerá, en cualquier caso, en manos estatales.

Por lo que se refiere a la suspensión de la ejecución del proyecto, éste es el único mecanismo que articulaba la normativa de 1986 para hacer frente a las transgresiones que pudieran cometerse en este ámbito (artículo 9). La medida puede emprenderse, a requerimiento del órgano ambiental competente, tanto en caso de comenzarse la ejecución sin EIA, como en el supuesto de ocultación de datos, falseamiento o manipulación maliciosa en el procedimiento evaluador o el incumplimiento o transgresión de las condiciones ambientales impuestas para la ejecución del proyecto.

Esta posibilidad se mantiene en la Ley actual (artículo 8 bis.5), aunque condicionada a que se inicie el procedimiento sancionador. El órgano competente, —que habrá de ser el mismo que ostente la competencia para imponer las medidas punitivas oportunas—, estará facultado, además, para adoptar otras medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer.

Las sanciones impuestas lo son sin perjuicio de la obligación de los titulares de los proyectos de restituir la realidad física alterada, pudiéndose imponer dicha conducta a través de la multa coercitiva o de la ejecución subsidiaria. Además, los responsables deberán indemnizar los daños y perjuicios que esta actitud haya podido ocasionar (arts. 10 del Real Decreto Legislativo y 29 del Reglamento).

La naturaleza contencioso-administrativa del procedimiento contencioso-disciplinario militar: incidencia de la Ley 29/1998, de 13 de julio

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

Doctor en Derecho

Sumario:

I. Un punto de partida: la Jurisdicción Militar como parte integrante del Poder Judicial.

II. La bipolaridad competencial de la Jurisdicción Militar: lo penal y lo contencioso-administrativo disciplinario. III. La unívoca naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria militar. IV. El control jurisdiccional de la potestad disciplinaria militar. 1. Su azarosa atribución a la Jurisdicción Militar. 2. Su posible atribución a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ordinaria. **V. La necesaria adecuación de la Ley Procesal Militar a la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.**

1. El recurso contencioso-disciplinario militar ordinario. A) Objeto del recurso. a) La necesaria extensión a los actos no sancionadores, de trámite, faltas leves, inactividad y vía de hecho. b) La extralimitación de las cuestiones prejudiciales e incidentales. B) Sujetos: la posible admisión de codemandados. C) Problemas procedimentales. a) La indeseable obstaculización por la falta de remisión del expediente administrativo. b) La ampliación del plazo de presentación de la demanda. c) La actividad probatoria. d) La ampliación de los supuestos de vista. e) Las causas de inadmisión en la sentencia. f) Las restantes formas de terminación del procedimiento. D) Recurso de revisión: la necesaria exclusión de algunos motivos. E) Ejecución de sentencias: limitación de sus excepciones. F) Medidas cautelares: limitación del criterio de apariencia de buen derecho. G) Regulación supletoria: la necesaria aplicación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. 2. El recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario.

I. UN PUNTO DE PARTIDA: LA JURISDICCIÓN MILITAR COMO PARTE INTEGRANTE DEL PODER JUDICIAL

La jurisdicción militar tiene su origen en la misma génesis de los Ejércitos permanentes y ha sido siempre una jurisdicción especializada —carácter que deriva del Derecho que aplica y del ámbito institucional en que se ejerce— dentro del principio de unicidad del Poder Judicial.

El artículo 117.5 de la Constitución dispone que:

“el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución”.

El principio de unidad jurisdiccional se desprende del carácter unívoco de la soberanía nacional de la que emanan todos los poderes del Estado (artículo 1.2 CE) y se manifiesta en la competencia exclusiva del Estado sobre la Administración de Justicia (artículo 149.1.5 CE). Anudado a este principio se encuentra el de la independencia de los jueces que, como ha señalado FERNÁNDEZ SEGADO, sólo se consigue con la existencia de una organización judicial cuya competencia, órganos y procedimientos están previstos por la ley¹.

Aunque esta cuestión no ha estado exenta de polémica, finalmente parece admitirse que los principios de unidad jurisdiccional e independencia de los órganos judiciales alcanzan una plena expresión con la existencia de la Jurisdicción militar, ya que está desvinculada de las autoridades militares y de la estructura de las Fuerzas Armadas, se ejerce por auténticos órganos judiciales militares y se limita a un ámbito competencial legalmente determinado². En otras palabras, la Jurisdicción Militar se integra plenamente y sin reservas en el Poder Judicial.

Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCO), el ejercicio de la potestad jurisdiccional militar, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado en los asuntos de su competencia corresponde a los órganos judiciales militares —Tribunales—, quedando fuera de ella los órganos militares de mando a los que tradicionalmente se les había concedido el ejercicio de la jurisdicción³. La independencia de estos órganos judiciales se consigue consa-

(1) FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El marco constitucional. La Jurisdicción militar: su organización y competencia”, en la obra colectiva *La Jurisdicción militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 24.

(2) Vid. LORCA NAVARRETE, A.M., *Derecho Procesal Orgánico*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 49, y FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El marco constitucional. La Jurisdicción militar: su organización y competencia*, op. cit., págs. 27-28.

(3) En la misma dirección apuntó la desaparición de los Consejos de Guerra, compuestos habitualmente por profesionales de armas con destinos de mando, y del Consejo Supremo de Justicia Militar, integrado por oficiales generales o almirantes designados por el Ministerio de Defensa.

grando la inamovilidad⁴, la responsabilidad y la sumisión exclusiva a la ley de quienes desempeñan esta función, cuya tecnificación jurídica, a través de la especialización de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, también garantiza su independencia⁵.

Especial importancia tiene, en este sentido, la creación por la LOCO de la Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo, con la que se logró culminar en el vértice el principio de unidad jurisdiccional y la plena integración de la Jurisdicción Militar en el seno del Poder Judicial. Conclusión esta avalada por la STC 113/1995, de 6 de julio, en la que se ha dejado sentado que los órganos jurisdiccionales militares están incluidos en el término “Tribunales ordinarios” del artículo 53.2 CE y que, por tanto, resultan competentes para dispensar la tutela judicial efectiva en el ámbito de la Administración disciplinaria militar⁶. También la STS, Sala Quinta, de 29 de octubre de 1992 (Ar. 8503), dijo que la mención en el artículo 117.5 CE a la Jurisdicción Militar no implica el reconocimiento de una jurisdicción de excepción radicalmente separada de la ordinaria, pues, si así fuese, se incurriría en flagrante contradicción. Antes bien, la Jurisdicción Militar es manifestación de la Jurisdicción única y se mantiene como organización judicial especializada, dotada de sus propios órganos y personal, pero sometida, en cuanto a su control jurisdiccional último, al supremo órgano jurisdiccional de la nación, y en cuanto a su control gubernativo a los órganos que le son propios y al Consejo General del Poder Judicial.

**LA COMPETENCIA MATERIAL
DE LA JURISDICCIÓN
MILITAR SE RESTRINGE,
POR OBRA DEL ARTÍCULO
117.5 CE, A LAS CUESTIONES
DE NATURALEZA
ESTRICTAMENTE CASTRENSE**

(4) Sin embargo, como ha precisado RAMÍREZ SINEIRO, la designación de la titularidad de los órganos jurisdiccionales castrenses integrados por miembros del Cuerpo Jurídico Militar corresponde discrecionalmente al Ministerio de Defensa, y su permanencia en los cometidos judiciales está limitada temporalmente en la medida en que sólo desempeñarán esta función durante el tiempo que ostenten el empleo militar legalmente previsto para cada específico puesto jurisdiccional. Es decir, los integrantes de los órganos judiciales militares no pueden permanecer indefinidamente en el desempeño de funciones jurisdiccionales al estar sometidos a la contingencia del ascenso (RAMÍREZ SINEIRO, J. M., “La estructura orgánica de la Jurisdicción Militar: consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en la obra colectiva *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 139).

(5) Y ello a pesar de haberse respetado la tradicional composición mixta de los Tribunales militares de técnicos en derecho y, en menor número, profesionales de las Armas, que tiene su respaldo constitucional en la institución del Jurado (artículo 125 CE). Así se consigue una acertada administración de Justicia al proceder, parte de los juzgadores, del ambiente en el que se ha producido el hecho que será objeto de su decisión.

(6) LÓPEZ RAMÓN, que tan crítico se muestra con la atribución del contencioso-disciplinario a la Jurisdicción Militar, no duda, sin embargo, en incluir a ésta dentro de las estructuras jurisdiccionales del Estado en base a la referencia constitucional a la misma en el Título dedicado al Poder Judicial y a su culminación en el Tribunal Supremo (LÓPEZ RAMÓN, F., “Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar”, REDA, núm. 54, 1987, pág. 181).

II. LA BIPOLARIDAD COMPETENCIAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR: LO PENAL Y LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

La competencia material de la Jurisdicción Militar especializada⁷ se restringe, por obra del artículo 117.5 CE, a las cuestiones de naturaleza “estrictamente castrense”. Es éste un concepto constitucional indeterminado con el que se alude al mantenimiento de la disciplina como factor de cohesión y eficacia de las Fuerzas Armadas en el marco de las misiones que el artículo 8.1 CE les atribuye⁸. Por ello, como señaló el Auto de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales de 29 de noviembre de 1982 (Ar. 7224) la competencia de la jurisdicción militar se limita a “las infracciones que se cometan por militares, entre militares y con referencia a las actuaciones propias del servicio o profesión militar”.

Dentro de este ámbito, la Jurisdicción Militar presenta dos tipos diferenciados de competencias. De un lado, el conocimiento de los ilícitos penales y, de otro, el control jurisdiccional de la potestad administrativa disciplinaria. Por tanto, se articulan dos categorías procedimentales distintas: el proceso penal militar y el procedimiento contencioso-disciplinario militar de naturaleza contencioso-administrativa. Como señalan SALA, XIOL y FERNÁNDEZ MONTALVO, el recurso contencioso-disciplinario militar es el cauce por el cual se somete al control de los tribunales el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito castrense —miembros de las Fuerzas Armadas y Guardia Civil— para con ello dar cumplimiento al mandato contenido en el artículo 106.1 de la Constitución⁹. Los Tribunales Militares tienen así conferida, junto con las competencias de naturaleza penal, la tutela jurisdiccional de la potestad administrativa disciplinaria militar regulada en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (Ley Disciplinaria en adelante), y en la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil.

(7) Para GALÁN y AYUSO, si se habla de jurisdicción especial se está admitiendo implícitamente una clase de jurisdicción, con lo cual podría desvirtuarse el principio básico de unidad jurisdiccional. Sin embargo, con el término jurisdicción especializada se está aludiendo a una manifestación, no a una clase, de jurisdicción, expresión esta más acorde con el citado principio de unidad, pues, en este sentido, la jurisdicción militar tendría la misma consideración que el resto de las manifestaciones de la jurisdicción, servida por órganos especializados y con una normativa específica (GALÁN CÁCERES, J., y AYUSO TORRES, M., “Notas sobre la complejidad de la delimitación competencial de la Jurisdicción Militar a la luz de la Constitución de 1978”, en la obra colectiva *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 171.)

(8) Para FERNÁNDEZ SEGADO, el ámbito competencial de la Jurisdicción Militar ha de ponerse en conexión con los intereses propios de los Ejércitos, concretamente, con la necesidad de mantenerlos como una eficaz organización de combate en orden al más exacto cumplimiento de los altos fines que les asigna la Constitución (FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El marco constitucional. La Jurisdicción militar: su organización y competencia”, *op. cit.*, págs. 31-33). La concreta definición de este ámbito material nos la proporciona la jurisprudencia. La STS, Sala Quinta, de 22 de marzo de 1989, señaló que la disciplina es un amplio concepto que comprende la observancia por el militar de sus reglas. Y la STC de 14 de marzo de 1991, por su parte, señaló, a propósito del ya desaparecido artículo 127 del Código Penal Militar —que atribuía a la Jurisdicción Militar la competencia para conocer del delito de negativa a cumplir el servicio militar— que el bien jurídico protegido es el cumplimiento del servicio militar obligatorio y la protección del interés del Estado de la defensa militar de España.

(9) SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A., y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Práctica Procesal Contencioso-Administrativa*, Tomo I, Vol. 2, Bosch, Barcelona, 1999, pág. 1.505.

De esta manera, el “ámbito estrictamente castrense”, al que se refiere nuestra Constitución para diseñar el marco competencial de la Jurisdicción Militar como garante del mantenimiento de la disciplina y la eficacia de las Fuerzas Armadas, no abarca sólo el conocimiento de los ilícitos penales tipificados en el Código Penal Militar, sino que también comprende, como categoría competencial separada, el control judicial de la potestad administrativa disciplinaria ejercida en los distintos escalones jerárquicos de la organización militar. El artículo 17 de la LOCO dispone así que:

“corresponde a la Jurisdicción Militar la tutela de los derechos de quienes recurran contra sanciones impuestas en aplicación de la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, de los derechos que concedan las normas de su desarrollo y la tutela jurisdiccional de quienes recurran contra sanciones impuestas en vía disciplinaria judicial militar”.

Estas competencias de naturaleza contencioso-administrativa presentan una relevancia más que importante. Desde un punto de vista cualitativo porque la disciplina militar se sienta de forma directa, inmediata y efectiva a través de las sanciones disciplinarias y, desde un punto de vista cuantitativo, por el progresivo aumento de los recursos contencioso-disciplinarios militares, como lo demuestra la proporción de resoluciones de la Sala Quinta del Tribunal Supremo referidas a este tipo de recursos. Sin embargo, debe anticiparse ya, esta sustracción competencial a la Jurisdicción ordinaria constituye también una ruptura de la cláusula de lo contencioso-administrativo, en virtud de la cual toda la actuación procedente de las Administraciones Públicas se sujeta al control judicial especializado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que actúa como un fuero común¹⁰.

III. LA UNÍVOCA NATURALEZA ADMINISTRATIVA DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA MILITAR

Dentro del Derecho Administrativo sancionador, el Derecho disciplinario reviste una especial importancia para la preservación de los intereses generales. En un principio se consideró que el Derecho disciplinario no era más que una manifestación del Derecho penal, con el que compartía una construcción dogmática común, siendo la diferencia entre ambos de carácter cuantitativo: el Derecho penal se refería a las infracciones más graves, en tanto que el Derecho disciplinario se limitaba a las infracciones más leves. Sin embargo, esta tesis fue pronto abandonada.

Actualmente, la identidad propia y naturaleza diferenciada de cada una de estas potestades y de los correspondientes Derechos que de cada una se derivan es comúnmente admitida. En tanto que el Derecho penal preserva intereses de carácter externo y general,

(10) Para LÓPEZ RAMÓN, la cláusula de lo contencioso-administrativo viene establecida en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que, al diseñar la estructura competencia judicial, prevén que el orden Contencioso-Administrativo conocerá entre otras cuestiones, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo. De ahí que este autor contemple la excepción del contencioso-disciplinario militar con cierta desconfianza desde la perspectiva de la coherencia del sistema (LÓPEZ RAMÓN, F., “Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar”, REDA, núm. 54, 1987, págs. 178-179).

el Derecho disciplinario se centra en el concreto ámbito del personal al servicio de las Administraciones Públicas, desenvolviéndose en una relación de poder doméstica y específica como una facultad distinta de la punitiva general del Estado¹¹. También se diferencian en el carácter no judicial de las potestades disciplinarias que, por su naturaleza administrativa, se ejercitan sin necesidad de acudir a los Tribunales de Justicia.

Hoy, pues, se distingue entre potestad penal y potestades disciplinarias de naturaleza puramente administrativa, sin perjuicio de que ambas puedan compartir principios comunes como el de legalidad, tipicidad e irretroactividad¹² (artículo 25 CE). En palabras de NIETO, el Derecho Administrativo sancionador es Derecho Administrativo engarzado directamente en el Derecho público estatal y no un Derecho Penal vergonzante¹³.

En el ámbito castrense, esta diferenciación se materializó con las Leyes Orgánicas 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (derogada por la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre), y 13/1985, de 9 de diciembre, del Código Penal Militar, que vinieron a deslindar con absoluta nitidez el Derecho Penal Militar del Derecho Administrativo Disciplinario Militar¹⁴. Las faltas disciplinarias se reco-

(11) Como ha señalado CASADO, las normas disciplinarias son un conjunto caracterizado de normas administrativas que, al margen de fijar la oposición y relaciones entre los miembros de las corporaciones públicas, prevén la imposición de sanciones a quienes infrinjan los deberes que les incumban como tales miembros, y en tanto tales infracciones no caigan dentro de la esfera de lo penal (CASADO BURBANO, P., *Iniciación al Derecho Constitucional Militar*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1986, pág. 40).

(12) Sobre el particular, vid. el ya clásico trabajo de NIETO, A., “Problemas capitales del Derecho disciplinario”, *Revista de Administración Pública*, núm. 63, 1970. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, T.R., refiriéndose a las sanciones disciplinarias, señalan que “la peculiaridad de esta especie de sanciones administrativas reside en dos caracteres: el reconocimiento de una especie de titularidad natural de la Administración, derivada de actuar en su propio ámbito interno o doméstico, tutelando su propia organización y funcionamiento, por una parte; y, en segundo término, la estimación como ilícitos sancionables de conductas valoradas con criterios deontológicos más que estrictamente jurídicos (...) de este modo, la peculiaridad originaria de las sanciones disciplinarias ha concluido por conducir a una virtual identificación de su régimen con el resto de las sanciones administrativas” (GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, Séptima edición, Civitas, Madrid, 2000, págs. 168-169). Para JIMÉNEZ VILLAREJO, la especialidad de la Jurisdicción Militar se deriva de la propia especialidad y autonomía del Derecho Penal Militar y del Derecho Disciplinario Militar (JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, Madrid, 1989, pág. 12).

(13) NIETO, A., *Derecho Administrativo Sancionador*, Tecnos, Madrid, 1994, págs. 23 y 180; y también PARADA VÁZQUEZ, R., *Derecho Administrativo I*, Parte General, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, Madrid, 1993, pág. 379. GARRIDO FALLA considera las sanciones como un medio de policía administrativa de tratamiento independiente (GARRIDO FALLA, F., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 148). Para GIL IBÁÑEZ y BERMEJO, la potestad sancionadora corresponde a la Administración no como privilegio, sino como instrumento normal para el cumplimiento de sus fines, esto es, en orden a satisfacción de intereses generales (GIL IBÁÑEZ, J., “La actividad de policía”, en la obra colectiva *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Libros Jurídicos Carperi, Madrid, 1995, pág. 63; BERMEJO VERA, J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, Civitas, Madrid, 1996, pág. 69).

(14) Así lo considera, entre otros muchos, LÓPEZ RAMÓN, para el que “las nuevas normas pretenden distinguir claramente los ámbitos penales (Código Penal Militar) y los ámbitos disciplinarios (Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas), diferenciando también la organización de los Tribunales Militares (Ley de la Jurisdicción Militar) y la regulación de los procesos ante los mismos (Ley Procesal Militar)”. Es decir, distingue claramente este autor entre “lo sancionatorio-penal y lo sancionatorio-disciplinario (o administrativo)” (LÓPEZ RAMÓN, F., “Reflexiones sobre el contenido-disciplinario militar”, *op. cit.*, pág. 166).

gen, de esta manera, fuera del Código Penal Militar.

Téngase presente que el Derecho Administrativo Disciplinario Militar no presenta una identidad propia y diferenciada del Derecho Administrativo Disciplinario “ordinario”, es decir, más allá de su peculiar ámbito y contenido¹⁵, no tiene una sustancia distinta ni protege un sistema de valores diferente del protegido por cualquier otro régimen administrativo disciplinario. En otras palabras, su fundamento es común a todo el Derecho Disciplinario¹⁶.

No podía ser de otra manera. Las autoridades militares sancionadoras son órganos administrativos sometidos plenamente a la Constitución y, por tanto, generan actos administrativos dentro de las potestades que el ordenamiento jurídico les reconoce y se someten a todos los controles judiciales que exige nuestro Estado de Derecho.

IV. EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA MILITAR

1. Su azarosa atribución a la Jurisdicción Militar

La atribución a la Jurisdicción Militar de competencias sobre los actos administrativos militares sancionadores estuvo sometida, en sus orígenes, a diversas vicisitudes.

Con anterioridad a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 los actos sancionadores de la Administración se consideraban como actos políticos y discrecionales, impidiéndose, por tanto, su revisión judicial. Dicha Ley, como sabemos, acabó con este privilegio y sometió la potestad administrativa sancionadora en general al control de

**EL LEGISLADOR HA
ATRIBUIDO NATURALEZA
ADMINISTRATIVA AL
DERECHO DISCIPLINARIO
MILITAR, ESTABLECIENDO
LA VÍA CONTENCIOSA PARA
DICHA FISCALIZACIÓN,
SI BIEN RESERVANDO EL
CONOCIMIENTO DEL
RECURSO A LA
JURISDICCIÓN MILITAR**

(15) Como señaló la STS de 15 de julio de 1981 la cobertura constitucional de la potestad disciplinaria de la Administración Militar la encontramos, a sensu contrario, en el artículo 25.3 CE que, al disponer que “la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad”, reconoce la posibilidad de que la Administración militar imponga sanciones de privación de libertad.

(16) Así parecen considerarlo MOZO SEOANE, A., “Sobre la naturaleza del Derecho disciplinario. Referencia especial al Derecho disciplinario militar”, en la obra colectiva *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 301; ROJAS CARO, J., *Derecho Disciplinario Militar*, Tecnos, Madrid, 1990, págs. 34 y 45; y también SÁNCHEZ GUZMÁN quien, tras manifestar inicialmente ciertas reservas a esta identificación, acaba por reconocer, parafraseando a JIMÉNEZ VILLAREJO, que “el recurso contencioso-disciplinario militar viene a suponer un reconocimiento de la naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria militar, y de otro lado, al atribuir su conocimiento a la Jurisdicción militar, una derogación de la denominada cláusula de lo contencioso-administrativo establecida en el art. 1 LJCA” (SÁNCHEZ GUZMÁN, E., “El objeto del recurso contencioso-disciplinario militar”, en la obra colectiva *Derecho Penal y Procesal Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 683).

la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Sin embargo, en su artículo 40.d) se excluía del control jurisdiccional a los actos sancionadores militares. Tras la entrada en vigor de la Constitución esta situación cambió necesariamente.

En un primer momento, el Tribunal Constitucional atribuyó el control de la potestad disciplinaria militar, sin ambages, a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa¹⁷. Posteriormente se consideró válido y suficiente el control judicial efectuado por la Jurisdicción Militar¹⁸, en la que se articularon los recursos contencioso-disciplinarios militares como procedimientos judiciales no penales¹⁹. Sin embargo, en un último momento, se consideró de nuevo que lo procedente era atribuir la competencia a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que, a juicio del Tribunal, el Derecho disciplinario militar era algo ajeno a lo estrictamente castrense²⁰.

Esta polémica, como ya hemos visto, fue zanjada con la Ley Disciplinaria y la Ley 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (LPM). Al crear el recurso contencioso-disciplinario como único cauce para obtener la tutela judicial efectiva en materia disciplinaria militar, el legislador se ha inclinado finalmente por atribuir naturaleza administrativa al Derecho disciplinario militar y ha establecido la vía contenciosa para dicha fiscalización,

(17) El ATC 60/1980, de 22 de octubre, reconoció que “la excepción contenida en el art. 40.d) de la Ley de 27 de diciembre de 1956, en cuanto dejaría fuera de control de la legalidad a determinados actos de la Administración Militar, es contraria al art. 106.1 de la Constitución Española, y en cuanto impediría que en tales casos algunos ciudadanos pudieran obtener la tutela de sus derechos es contraria al art. 24.1 de la misma; y como la Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución Española deroga a cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución, el art. 40.d) de la Ley de 27 de diciembre de 1956 ha quedado derogado y no puede ser invocado por ningún poder público (...) para impedir el acceso a la vía contencioso-administrativa”.

(18) La STC 21/1981, de 15 de junio, afirmó que “el derecho a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales no ha sido vulnerado, pues el recurrente ha tenido acceso a un órgano de la Jurisdicción Militar, la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar, y ha obtenido de la misma una resolución fundada en derecho sobre el contenido de su pretensión”. Y, más tarde, la STC 22/1982, de 12 de mayo, señaló que “como quiera que los hechos que han dado origen a este asunto pertenecen a un ámbito estrictamente castrense, el control jurisdiccional de actos como el que es objeto de este recurso, exigido por el art. 106 de la Constitución, puede mantenerse, de acuerdo con el art. 117.5 de la misma, dentro de la jurisdicción militar y queda excluido de la jurisdicción contencioso-administrativa”.

(19) Hasta la creación del contencioso-disciplinario en la Ley 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar, la vía procesal que se utilizó para otorgar la tutela judicial fue la prevista en el artículo 107.6 del entonces vigente Código de Justicia Militar, que atribuía a la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar el conocimiento de las quejas que se promovieran contra los Tribunales o autoridades de los Ejércitos por denegación de los recursos y garantías legalmente reconocidos. Como señalan SALA, XIOL y FERNÁNDEZ MONTALVO, aunque el hecho de que las quejas hubieren de resolverse por el Consejo Supremo reunido en sala de Justicia permitía conceptuar como judicial el acto de su resolución, la falta de un proceso contradictorio que le precediese asimilaba la queja a una mera alzada, situación esta que, aunque era la única posible, era insuficiente e insatisfactoria (Sala Sánchez, P., Xiol Ríos, J. A., y Fernández Montalvo, R., *Práctica Procesal Contencioso-Administrativa*, Tomo I, *op. cit.*, pág. 1.506).

(20) Así, el ATC 43/1984, de 25 de enero, consideró que la revisión jurisdiccional “corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a que se refiere el art. 106.1 de la Constitución cuando el tema procesal es propio del Derecho Disciplinario, por ser ajeno al contenido de lo peculiarmente castrense”.

si bien ha reservado el conocimiento del recurso a la Jurisdicción Militar, a la que considera competente dado el carácter estrictamente castrense de la materia²¹.

Dentro del contencioso-disciplinario se articulan dos vías. El procedimiento ordinario, establecido para la impugnación de sanciones por falta grave militar o sanciones extraordinarias, y el procedimiento preferente y sumario que se reserva para los actos de la Administración sancionadora que afecten a los derechos señalados en el artículo 53.2 CE. Esta última vía adquiere una singular importancia, dado que es la única que permite la impugnación de sanciones por falta leve.

Lo cierto es que la legalidad de la actuación administrativa y la tutela de los derechos comprendidos en el artículo 53.2 CE en el ámbito disciplinario militar se somete al control de los órganos judiciales militares a pesar de la indudable naturaleza administrativa de las sanciones disciplinarias y del necesario carácter contencioso-administrativo del recurso contencioso-disciplinario militar. Es decir, se produce una ruptura de la cláusula de lo contencioso-administrativo.

Esta atribución jurisdiccional se realiza por cuanto la potestad disciplinaria militar se incluye dentro del ámbito de lo “estrictamente castrense” y, también, no hay que negarlo, como señala la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, al referirse a las exclusiones de su ámbito material, por razones puramente pragmáticas²². Efectivamente, como ya reconoció la STC 61/1991, de 14 de marzo, la opción del legislativo para atribuir competencias a la Jurisdicción Militar se basa en argumentos de oportunidad o conveniencia.

Ahora bien, con ser cierto que el desarrollo constitucional de la Jurisdicción Militar está limitado a lo “estrictamente castrense”, no todo este ámbito debe atribuirse por conveniencia a esta Jurisdicción especial, sino que ciertas cuestiones se reservan a la Jurisdicción ordinaria. De esta forma, la Jurisdicción Contencioso-Administrativa tiene competencia expresa respecto a las cuestiones del personal militar referidas a ascensos, escalafonamientos y destinos [artículo 11.1.b) LJCA de 1998], e implícitamente sobre el

(21) Vid. RAMOS GANCEDO, D., “Derechos Fundamentales y Recurso Contencioso-Disciplinario Militar Preferente y Sumario”, en la obra colectiva, *Cuestiones Penales y Procesales Militares*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, pág. 401. SÁNCHEZ GUZMÁN describe con más detalle esta situación: “el recurso contencioso-disciplinario militar ordinario se constituye como el cauce a través del cual, por primera vez en nuestra historia militar, se somete a control jurisdiccional el ejercicio de la potestad sancionadora castrense. Una vez transcurrido el procedimiento disciplinario en todas sus fases, dictada resolución sancionadora por las Autoridades y mandos militares competentes y ejercitado y resuelto el correspondiente recurso administrativo, se abre para el militar sancionado, en el ejercicio del derecho constitucional a la tutela judicial, la posibilidad de interponer el citado recurso reproduciendo su impugnación ante los Órganos de la Jurisdicción Militar (SÁNCHEZ GUZMÁN, E., *El objeto del recurso contencioso-disciplinario militar*, op. cit, pág. 680).

(22) Según la Exposición de Motivos de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa “la delimitación del ámbito material de la Jurisdicción lleva también a precisar algunas exclusiones. La nueva Ley respeta en tal sentido la atribución de ciertas competencias relacionadas con la actividad administrativa a otros órdenes jurisdiccionales que establecen otras Leyes, en su mayor parte por razones pragmáticas”.

resto de la actuación administrativa militar (derechos económicos, uso de viviendas militares, situaciones administrativas, etc.)

Hay que reconocer, sin embargo, que la disciplina incide de forma trascendente e inmediata en el buen orden y funcionamiento de la institución militar, por lo que se integra intensamente en el núcleo indisponible de lo “estrictamente castrense”, según el sentido que a tal concepto se ha atribuido. Por ello, la competencia para conocer de los recursos contra las sanciones disciplinarias militares, a pesar de su indudable naturaleza administrativa²³, pudiera mantenerse en el ámbito de la Jurisdicción Militar siempre, eso sí, que los criterios de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sean de aplicación en lo posible²⁴.

En otras palabras, en un principio parece que no hay mayor problema en que la Jurisdicción Militar controle la legalidad de la actividad administrativa sancionadora militar a través del contencioso-disciplinario, siempre que exista consenso sobre los siguientes puntos: primero, que la Jurisdicción Militar forma parte de la Jurisdicción ordinaria; segundo, que este control judicial es idéntico en su naturaleza al ejercido por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; tercero, que los procedimientos contencioso-disciplinario y contencioso-administrativo son sustancialmente iguales, y cuarto, que esta atribución competencial se justifica sólo en razones de oportunidad, dada la especialización material del ámbito en cuestión.

2. Su posible atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa ordinaria

La situación actual que, como hemos visto, se basa en razones de conveniencia, no constituye una especie de garantía institucional²⁵. Recuérdese que ciertos derechos fundamentales se articulan como instituciones garantizadas por la Constitución, es decir, como situaciones de hecho reguladas por un conjunto normativo concreto cuya existencia queda garantizada de tal manera que los poderes públicos deben respetar su existencia. La garantía institucional existe así cuando se da una situación de hecho y normativa, heredada y con raíces históricas concretas, esté o no referida al contenido de un derecho fundamental²⁶.

(23) Admitida, entre otros, por LORCA NAVARRETE, A.M., *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, San Sebastián, 1990, pág. 446.

(24) Así parece considerarlo también SÁNCHEZ DEL RÍO, J., “El recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario”, en la obra colectiva *La Jurisdicción Militar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1992, pág. 730.

(25) Así lo entiende, entre otros, LÓPEZ RAMÓN, F., “Reflexiones sobre el contencioso-disciplinario militar”, en la obra colectiva *Jornadas de Estudio sobre el Título Preliminar de la Constitución*, Vol. IV, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pág. 2.627.

(26) En nuestra doctrina la teoría de las garantías institucionales ha sido abordada en diversas ocasiones. Así, PAREJO considera que los artículos 20.1.d) y 38 CE contienen sendas garantías institucionales (PAREJO ALFONSO, L., *Garantía institucional y autonomías locales*, IEAL, Madrid, 1981). También BAÑO LEÓN reconoce que el concepto de garantía institucional es un posible contenido, junto con los derechos subjetivos, de los derechos fundamentales, de manera que muchos de éstos,

La STC 32/1981, de 28 de julio, definió esta figura de la siguiente manera:

“El orden jurídico político establecido por la Constitución asegura la existencia de determinadas instituciones, a las que se considera como componentes esenciales y cuya preservación se juzga indispensable para asegurar los principios constitucionales, estableciendo en ella un núcleo o reducto indisponible por el legislador. Las instituciones garantizadas son elementos arquitecturales indispensables del orden constitucional (...) la garantía institucional (asegura) (...) la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.”

A pesar de las necesarias peculiaridades sustantivas y procesales que concurren en la Jurisdicción Militar, debe reconocerse que ésta no es en modo alguno una garantía institucional ni un elemento esencial e indispensable de nuestro sistema social, político y jurídico. No hay, pues, un núcleo de realidad indisponible para el legislador en esta institución.

Por ello, no puede dejar de admitirse que el control judicial de la potestad disciplinaria militar también podría hacerse efectivo por medio de órganos especializados dentro de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que, a través de mecanismos procesales *ad hoc* adaptados a las peculiaridades castrenses –como son los procedimientos contencioso-disciplinarios–, controlasen la potestad disciplinaria militar como una manifestación más de la potestad sancionadora de los poderes públicos.

Recuérdese que, en un primer momento, y en tanto no se aprobaron las correspondientes leyes procesales y de organización de Tribunales militares, el legislador no tuvo inconveniente en que el recurso contencioso-disciplinario militar se

**EN LA ACTUALIDAD LA
JURISDICCIÓN MILITAR
CONTROLA LA POTESTAD
ADMINISTRATIVA
DISCIPLINARIA A TRAVÉS
DE DOS TIPOS DE
PROCEDIMIENTOS
CONTENCIOSO-DISCIPLINARIOS,
EL ORDINARIO Y
EL PREFERENTE Y SUMARIO**

como la libertad de empresa, son actualmente garantías institucionales (BAÑO LEÓN, J. M., “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, REDC, núm. 24, 1988, págs. 155 y ss.) Posteriormente, CRUZ VILLALÓN identifica la garantía institucional con el contenido esencial de los derechos fundamentales como ámbito intransgredible para el legislador y los poderes públicos. Para él, la teoría de las garantías institucionales es un paso evolutivo dentro del desarrollo de los derechos fundamentales (CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, REDC, núm. 25, 1989, págs. 35 y ss.) SOLOZABAL ECHEVARRÍA distingue entre derechos fundamentales como derechos subjetivos y garantía institucional como el ámbito objetivo derivado de estos, es decir, como principios jurídicos que inspiran el ordenamiento jurídico en su conjunto (SOLOZABAL ECHEVARRÍA, “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, REDC, núm. 32, 1991, págs. 73 y ss.) Y, por último, JIMÉNEZ BLANCO alerta sobre el efecto debilitador que presenta esta teoría de las garantías institucionales sobre los derechos fundamentales (JIMÉNEZ BLANCO, A., “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, en la obra colectiva *Estudios sobre la Constitución española, Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 635 y ss.)

interpusiera ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el caso de sanciones impuestas o revisadas por el Ministro de Defensa (Disposición Transitoria Primera de la ya derogada Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas). Por tanto, aunque transitoriamente, los recursos contencioso-disciplinarios militares fueron recursos contencioso-administrativos, nada parece impedir que puedan volver a serlo.

De hecho, este traspaso se ha efectuado ya en gran medida en la cúspide de la Jurisdicción, máxime desde el momento en que el recurso de casación ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo, en el ámbito del procedimiento contencioso-disciplinario, es el regulado en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (artículo 503 LPM). Con ello el legislador ha reconocido sin ambages la naturaleza contencioso-administrativa de estos asuntos y, al integrar los procedimientos, ha dejado abierta la puerta a una posible integración jurisdiccional.

Los nuevos órganos especializados de la Jurisdicción ordinaria podrían cubrirse con el personal que haya venido desempeñando estas funciones en la Jurisdicción Militar, mediante la integración en las correspondientes categorías profesionales de la Jurisdicción ordinaria, en escalas separadas, si se quiere, y con una adscripción forzosa al orden concreto²⁷. Con ello se aprovecharían al máximo sus conocimientos y experiencia, evitándose los problemas de especialización que, sin ir más lejos, se han producido a la hora de proveer de personal adecuado a los nuevos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo.

Esta tendencia expansiva del ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se justificaría en la misma actitud que ha mostrado el legislador en la LJCA de 1998, al ampliar el control judicial a una cuestión de un calado práctico mucho más intenso: los actos políticos [artículo 2.a)]. Sin bien limitando su control judicial a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes en relación con los mismos.

La LJCA omite calificar expresamente tales actos como actos políticos, sino que se refiere a ellos como “actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”. Como ha señalado Leguina, si la naturaleza de estos actos del Gobierno fuese administrativa, sobraría su

(27) A favor de la escisión del Cuerpo Jurídico Militar en tres Cuerpos Judiciales permanentes de Jueces, Fiscales y Secretarios Judiciales, con un estatuto distinto al propio de la carrera militar, aunque con dependencia orgánica del Ministerio de Defensa, se pronunció MILLÁN GARRIDO, A., en “Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 53, Madrid, 1989, pág. 118. CANOSA, por su parte, sostiene que “convendría avanzar decididamente hacia una justicia militar sin claudicaciones, integrada de veras en el Poder Judicial, aún con ciertas especialidades ineludibles, y si dicha integración se retrasa, desdóblese en cuerpo jurídico militar creando dos ramas: una dedicada a tareas de asesoramiento y otra encargada, exclusivamente, de juzgar” (CANOSA USERA, “Configuración constitucional de la Jurisdicción Militar”, *Revista Poder Judicial*, núm. 34, Madrid, 1994, pág. 33).

mención específica, puesto que toda la actividad administrativa del Gobierno queda incluida, sin excepciones ni límites, dentro de la cláusula general del artículo 1 de la Ley Jurisdiccional. Son actos, no administrativos, sino de naturaleza política que la Ley somete también al control de la jurisdicción contencioso-administrativa mediante una “competencia de atribución”²⁸.

Si la nueva Ley no ha tenido inconveniente en incluir, dentro de estas competencias de atribución, la delicada cuestión de los actos políticos que, como se ha dicho, no tienen *stricto sensu* naturaleza administrativa, no parece que deba plantear mayores problemas la atribución a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de una cuestión genuinamente administrativa como es la potestad disciplinaria militar²⁹.

V. LA NECESARIA ADECUACIÓN DE LA LEY PROCESAL MILITAR A LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

En la actualidad es la Jurisdicción Militar quien controla la potestad administrativa disciplinaria a través de dos tipos de procedimientos contencioso-disciplinarios, el ordinario y el preferente y sumario. Sin embargo, como han admitido GARCÍA DE ENTERRÍA, SALA, XIOL y FERNÁNDEZ MONTALVO, el primero sigue fielmente el esquema del procedimiento contencioso-administrativo, mientras que el preferente y sumario sigue la pauta del proceso de amparo constitucional de la Sección Segunda de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales –hoy sustituido por el procedimiento especial previsto también en la LJCA de 1998–³⁰.

El respeto al principio de unidad y el propio carácter judicial de la Jurisdicción Militar aconsejan que estos mecanismos procesales respeten unas características mínimas de identidad con los procedimientos de la Jurisdicción ordinaria que les sirven de modelo. Es decir, más allá de lo que su específico ámbito material exija en buena lógica como

(28) LEGUINA VILLA, J., “El ámbito de la Jurisdicción”, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÓN, M., (Dirs.), Lex Nova, Valladolid, 1999, págs. 50-51.

(29) Aunque de una forma más crítica, esta opinión es la que también sustenta LÓPEZ RAMÓN en los siguientes términos: “las reformas de la Jurisdicción Militar, con la atribución exclusiva a la misma de toda la materia sancionadora militar, revelan un claro deseo de imposibilitar puntos de contacto con los órdenes jurisdiccionales que ordinariamente aseguran la garantía judicial en el ámbito punitivo. De una parte, la exclusión definitiva del contencioso-administrativo para las sanciones disciplinarias militares; de otra parte, la eliminación de la competencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en lo penal-militar. En lo especialmente referido al contencioso-disciplinario militar, su conveniencia y utilidad no parecen muy firmemente asentadas. Sin duda, la Administración Militar precisa de especialidades de régimen jurídico. Pero de especialidades debidamente justificadas. No puede aceptarse ya la idea del Derecho de excepción como pauta necesaria de las regulaciones militares. Hay que encauzar el Derecho militar por las vías ordinarias, en la medida de lo posible, exigiendo razonabilidad y coherencia para el establecimiento de excepciones. Esa mentalidad, productora de normalización jurídica, no se encuentra claramente reflejada en la fórmula del contencioso-disciplinario militar” (LÓPEZ RAMÓN, F., “El recurso contencioso-disciplinario militar”, *Documentación Administrativa*, núm. 220, 1989, pág. 115).

(30) GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, Vol. II, op. cit., pág. 170; y SALA SÁNCHEZ, P., XIOL RÍOS, J. A., y FERNÁNDEZ MONTALVO, R., *Práctica Procesal Contencioso-Administrativa*, Tomo I, op. cit., pág. 1.507.

estrictamente necesario, las normas procesales militares no deben introducir peculiaridades que diferencien sus procedimientos de los previstos en las normas procesales ordinarias. Por ello se hace necesario trasladar al proceso contencioso-disciplinario militar los nuevos avances y garantías que la LJCA de 1998 ha introducido en el procedimiento contencioso-administrativo.

1. El recurso contencioso-disciplinario militar ordinario

Los puntos más críticos que deberían ser objeto de adaptación son los siguientes.

A) Objeto del recurso

a) La necesaria extensión a los actos no sancionadores, de trámite, faltas leves, inactividad y vía de hecho

A pesar de que el artículo 453 LPM parezca limitar el objeto del contencioso-disciplinario militar ordinario a las sanciones por falta grave y sanciones extraordinarias derivadas de expedientes gubernativos³¹, los artículos 448 y 465 del mismo texto permiten interponerlos contra los actos que causen estado en vía administrativa dictados “en aplicación” de la Ley Disciplinaria. Es decir, podrán recurrirse no sólo los actos definitivos sancionadores³², sino todos los que, con independencia de su contenido, se dicten en aplicación de la Ley Disciplinaria y causen estado en la vía administrativa. Así lo ha entendido, por ejemplo, la STS, Sala Quinta, de 12 de julio de 1955, al admitir un recurso contra la resolución denegatoria de cancelación de notas desfavorables derivadas de sanciones disciplinarias.

Los actos de trámite tienen un tratamiento peculiar. El artículo 465 LPM admite tan sólo la impugnación del acuerdo de incoación del expediente disciplinario. Ésta es una solución un tanto limitada. Tal vez debería admitirse la impugnación de los actos de trámite,

(31) Se trata de la pérdida de puestos en el escalafón, suspensión de empleo y separación del servicio. En relación con esta última, debe señalarse que la STC 31/2000, de 3 de febrero, declaró inconstitucional, por vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, y nulo el apartado c) del artículo 468 LPM, a cuyo tenor, “no se admitirá recurso contencioso-disciplinario militar respecto de (...) la resolución de separación de servicio como consecuencia de sentencia firme por delito de rebelión, cuando se imponga pena de privación de libertad que exceda de seis años por cualquier delito o pena de inhabilitación absoluta como principal o accesoria”.

(32) Se tratará de los actos definitivos sancionatorios de faltas graves dictados en aplicación de las Leyes Disciplinarias de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, las resoluciones de expedientes gubernativos, los actos de apertura de expedientes disciplinarios y los que acuerden la baja de alumnos en establecimientos docentes militares como consecuencia de un expediente disciplinario. A pesar de que aparentemente pudieran considerarse como sancionadores, hay ciertos actos que no pueden ser objeto del proceso contencioso-disciplinario militar. En concreto, la suspensión de funciones, ya que es una simple situación administrativa no integrable en el ámbito disciplinario; el cese en el destino, medida administrativa que no debe confundirse con la sanción pérdida de destino; y el arresto preventivo, medida cautelar que no constituye una manifestación disciplinaria. En estos casos la impugnación jurisdiccional deberá realizarse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

separadamente de la resolución que ponga fin al procedimiento disciplinario, en los casos del artículo 25.1 LJCA –si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos–. De no admitirse en estos casos la impugnación de los actos de trámite se podría estar colocando al administrado en una situación de indefensión, sobre todo cuando estos actos vulneren derechos fundamentales.

Por otra parte, resulta inadmisibles que las sanciones por falta leve estén excluidas del recurso contencioso-disciplinario ordinario [artículo 468.b) LPM]. La razón de esta desprotección para los posibles afectados se encuentra, según la STS, Sala de Conflictos, de 24 de junio de 1991 (Conflicto núm. 2/1991) en “la propia singularidad de las Instituciones castrenses”. O, más concretamente, como señaló la STS, Sala Quinta, de 17 de abril de 2000 (recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 105/1999), en la alusión a la discrecionalidad técnica, la preservación de la disciplina y las misiones de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, ésta es una solución a todas luces insuficiente. Debe permitirse el control judicial de las sanciones por falta leve, no sólo mediante el mecanismo limitado y excepcional del recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario, sino también a través del procedimiento ordinario, posibilitando con ello un control absoluto de la legalidad ordinaria sin necesidad de que se produzca para ello una vulneración de derechos fundamentales³³. A lo sumo

LA COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN MILITAR SE EXTIENDE A TODAS LAS CUESTIONES PREJUDICIALES E INCIDENTALES DIRECTAMENTE RELACIONADAS CON EL RECURSO CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO MILITAR, AUNQUE NO PERTENEZCAN A AQUELLA MATERIA

(33) Resulta revelador el Voto Particular formulado por el Magistrado D. Ángel Calderón Cerezo a la STS, Sala Quinta, de 17 de abril de 2000 (Recurso de casación contencioso-disciplinario núm. 105/1999), según la cual, la existencia de este vacío supone un verdadero déficit de tutela judicial, la cual “se predica con plenitud subjetiva –respecto de todos los ciudadanos entre los que los militares no son excepción–, y objetiva –respecto de todos los derechos e intereses legítimos– sin que pueda ser objeto de parcelaciones o de asignaciones fragmentarias, y ello sin perjuicio de su eventual limitación cuanto la restricción resulte estrictamente necesaria para la consecución de otros objetivos constitucionalmente reconocidos, como puede ser el preservar los principios rectores de la organización y funcionamiento de los Ejércitos, radicados sobre todo en la disciplina, acusada jerarquización y cohesión interna (...) Pienso que no se justifica por razones del mantenimiento de la disciplina en el ámbito castrense, que exige la prontitud de la actuación del mando para su restablecimiento inmediato, la cual quedaría salvada excluyendo la suspensión de la ejecución. Tampoco resulta convincente el argumento relativo a la jerarquización militar que, en mi opinión, nada se resiente por el control judicial de sus actos sino que, bien al contrario, se robustece y afianza la autoridad del mando militar cuando se verifica la adecuación a Derecho del ejercicio de su potestad disciplinaria. Creo que no deben existir resquicios ni zonas inmunes al control jurisdiccional, representadas por actuaciones que pudieran tacharse de arbitrarias en el ejercicio de las potestades disciplinarias. La constitución proscribire la actuación arbitraria de los poderes públicos (art. 93), y de manera correspondiente proclama la sumisión de la Administración al control judicial (arts. 103.1 y 106.1). De igual modo creo que deben excluirse las razones basadas en la nimiedad de la sanción. Consideración aparte de que las faltas leves pueden corregirse con arresto de hasta treinta días a cumplir en el propio domicilio o Unidad, y que por acumulación la cuarta falta grave se convierte en grave, creo que la cuestión no es cuantitativa sino cualitativa”.

Esta misma opinión la sustenta, entre otros muchos, CÁRCELES, para quien la plena efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva hubieran hecho “aconsejable extender las posibilidades de fiscalización judicial de los actos san-

podría articularse, como ha propuesto MARTÍNEZ MICÓ, un procedimiento simplificado como el abreviado regulado en el Capítulo II, del Título IV de la LJCA de 1998, con competencia atribuida a los Juzgados Togados Militares Territoriales³⁴, teniendo presente que, en este caso debería también preverse el oportuno recurso de apelación ante los Tribunales Militares Territoriales.

En aplicación de la línea extensiva que se viene proponiendo, y como ha hecho la LJCA, podría darse expresa cabida en este recurso a la inactividad y vía de hecho. Lo importante es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la actuación de la Administración militar sancionadora al Derecho. Como ha señalado la Exposición de Motivos de la LJCA 1998, no toda actuación administrativa se expresa a través de actos administrativos, sino que las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración. La imposibilidad de controlar mediante recursos jurisdiccionales estas otras posibles manifestaciones de la acción administrativa de naturaleza materialmente sancionadora resulta injustificable.

En este sentido, la STS, Sala de Conflictos de Jurisdicción (art. 39 LOPJ), de 15 de junio de 1998 (conflicto núm. 2/1998), atribuyó a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de un Tribunal Superior de Justicia la jurisdicción para conocer de lo que éste consideró “una sanción por vía de hecho” (concretamente, el acto administrativo de iniciación de un expediente carente de carácter disciplinario en el que la resolución que en su día se dicte no será la imposición de una sanción disciplinaria). Sin embargo, la Sala no deja de reconocer que “tales cuestiones debieran incardinarse en la jurisdicción militar, dada su notoria trascendencia en el ámbito castrense, pero reconociendo que se trata de una pretensión admisible e incluso legítima, que hoy en día no obstante, no tiene soporte legal alguno”.

b) La extralimitación de las cuestiones prejudiciales e incidentales

Actualmente la competencia de la Jurisdicción militar se extiende a todas las cuestiones prejudiciales e incidentales directamente relacionadas con un recurso contencioso-disciplinario militar, aunque no pertenezcan a aquella materia (artículos 449 y 450 LPM). Esto supo-

cionadores definitivos de la Administración militar a todos los casos, incluso cuando se trata de sanciones por faltas leves que no afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona (...) lo que, probablemente, llevaría aparejada la exigencia de modificar en lo preciso la legislación y competencia de la jurisdicción militar y la correspondiente normativa procesal militar a fin de asegurar la debida atención de estos nuevos recursos contencioso-disciplinarios militares ordinarios” (CÁRCELES NIETO, A., “Principios generales que informan la Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 73, Madrid, 1999, pág. 34). También MILLÁN considera esta solución como insostenible por cuanto niega a los sancionados por falta leve la tutela judicial efectiva (MILLÁN GARRIDO, A., “Algunas consideraciones generales sobre la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar”, *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 56-57, Tomo I, Madrid, 1990-1991, pág. 132).

(34) MARTÍNEZ MICÓ, J.G., “El recurso contencioso-disciplinario militar a la luz de la nueva Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, en la obra colectiva *Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*, Ministerio de Defensa, 2001, pág. 623.

ne una injustificada vulneración del principio de improrrogabilidad de la jurisdicción y, por tanto, se deberían excluir las cuestiones prejudiciales de naturaleza penal, constitucional y las relativas a Tratados Internacionales tal y como prevé el artículo 4.1 LJCA. Recuérdese que el artículo 10.2 LOPJ excluye claramente las cuestiones penales del ámbito de la prejudicialidad y que, en estos procedimientos, los órganos jurisdiccionales militares no actúan como jurisdicción penal sino en el ámbito contencioso-administrativo. Por otra parte, el artículo 163 CE reserva las cuestiones prejudiciales constitucionales al Tribunal Constitucional, en tanto que el artículo 234 TJCE hace lo propio a favor del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a las cuestiones prejudiciales comunitarias.

B) Sujetos: la posible admisión de codemandados

En los procedimientos contencioso-disciplinarios ordinarios no se admiten coadyuvantes (artículo 455 LPM). Sin embargo, el artículo 21.1 de la nueva LJCA considera parte demandada, junto a las Administraciones Públicas contra cuya actividad se dirija el recurso, a “las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante”. El concepto de interés legítimo, como se sabe, abarca toda ventaja, utilidad jurídica, o interés propio distinto de cualquier ciudadano, aun cuando no ocasione un concreto beneficio o perjuicio inmediato. La propia Ley Procesal Militar –artículo 496– parece admitir la posible existencia de personas afectadas por el fallo distintas de las partes que han intervenido en el proceso. Pues bien, en los casos de concurrencia de terceros interesados³⁵, o cuando la comisión de la falta determine la existencia de un sujeto pasivo³⁶, podría permitirse el acceso de estos sujetos al proceso contencioso-disciplinario con plenitud de facultades.

C) Problemas procedimentales

a) La indeseable obstaculización por la falta de remisión del expediente administrativo

La falta de remisión del expediente administrativo no debe suponer un obstáculo para la continuación del procedimiento. Por ello debe posibilitarse la formulación de la demanda sin el expediente tal y como se prevé en el artículo 53 LJCA, con un trámite posterior de alegaciones complementarias. El artículo 480 LPM, a diferencia de lo previsto en el artículo 518.g) del mismo texto para el recurso preferente y sumario, parece no contemplar tal posibilidad, lo que supone una dilación del procedimiento a discreción de la autoridad militar sancionadora. Para evitar este tipo de problemas, también debería actualizarse la cuantía y el mecanismo de la multa prevista en el artículo 476 LPM en un sentido igual a lo previsto en el artículo 48 LJCA.

(35) Piénsese, por ejemplo, en las sanciones de baja en centro docente militar de formación o en la extraordinaria de pérdida de puestos en el escalafón. Podría abrirse el acceso al proceso como partes demandadas a los restantes alumnos del centro o a los sujetos contiguos en el escalafón que podrían considerar injusto y contrario a sus intereses como militares el levantamiento de las citadas sanciones, máxime en el caso de que el parte o denuncia haya procedido de éstos.

(36) Por ejemplo, las faltas de exceso arbitrario en el ejercicio de la autoridad; de impedir, dificultar o limitar a otro militar el libre ejercicio de los derechos que tenga legalmente reconocido; o la de realizar acciones que supongan vejación o menosprecio a subordinados o compañeros y dejar de auxiliar al compañero en peligro.

b) La ampliación del plazo de presentación de la demanda

El plazo para presentar la demanda debería ampliarse hasta el día en que se notifique el auto de caducidad, tal y como lo prevé el artículo 52.2 LJCA.

c) La actividad probatoria

La facultad del demandante de presentar documentos después de la demanda y contestación, prevista en el artículo 482 LPM, no debe tener por objeto desvirtuar todas las alegaciones contenidas en la contestación, sino sólo aquellas que pongan de manifiesto la disconformidad en los hechos, tal y como prevé el artículo 56.4 LJCA. La Ley Procesal Militar también debería contemplar la posibilidad de pedir la aclaración de los dictámenes periciales emitidos, así como la de extender los efectos de estas pruebas a los procedimientos conexos, tal y como se prevé en los artículos 60.6 y 61.5 LJCA.

d) La ampliación de los supuestos de vista

La celebración de vista, regulada en el artículo 487 LPM, se debe acordar también en el caso de que lo solicitase el demandante o si, habiéndose practicado alguna prueba, lo solicite cualquiera de las partes (artículo 62.3 LJCA).

e) Las causas de inadmisión en la sentencia

Debería eliminarse la falta de competencia del Tribunal como motivo de inadmisión en la sentencia [artículo 493.a) LPM] ya que, como señaló la STC 22/1985, la declaración de incompetencia debe hacerse antes, con remisión de las actuaciones al órgano competente. Para FERNÁNDEZ MONTALVO, no tomar en consideración la causa de inadmisión antes de la sentencia constituye una infracción del artículo 24 CE si la apreciación anticipada de la causa de inadmisión hubiera supuesto una consecuencia más favorable para el ejercicio de la tutela judicial efectiva³⁷.

También parece aconsejable que entre las causas de inadmisibilidad en la sentencia se incluya la litispendencia, como hace el artículo 69.d) LJCA. Como señala GARCÍA MANZANO, ello responde a una línea jurisprudencial que ya la había recogido no obstante el silencio de la Ley anterior, radicando su finalidad en evitar las resoluciones judiciales contradictorias, siendo sus requisitos, salvo el de la existencia de sentencia firme previa, son los mismos que los de la cosa juzgada³⁸.

(37) FERNÁNDEZ MONTALVO, R., "Incidencia de la CE en la apreciación de la inadmisión del recurso contencioso-administrativo. Análisis jurisprudencial de los motivos previstos en el artículo 82 LJCA", en la obra colectiva *Incidencia de la Constitución en los procesos contencioso-administrativos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1992.

(38) Cita así, entre otras, las STS de 9 de mayo de 1979, Ar. 2391, de 8 de abril de 1983, Ar. 1986 y 19 de abril de 1983, Ar. 2228 [GARCÍA MANZANO, P., "Terminación del procedimiento", en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Leguina Villa, J., y Sánchez Morón, M., (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 319].

f) Las restantes formas de terminación del procedimiento

Estos medios de finalización del proceso requieren algunas modificaciones. Concretamente, en los casos de desistimiento del recurrente (artículo 498 LPM) sería conveniente un trámite de audiencia a las demás partes y admitir la posibilidad de que el Tribunal no lo acepte si se opusiere la Administración o si apreciarse daño para el interés público, tal y como prevén los apartados 3 y 4 del artículo 74 LJCA. Por otra parte, la caducidad debe eliminarse como causa de terminación del procedimiento ya que la paralización durante un año por culpa del demandante resulta incompatible con el principio *pro actione* y con el impulso de oficio de las actuaciones.

Por último, ciertos preceptos referidos a cuestiones del procedimiento sancionador quizás encontrarían un acomodo más apropiado y sistemático en la Ley Disciplinaria. Se trata de los artículos 467 –referente a los efectos negativos del silencio–; 473 –en lo relativo al recurso de reposición³⁹; y 476 LPM –a propósito de las notificaciones de los actos sancionadores–.

D) Recurso de revisión: la necesaria exclusión de algunos motivos

Los motivos del recurso extraordinario de revisión merecen algunas críticas, en concreto los recogidos en las letras a), b) y g) del artículo 504 LPM. El primero –que la parte dispositiva de la sentencia contenga contradicciones en sus decisiones–, constituye un defecto del fallo, pero no una causa que se acomode a la finalidad propia del recurso de revisión que,

**A TRAVÉS DEL RECURSO
CONTENCIOSO-DISCIPLINARIO
MILITAR PREFERENTE Y
SUMARIO LOS MILITARES
OBTIENEN LA TUTELA
JUDICIAL EFECTIVA
CONTRA LOS ACTOS DE LA
ADMINISTRACIÓN
DISCIPLINARIA QUE
AFECTEN AL EJERCICIO DE
SUS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

(39) No puede dejar de señalarse que, tras la modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 4/1999, de 13 de enero, el recurso de reposición se articula con carácter potestativo. Sin embargo, según su artículo 127.3, las disposiciones del Título correspondiente a la potestad sancionadora “no son de aplicación al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual”. No es fácil comprender plenamente la intención del legislador ya que, como ha precisado PARADA, esta exclusión –y la relativa a los procedimientos tributarios, ex Disposición Adicional Quinta de la propia Ley– no significa que los principios tanto sustanciales como de procedimiento por los que se rigen estas materias, disciplinaria y tributaria, sean enteramente distintos de los que la Ley 30/1992 consagra, por lo que no están exentas de su aplicación. Cualquier otra interpretación iría, en su opinión, contra la constitucionalización de la potestad sancionadora de la Administración (PARADA, R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común* (Estudio, comentario y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre), Marcial Pons, Madrid, 1999, pág. 403). Quizás el significado de esta exclusión nominal se encuentre en el deseo de enfatizar las peculiaridades materiales y procedimentales que se contienen en la regulación sectorial de estas potestades sancionadoras de la Administración. Así parece confirmarlo la Disposición Adicional Octava de la propia Ley al establecer que “los procedimientos de ejercicio de la potestad disciplinaria de las Administraciones Públicas respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual se regirán por su normativa específica, no siéndoles de aplicación la presente Ley”. Los recursos administrativos en el ámbito disciplinario militar se regulan así en los artículos 75 a 81 de la Ley Disciplinaria.

como ha señalado AROZAMENA, tiene que basarse en justificaciones trascendentes y ajenas al proceso en el que se emite la sentencia, de manera que sin ellas la sentencia hubiera sido distinta⁴⁰. En otras palabras, la nota definitoria de los motivos del recurso de revisión, junto con la trascendencia, debe ser la ubicación del problema fuera del proceso, donde en modo alguno puede situarse la existencia de contradicciones en el fallo.

Lo mismo puede decirse del motivo g) —que la sentencia incurra en el vicio de incongruencia *infra* o *extra petitum*—. Este motivo encuentra su solución en el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el artículo 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su versión modificada de 1997, que permite declarar tal nulidad por incongruencia del fallo después de haberse dictado sentencia firme.

La finalidad que se persigue con el motivo b) —que se hubieran dictado resoluciones contrarias entre sí respecto a los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, donde en mérito de hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se llegue a pronunciamientos distintos— se conseguiría de forma más apropiada mediante un enjuiciamiento en un recurso como el de casación para unificación de doctrina previsto en los artículos 96 a 98 LJCA.

E) Ejecución de sentencias: limitación de sus excepciones

Debe partirse de un simple error terminológico. El artículo 506 LPM dispone que “la ejecución de las sentencias firmes dictadas resolviendo recursos contencioso-disciplinarios corresponderá a la Administración”. Sin embargo, las sentencias se “ejecutan” por los órganos jurisdiccionales que conocen del asunto en primera instancia. Lo que corresponde a la Administración es el “cumplimiento” de las mismas, a instancias del órgano jurisdiccional.

Más seria es la crítica a la previsión contenida en el artículo 508 LPM, donde se admite la posibilidad de que la Administración solicite motivadamente al Tribunal la suspensión o inexecución del cumplimiento del fallo, sin anudarlo a causa concreta alguna. La regulación actual permite, pues, solicitar la inexecución o la suspensión del fallo no sólo por su imposibilidad, sino por cualquier causa que se considere conveniente, siempre que se razone en la solitud. Esta posibilidad debe suprimirse e incluso prohibirse expresamente, como hace el artículo 105 LJCA que, únicamente permite la sustitución de la ejecución por una indemnización en el caso de imposibilidad material o legal de ejecutar la sentencia, o cuando concurran unas excepcionales causas de utilidad pública o interés social que, en modo algunos pueden ser de aplicación en estos casos.

Por último, en la línea de los artículos 103, apartados 4 y 5, y 108.2 LJCA, debería contemplarse expresamente la posibilidad de anular los actos dictados por la autoridad mili-

(40) AROZAMENA SIERRA, J., “Los recursos procesales: súplica, apelación y revisión”, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Leguina Villa, J., y Sánchez Morón, M., (Dir.), Lex Nova, Valladolid, 1999, pág. 405.

tar sancionadora en contravención del fallo o para eludir su cumplimiento. Piénsese, por ejemplo, en la imposición de otra sanción diferente por los mismos hechos.

F) Medidas cautelares: limitación del criterio de apariencia de buen derecho

En primer lugar, el artículo 513 LPM debería, en la línea del artículo 129 LJCA, admitir expresamente la adopción de cuantas medidas, incluso positivas⁴¹, aseguren la efectividad de la sentencia y no sólo la suspensión del acto.

En cuanto a los criterios para su adopción, el supuesto del apartado a) del referido artículo 513 LPM⁴² no puede operar automáticamente, sino que la suspensión en este caso debe ir precedida de un juicio mínimo, por parte del Tribunal, de la realidad de la posible concurrencia de la nulidad de pleno derecho⁴³. Esta necesidad, evidentemente, obligará al Tribunal a realizar un juicio anticipado del fondo del asunto, lo que supone la articulación del *fumus boni iuris* como criterio prevalente a tener en cuenta para la adopción de la medida cautelar.

Sin embargo, la nueva LJCA de 1998 parece haber, si no proscrito, sí relegado este criterio de apariencia de buen derecho, colocando en su lugar el del *periculum in mora*, y ello al menos en el régimen común de suspensión de actos y disposiciones previsto en su artículo 130 (aunque respecto de la inactividad y vía de hecho, el artículo 136 LJCA sigue reconociendo al *fumus boni iuris* un lugar prevalente). Parece, pues, que al menos debería exigirse la toma en consideración de los intereses concurrentes en el caso concreto. Recuérdese que el artículo 111 de la Ley 30/1992 también prevé la posibilidad de que el órgano administrativo acuerde la suspensión de la ejecución del acto recurrido si la impugnación se fundamenta en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho, pero en este caso el órgano administrativo deberá ponderar suficientemente los perjuicios que la ejecutividad del acto pudiera ocasionar al interés público, a terceros y al recurrente. En esta línea, el ATS, Sección Tercera, de 9 de octubre de 2000 (Ar. 1402), ha señalado que en la pieza de suspensión en la que la parte recurrente acude al argumento de la nulidad de pleno derecho se debe ponderar, no obstante, el conflicto de intereses en juego separando todo planteamiento de fondo.

El supuesto del apartado c) del artículo 513 LPM⁴⁴ supone una apreciación tasada de los perjuicios que la ejecución de la sanción comportan al recurrente, sin embargo, una ade-

(41) Podría, por ejemplo, acordarse la adscripción temporal del sancionado a una unidad distinta de aquella en la que se impuso la sanción, en tanto se tramite el recurso contencioso-disciplinario.

(42) Que prevé la posibilidad de suspensión “cuando la impugnación del acto recurrido se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el apartado 1 del art. 47 de la Ley de Procedimiento Administrativo y así lo apreciare el Tribunal”.

(43) SÁNCHEZ GUZMÁN también considera necesario esta especie de juicio anticipado (SÁNCHEZ GUZMÁN, E., “El objeto del recurso contencioso-disciplinario militar”, *op. cit.*, págs. 701-702).

(44) Que prevé la posibilidad de suspensión “si la sanción recurrida fuese la de pérdida de destino y llevara consigo el traslado forzoso del sancionado fuera de la localidad donde hasta entonces estuviere residiendo”.

cuada aplicación del apartado d) de dicho precepto, en el que se prevé el juicio de ponderación de intereses, debería bastar siempre que se complementase con el criterio de preservación de la finalidad legítima del recurso, al estilo del artículo 130 LJCA.

Tampoco parece muy apropiado que el artículo 514 LPM limite el momento de la solicitud de suspensión al escrito de interposición, sino que tal posibilidad debe quedar abierta en cualquier momento, como también debe estarlo la de su modificación o revocación a instancia de parte por un cambio de circunstancias.

G) Regulación supletoria: la necesaria aplicación de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

Habida cuenta del carácter contencioso-administrativo del procedimiento contencioso-disciplinario, la normativa supletoria debería ser la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, a la que, por lo demás, se sigue con un gran mimetismo. De hecho, la llamada a esta Ley se realiza en el Preámbulo de la propia Ley Procesal Militar debido, como ha señalado LORCA NAVARRETE, a la sustancial juridización del derecho disciplinario que aumenta las garantías constitucionales de los justiciables⁴⁵.

2. El recurso contencioso-disciplinario militar preferente y sumario

A través de este mecanismo procesal los militares obtienen la tutela judicial efectiva contra los actos de la Administración disciplinaria que afecten al ejercicio de sus derechos fundamentales. Se fundamenta, pues, en el artículo 58.2 CE, y sigue las pautas del proceso diseñado en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona (derogado por la nueva LJCA).

El artículo 53.2 CE dispone expresamente que la tutela judicial de las libertades y derechos que cita se deberá realizar “ante los Tribunales ordinarios”. Como ya hemos visto, los órganos jurisdiccionales militares están incluidos en el término “Tribunales ordinarios” del artículo 53.2 CE –STC 113/1995, de 6 de julio⁴⁶–, por lo que resultan perfectamente adecuados para dispensar esta concreta tutela judicial en el ámbito de la Administración disciplinaria militar.

Su peculiar importancia radica en que es la vía por la que se posibilita la tutela judicial de las sanciones disciplinarias por falta leves (artículos 77 y 78 Ley Disciplinaria 1998),

(45) LORCA NAVARRETE, A.M., *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, op. cit., pág. 446.

(46) Debe señalarse, sin embargo, que en esta STC se formularon votos particulares que disintieron del fallo mayoritario en base a argumentos similares a los de MARC CARRILLO, para quien, dado que los Tribunales Militares no pueden, a su juicio, considerarse ordinarios ni garantizar el principio de independencia, este procedimiento vulnera el artículo 53.2 CE (MARC CARRILLO, *La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios*, BOE, CEC, 1995, págs. 101-103).

excluidas del recurso contencioso-disciplinario militar ordinario. Esta situación limitada y anómala, como ya se ha dicho, no se compadece con la generalidad del principio de tutela judicial efectiva y con el sometimiento de toda la actuación de las Administraciones Públicas al control jurisdiccional, por lo que se debería realizar la reforma antes propuesta.

Por lo demás, la adaptación de este recurso a la nueva regulación del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona contenido en la LJCA de 1998, incide en los siguientes aspectos:

A) El procedimiento debe comprender necesariamente el análisis de la legalidad ordinaria en la medida en que su vulneración determine la infracción de un derecho fundamental. El artículo 121 LJCA posibilita el examen de cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, que produzca la vulneración de un derecho de los susceptibles de amparo. Es decir, la infracción de la legalidad ordinaria será susceptible de enjuiciamiento en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales si aparece íntimamente imbricada con la vulneración de un derecho de los contenidos en el artículo 53.2 CE. Es por ello que se deben superar posturas limitativas como la mantenida por la STS, Sala Quinta, de 14 de octubre de 1997 (Ar. 7199) al considerar que cuestiones de este tipo —en concreto, la duración de un arresto— no pueden examinarse en el procedimiento preferente y sumario.

B) El artículo 115.2 LJCA exige expresar con claridad y precisión, en el escrito de interposición, el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso, ya que, a la vista de estas manifestaciones, el artículo 116.3 de la misma norma posibilita un incidente de admisión del recurso antes de formalizar la demanda. En la Ley Procesal Militar parece que no se exige precisar el derecho fundamental violado en el escrito de interposición. Este requisito, sin embargo, lo ha venido exigiendo la jurisprudencia, según la cual se debe señalar el modo en que el acto recurrido infringe el derecho fundamental invocado. Por ello, quizás será necesaria una precisión explícita en este sentido al estilo de la contenida en el citado artículo 115.2 LJCA.

C) El trámite de conclusiones previsto en el artículo 518.h) LPM sólo demora el procedimiento preferente y sumario, por lo que podría prescindirse del mismo.

D) Por último, dado que la tramitación de estos recursos tiene carácter urgente a todos los efectos [artículo 518.i) LPM], esta acertada previsión debería completarse mediante la habilitación del mes de agosto (lo que exigiría la modificación del artículo 512 LPM).

I. DERECHO COMUNITARIO**Sumario:**

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

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

2. PRINCIPIOS GENERALES

La STJCE de 25 de octubre de 2001 (As. C-120/99, República Italiana contra Consejo) se pronuncia acerca del principio general de motivación de las decisiones administrativas y sobre la discrecionalidad de los poderes públicos, en el marco de un procedimiento sobre la política común de pesca. Italia solicitó, con arreglo al artículo 230, párrafo primero, del Tratado CE, la anulación del artículo 2 del Reglamento (CE) 49/1999 del Consejo, de 18 de diciembre de 1998, por el que se establecen, para 1999, los totales admisibles de capturas de determinadas poblaciones de peces altamente migratorios, su distribución en cuotas entre los Estados miembros y determinadas condiciones en que pueden pescarse (DO 1999, L 13, pág. 54), así como del cuadro relativo al atún rojo que figura en el anexo de dicho Reglamento.

Para el Alto Tribunal Europeo, la motivación exigida por el artículo 190 del Tratado debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los intere-

sados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control (véase, en especial, la Sentencia de 5 de octubre de 2000, Alemania/Comisión, C-288/96, Rec. p. I-8237, apartado 82). Al mismo tiempo, el Tribunal de Justicia ha precisado el alcance de esta obligación considerando que la exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso y, en particular, en función del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 190 del Tratado debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate. Esto es particularmente cierto cuando los Estados miembros han estado estrechamente asociados al proceso de elaboración del acto objeto de litigio y conocen, por tanto, las razones que motivan este acto.

Pues bien, en el presente asunto, la República Italiana no demostró que el Consejo haya incumplido esta exigencia de motivación, dado que el Consejo indica claramente el contexto en el que se ha producido el reparto entre los Estados miembros del cupo disponible para la Comunidad de la población de atún rojo del Atlántico oriental y del Mediterráneo. Además, del informe del Comité de Representantes Permanentes de 9 de diciembre de 1998, se desprende que ésta estuvo estrechamente ligada a la preparación de la undécima reunión extraordinaria de la CICAA, en la cual se adoptaron las recomendaciones núms. 98-5 y 98-13, así como a los debates que condujeron a la adopción del Reglamento núm. 49/1999.

Para el Tribunal, el legislador comunitario dispone de una amplia facultad de apreciación en las situaciones que impliquen la necesidad de evaluar una situación económica compleja, como ocurre en materia de política agrícola común y de pesca. Dicha facultad no se aplica exclusivamente a la naturaleza y al alcance de las disposiciones que hay que adoptar, sino también, en cierta medida, a la comprobación de los datos de base. Por tanto, al controlar el ejercicio de una competencia de este tipo, el juez debe limitarse a examinar si dicho ejercicio adolece de error manifiesto o de desviación de poder o si la autoridad de que se trate ha sobrepasado manifiestamente los límites de su facultad de apreciación (véanse, en este sentido en particular, las Sentencias de 27 de junio de 1989, Leukhardt, 113/88, Rec. p. 1991, apartado 20; de 19 de febrero de 1998, NIFPO y Northern Ireland Fishermen's Federation, C-4/96, Rec. p. I-681, apartados 41 y 42, y de 5 de octubre de 1999, España/Consejo, C-179/95, Rec. p. I-6475, apartado 29).

Por otra parte, frente a la reivindicación de la República Italiana del reconocimiento de un derecho de defensa propio para negociar los acuerdos de pesca, el Tribunal opuso que la Comunidad se subrogó en los derechos y obligaciones de aquellos Estados miembros que ya eran parte del Convenio. Sólo mediante la defensa del interés comunitario, que incumbe únicamente a la Comunidad y a sus instituciones, se pudieron tener en consideración los intereses de la República Italiana, así como los de los demás Estados miembros.

Por último, Italia también sostuvo una violación del principio de no discriminación, pero como es jurisprudencia reiterada del TJCE, una discriminación sólo puede consistir en la aplicación de normas distintas a situaciones comparables o bien en la aplicación de la misma norma a situaciones diferentes (véanse, en particular, las Sentencias de 13 de noviembre de 1984, Racke, 283/83, Rec. p. 3791, apartado 7, y de 29 de abril de 1999, Royal Bank of Scotland, C-311/97, Rec. p. I-2651, apartado 26). Y en el presente asunto, el Consejo tomó plenamente en consideración las diferencias existentes entre los Estados miembros afectados, puesto que el reparto de la cuota comunitaria de atún rojo para el año 1999 tuvo en cuenta tanto el principio de estabilidad relativa de las actividades de pesca de dichos Estados como los excesos eventuales en que éstos hubiesen incurrido durante el año 1997. Así pues, según el Alto Tribunal, el Consejo no violó en absoluto el principio de igualdad de trato.

3. FUENTES

En el período de referencia, que comprende hasta el mes de noviembre del año 2001, deben destacarse varios aspectos.

En primer lugar, la vinculación de los pronunciamientos jurisprudenciales en materia de fuentes a los principios generales del Derecho Comunitario. Baste indicar al respecto, la conexión establecida por la **STJCE de 4 de octubre de 2001, As. C-517/99, Merz & Krell GMBH & Co**, con el principio de libre circulación de mercancías, principio que puede ceder en aras a la consecución de un objetivo de interés general.

De otro lado, la **STJCE de 9 de octubre de 2001, As. C-377/98, Reino de los Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea**, en el marco de la pretendida anulación de la Directiva 98/44/CE de Protección jurídica de las invenciones biotecnológicas, contempla la posibilidad de recurrir al artículo 100 A del Tratado para fundamentar jurídicamente la adopción de medidas que prevengan la aparición de futuros –y, más que futuros, probables– obstáculos a los intercambios comerciales derivados de una evolución heterogénea de las legislaciones nacionales.

Además, esta sentencia plantea la conveniencia o no de que sea una Directiva la que afronte la incertidumbre jurídica que se deriva del supuesto de hecho, concluyendo que el objeto de una medida de armonización consiste en reducir los obstáculos al funcionamiento del mercado interior que constituyen a los estados miembros en situaciones dispares, sea cual fuere el origen de dicha disparidad, por lo que la Directiva garantizará que la interpretación de ciertos conceptos sea común a los Estados miembros. Como la propia sentencia señala, la contribución de la Directiva consiste:

“(…) en eliminar los obstáculos de carácter jurídico que, en el mercado interior, causan las diferencias legales y jurisprudenciales entre los Estados miembros que pueden obstaculizar y desequilibrar las actividades de investigación y de desarrollo en este ámbito”.

Y justifica la oportunidad de tal Directiva indicando asimismo que no se vulnera el principio de subsidiariedad ya que tal objetivo:

“(…) no hubiera podido alcanzarse mediante una acción emprendida únicamente por los Estados miembros”.

Finalmente, mencionaremos la **STJCE de 4 de octubre de 2001, As. C-450/00, Comisión contra Gran Ducado de Luxemburgo**, que, en la línea seguida hasta la fecha, señala que el incumplimiento por parte de un Estado de las obligaciones y plazos marcados por una Directiva no puede justificarse por motivaciones de carácter nacional. Concretamente, el TJCE, empleando una expresión ya conocida, se pronuncia en los siguientes términos:

“(…) un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por una Directiva”.

4. RECURSOS

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

Continuamos con un número creciente de sentencias en los ámbitos de anulación y omisión. En primer lugar, por su importancia hay que destacar la STPI (Sala Segunda) de 19 de septiembre de 2001, As.T-26/00, *Lecureur S.A. contra Comisión de las comunidades Europeas*, en cuyos fundamentos jurídicos trigésimo octavo a trigésimo noveno el Tribunal sostuvo que “cuando se le somete un recurso de anulación o un recurso de indemnización, siendo así que el litigio es, en realidad, de naturaleza contractual, el Tribunal de Primera Instancia procede a recalificar el recurso, declarándose, en su caso, incompetente a falta de una cláusula compromisoria (véanse, en particular, los Autos del Tribunal de Primera Instancia *Mutual Aid Administration Services/Comisión*, antes citado, apartados 41 a 44, y de 18 de julio de 1997, *Nutria/Comisión*, T-180/95, Rec.p.II-1317, apartado 39). En el presente caso, procede señalar que el recurso entra en el ámbito del artículo 181 del Tratado CE (actualmente artículo 238 CE), en relación con el artículo 24 del Reglamento. En efecto, tras la celebración, sobre la base del Reglamento núm. 990/1998, del contrato de suministro considerado, la cláusula que figura en el artículo 24 del Reglamento forma parte integrante de dicho contrato de suministro y, de este modo, debe ser considerada como una cláusula compromisoria en el sentido del artículo del Tratado antes citado (Sentencia *Cebag/Comisión*, antes citada, apartado 14). Por consiguiente, el recurso debe considerarse admisible”. Por otra parte, en la STPI (Sala Segunda) de 19 de septiembre de 2001, As.T-118/00, el Tribunal respecto el interés de la parte a la hora de la solicitud de anulación sostuvo en el fundamento jurídico décimo tercero que “el interés de la demandante en que se anule la

resolución de dicha Sala, que no estima sus pretensiones, no se ve afectado por la opinión que la demandante pueda tener sobre si es o no acertado que el Derecho de marcas proteja la forma elegida para la marca tridimensional solicitada. En consecuencia, no puede negarse en este caso que posea un interés en ejercitar la acción”. De las numerosas conclusiones presentadas por los abogados generales en asuntos referidos a anulación y omisión hay que destacar las conclusiones presentadas por el abogado general Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer presentadas el 14 de junio de 2001, As. C-120/99, República Italiana contra Consejo de la Unión Europea, el abogado general frente a las alegaciones de la República de Italia relativas a la anulación del artículo 2 y la tabla del anexo relativa al atún rojo del Reglamento (CE) 49/1999 del Consejo, de 18 de diciembre de 1998, por el que se establecen para 1999 los totales admisibles de capturas de determinadas poblaciones de peces altamente migratorios, su distribución en cuotas entre los Estados miembros y determinadas condiciones en que pueden pescarse, en las que sostuvo en referencia a la motivación del citado reglamento que “la motivación no es una fórmula de cortesía; tampoco un rito. Es un factor de racionalidad en el ejercicio del poder, que facilita su control. Actúa, a la vez, como elemento preventivo de la arbitrariedad y como instrumento de defensa” (apartado 19). Más adelante añadía que “esta motivación es, a mi juicio, suficiente, atendida la naturaleza del acto al que atañe. Cuando se trata de actos normativos, que persiguen una aplicación general y temporalmente indeterminada es bastante la motivación que describe la situación de conjunto que ha conducido a su adopción y los objetivos generales que se proponen alcanzar, y que se remitan a la norma jurídica que da cobertura a la potestad que ejercitan” (apartado 21). Igualmente, son esclarecedoras las palabras del abogado general Sr. Antonio Tizzano en sus conclusiones presentadas el 20 de septiembre de 2001 en el As. C-209/00, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania, cuando en el apartado vigésimo sexto sostuvo siguiendo al abogado general Sr. Ruiz-Jarabo Colomer que “si ante un recurso planteado por la Comisión con arreglo al artículo 93, apartado 2, párrafo segundo, el Tribunal de Justicia, de manera oficiosa, dejara en suspenso el procedimiento y esperara a que el Tribunal de Primera Instancia dictara sentencia para tramitarlo en paralelo con el recurso de anulación del Estado miembro, o con el recurso de casación de la empresa, se habría concedido, en la práctica, la suspensión de la ejecución del acto impugnado, cuando ni la empresa ni el Estado miembro han solicitado a los órganos jurisdiccionales comunitarios la adopción de medidas cautelares, habiendo podido hacerlo”. Finalmente, hay que recordar las conclusiones del abogado general Sr. Jean Mischo presentadas el 25 de octubre de 2001, As. C-245/99 P, Montedison SpA contra Comisión de las Comunidades Europeas y otros, en cuyo apartado centésimo sexagésimo nono sostuvo que “el hecho de que la demanda contenga numerosas críticas contra la comisión pero ninguna petición de indemnización no puede considerarse suficiente. En efecto, es casi inevitable que un recurso de anulación contra una decisión de la Comisión contenga críticas contra ella. No se puede exigir que el Tribunal de Primera Instancia deduzca necesariamente de ello que existe una petición de indemnización y está suficientemente fundada”.

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 responsabilidad extracontractual y responsabilidad del Estado por incumplimiento del derecho comunitario.

D) y E) Cuestiones prejudiciales y medidas cautelares

En nada ha variado la jurisprudencia del TJCE en lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales durante el período que comprende esta crónica. Repasemos en todo caso algunas de las más interesantes.

Con relación a las cuestiones prejudiciales de interpretación destacamos, en primer lugar, la **STJCE de 13 de septiembre de 2001, Schieving-Nijstad y otros, As. C-98/99**. El Tribunal resuelve una cuestión prejudicial de interpretación, con relación al art. 50 apartado 6, sobre el Acuerdo sobre aspectos de los derechos de propiedad relacionados con el comercio, Acuerdo, que figura como anexo 1 C, del también Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio. Este último fue aprobado en nombre de la Comunidad, por lo que respecta a los temas de su competencia, mediante Decisión 94/800/CE del Consejo, de 22 de diciembre de 1994. Se trata de una Sentencia que nos sirve para recordar, que el mecanismo prejudicial puede ser utilizado, entre otros, para interpretar el contenido de los actos de la Instituciones, con independencia de que éstos se refieran a cuestiones estrictamente comunitarias o —como en este caso—, a la aplicación a nivel comunitario de un Acuerdo internacional.

En segundo lugar, la **STJCE de 12 de julio de 2001, Vanbraekel, As. C-368/98**, siguiendo la reiterada jurisprudencia del Tribunal en esta materia, nos recuerda que el TJCE necesita que el escrito de remisión del “juez nacional”, contenga el contexto fáctico y el régimen normativo al que se circunscriben las cuestiones planteadas o que, al menos, explique los supuestos de hecho sobre los que se basan tales cuestiones. A este respecto el TJCE distingue nítidamente entre suficiencia y extensión de las mismas.

El escrito de remisión debe incluir el contenido necesario y suficiente, con independencia de la extensión o amplitud del mismo. Dicho de otro modo, de nada serviría un escrito de remisión extenso y perfectamente acabado desde un punto de vista formal, si no se encuentran en él recogidos, los contenidos “suficientes y necesarios” para ofrecer una interpretación eficaz del Derecho Comunitario. El TJCE lo expresa de una forma muy clara en el apartado 23 de la Sentencia arriba mencionada:

“(…) debe observarse que la resolución de remisión enumera las disposiciones nacionales aplicables y contiene una descripción de los hechos que, si bien sucinta, es suficiente para que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse”.

Hemos dejado para el final la STJCE de 12 de julio de 2001, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*, As. C-399/98, porque nos permite repasar dos de los elementos característicos, y diferentes entre sí, de los pronunciamientos prejudiciales, a saber: los motivos de inadmisión y la falta de competencia del TJCE para decidir acerca de la compatibilidad o no, de una norma de Derecho interno con el Derecho comunitario.

En efecto, por lo que se refiere a los motivos de inadmisión, el TJCE nos recuerda (apartado 41) que existe una serie de motivos tasado por los que el TJCE puede, legítimamente, negarse a pronunciarse sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional nacional, éstos son:

“(…) 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 [sobre este último extremo, recuérdese lo dicho con anterioridad]”.

Esta argumentación la utiliza el TJCE, en este caso concreto, para desestimar los motivos esgrimidos por el Ayuntamiento de Milán y la FTS para inadmitir la primera de las cuestiones prejudiciales planteadas (apartado 45) y, así mismo, para apreciar la inadmisión de la segunda de ellas (apartado 106), precisamente, debido a la falta de las indicaciones necesarias para poder dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional nacional. Pero pasemos ya al otro elemento al que aludíamos con anterioridad: la falta de competencia del TJCE para pronunciarse sobre la compatibilidad de una norma de Derecho interno con el Derecho comunitario.

Se trata ésta de una cuestión que no ha dejado de plantear dudas interpretativas a nivel interno, así lo demuestra el hecho, de que los órganos jurisdiccionales de los EE MM, siguen planteando cuestiones prejudiciales en las que interpelan al TJCE acerca de la validez de una norma interna por eventual vulneración del Derecho comunitario.

En esta ocasión, como en otras anteriores, el TJCE vuelve a declarar (apartado 48) que:

“(…) en el marco de un procedimiento promovido en virtud del artículo 177 del Tratado [actual art. 234], el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la compatibilidad de una disposición nacional con el Derecho comunitario. Sin embargo, sí que lo es para proporcionar al órgano jurisdiccional nacional todos los elementos de interpretación relacionados con el Derecho comunitario que puedan permitirle apreciar dicha compatibilidad para dirimir el asunto de que conozca (...)”.

Es más, el TJCE ha establecido, conforme a reiterada jurisprudencia, que tampoco es él el competente para interpretar una norma nacional o para determinar si dicho precepto o norma cuestionada sería aplicable en la resolución de un asunto concreto. La posición del TJCE en torno a estas cuestiones parece clara: podrá ofrecer al órgano jurisdiccional interno todos los elementos necesarios para que sea él quien resuelva todos aquellos problemas derivados de la norma de Derecho nacional, pero el TJCE no es el órgano juris-

diccional competente para determinarlos por sí mismo; a él sólo le están encomendadas aquellas tareas que tengan que ver con el Derecho comunitario, por muy directamente relacionadas que aquéllas puedan estar con las normas y preceptos nacionales.

Por lo que se refiere a las cuestiones prejudiciales de validez, debemos destacar una única Sentencia, la **STJCE de 12 de julio de 2001, Jippes y otros, As. C-189/91**. Se trata de una cuestión prejudicial de validez sobre el artículo 13 de la Directiva 85/511/CEE del Consejo, de 18 de noviembre de 1985, por la que se establecen medidas comunitarias de lucha contra la fiebre aftosa (DO L 315, pág. 11; EE 03/39, pág. 33), en su versión modificada por la Directiva 90/423/CEE del Consejo, de 26 de junio de 1990 (DO L 224, pág. 13), así como de la Decisión 2001/246/CE de la Comisión, de 27 de marzo de 2001, por la que se establecen las condiciones para el control y la erradicación de la fiebre aftosa en los Países Bajos en aplicación del artículo 13 de la Directiva 85/511 (DO L 88, pág. 21), en su versión modificada por la Decisión 2001/279/CE de la Comisión, de 5 de abril de 2001 (DO L 96, pág. 19),

Los hechos tienen su origen en la negativa de la administración neerlandesa a eximir de la obligación de no-vacunación a un grupo de seis animales (cuatro ovejas y dos cabras) pertenecientes a la señora H. Jippes, animales sin finalidad comercial, y que la señora Jippes cría “(...) como entretenimiento (...)” (apartado 28).

La señora Jippes, nacional holandesa y que pretende vacunar preventivamente a sus animales frente a la fiebre aftosa, ve denegada su petición en aplicación por la autoridad administrativa nacional, de la Directiva 85/511/CEE del Consejo y de la Decisión 2001/246/CE de la Comisión, objeto de impugnación.

La argumentación de la señora Jippes gira en torno a dos ideas principales: tanto la Directiva, como la Decisión vulneran —a su juicio— el principio general de “bienestar de los animales”; del mismo modo, las medidas adoptadas y la intensidad de las mismas, suponen una trasgresión del principio general de proporcionalidad. Por último, la señora Jippes, alude a una eventual vulneración del principio de igualdad, en tanto en cuanto, ella no puede vacunar a sus animales, mientras que sí lo pueden hacer otras granjas situadas en una zona diferente a la suya, así como los parques zoológicos (apartados 28 a 33).

Frente a la posición mantenida por la señora Jippes, se encuentran los diferentes EE MM que hacen uso de su posibilidad de plantear alegaciones, así como la propia Comisión. Muy sintéticamente, la postura del TJCE, y que coincide con la manifestada por los EE MM y la Comisión, es la siguiente:

1) El “bienestar de los animales” no es un principio general del Derecho comunitario, si bien no se puede negar que se trata de un interés general. No existe base jurídica para respaldar la afirmación de la señora Jippes en este punto (apartados 71 a 79)

2) Ni la Directiva, ni la Decisión objeto de estudio, vulneran el principio de proporcionalidad —éste sí, y sin lugar a dudas—, principio del Derecho comunitario, y ello por diversas razones: a) el legislador comunitario tiene reconocida, con relación a la materia agraria, una amplia facultad de apreciación; b) en virtud de lo anterior, sólo la desviación de poder, el error manifiesto o una actuación “manifiestamente inadecuada”, pueden determinar la invalidez de una norma o decisión comunitaria; c) tanto la Directiva, como la Decisión, están basadas en estudios de la Comisión que acreditan que la vacunación preventiva no es eficaz (el virus puede permanecer latente), genera unos importantes costes económicos (la vacunación debería producirse dos veces al año, y debería incluir seis variedades bacterianas diferentes), la utilización de la vacuna genera importantes riesgos de manipulación, y produce evidentes perjuicios al movimiento y transporte de animales de granja, tanto en el mercado interior, como para su comercialización a terceros países; d) el zonaje y los requisitos establecidos en la Decisión (no en la Directiva), se han fijado de acuerdo a los parámetros recogidos en el Código Zoosanitario Internacional, y e) además se ha previsto la excepción a la no-vacunación en determinados casos contemplados en las propias medidas ahora impugnadas. En virtud de todo lo expuesto (apartados 94, 95 y 122), la medida “(...) no era manifiestamente inadecuada (...)”.

3) Por último, tampoco se vulnera el principio de igualdad —también éste, reconocido principio del Derecho comunitario—, puesto que ni su situación es comparable a la de otras granjas, y aún si lo fuera, existen razones justificadas, objetivamente, para no aplicar la exención de no-vacunación (apartados 128-135).

En uso de las facultades del TJCE en este tipo de procedimiento, también examina la base jurídica de la Decisión impugnada, para afirmar que existe un amplio respaldo normativo para la adopción de la misma.

La conclusión —en la línea clásica del TJCE, y que en raras ocasiones aprecia la invalidez de un acto de las Comunidades a través de la vía prejudicial—, no podía ser otra:

“(...) El examen de la primera cuestión no ha puesto de manifiesto ningún elemento que pueda afectar a la validez del art. 13 de la Directiva 85/511/CEE [...] El examen de la segunda cuestión no ha puesto de manifiesto ningún elemento que pueda afectar a la validez de la Decisión 2001/246/CE (...)”

En definitiva, la señora Jippes, en espera de los mecanismos procesales internos que eventualmente puede activar, deberá no-vacunar a sus animales, exponiéndose a que contraigan la enfermedad, y por tanto, a su sacrificio. Sacrificio que, por detestable que nos pueda parecer y como bien señala el Tribunal, debe enfocarse desde la óptica del “(...) estado sanitario de todos los animales de la Comunidad y no el de los seis de la Sra. Jippes.”

Para terminar nuestro repaso, nos queda por último hacer mención a aquellas Sentencias o —como en este caso—, Conclusiones del Abogado General, en las que se trata el argumento de las medidas cautelares. Examinaremos aquí las **Conclusiones del Abogado General de 20 de septiembre de 2001, Sea-Land Service, As. ac. C-431/99 y C-430/99**, así como a aquellas formuladas con relación al As. C-209/00.

En cuanto a los dos primeros (As. ac. C-431/99 y C-430/99), el Abogado General se encarga en esta ocasión de recordarnos que el juez nacional tiene reconocida la facultad de aplicar medidas cautelares que pueden acarrear la inaplicación efectiva de una norma o acto comunitario (apartado 54):

“(…) Durante la fase escrita del procedimiento, la Comisión sostuvo asimismo que la infracción de las normas en materia de ayudas puede llevar a que el juez nacional decida, con carácter cautelar, dejar sin aplicar la totalidad del sistema y eximir a todos los operadores económicos de la tasa. Sin embargo, en la vista el agente de la Comisión dio a entender que sería más consecuente imponer con carácter retroactivo a todos los participantes en el VBS unas tasas adecuadas, si bien duda de que el órgano jurisdiccional remitente pueda hacerlo”.

En lo que se refiere a las **Conclusiones del Abogado General de 20 de septiembre de 2001, Comisión/Alemania, As. C-209/00**, se abordan dos temas de indudable relevancia: la superposición de procedimientos y la utilización de las llamadas “medidas reversibles”. Veamos cada una de ellas.

La superposición de procedimientos (uno por incumplimiento y otro prejudicial) no es algo frecuente, pero tampoco desconocido para el TJCE. Este fenómeno consiste en la coincidencia en el tiempo de un procedimiento prejudicial de validez sobre un acto o disposición normativa comunitaria, y un procedimiento por incumplimiento de ese mismo acto o disposición normativa comunitaria, frente a un Estado miembro. Dicho de otra forma, en el segundo caso, el TJCE deberá decidir sobre el incumplimiento de un acto o norma que, posteriormente, puede ser declarado inválido. Pues bien, el TJCE ha establecido, como regla general, que uno y otro procedimiento tienen carácter autónomo, y ello por una razón tan sencilla, como poco evidente: de no ser así, esto es, si el procedimiento por incumplimiento tuviese que permanecer en suspenso mientras se resuelve el procedimiento prejudicial, se conseguiría, de forma automática, la suspensión de la aplicación del acto o norma común a los dos procedimientos, aun si no se ha solicitado la suspensión en el procedimiento prejudicial, algo inadmisibles. Precisamente para evitar esta situación, el TJCE ha declarado (Sentencia de 27 de junio de 2000, Comisión/Portugal, As. C-404/1997) este carácter autónomo de los procedimientos de impugnación y prejudicial.

Ahora bien, se trata también de impedir que, la aplicación del acto o norma que debe ser objeto de una decisión prejudicial de validez, termine provocando daños o perjuicios irreparables. Para estos supuestos el Derecho comunitario y el Tribunal han admitido el uso de las llamadas medidas “reversibles”, medidas que no debemos confundir con las medidas cautelares, cuestión esta que me interesa subrayar sobremanera: las medidas cautelares tienen como finalidad impedir la aplicación del acto comunitario controvertido, mientras que la finalidad de las medidas de ejecución “reversibles” es, precisamente, la contraria, permitir la aplicación del acto. Las medidas “reversibles” en el ámbito de las ayudas de Estado, se fundamentan en el margen de apreciación reconocido a los Estados

para elegir, entre los medios de recuperación, aquellos que puedan ser revocados con mayor facilidad.

Ahora bien, el riesgo de sufrir un perjuicio grave e irreparable, cuando el recurso a medidas de ejecución “reversibles” o cuando los interesados no quieran o no puedan obtener una medida de suspensión cautelar, no puede autorizar por sí mismo, la no-ejecución, plena y oportuna, del acto.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

Entre las sentencias dictadas en esta materia por el Tribunal de Justicia durante el período contemplado en la presente crónica destaca la **de 25 de octubre de 2001, As. C-398/98, Comisión c. República Helénica**, que resuelve un recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión respecto de la regulación griega en materia de reservas de productos petrolíferos. En particular, las normas nacionales controvertidas (dictadas en el marco de la Directiva 68/414/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1968, por la que se obliga a los Estados miembros de la CEE a mantener un nivel mínimo de reservas de petróleo crudo y productos petrolíferos) disponían que las empresas de comercialización, titulares de la obligación de almacenamiento, podían transferir ésta a las refinerías establecidas en Grecia a las que hubieran adquirido productos a lo largo del año natural anterior.

El primer dato que merece ser destacado es el del tratamiento que el Tribunal dispensa a las relaciones entre el Derecho derivado y el art. 28 CE. En efecto, la sentencia acepta implícitamente que una norma nacional dictada en cumplimiento de la obligación impuesta por la Directiva señalada, y plenamente respetuosa con sus disposiciones, debe igualmente satisfacer las exigencias que se derivan de las normas del Tratado en materia de libertades. El Tribunal confirma así la solución que a esta cuestión viene dando en los casos en los que la Directiva no realiza una armonización completa y exhaustiva de la materia.

Respecto de la concurrencia del supuesto de hecho de la prohibición contenida en el art. 28 CE, la sentencia sostiene que la norma controvertida constituye una medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, toda vez que tiene como consecuencia que las empresas de comercialización que desean transferir su obligación de almacenamiento deben abastecerse en gran parte a través de las refinerías establecidas en el territorio griego. En efecto, una empresa de comercialización sólo puede transferir la obligación de almacenar productos petrolíferos a una refinería establecida en Grecia (no a una establecida fuera de su territorio), y, además, sólo en cantidad igual al volumen de productos que dicha refinería le haya suministrado en un período de noventa días a lo largo del año natural anterior. Esto es, para poder tener derecho a transferirle la obligación, la empresa de comercialización debe adquirir cada año a la refinería en cuestión una cantidad

importante de productos petrolíferos. Por todo ello, la sentencia concluye que el régimen griego constituye una medida discriminatoria para los productos petrolíferos de las refinerías situadas en el territorio de otros Estados miembros (apartados 23 a 27). Nótese, pues, que el Tribunal no entiende necesario siquiera recurrir a la fórmula *Dassonville* y al carácter restrictivo de la medida para los intercambios (a pesar de que el abogado general había construido una argumentación paralela en tal sentido), toda vez que ésta presenta un carácter discriminatorio.

Precisamente por esta razón, la eventual justificación de la medida sólo puede descansar en alguna de las causas del art. 30 CE, y no en la doctrina del Tribunal relativa a las exigencias imperativas. Se entiende así que el Gobierno helénico pretendiera camuflar dentro de la referencia que este precepto hace a la seguridad pública lo que no eran sino argumentos relativos a exigencias imperativas (la protección de los consumidores, la garantía de abastecimiento de productos petrolíferos, o, especialmente, el derecho fundamental a la libertad económica de las refinerías), y que el Tribunal concluyera afirmando que no había quedado justificada la concurrencia de ninguna de las causas del precepto citado, ni, por tanto, la inexistencia de medidas alternativas menos restrictivas (apartados 30 y ss.).

B) Libre prestación de servicios y derecho de establecimiento

a) La prohibición del artículo 49 CE

a') Ámbito de aplicación de la norma: las prestaciones hospitalarias

Las SSTJCE de 12 de julio de 2001, As. C-157/99, *Smits y Peerbooms*, y As. 368/98, *Vanbraekel*, de la misma fecha, resuelven diversas cuestiones prejudiciales relativas a la compatibilidad con el Tratado CE de una serie de disposiciones belgas y holandesas en materia de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria, producidos como consecuencia de tratamientos médicos realizados en otros Estados miembros. El primero de los problemas planteados en ambos procedimientos es el relativo a si las actividades médicas se encuentran comprendidas en el ámbito de aplicación de las normas del Tratado CE en materia de libre prestación de servicios (arts. 49 y 50 CE). El Tribunal recuerda en ambas su jurisprudencia tradicional en este contexto, afirmando ante todo que, según jurisprudencia reiterada, el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social, de modo que, a falta de una armonización a escala comunitaria, corresponde a la legislación de cada Estado miembro determinar, tanto los requisitos del derecho o de la obligación de afiliarse a un régimen de seguridad social, como los requisitos que confieren derecho a las prestaciones. Sin embargo, en el ejercicio de dicha competencia los Estados miembros deberán respetar el Derecho comunitario y, especialmente, las normas del Tratado CE en materia de libertades (STJCE de 12 de julio de 2001, As. C-157/99, *Smits y Peerbooms*, apartados 44 a 46). El Tribunal recuerda que, conforme al art. 50 CE, por servicios deben entenderse las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capi-

tales y personas. Las actividades médicas están comprendidas en el ámbito de aplicación de este precepto, sin que su particular naturaleza pueda excluir estas actividades del principio fundamental de libre circulación. El hecho de que la normativa controvertida en el procedimiento principal esté comprendida dentro del ámbito de la seguridad social no puede bastar para excluir la aplicación de los arts. 49 y 50 CE (**STJCE de 12 de julio de 2001, As. 368/98, Vanbraekel**, apartados 38 a 42). Respecto de la exigencia de una remuneración, el Tribunal sostiene que la circunstancia de que un tratamiento médico hospitalario sea financiado directamente por las cajas del seguro de enfermedad basándose en concertos y tarifas preestablecidos, no permite excluir a dicho tratamiento del ámbito de los servicios a efectos del artículo 50 del Tratado, puesto que, de un lado, los pagos efectuados por las cajas de enfermedad en el marco del sistema de concertación constituyen la contrapartida económica de las prestaciones hospitalarias y presentan indudablemente un carácter remuneratorio para el establecimiento hospitalario, y, de otro lado, el art. 50 CE no exige que el servicio sea pagado por sus beneficiarios (**STJCE de 12 de julio de 2001, As. C-157/99, Smits y Peerbooms**, apartados 52 a 58).

b') Las restricciones prohibidas

Respecto de las medidas nacionales prohibidas por el art. 49 CE, la **STJCE de 25 de octubre de 2001, As. acumulados C-49, 50, 52, 54, 68 y 71/98, Finalarte**, recuerda que, según jurisprudencia reiterada, dicho precepto no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino suprimir también cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos. En concreto, un Estado miembro no puede supeditar la prestación de servicios en su territorio a la observancia de todos los requisitos exigidos para el establecimiento, puesto que la aplicación a los prestadores de servicios de las normativas nacionales del Estado miembro de acogida puede prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las prestaciones de servicios, en la medida en que tal aplicación genera gastos adicionales y supone un aumento de las cargas administrativas y económicas (apartados 28 a 30). De este modo, durante el período comprendido por la presente crónica el Tribunal ha considerado como restricciones contrarias al art. 49 CE las siguientes medidas nacionales:

(i) Las normas alemanas que impiden a las empresas del ramo de la construcción establecidas en otros Estados miembros la prestación de servicios transfronterizos en Alemania en el marco de una agrupación temporal de empresas, así como la cesión de mano de obra de otro país a empresas del ramo, a no ser que estén sujetas a los convenios colectivos alemanes. Al implicar, de hecho, una exigencia tal, la de poseer un establecimiento en Alemania, su consecuencia es la negación misma de la libertad de prestación de servicios (**STJCE de 25 de octubre de 2001, As. C-493/99, Comisión c. Alemania**, apartados 14 a 19).

(ii) Un conjunto de disposiciones vigentes en Portugal e Italia, en virtud de las cuales se aplican tasas aeroportuarias más elevadas para los vuelos intracomunitarios que para los vuelos

nacionales, puesto que el art. 49 CE se opone a la aplicación de toda norma nacional que, como las señaladas, tenga como efecto hacer que la prestación de servicios entre Estados miembros sea más difícil que la prestación de servicios puramente interna en un Estado miembro (SSTJCE de 4 de julio de 2001, As. C-447/99, *Comisión c. Italia*, apartado 12, y de 26 de junio de 2001, As. C-70/99, *Comisión c. Portugal*, apartados 27 y 28).

(iii) La regulación italiana de la actividad de asesor en materia de circulación de medios de transporte, que somete el desarrollo de la misma a la obtención de una autorización administrativa previa, cuya concesión se encuentra además subordinada al requisito de que los nacionales de otros Estados miembros tengan su residencia en Italia y depositen una fianza. En efecto, según una jurisprudencia reiterada, una normativa nacional que supedita, bajo pena de sanciones, el ejercicio de determinadas prestaciones de servicios en el territorio nacional por parte de una persona establecida en otro Estado miembro a la previa obtención de una autorización administrativa constituye una restricción a la libre prestación de servicios prohibida por el art. 49 Tratado CE. Lo mismo ocurre en relación con ciertos requisitos que han de cumplirse para obtenerla, como el de depósito de una fianza. Por lo que hace al requisito de la residencia, sin embargo, la vulneración del precepto es aun más intensa y directa, toda vez que supone impedir que las personas establecidas en otro Estado miembro presten servicios transfronterizos en Italia (STJCE de 29 de mayo de 2001, As. C-263/99, *Comisión c. Italia*, apartados 20 y siguientes).

(iv) La STJCE de 12 de julio de 2001, As. 368/98, *Vanbraekel*, resuelve varias cuestiones prejudiciales interpuestas con motivo del régimen belga de seguridad social en relación con el reembolso de los gastos de la hospitalización efectuados en otro Estado miembro. Según el Tribunal, el hecho de que una normativa nacional no garantice a un afiliado que haya sido autorizado a ingresar en un hospital de otro Estado miembro una asunción de gastos análoga a la que habría obtenido de haber sido hospitalizado en su Estado miembro de afiliación constituye una restricción prohibida por el art. 49 CE. El hecho de que el nivel de cobertura que obtiene de un beneficiario de la seguridad social sea menor cuando se somete a un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro que cuando recibe el mismo tratamiento en el Estado miembro de afiliación puede indudablemente disuadir a dicho beneficiario de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en otros Estados miembros, e incluso impedirselo, por lo que constituye, tanto para el beneficiario como para los prestadores, un obstáculo a la libre prestación de servicios (apartados 43 a 45). Por esta razón, si la institución de origen autoriza a un beneficiario de la seguridad social a trasladarse al territorio de otro Estado miembro para recibir asistencia en él, la institución del lugar de estancia está obligada a concederle las prestaciones en especie conforme a las normas de asunción de gastos de asistencia sanitaria que aplique, y como si el interesado estuviera afiliado a ella; en caso de que primero se deniegue la solicitud, revelándose después la denegación como infundada, el interesado debe poder obtener directamente de la institución competente el reembolso de un importe equivalente a aquel que habría asumido la institución del lugar de estancia conforme a las normas previstas por la legislación que ésta aplique, si se hubiera concedido debidamente la autorización desde el principio (apartado 53).

(v) La **STJCE de 12 de julio de 2001, As. C-157/99, Smits y Peerbooms**, se pronuncia sobre un caso parecido al anterior. Se trata de otra cuestión prejudicial interpuesta en relación con una norma holandesa que supedita la cobertura de la asistencia dispensada en un establecimiento hospitalario situado en otro Estado miembro a la obtención de una autorización previa de la caja de enfermedad a la que el asegurado esté afiliado, cuya concesión presupone, de un lado, que el tratamiento previsto forme parte de las prestaciones cubiertas por el régimen del seguro de enfermedad del primer Estado miembro, lo que requiere que dicho tratamiento pueda considerarse como “habitual en el medio profesional”; y, de otro lado, que dicho tratamiento en el extranjero sea necesario en la situación médica del interesado, lo que supone que no exista asistencia adecuada dispensada en tiempo oportuno por un prestador de asistencia concertado en el primer Estado miembro. Esta regulación dificulta más la prestación de servicios entre Estados miembros que la puramente interna en un Estado miembro, puesto que la exigencia de una autorización que, en cuanto tal, puede ser denegada de no satisfacerse los requisitos señalados, sólo se aplica en el primero de los casos. En consecuencia, la disposición controvertida disuade, cuando no impide, a los beneficiarios de la seguridad social de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en Estados miembros distintos del Estado miembro de afiliación, constituyendo así, tanto para los asegurados como para los prestadores, un obstáculo a la libre prestación de servicios (apartados 60 a 69).

(vi) Por último, la **STJCE de 25 de octubre de 2001, As. acumulados C-49, 50, 52, 54, 68 y 71/98, Finalarte**, se pronuncia sobre un conjunto de disposiciones vigentes en Alemania, que regulan un fondo de vacaciones de los trabajadores del sector de la construcción, establecido al efecto de repartir equitativamente las cargas financieras que se derivan del derecho entre los diversos empleadores que pudiera tener el trabajador a lo largo de un año. El Tribunal considera que constituyen restricciones prohibidas por el art. 49 CE los siguientes aspectos de su régimen jurídico. Primero, la extensión a las empresas establecidas en otros Estados miembros que efectúan una prestación de servicios en Alemania, de la obligación de participar en ese régimen. En opinión del Tribunal, resulta claro que una medida tal implica para los prestadores de servicios establecidos fuera de Alemania un aumento de los gastos, así como de las cargas administrativas y económicas, lo cual constituye un menoscabo de la libre prestación de servicios (apartados 28 a 36). Segundo, la imposición a las empresas establecidas fuera de Alemania de obligaciones adicionales respecto a los datos que deben aportar al fondo, puesto que una previsión tal supone para aquéllas gastos y cargas administrativas y económicas adicionales (apartados 70 y siguientes). Y, tercero, la definición que la normativa alemana hace del concepto de centro de trabajo, distinta para uno y otro caso, y que conduce a que, a diferencia de los supuestos de prestación transfronteriza, los empresarios establecidos en Alemania puedan en ciertos casos quedar exentos de la obligación de participar en el fondo (apartado 82). Sin embargo, no constituirían restricciones prohibidas por el art. 49 CE otros dos aspectos de la regulación controvertida. De un lado, la aplicación a dichos trabajadores de la garantía de un período de vacaciones retribuidas que va más allá de las disposiciones que en tal sentido establece la Directiva 93/104/CE, ya que éstas presentan carácter de mínimo que puede ser ampliado por la regulación nacional (apartados 55 a 59). Y, de otro lado, el reconocimiento a los empresarios establecidos en la República Federal de Alemania del derecho al reembolso por el fondo de las cantidades

abonadas en concepto de retribución de las vacaciones y de paga extraordinaria de vacaciones, cuando no se establece tal derecho en favor de los empresarios establecidos en otros Estados miembros, sino que, en su lugar, se atribuye a los trabajadores desplazados un derecho directo frente al fondo, puesto que esa diferencia de trato responde a diferencias objetivas entre las empresas situadas en Alemania y las establecidas en otros Estados miembros (apartados 60 a 65). Conviene resaltar que, en ambos casos, el Tribunal parece excluir la incompatibilidad de estas medidas con el art. 49 CE, sin necesidad de recurrir a su justificación en base a razones imperiosas de interés general.

c') Las restricciones justificadas por razones imperiosas de interés general

De acuerdo con la jurisprudencia tradicional del Tribunal, las medidas que, conforme a lo anterior, constituyan una restricción contraria al art. 49 CE, pueden no obstante resultar justificadas si se trata de normas nacionales que: (i) sean indistintamente aplicables; (ii) estén justificadas por razones imperiosas de interés general; (iii) resulten adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen; (iv) no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo, y (v) dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido (**STJCE de 15 de marzo de 2001, As. C-165/98, Mazzoleni**, apartados 25 y 26, comentada en la crónica de “Derecho comunitario” correspondiente al número 12 de esta Revista). Pues bien, en las sentencias dictadas en este período, antes que una aplicación global y sistemática de esta construcción, podemos tan sólo encontrar referencias aisladas a alguno de sus elementos.

(i) La **STJCE de 25 de octubre de 2001, As. C-493/99, Comisión c. Alemania**, reconoce que la protección social de los trabajadores del sector de la construcción es una de las razones imperiosas de interés general que pueden eventualmente llegar a justificar restricciones de la libre prestación de servicios. En particular, el objetivo señalado puede expulsar del ámbito de aplicación de la prohibición del art. 49 CE, no sólo ciertas disposiciones de carácter material, sino también las medidas de control necesarias para garantizar su observancia. Sin embargo, el Tribunal sostiene que las disposiciones controvertidas en aquel procedimiento van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo señalado. Por un lado, el Estado miembro donde se prestan los servicios no puede obligar a una empresa a llevar documentos específicos de dicho Estado miembro, si la empresa ya está sujeta, en el Estado en que se halla establecida, a obligaciones similares, por su finalidad de proteger los intereses de los trabajadores, a las establecidas por la normativa del primer Estado miembro con respecto a los mismos trabajadores y durante los mismos períodos de actividad. Por otro lado, la exigencia de establecimiento en el Estado miembro de prestación de servicios, implícita en las normas alemanas cuestionadas, resulta en todo caso desproporcionada (apartados 20 a 22).

(ii) En los procedimientos resueltos por las **SSTJCE de 4 de julio de 2001, As. C-447/99, Comisión c. Italia**, y de **26 de junio de 2001, As. C-70/99, Comisión c. Portugal**, los Gobiernos demandados no alegan siquiera la existencia de una razón impe-

riosa de interés general que pudiera llegar a justificar la aplicación de tasas aeroportuarias más elevadas para los vuelos intracomunitarios que para los vuelos nacionales. En el correspondiente a la segunda, el Gobierno portugués se limita a identificar las razones que permitirían afirmar que los vuelos intracomunitarios presentan respecto de los nacionales diferencias objetivas, pero no justifica por qué la diferencia entre unos y otros podría constituir una razón imperiosa de interés general que justifique triplicar la tasa de embarque en los vuelos intracomunitarios en relación con los vuelos nacionales, ni por qué tal diferencia de tasas sería necesaria y proporcionada (apartados 30 y 36).

(iii) En el procedimiento resuelto por la **STJCE de 29 de mayo de 2001, As. C-263/99, Comisión c. Italia**, el Gobierno demandado alegaba que la exigencia de una autorización previa para el ejercicio de la actividad de asesor en materia de circulación de los medios de transporte, así como los requisitos previstos para su concesión, se justifican por la necesidad de controlar la capacitación profesional, la honorabilidad, la corrección y los medios financieros de las personas interesadas (apartado 18). En opinión del Tribunal, sin embargo, estas restricciones de la libre prestación de servicios van más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo en cuestión, que es el de garantizar que las personas interesadas reúnen determinados requisitos considerados necesarios para el ejercicio de la actividad de que se trata. En efecto, al exigir que todas las personas reúnan los mismos requisitos para la obtención de la autorización administrativa, la regulación italiana excluye que se tengan en cuenta las obligaciones a las que el prestador ya está sujeto en el Estado miembro donde está establecido (apartados 23 y siguientes).

(iv) De entre los tres aspectos de la regulación alemana del fondo de vacaciones retribuidas que la **STJCE de 25 de octubre de 2001, As. acumulados C-49, 50, 52, 54, 68 y 71/98, Finalarte**, considera en principio contrarios al art. 49 CE, sólo se plantea la posible justificación de los dos primeros, puesto que en relación con el último el Gobierno alemán ni siquiera señala el objetivo al que responde (apartado 82). En cuanto a las otras dos, el Tribunal reconoce que la protección social de los trabajadores puede, *prima facie*, llegar a justificar restricciones de la libre prestación de servicios. Resulta por cierto muy interesante el uso que el Tribunal hace en este contexto de los métodos de interpretación. A pesar de que, conforme a los debates parlamentarios producidos durante la elaboración de la Ley controvertida, su objetivo manifiesto era el de proteger a las empresas alemanas frente a las establecidas en otros Estados miembros, que supuestamente pagaban salarios más bajos a sus trabajadores (apartado 38), la sentencia afirma que de lo que se trata es de comprobar si la norma, considerada de manera objetiva, favorece o no la protección social de los trabajadores desplazados (apartado 40).

Por lo que hace a la imposición de obligaciones de comunicación de información de alcance diverso a empresarios establecidos dentro y fuera de territorio alemán, el Tribunal responde a la cuestión prejudicial afirmando que la obligación de aportar determinados documentos específicos al Estado miembro no está justificada si éste puede efectuar los controles necesarios sobre la base de los documentos que se lleven con arreglo a la normativa del Estado miembro de acogida. El Tribunal remitente deberá así determinar, habida cuenta del principio de proporcionalidad, los tipos de datos que las autoridades alemanas pueden legítimamente exigir a los prestadores de servicios establecidos

fuera de Alemania, para lo cual se habrá de evaluar si las diferencias objetivas que existan entre la situación de las empresas establecidas en Alemania, y la de las empresas establecidas fuera de Alemania, requieren objetivamente la información adicional que se exige a éstas (apartados 72 a 75).

En relación con la extensión a las empresas establecidas en otros Estados miembros que efectúan una prestación de servicios en Alemania de la obligación de participar en el fondo, el Tribunal afirma que corresponde al órgano remitente identificar las ventajas potenciales que la normativa alemana puede otorgar a los trabajadores desplazados por prestadores de servicios establecidos fuera de Alemania, así como examinar si tales ventajas potenciales deparan a los trabajadores desplazados una verdadera protección adicional a la que se deriva del Derecho de origen (apartados 43 y 47). Aunque así fuera, además, el órgano judicial habrá de comprobar la proporcionalidad de la medida, ponderando, por una parte, las cargas administrativas y económicas que se imponen a los prestadores de servicios con arreglo a dicha normativa, y, por otra, el aumento de la protección social que ésta otorga a los trabajadores en comparación con la que garantiza la normativa del Estado miembro de establecimiento de su empresario, y, en fin, planteándose la posible adopción de medidas alternativas menos restrictivas para el desarrollo de los intercambios (apartados 49 a 53).

d') Especial referencia al problema de la carga de la prueba y la argumentación en los recursos de incumplimiento

Pueden encontrarse observaciones interesantes en las sentencias citadas respecto del complejo y relevante problema de la carga de la prueba y la argumentación en el marco de recursos de incumplimiento interpuestos por la Comisión. La **STJCE de 29 de mayo de 2001, As. C-263/99, Comisión c. Italia**, recuerda que en ese tipo de escenario procesal corresponde a la Comisión demostrar la existencia del incumplimiento alegado, y aportar al Tribunal de Justicia los elementos necesarios para que éste verifique la existencia de tal incumplimiento. Al no satisfacer aquélla la carga en relación con uno de los motivos del recurso, el Tribunal lo desestima directamente (apartados 27 y siguientes). Sin embargo, en la **STJCE de 25 de octubre de 2001, As. C-493/99, Comisión c. Alemania**, el Tribunal parece no aplicar la regla que acaba de señalarse. En efecto, el apartado 23 de la sentencia afirma que “no se ha demostrado” que la exigencia de tener un establecimiento en Alemania, a la que se somete la prestación de determinados servicios, sea, de por sí, necesaria para alcanzar el objetivo de protección social de los trabajadores del ramo de la construcción, razón por la cual la sentencia concluye estimando las pretensiones de la Comisión.

b) La prohibición del artículo 43 CE

a') La prohibición de medidas discriminatorias

Conforme al art. 43.2 Tratado CE, la libertad de establecimiento implica, para los nacionales de un Estado miembro, el acceso a las actividades no asalariadas, y su ejercicio en

las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales. La **STJCE de 29 de mayo de 2001, As. C-263/99, Comisión c. Italia**, sostiene que, al imponer sólo a los nacionales de los demás Estados miembros, y no a los ciudadanos italianos, el requisito de que residieran en el territorio italiano para poder acceder a la actividad de asesor en materia de circulación de los medios de transporte en Italia y para su ejercicio, la norma italiana controvertida contenía una discriminación fundada en la nacionalidad, prohibida en virtud del art. 43 CE (apartado 14).

b') La prohibición de medidas con efecto restrictivo

La **STJCE de 25 de octubre de 2001, As. C-493/99, Comisión c. Alemania**, se pronuncia sobre una norma alemana que establece requisitos diferentes, en función de la nacionalidad, para que una empresa pueda considerarse como empresa del ramo de la construcción. En general, es preciso que al menos el 50 por ciento del tiempo de trabajo consista en tareas de construcción efectuadas por obreros. Sin embargo, las sucursales alemanas de empresas alemanas del ramo de la construcción siempre son consideradas empresas de dicho sector, aun cuando en rigor no sean ellas las que cumplan la exigencia de que al menos el 50 por ciento del tiempo de trabajo consista en tareas de construcción efectuadas por obreros. Con independencia de que, tal y como señala la Comisión, la norma señalada tenga un efecto discriminatorio en perjuicio de las empresas establecidas en otros Estados miembros que pretendan establecer una sucursal en Alemania, el Tribunal afirma que tiene como consecuencia obstaculizar la libertad de establecimiento en cuanto a la creación de sucursales por dichas empresas. En efecto, el requisito complica el acceso de tales empresas del ramo de la construcción al mercado alemán, en particular para realizar labores de publicidad y lanzamiento de proyectos, al supeditar el reconocimiento de sus sucursales alemanas como empresas pertenecientes a dicho sector a criterios que estas sucursales tendrán dificultades en cumplir (apartados 30 a 34).

c) Las excepciones de los artículos 45 y siguientes CE

Conviene señalar que el Tribunal, tradicionalmente, y quizás de modo injustificado, distingue entre las medidas justificadas en base a razones imperiosas de interés general, y aquellas otras que lo son a través del art. 46 CE. Y esto a pesar de que tanto la estructura como los efectos prácticos del juicio de control resultan ser, en ambos casos, idénticos. Pues bien, en las **SSTJCE de 12 de julio de 2001, As. 368/98, Vanbraekel**, y **de 12 de julio de 2001, As. C-157/99, Smits y Peerbooms**, esta distinción parece oscurecerse en cierta medida. En ambos pronunciamientos, el Tribunal afirma en primer lugar que no puede excluirse que un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social constituya una razón imperiosa de interés general que pueda justificar un obstáculo al principio de libre prestación de servicios. Sin embargo, inmediatamente después se señala que el art. 46 CE permite a los Estados miembros restringir la libre prestación de servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional es esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de su población (**SSTJCE de 12 de julio de 2001, As. 368/98, Vanbraekel**, apartados 50 a 52; y **de 12 de julio de 2001, As. C-157/99, Smits y Peerbooms**, apartados 72 a 74). Si se tiene en

cuenta la sustancial identidad entre ambos, la de cuál sea el escenario de justificación elegido por el Tribunal es una pregunta que, lamentablemente, no parece fácil responder.

La **STJCE de 12 de julio de 2001, As. 368/98, Vanbraekel**, entiende que la inaplicación de las disposiciones controvertidas no puede comprometer el mantenimiento, en el Estado miembro de afiliación, de un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, así como de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional (apartados 50 a 52). Por el contrario, la **STJCE de 12 de julio de 2001, As. C-157/99, Smits y Peerbooms**, aporta una respuesta más matizada. En primer lugar, respecto del sometimiento de la cobertura de la asistencia dispensada en un establecimiento hospitalario situado en otro Estado miembro a la previa obtención de una autorización, el Tribunal entiende que constituye una medida necesaria y razonable para lograr el doble objetivo que persigue: garantizar en el territorio del Estado miembro de que se trata un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones hospitalarias de calidad, y lograr un control de los gastos y evitar, en la medida de lo posible, cualquier derroche de medios financieros, técnicos y humanos (apartados 76 a 82). En segundo lugar, la restricción consistente en vincular la obtención de la autorización a que el tratamiento médico en cuestión sea habitual en el medio profesional, sólo puede entenderse justificada si, dentro de las diversas interpretaciones que admite esta expresión, se entiende de modo tal que la autorización no pueda denegarse por este motivo cuando conste que el tratamiento está suficientemente probado y validado por la ciencia médica internacional (apartados 83 a 98). Por último, respecto al carácter necesario del tratamiento, el Tribunal considera que sólo puede entenderse justificado de interpretarse en el sentido de que la autorización sólo puede ser denegada si puede conseguirse, en tiempo oportuno, un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente, acudiendo a un establecimiento con el que la caja de enfermedad del asegurado haya celebrado un concierto (apartado 103).

C y D) Libre circulación de trabajadores y libre circulación de capitales

En este período no se ha producido jurisprudencia de interés relativa a estas libertades comunitarias.

LUIS ORTEGA ÁLVAREZ
 JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
 LUIS F. MAESO SECO
 FRANCISCO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ
 JUANI MORCILLO MORENO
 JESÚS PUNZÓN MORALEDA
 LUIS ARROYO JIMÉNEZ
 ISABEL GALLEGO CÓRCOLES

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL**Sumario:**

1. Introducción. 2. Procesos constitucionales. A) Recurso de amparo. a) Invocación del derecho fundamental [art. 44.1.c) LOTC] ex art. 25.1 CE (*ne bis in idem*) en procedimiento administrativo sancionador paralelo a proceso penal. b) Invocación del derecho fundamental [art. 44.1.c) LOTC]: Juez imparcial y libertad de expresión en sanción en el ejercicio del derecho a la defensa letrada (art. 449.1 LOPJ). c) Inejecución de Sentencia constitucional sobre intimididad familiar por la Sala Primera del Tribunal Supremo: cuantificación de las indemnizaciones. B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley: a) Autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad (art. 55.2 LOTC). C) Controversias competenciales. a) Contestación al requerimiento previo de incompetencia en conflicto positivo (art. 63.4 de la LOTC): no tiene efectos su aceptación parcial y extemporánea cuando persiste la controversia competencial.

3. Criterios de distribución de competencias. A) Autonomía local (arts. 137 y 140 CE): la posición constitucional de la LBRL y su doble función constitucional y ordinaria. B) Controles de legalidad de los entes locales por el Estado o las Comunidades Autónomas: art. 60 LBRL. C) Condiciones básicas en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1 CE) y supletoriedad del Derecho estatal: el crecimiento de ese título competencial transversal. D) Condiciones básicas en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1 CE): la todavía más expansiva y centralizadora visión de esta “materia” de la exclusiva competencia estatal según un Voto Particular. E) Sentencia interpretativa en urbanismo: los conceptos legales pueden ser desplazados por la actuación normativa de la Comunidad Autónoma. F) Condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1 CE), propiedad urbana (art. 31 CE) y competencias sobre urbanismo. G) Urbanismo, hechos diferenciales y condiciones básicas de igualdad (art. 149.1.1 CE): los casos del suelo insular y Ceuta y Melilla. H) Propiedad urbana (art. 149.1.18 CE): el derecho de reversión y la legislación sobre expropiación forzosa como competencia estatal. I) Condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos (art. 149.1.1 CE) y competencias sobre becas y ayudas en la enseñanza uni-

versitaria. J) Becas universitarias y alcance de la competencia básica en materia de educación (art. 149.1.30 CE). K) Becas universitarias (art. 149.1.30 CE): insuficiente rigor en la exigencia de los requisitos formales y materiales de las bases según un Voto Particular.

1. INTRODUCCIÓN

Se analizan las sentencias dictadas el tercer trimestre del año 2001, comprendidas entre la STC 150/2001, de 2 de julio, y la STC 189/2001, de 29 de septiembre, y publicadas en los BBOOE con números 178 de 26 de julio, 194 de 14 de agosto y 251 de 19 de octubre. En materia procesal debe destacarse la STC 186/2000, de 17 de septiembre (el caso Preysler II) en la que explota una vieja –y exagerada– discrepancia entre la Sala Primera del Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional que aflora a raíz del probable incumplimiento de una Sentencia constitucional por esa Sala y de una controversia sobre la cuantificación de las indemnizaciones adecuadas como medidas de restablecimiento de los derechos de la personalidad violados. Y, en lo relativo al Estado autonómico, es importante la STC 164/2001, de 11 de julio, sobre la Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones que vuelve a ocuparse de la supletoriedad del Derecho estatal y del art. 149.1.1 CE sobre las condiciones básicas de todos los españoles en el ejercicio de los derechos.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo

a) Invocación del derecho fundamental [artículo 44.1.c) LOTC]: legalidad penal (artículo 25.1 CE y *ne bis in idem*) en procedimiento administrativo sancionador paralelo a proceso penal y por los mismos hechos

La STC 152/2001, de 2 de julio, se ocupa del derecho a no ser sancionado doblemente por unos mismos hechos (art. 25.1 CE que sirve de sustento al principio *ne bis in idem*), ya que el recurrente además de ser condenado por Sentencia penal había sido previamente sancionado en vía administrativa. El Tribunal Constitucional admite la identidad entre las sanciones administrativa y penal producidas, pero recuerda que la pendencia de un proceso penal constituye un óbice para la simultánea tramitación de un procedimiento administrativo sancionador, y resalta que, pese a conocer el demandante de amparo esta situación, eludió ponerla de manifiesto a la Administración, permitiendo su inacción la imposición de la sanción. La actitud del recurrente pudo pues haber impedido lo acaecido. Además la Sentencia recurrida rebajó la pena teniendo en cuenta la previa sanción administrativa. Las exigencias legales de buena fe procesal (art. 11.1 LOPJ) de las partes, de aplicación supletoria en el amparo constitucional, llevan a exigir que la

II. Justicia Constitucional

vulneración del citado principio constitucional y derecho fundamental se hubiere hecho tan pronto como hubo ocasión para ello, es decir, desde el inicio de ambos procedimientos y, cuando menos y de modo indiscutible, desde que en el administrativo se formuló pliego de cargos. La falta de una tempestiva invocación del derecho lleva a la inadmisión del amparo.

b) Invocación del derecho fundamental [artículo 44.1.c) LOTC]: Juez imparcial y libertad de expresión en sanción durante el ejercicio del derecho a la defensa letrada

La **STC 184/2001, de 17 de septiembre**, analiza una sanción impuesta a un Letrado por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en virtud de una falta disciplinaria prevista en el art. 449.1 de la LOPJ consistente en la falta de respeto debido en su actuación forense. El demandante entiende violados diversos derechos fundamentales y, entre ellos, el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) al formar parte de la Sección que decidió imponerle la sanción el Magistrado que había sido designado Instructor del expediente disciplinario lo que redundaba en una infracción del principio de imparcialidad del juzgador. El Ministerio Fiscal opuso como óbice la falta de invocación del derecho fundamental en el proceso [art. 44.1.c) LOTC]. Una excepción procesal que la Sala constitucional admite al constatar que el recurrente pudo efectuar tal invocación en el recurso de audiencia en justicia que interpuso como también en el recurso de alzada; y concluye que se accede *per saltum* ante el Tribunal Constitucional. Se inadmite la demanda parcialmente en este extremo sin perjuicio de que se otorgue el amparo por la violación del derecho a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada.

c) Inejecución de Sentencia constitucional sobre intimidad familiar por vicio in iudicando de la Sala Primera del Tribunal Supremo. Cuantificación de las indemnizaciones

La **STC 186/2000, de 17 de septiembre**, resuelve el enredecido caso **Preysler II**, que ha tenido gran resonancia en los medios de comunicación social hasta llegar a hablarse de una “guerra de Cortes”. Se anula una Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, dictada en cumplimiento de una Sentencia constitucional previa, por violación de la intimidad personal y familiar de la demandante (art. 18.1 CE) al no repararse debidamente la lesión de dicho derecho fundamental.

El litigio trae origen en la **STC 115/2000, de 5 de mayo**, caso **Preysler I**, en la cual se acordó otorgar el amparo a doña Isabel Preysler por violación del citado derecho fundamental. Frente a la motivación ofrecida en su día por el Tribunal Supremo, quien resaltó que los datos divulgados por la empleada doméstica de ese personaje público en la revista *Lecturas* eran “chismes de escasa entidad”, el Tribunal Constitucional decidió que era irrelevante desde la perspectiva constitucional —centrada en la revelación con publicidad en un medio de lo acaecido en un domicilio familiar protegido por el derecho a la intimidad— el que esos datos fueran o no socialmente desmerecedores de la persona cuya intimidad se desveló; y —añadió— aunque tal dimensión pueda en su caso servir para modular la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental. De forma complementaria, se sostuvo que el carácter público del personaje, quien ya había dado alguna noticia de su domicilio, no permitía hacer prevalecer en cualquier caso la libertad

de información sobre el derecho a la intimidad. Conviene remarcar que en el fundamento jurídico último se estableció lo siguiente:

“Y para que quede restablecida en el derecho a la intimidad que ha sido lesionado, es procedente que nuestro fallo, como en otros casos similares en los que el amparo se pide frente a una resolución judicial, se limite a declarar la nulidad de la Sentencia impugnada en este proceso constitucional. Lo que excluye, de conformidad con nuestra jurisprudencia, los demás pronunciamientos interesados (...)”.

No hubo, pues, pronunciamiento alguno del Tribunal Constitucional sobre la pretensión indemnizatoria. Un dato que debe ser subrayado para comprender en sus justos términos la polémica desatada. A la vista de esta resolución, la representación de la recurrente solicitó que se dictara una nueva Sentencia para resolver los motivos de casación que no habían sido examinados. Y el Tribunal Supremo dictó una segunda resolución dos meses después de la del Tribunal Constitucional en la cual fijaba una indemnización de 25.000 pesetas, reduciendo la cuantía de 10.000.000 de pesetas fijada en la Sentencia de apelación; se adujo que la difusión de la noticia y las ventajas reportadas no habían podido ser cuantificadas económicamente, al tiempo en que se insistía en que “las frases difundidas se pueden calificar como insignificantes dada la enorme proyección pública de la afectada”.

Del contenido de esta muy escueta Sentencia civil de fecha 20 de julio de 2000 merece la pena extraer algunos párrafos que ilustren sobre la actitud mantenida por la Sala Primera:

“(...) el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial proclama que los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes según la interpretación que en sus resoluciones realice el Tribunal Constitucional sobre derechos y principios constitucionales. Por ello, esta Sala *debe proclamar* que el reportaje aparecido en la revista ‘L.’ titulado ‘La cara oculta de Isabel’ supone un ataque a la intimidad de la protagonista del mismo”.

“La *valoración pecuniaria de la responsabilidad* de quien lesiona el derecho fundamental a la intimidad, *estará determinada por la gravedad atentatoria de dicho ataque*, así como por la difusión de la noticia y las ventajas económicas obtenidas con ella. Pues bien las frases ‘granos que le salen en la cara (...), determinada agenda de piel de cocodrilo (...), ropa que posee (...)’ se pueden calificar como insignificantes dada la enorme proyección pública de la afectada —hecho notorio—, por lo cual a valoración del daño moral producido puede ser mensurado en 25.000 pesetas. La difusión de la noticia y las ventajas reportadas, no han podido ser cuantificadas económicamente” (la cursiva es nuestra).

La recurrente estimó “simbólica” la indemnización y llevó al amparo “un incidente por indebida ejecución de la STC 115/2000”, denunciando que no se la restablecía realmente en la integridad de su derecho.

En la Sentencia que ahora comentamos, el Tribunal Constitucional admite que la fijación de una u otra cuantía indemnizatoria no es susceptible de convertirse en un objeto autó-

II. Justicia Constitucional

nomo de vulneración de derechos fundamentales, pero recuerda que no es menos cierto que la Constitución protege los derechos fundamentales “no en sentido teórico e ideal sino como derechos reales y efectivos” (FJ 7º). Desde esta óptica, afirma (FJ 8º) que, al revisar la cuantía de la indemnización fijada por la Audiencia Provincial, la Sentencia impugnada parte de un entendimiento que no se ajusta a la interpretación que de tal derecho fundamental realizó este Tribunal en su Sentencia la cual vincula a todos los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial (art. 5.1 LOPJ); pues valora la indemnización con base en el carácter insignificante de las frases aparecidas en el reportaje y una cosa es que la gravedad de los datos revelados pueda ser tenida en cuenta para modular la responsabilidad de quien lesiona el derecho y otra bien distinta que “al fijar la indemnización pueda desconocerse la premisa de la relevancia constitucional del derecho afectado y la correlativa exigencia de una reparación acorde”. En suma, la reiteración de “una minusvaloración del quebranto sufrido por el derecho fundamental” “lejos de reparar el derecho vulnerado lesiona de nuevo el derecho a la intimidad (...) menoscabando la eficacia jurídica de la situación subjetiva declarada en nuestra precedente Sentencia”.

Tanto la actora como el Ministerio Público pidieron que se anulara la Sentencia del Tribunal Supremo y que en ejecución del fallo constitucional se declarara la firmeza de la Sentencia civil dictada en apelación. Unas pretensiones a las que el Tribunal Constitucional accedió, invocando el mandato *ex art. 55.1.c)* de la LOTC de restablecer a los recurrentes en la integridad de su derecho que en este caso “dadas las peculiares circunstancias del supuesto” exigía que no se produjera una nueva Sentencia del Tribunal Supremo quien ya se había pronunciado dos veces y había incurrido en un vicio *in iudicando* que debía excluir la devolución de los autos.

Sobre el fondo del asunto —a nuestro juicio—, el *standard* sentado en Preysler I es absolutamente adecuado a la naturaleza del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar y a la del domicilio familiar, un ámbito que debe interpretarse sentando reglas generales que jueguen en beneficio de cualesquiera ciudadanos ordinarios, aunque ello suponga pagar algunos costes en los casos —difíciles— de personajes que puedan hacer en ocasiones de su domicilio una *res intra commercium*. El domicilio familiar es necesariamente un ámbito espacial en sí mismo reservado y que no debe ser objeto de revelación pública por un empleado doméstico sin el consentimiento de los titulares del mismo; “mi domicilio es mi castillo” reza un viejo aforismo inglés cargado de lógica garantista frente a ingerencias de publicidad no deseadas. Esta limitación al derecho de información, entendemos es de naturaleza “formal” antes que material y debe ser “absoluta”: no puede venir sometida a excepciones o ponderaciones, sería arriesgarse a romper la garantía pedirle al órgano judicial que se pronunciara sobre qué personajes gozan o no de tal derecho según sus conductas precedentes y el ámbito de intimidad y reserva que hayan delimitado. Algo demasiado complejo para resultar eficaz.

Cuestión distinta es la adecuada cuantificación de las indemnizaciones otorgadas como medidas de restablecimiento de los derechos de la personalidad, si se comparan con las concedidas en otro tipo de pleitos en los que se reparan otros bienes constitucionalmente protegidos y probablemente de mayor importancia en la realidad de las cosas: el traba-

jo, la salud, la vida. Pero, de haber algún error en la determinación de la cuantía, adviértese que sólo puede imputarse a la Audiencia Provincial de Barcelona que dictó la Sentencia de apelación y cuantificó —supuestamente de forma desproporcionada— el montante indemnizatorio en 10.000.000 de pesetas; pero no al Tribunal Constitucional, que no entra en esta cuestión de estricta legalidad, limitándose a declarar firme la última Sentencia civil que entendió violado el derecho y fijó la indemnización; y todo ello como medida de inmediata reparación del mismo, algo a lo que le obliga el art. 55 de la LOTC. Devolver el pleito al Tribunal Supremo estimamos que hubiera sido además de procesalmente incorrecto a la luz de este artículo de la LOTC, la única Ley a la que el Tribunal Constitucional se encuentra sometido, arriesgarse a un absurdo Preysler III. Quien es final es infalible en Derecho. No existe otra solución procesal. Es respecto de la Audiencia Provincial de Barcelona a quien debería la Sala Primera del Tribunal Supremo dirigir sus reproches acerca del indebido cómputo de las indemnizaciones, y a su vez estos Tribunales inferiores adecuar sus criterios a los del Tribunal Supremo.

B) Control de constitucionalidad de normas con rango de Ley

a) Autocuestión o cuestión interna de inconstitucionalidad (artículo 55.2 LOTC)

En la **STC 157/2001, de 2 de julio**, se otorga un amparo por violación de los derechos del recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y la igualdad en la ley (art. 14 CE) en unas actuaciones en las que la jurisdicción militar inadmitió su solicitud de mostrarse como parte en la causa como acusador particular. Todo ello en aplicación del art. 108, párrafo 2, de la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y el art. 127, párrafo 1, de la Ley Procesal Militar en su inciso “excepto cuando ofendido e inculcado sean militares y exista entre ellos una relación jerárquica de subordinación”. El Tribunal Constitucional plantea al Pleno una cuestión interna de inconstitucionalidad respecto de esos preceptos legales.

C) Controversias competenciales

a) Contestación al requerimiento previo de incompetencia en conflicto positivo (artículo 63.4 de la LOTC): no tiene efectos su aceptación parcial y extemporánea cuando persiste la controversia competencial

La **STC 188/2001, de 20 de septiembre**, enjuicia la incidencia en un proceso de conflicto positivo de la aceptación parcial por parte del Gobierno de la Nación de un previo requerimiento de incompetencia de la Generalidad de Cataluña formulado en un litigio sobre becas y ayudas en materia de educación. Sin embargo, la contestación del ente territorial demandado se produjo con tardanza, superando el plazo legalmente previsto, lo que llevó a la Generalidad a formalizar la demanda de conflicto. Y, además, la contestación no fue en los términos requeridos, sin llevar a modificarse la normativa impug-

II. Justicia Constitucional

nada en el sentido apuntado en el requerimiento, razón por la cual tal actividad no permitía ahora entender superada y desaparecida la controversia competencial. El Tribunal entra, por tanto, a dilucidar el conflicto.

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Destacaremos tres Sentencias que resuelven controversias competenciales con bastante relevancia. Se trata de las SSTC 159/2001, de 5 de julio, sobre autonomía local, la 164/2001, de 11 de julio, y la 188/2001, de 20 de septiembre, sobre becas y ayudas en materia de educación universitaria. La más importante es la segunda en la que se resuelven varios recursos contra la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV), dictada tras la declaración de inconstitucionalidad de gran parte del articulado del Texto Refundido de Ley del Suelo por la controvertida STC 61/1997, y con la que se pretendía cubrir parte del vacío normativo generado por la declaración de inconstitucionalidad.

A) Autonomía local (artículos 137 y 140 CE): la posición constitucional de la LBRL: su doble función, constitucional, en cuanto bloque de la constitucionalidad, y, ordinaria, como bases de las Administraciones públicas (artículo 149.1.18 CE)

En la STC 159/2001, de 5 de julio, se realizan afirmaciones sobre el concepto y contenido de autonomía local y el ámbito competencial que han de respetar los legisladores estatal y autonómico, al enjuiciar una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña sobre varios preceptos de un decreto legislativo de la Generalidad de Cataluña en materia de urbanismo, así como sobre el Texto Refundido de Ley del Suelo de 1976.

Tras resumirse la jurisprudencia previa sobre el derecho de la comunidad local a participar en cuantos asuntos le atañen, se invoca el art. 3 de la Carta Europea de Autonomía Local sobre el concepto de dicha autonomía (algo que el Tribunal Constitucional ha comenzado a hacer sólo en las últimas ocasiones); y se recuerda que la Constitución no precisa cuáles sean esos intereses respectivos ex art. 137 CE, ni tampoco cuál el haz mínimo de competencias que, para atender a su gestión, el legislador debe atribuir a los entes locales. Es la Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) la que articula la garantía institucional de la autonomía municipal y provincial y se dice (FJ 4º):

“Esta ley puede a priori contener, de un lado, tanto los rasgos definitorios de la autonomía local, concreción directa de los arts. 137, 140 y 141 CE, como, de otro, la regulación legal del funcionamiento, la articulación o la planta orgánica (entre otras cosas) de los entes locales. Sólo aquellos extremos de la LBRL 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 mayo-

ría en el seno de la LBRL y que se incardinan, 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.”

En consecuencia, el legislador sectorial al concretar las competencias locales no puede desconocer los criterios establecidos en la LBRL. Esta disposición tiene una singular posición en el ordenamiento jurídico dentro del llamado bloque de la constitucionalidad (con cita de precedentes); “en la medida en que el constituyente no predeterminó el contenido concreto de la autonomía local” debe hacerlo “el legislador constitucionalmente habilitado para regular materias” pero respetando ciertas limitaciones y, entre ellas, una participación efectiva de los entes locales en los asuntos que les atañen. Se afirma textualmente:

“En la medida en que el constituyente no predeterminó el contenido concreto de la autonomía local, el legislador constitucionalmente habilitado para regular materias de las que sea razonable afirmar que formen parte de ese núcleo indisponible podrá, ciertamente, ejercer en uno u otro sentido su libertad inicial de configuración, pero no podrá hacerlo de manera que establezca un contenido de la autonomía local incompatible con el marco general perfilado en los arts. 137, 140 y 141 CE. So pena de incurrir en inconstitucionalidad por vulneración de la garantía institucional de la autonomía local, el legislador tiene vedada toda regulación de la capacidad decisoria de los entes locales respecto de las materias de su interés que se sitúe por debajo de ese umbral mínimo que les garantiza su participación efectiva en los asuntos que les atañen y, por consiguiente, su existencia como reales instituciones de autogobierno” (FJ 4º).

B) Controles de legalidad de los entes locales por el Estado o las Comunidades Autónomas: el artículo 60 LBRL permite una sustitución funcional y limitada, no una subrogación orgánica general

También la STC 159/2001, de 5 de julio, al analizar la normativa urbanística catalana, interpreta (FJ 6º) el art. 60 LBRL en el cual se permite la sustitución de una entidad local que incumpla las obligaciones impuestas por la ley tras recordarle previamente dicho incumplimiento el Estado o la Comunidad Autónoma cuyas competencias se vieran afectadas y si tal situación persistiera.

El Tribunal reitera que son constitucionalmente posibles los controles de legalidad del Estado o las Comunidades Autónomas sobre los entes locales dentro de ciertos límites y asevera que el art. 60 LBRL, a diferencia del art. 15 del Decreto Legislativo catalán cuestionado “no establece una sustitución o subrogación orgánica general, ésta sí incompatible con la autonomía local, sino una sustitución o subrogación meramente funcional y limitada a la actuación de que se trate”.

II. Justicia Constitucional

C) Condiciones básicas en el ejercicio de los derechos (artículo 149.1.1 CE) y supletoriedad del Derecho estatal: el reciente crecimiento de ese título competencial transversal: ¿un punto de inflexión de la mayoría?

La STC 164/2001, de 11 de julio, resuelve varios recursos contra la Ley 6/1998, de 13 de abril, de Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV) dictada tras la declaración de inconstitucionalidad de gran parte del articulado del Texto Refundido de Ley del Suelo (TRLRHL) por la controvertida STC 61/1997, y con la que se pretendía cubrir parte del vacío normativo generado por la nulidad. La Sentencia que ahora nos ocupa contiene un apreciable cambio de rumbo respecto de aquélla en varios sentidos; si bien se ha mantenido la prohibición de que el Estado pueda adoptar instrumentos de planeamiento urbanístico generales susceptibles de vincular a las Comunidades Autónomas.

El Tribunal Constitucional al enfrentarse a preceptos de la nueva Ley que reproducen o son muy similares a los del TRLRHL y fueron en 1997 declarados inconstitucionales por su calificación como supletorios, considera que la situación ha cambiado. La inmensa mayoría de tales preceptos son ahora constitucionales por constituir normas básicas susceptibles de garantizar las condiciones básicas de igualdad de todos los españoles (art. 149.1.1 CE) y, en cambio, fueron considerados antes inconstitucionales al ostentar un pretendido carácter supletorio.

Tanto en esta STC 164/2001, como, sobre todo, en el Voto Particular a la STC 188/2001 de la que luego nos ocuparemos, se aprecia una utilización cada vez más acusada del título competencial contenido en el art. 149.1.1 CE para atraer facultades a la esfera de atribuciones del poder central. Esta tendencia, que ya aparecía en la STC 61/1997 y fue denunciada por algunos de los comentaristas más favorables a las tesis autonomistas, parece marcar un punto de inflexión respecto al pasado. En su jurisprudencia anterior el Tribunal, consciente de los peligros derivables del uso de este tipo de competencia transversal para las competencias autonómicas, la había utilizado como un argumento accesorio, nunca como *ratio decidendi* de las resoluciones constitucionales (excepto en la citada decisión sobre el TRLRHL). Parece, pues, iniciarse —aunque habrá que observar las decisiones futuras— un uso más frecuente y como verdadero título atributivo de competencias lo que puede generar problemas de delimitación competencial en el futuro, pues es susceptible de manifestarse en prácticamente todas las materias sobre las que ostentan competencias las Comunidades Autónomas. El título goza de una indudable vis expansiva. Que la inexistencia de un deber de cesión del suelo urbano consolidado sea una condición básica de igualdad, cuando corresponderá fijar a la Comunidad Autónoma qué suelo reúne esas características puede ser discutible. Una creciente tendencia a centralizar competencias a través de ese precepto constitucional, dándole una fuerza uniformadora que compense la imposibilidad de que el Estado no pueda ya dictar normas de alcance exclusivamente supletorio cuando carezca de títulos competenciales específicos.

D) Condiciones básicas en el ejercicio de los derechos (artículo 149.1.1 CE): la todavía más expansiva y centralizadora visión de esta “materia” de la exclusiva competencia estatal según un Voto Particular

La preocupación se acentúa al examinar el Voto Particular suscrito por tres Magistrados a la STC 188/2001, de 20 de septiembre, donde se defiende una posición frontalmente

contraria a la de la mayoría respecto al art.149.1.1 CE. Tras recordar que es un instrumento constitucional de unidad que conecta con los artículos 2, 1, 9.2 10, y 27 CE, no se acepta que el análisis de la Sentencia parta del art. 149.1.30, normas básicas en la educación, en virtud de la mayor especificidad de este título competencial. A su juicio, esto significa adoptar un punto de partida restrictivo en la interpretación del art. 149.1.1, ya que es radicalmente distinto garantizar las normas que aseguren esas “condiciones básicas”, las cuales pueden referirse a regulaciones genéricas de los derechos y deberes constitucionales pero, en otras ocasiones, también a “contenidos mucho más concretos de un determinado derecho incluso a elementos meramente instrumentales de apoyo externo al ejercicio del derecho”. De este modo consideran que el precepto garantiza una homogeneidad social mínima y puede consistir tanto en condiciones jurídicas como fácticas.

Se rechaza, por tanto, la doctrina sobre este título competencial contenida en la STC 61/1997 al considerarse inconveniente la graduación de diversos contenidos hipotéticos de las condiciones básicas y limitarlas al contenido primario del derecho: las posiciones jurídicas fundamentales. A su entender, los derechos y deberes no pueden admitir grados en la igualdad de los ciudadanos so pena de que el ejercicio de tales derechos pueda ser realmente distinto en los diversos territorios de España. La concepción de la mayoría —se denuncia— lleva a la confusión entre “condiciones básicas” y “normativa básica”. El art. 149.1.1 CE no es —a su juicio— una regla competencial sino una “materia” y como tal constituye un ámbito de atribución de competencia exclusiva al Estado. Con la particularidad de que, mientras en otras materias se incluyen reglas de acotamiento de la competencia atribuida, en ésta no se introducen limitaciones, lo que lleva a la consecuencia de que el Estado tenga atribuidas todas las competencias. Tampoco se acepta que el citado título se refiera únicamente al ámbito normativo porque ello significaría identificar “condiciones básicas” con “normativa básica”. Las primeras no admiten distinciones referidas ni a los distintos contenidos materiales ni a la jerarquía formal de las disposiciones en que tales condiciones básicas se garanticen. El término “regulación” contenido en el art. 149.1.1 no puede restringirse a unas determinadas normas.

En definitiva, en este Voto Particular minoritario se muestra una visión todavía más expansiva del título competencial contenido en el art. 149.1.1 CE que, caso de ser asumida en algún momento por la nueva mayoría, implicaría una preocupante revisión, en sentido centralista, de la distribución constitucional de competencias.

E) Sentencia interpretativa en urbanismo: los conceptos legales pueden ser desplazados por la actuación normativa de la Comunidad Autónoma

En la referida STC 164/2001, de 11 de julio, el Tribunal define diversos conceptos contenidos en la Ley para salvar su constitucionalidad, de manera que la citada LRSV va a requerir en el futuro su lectura de acuerdo con esta Sentencia interpretativa. La técnica es habitual, pero resulta novedoso reconocer la posibilidad de desplazamiento, por la actuación normativa de la Comunidad Autónoma, de conceptos establecidos en la Ley como son: planeamiento urbanístico, general, de desarrollo, dotaciones comunes, siste-

II. Justicia Constitucional

ma general, etc. Sobre todo, si tenemos en cuenta que tal operación de relectura habría sido, probablemente, posible también en la STC 61/1997 y, sin embargo, no se reinterpreto la ley sino que se declararon inconstitucionales varios de sus preceptos.

F) Condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos (artículo 149.1.1 CE), propiedad urbana (artículo 31 CE) y competencias sobre urbanismo

El planteamiento general de los recursos enjuiciados en la STC 164/2001, de 11 de julio, es diferente —se afirma— del enjuiciado en la STC 61/1997. En ésta se enjuició el TRLS que tenía una clara vocación de regulación completa del Derecho Urbanístico y de la propiedad urbana mediante normas básicas, supletorias y de aplicación plena, y se negó la competencia estatal sobre el planeamiento urbanístico y las concretas técnicas de equidistribución y ejecución urbanísticas. Por este motivo la nueva LRSV no entró a regular tales cuestiones. Pese a ello, la resolución del presente litigio debía partir de la doctrina sentada en tal decisión. Mas esto no supone una declaración inmediata de inconstitucionalidad de aquellos preceptos que guardan una estrecha relación con los que fueron declarados inconstitucionales por venir calificados como supletorios, puesto que tal declaración no era el resultado de un juicio individualizado sobre cada uno de ellos, sino de su genérica calificación como supletorios; no habiendo pronunciamiento alguno sobre sus concretos contenidos (FJ 3°).

El Tribunal Constitucional reitera la jurisprudencia sentada acerca del art. 149.1.1 CE: sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación con los derechos fundamentales (FJ 5°). Y destaca la conexión entre la propiedad urbana y el art. 33.1 CE, debiendo corresponder al Estado la regulación de algunos de sus elementos generales para poder configurar una determinada concepción del derecho de propiedad urbana (FJ 5°). Fruto de esta comprensión es la declaración de constitucionalidad de buena parte de los preceptos de la LRSV: su objeto, las diferentes referencias a los distintos tipos de planeamiento, la dirección y control públicos de la gestión urbanística, normas de equidistribución que no impidan a las Comunidades Autónomas adoptar sus propios criterios, formas de calificación del suelo siempre que no prejuzguen el modelo adoptable por éstas, criterios normativos para la clasificación del suelo como urbano, criterios mínimos de clasificación del suelo no urbanizable, calificación legal residual del suelo, clasificación del suelo urbano en consolidado y no consolidado, inexistencia de obligación de cesión de suelo urbano consolidado, imposición de deberes específicos a los propietarios de suelo urbano, establecimiento de un mínimo de aprovechamiento urbanístico apropiable, etc.

Tan sólo se considera no cubierta por el citado precepto constitucional la previsión contenida en el art. 16.1 LRSV que regulaba el alcance del derecho a promover la transformación del suelo urbanizable, pues el art. 149.1.1 CE sólo autoriza a regular la propiedad urbana en sus líneas más fundamentales sin entrar en consideraciones de tanto detalle.

G) Urbanismo, hechos diferenciales y condiciones básicas de igualdad (artículo 149.1.1 CE): los casos del suelo insular y Ceuta y Melilla

En la varias veces reseñada STC 164/2001, de 11 de julio, se plantea el Tribunal dos problemas relacionados con las diferencias derivados de la insularidad, por un lado, y de las

limitadas competencias de las ciudades de Ceuta y Melilla por el otro. Es conveniente distinguir ambas cuestiones por plantear problemas de diversa naturaleza.

En la Disposición Adicional Tercera se contiene una previsión específica para Ceuta y Melilla a las que se reconocen poderes reglamentarios para desarrollar esta Ley y las que se aprueben en el futuro. Los recurrentes alegaron falta de seguridad jurídica, porque no se especifica nada respecto a la coexistencia de esta norma con la Ley del Suelo de 1976 y, sobre todo, porque nada se dice respecto al efecto que una futura legislación urbanística estatal para Ceuta y Melilla tenga sobre el territorio del resto de las Comunidades Autónomas. El Tribunal, sin embargo, considera que no existe lesión alguna de la seguridad jurídica, porque es claro que la normativa aplicable en las Comunidades Autónomas será la legislación urbanística que éstas aprueben. Un argumento que estimamos evidente. No obstante, no se entra en la relevante cuestión —ya presente en algunos comentarios doctrinales a la STC 61/1997— del ordenamiento supletorio en materia urbanística, es decir, ¿qué normativa actuará como supletoria de la autonómica: la legislación estatal para Ceuta y Melilla o la Ley del Suelo de 1976? El Tribunal no sólo no se pronuncia al respecto sino que desprecia el problema y asegura que:

“Ulteriores consideraciones sobre posibles desplazamientos entre normas supletorias pueden resultar de interés como hipótesis que hagan avanzar el pensamiento jurídico-público, pero no traen a la luz una situación de incertidumbre jurídica” (FJ 50°).

Nos parece que los problemas derivables de que una legislación estatal dictada para los concretos problemas urbanísticos de Ceuta y Melilla pueda funcionar como Derecho supletorio deberían haber sido objeto de alguna consideración un poco más detallada.

Tampoco resulta indiscutible —a nuestro juicio— la solución de las particularidades atinentes al suelo insular. En concreto, la Disposición Adicional Cuarta de la LRSV regula la clasificación del suelo insular. El contenido de estas normas no difiere de las establecidas con carácter general en los artículos 9 y 10 de la Ley y, por tanto, —sostiene el Tribunal— es aplicable lo dicho respecto a éstos. La referencia específica al suelo insular no excede del art. 149.1.1 CE. La competencia sobre “condiciones básicas” no exige al Estado la fijación de estándares jurídicos uniformes incluso cuando la Constitución ha reconocido la existencia de circunstancias diferentes. El mandato constitucional de atención al hecho insular (art. 138.1 CE) justifica una modulación objetiva de las condiciones básicas del derecho de propiedad cuando éste se ejerce sobre suelo insular (FJ 51°).

La argumentación puede no ser irrefutable, pues si es necesaria una actuación del Estado para garantizar la igualdad en las condiciones básicas de disfrute del derecho de propiedad urbana, no parece que tal actuación pueda ser diferente en las islas; so pena de reconocer implícitamente que no se tratan de verdaderas condiciones básicas, o que tales condiciones básicas de igualdad en el disfrute de ese derecho no se dan en las islas. Tanto una como otra conclusión desarmarían la justificación de buena parte de esta Sentencia. Si el art. 149.1.1 pretende garantizar la igualdad en el disfrute de los derechos funda-

II. Justicia Constitucional

mentales, entonces es una igualdad por encima de las circunstancias específicas de cada Comunidad Autónoma; y, si la presencia de circunstancias especiales, como es la insularidad, justifica una desigualdad en las condiciones básicas, entonces el art. 149.1.1 no debería ser aplicable al resto de las Comunidades Autónomas. Fundamentar esta diferencia en la específica previsión del art. 138.1 CE no añade nada nuevo, porque lo verdaderamente relevante debería ser la diferencia objetiva en los problemas urbanísticos que se deben resolver en los diversos territorios.

H) Propiedad urbana (artículo 149.1.18 CE): el derecho de reversión y la legislación sobre expropiación forzosa como competencia estatal

El otro precepto constitucional utilizado para concluir la constitucionalidad de la LRSV en la **STC 164/2001, de 11 de julio**, es el art. 149.1.18 CE, legislación sobre expropiación forzosa, para todos aquellos preceptos reguladores de aspectos de la expropiación de bienes urbanos en aplicación, entre otras, de la jurisprudencia sentada en la STC 61/1997. Se recuerda especialmente que este título competencial habilita al Estado para dictar normas expropiatorias especiales que sean expresión o modulación de las generales.

La competencia estatal se expresa, en la regulación del derecho de reversión (FJ 39º), de dos formas:

- Permite establecer mediante “criterios generales” cuándo y con qué requisitos puede o debe nacer el derecho de reversión, sin prestar atención a los concretos ámbitos de actuación pública sectorial. Ningún límite tiene el Estado respecto al grado de detalle alcanzable por su regulación, porque lo relevante es la regulación de la reversión como garantía común de todos los propietarios.
- El Estado puede dictar también “normas especiales” sobre reversión, incluso en sectores de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas –como es el urbanismo–, siempre que tengan un marcado carácter mínimo o principal y sean expresión o modulación de la regulación general de la garantía reversional (STC 61/1997).

I) Condiciones básicas de igualdad en el ejercicio de los derechos (artículo 149.1.1 CE) y competencias sobre becas y ayudas en la enseñanza universitaria

La misma doctrina sobre el art. 149.1.1 CE, aunque con muy diferentes resultados en las competencias reconocidas, se aplica en la **STC 188/2001, de 20 de septiembre**. Se asevera que esta regla competencial no puede cobijar la detallada regulación contenida en las órdenes ministeriales impugnadas sobre becas y ayudas en la enseñanza universitaria, pues ninguno de sus elementos pueden considerarse condiciones básicas de igualdad, ya que ese apartado se refiere sólo al ámbito normativo (“la regulación”). Los distintos requisitos regulados para alcanzar una beca no pueden estimarse “condiciones básicas”, puesto que debe diferenciarse entre los elementos conformadores generales –éstos sí amparables en el citado artículo y alcanzados por la legislación orgánica y, cumpliendo

determinadas exigencias, por la reglamentación general– y los simples criterios de política educativa que instrumenten coyunturalmente el acceso a la misma.

Tampoco estos requisitos puede incluirse en el ámbito de las posiciones jurídicas fundamentales que delimitan el derecho a la educación en la medida en que no afectan a facultades elementales de tal derecho, los límites del mismo, los deberes fundamentales que imponen al respecto los poderes públicos, las prestaciones básicas o los presupuestos esenciales del mismo (FJ 13°).

J) Becas universitarias y alcance de la competencia básica en materia de educación (artículo 149.1.30 CE)

En esta misma **STC 188/2001, de 20 de septiembre**, se recuerda su jurisprudencia sobre subvenciones y se conecta con la competencia ex art. 149.1.30 CE. El Tribunal considera que el Estado estaría legitimado para regular las condiciones esenciales de otorgamiento de las becas hasta donde sea imprescindible para garantizar el cumplimiento de las obligaciones públicas en esta materia, resulte necesario para conseguir la finalidad deseada y garantizar una política educativa homogénea en todo el territorio nacional. A partir de ahí se entiende que la cuantía, los requisitos exigibles y los criterios de compatibilidad de becas con la exención de precios públicos son materialmente básicos. Pero no pueden tener tal consideración las previsiones que habilitan para denegar solicitudes potestativamente, pues si permiten una aplicación discrecional, es que son susceptibles de un empleo diversificado y autónomo (FJ 10°). Ni tampoco los preceptos reguladores del sistema de gestión de becas: puesto que la necesaria igualdad de acceso a las becas no impide la gestión descentralizada de las ayudas. No es justificada su centralización ni siquiera por el argumento de su imposible territorialización: las dificultades existentes para esta gestión no justifican la alteración del reparto de competencias, simplemente, exigen la utilización de diversos instrumentos de planificación, cooperación y coordinación. Las competencias de gestión deben corresponder a las Comunidades Autónomas. Sólo las normas relativas a la revocación de las becas tendrán carácter básico puesto que pretenden garantizar la igualdad en el acceso a las becas de quienes quedaron excluidos por un otorgamiento fraudulento de las ayudas a otros (FJ 12°).

K) Becas universitarias (artículo 149.1.30 CE): insuficiente rigor en la exigencia de los requisitos formales y materiales de las bases (Voto Particular)

Un Voto Particular a esta **STC 188/2001, de 20 de septiembre**, cuestiona la solución otorgada al pretendido defecto de rango para el establecimiento de unas normas básicas que estaban contenidas en unas órdenes ministeriales que no declaraban expresamente ese carácter. El Tribunal entendió que tal naturaleza se deduce con claridad de las normas impugnadas, no siendo en este caso el rango concluyente para negar su carácter básico. Esta posición es fuertemente criticada por el Voto Particular (Magistrado Sr. Viver) quien –a nuestro entender de forma muy cabal– reclama que el supuesto principio de preferencia de la ley formal para las bases comience a ser realmente aplicado en la práctica; así

II. Justicia Constitucional

como que se argumenten más las excepciones a la regla para que resulten ser verdaderas excepciones; y concluye que, caso contrario y por razones de seguridad jurídica, acaso fuera mejor abandonar la exigencia teórica de unas garantías formales para las bases. Respecto al pretendido requisito material, considera que las bases se han extendido de tal manera que no dejan espacio para el complemento legislativo convirtiéndolas en competencias meramente ejecutivas.

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) Tutela judicial (artículo 6) y Derecho de propiedad (artículo 1 Protocolo 1). Confiscaciones derivadas de la II Guerra mundial. C) Intimidad personal y familiar (artículo 8). a) Condiciones en las que imágenes o sonidos obtenidos en un contexto público pueden vulnerar la intimidad. b) Expulsión contraria a la intimidad familiar. Circunstancias del cónyuge nacional del expulsado. c) Vida familiar. Vulneración en adopción de medidas de tutela. D) Libertad de expresión (artículo 10).

a) Difamación y militancia política de los jueces. b) Secuestro administrativo de publicaciones. E) Disolución de un partido político compatible con la libertad de asociación (artículo 11). **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.** A) Tutela judicial efectiva.

a) Acceso a la Jurisdicción. Interpretación rigorista de la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Vulneración del principio *pro actione*. b) Acceso a la jurisdicción de las personas jurídico-públicas. c) Inmunidad y bienes de misiones diplomáticas. Inejecución de Sentencia. B) Igualdad. a) Prohibición de ejercicio de acción civil a militares y relación jerárquica. C) Imposibilidad de contraer matrimonio y libertad religiosa (artículo 16.1 CE). D) Libertad personal. Falta de habilitación legal para prohibir a un extranjero la salida de territorio nacional. E) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. a) Difusión de fotografía de la recurrente contraria al derecho a la propia imagen y a la intimidad. b) Derecho a la intimidad. Una indemnización simbólica no reestablece el derecho. (Caso Preysler II). F) Libertad de expresión del abogado en el ejercicio del derecho de defensa [artículo 20.1.a) CE]. G) Acceso a cargos y funciones públicas (artículo 23.CE). a) Derecho de participación y participación social).

b) Acceso al funcionariado. Actuación Comisiones de reclamaciones de las Universidades. H) Indemnidad de los liberados sindicales (artículo 28.1 CE). **4. Jurisprudencia del**

Tribunal Supremo. A) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 18

- CE). a) Carácter absoluto frente a la difusión de imágenes de contenido sexual.
 b) Reclamación de deuda: límites derivados del derecho al honor e intimidad del deudor. c) Insultos en el contexto de discusión política. d) Utilización de la sátira en artículos periodísticos. B) Libertad de información. a) Denegación del derecho de acceso al registro de resoluciones judiciales a un periodista por parte de un Tribunal militar.
 b) Sustitución de la tecnología analógica por la digital.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada entre el 1 de julio y el 30 de septiembre de 2001, la correspondiente al Tribunal Constitucional en las mismas fechas (desde la STC 150/2001, de 2 de julio, a la STC 189/2001, de 24 de septiembre), y diversas Sentencias de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo, dictadas entre abril y julio de 2001.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre el 1 de julio y el 30 de septiembre el TEDH ha dictado un total de 149 sentencias, de las que 111 son de fondo, aplicándose en las demás algún tipo de excepción preliminar. Hay, sin embargo, un importante grupo (57) que corresponden a condenas a Turquía por violación del derecho de propiedad en un proceso expropiatorio (art.1 del Protocolo 1) idénticas a las referidas en los dos trimestres anteriores. Así mismo se ha vuelto a repetir un importante número de condenas (25) por dilaciones indebidas, aunque en esta ocasión es Turquía con 13 y no Italia con 4 el país más afectado. Queremos volver a llamar la atención sobre el hecho de que siguen sin producirse condenas contra España por este motivo.

Del resto, las más importantes son las siguientes:

Un curioso caso en el que el Soberano de Liechtenstein alega vulneración del artículo 6 del Convenio y del derecho de propiedad (artículo 1 del Protocolo 1) como consecuencia de la confiscación de un cuadro de su propiedad por las autoridades checas tras la II Guerra mundial; **Príncipe Hans-Adam II de Liechtenstein contra Alemania**, de 12 de julio de 2001.

P.G. y J.H. contra el Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001, interesante sobre todo porque analiza las condiciones en las que la reproducción de imágenes o sonidos obtenidos en un contexto público puede vulnerar el derecho a la vida privada.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Un supuesto de expulsión de extranjero contrario al artículo 8 del Convenio. **Boultif contra Suiza, de 2 de agosto de 2001.**

Un caso de vulneración del artículo 8 originado como consecuencia de la separación de un niño de su madre enferma mental **K. y T. contra Finlandia, de 12 de julio de 2001.**

Un supuesto de difamación y militancia política de los Jueces, desde la óptica del artículo 10. **Perna contra Italia, de 25 de julio de 2001.**

Un caso de secuestro de libro contrario al artículo 10 del Convenio con repercusiones en nuestro país; **Asociación Ekin contra Francia, de 17 de julio de 2001.**

Y, sobre todo una muy importante sentencia admitiendo la disolución de un partido político, fundamentalista islámico cuya importancia doctrinal, ideológica y aun política desborda cualquier pretensión de comentario en este breve resumen, el asunto **Refah Partisi (Partido de la prosperidad) y otros contra Turquía, de 31 de julio de 2001.**

B) Tutela judicial (artículo 6) y Derecho de propiedad (artículo 1 Protocolo 1). Confiscaciones derivadas de la II Guerra mundial

Príncipe Hans-Adam II de Liechtenstein contra Alemania, de 12 de julio de 2001. El recurrente es el soberano de Liechtenstein, y alega que su familiar era propietaria de un cuadro que se encontraba en un castillo familiar situado en la actual República Checa y que fue confiscado en 1946 considerando (al padre del recurrente) ciudadano alemán. La pintura fue prestada a la ciudad de Colonia para una exposición en 1991 y el Príncipe inicia un procedimiento reclamando la propiedad que acaba ante la Corte Constitucional alemana el 28 de enero de 1998. Mientras tanto la pintura permanece en secuestro judicial. Alega vulneración del artículo 6 en la medida en que los Tribunales alemanes han declarado inadmisibles su pretensión basándose en las reglas fijadas para establecer indemnizaciones al final de la II Guerra mundial, pero la Corte, aplicando esas mismas reglas, considera que no ha existido vulneración ni del artículo 6 ni del artículo 1 del Protocolo primero.

C) Intimidad personal y familiar (artículo 8)

a) Condiciones en las que imágenes o sonidos obtenidos en un contexto público pueden vulnerar la intimidad

P. G. y J.H. contra el Reino Unido, de 25 de septiembre de 2001, es un supuesto en que se declara la nulidad de una condena penal porque las escuchas en las que se basan no están amparadas por una norma legal. Resulta interesante sobre todo por contener un resumen de la jurisprudencia sobre las condiciones en las que la reproducción de imágenes o sonidos obtenidos en un contexto público pueden resultar injerencias en la vida privada.

b) Expulsión contraria a la intimidad familiar. Circunstancias del cónyuge nacional del expulsado

En el caso **Boultif contra Suiza**, de 2 de agosto de 2001, el Tribunal se enfrenta una vez más a la expulsión de un argelino como consecuencia de la comisión de un delito, lo que implica la separación de su mujer, ciudadana suiza. Resulta interesante porque además de las circunstancias personales del recurrente la sentencia valora también para considerar la expulsión contraria al Convenio, las de su cónyuge, y en particular su nacionalidad, que nunca ha vivido en Argelia ni tiene otra relación con ese país que su marido, todo ello “en el bien entendido de que esas dificultades no excluyen por sí mismas la expulsión”.

c) Vida familiar. Vulneración en adopción de medidas de tutela

K. y T. contra Finlandia, de 12 de julio de 2001, declara contraria al artículo 8 la medida adoptada de separar al niño de la madre, enferma mental, en el momento mismo del nacimiento, entendiendo que las autoridades nacionales debieron de buscar alternativas menos lesivas para la vida familiar para proteger al niño, siguiendo la línea marcada en **T.P. y K.M. contra el Reino Unido**, de 10 de mayo de 2001, (que fue objeto de comentario en el trimestre anterior, de controlar este tipo de medidas de tutela desde el punto de vista del derecho a la vida familiar).

D) Libertad de expresión (artículo 10)**a) Difamación y militancia política de los jueces**

Es el supuesto presente en el caso **Perna contra Italia**, de 25 de julio de 2001. El recurrente es un periodista que publica un artículo sobre un magistrado, militante comunista, en el que se le acusa de organizar un juicio político contra Andreotti siguiendo las consignas del Partido Comunista, al que —señala—, había prestado juramento de obediencia en el contexto de un plan organizado por el PSD para obtener el poder político. El Magistrado inicia un procedimiento por difamación y el ahora recurrente es condenado a pagar 1.500.000 liras (y las costas del proceso que son 60 millones) y a publicar la sentencia en el periódico. El Tribunal de instancia considera evidente la difamación en la medida en que le atribuye una falta de imparcialidad, independencia y objetividad que le habría llevado a utilizar su actividad judicial con fines políticos. La Corte de apelación centra la difamación en el triple juramento y en la acusación de participar en una conjura.

La Corte, tras recordar los principios generales de su doctrina sobre la materia, analiza por separado las dos afirmaciones consideradas difamantes y considera que la expresión “juramento de obediencia” no es más que una opinión crítica sobre la militancia comunista del juez, de manera que militando en un partido un Magistrado pone en peligro su

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

imagen de imparcialidad e independencia, y no se puede justificar una protección contra los ataques de la prensa en la necesidad de proteger la confianza de los ciudadanos en el Poder Judicial, puesto que es precisamente esa militancia la que es susceptible de dañarla. Por el contrario considera que las afirmaciones relativas a la participación en una pretendida estrategia de conquista del poder y el procesamiento de Andreotti exceden los límites de la crítica admisible en la medida que carecen de toda base fáctica y no pueden estar protegidas por el artículo 10.

Y, en estas condiciones, llega a una conclusión que resulta ciertamente sorprendente y quizá suponga un excesivo desequilibrio entre los derechos en conflicto; que en la medida en que la condena se ha basado al menos parcialmente en algo protegido por el artículo 10, existe vulneración de tal precepto y condena por unanimidad a Italia, con lo que parece exigirse que en estos supuestos todas y cada una de las afirmaciones han de estar fuera del campo de protección del Convenio.

b) Secuestro administrativo de publicaciones

En *Asociación Ekin contra Francia*, de 17 de julio de 2001, la Corte analiza una clara vulneración de la libertad de expresión, de cierta trascendencia para nuestro país, al condenar a Francia por el secuestro administrativo por el Ministerio del Interior de un libro llamado “Euskadi en guerra” utilizando una previsión legal de 1881 que autorizaba este tipo de secuestros con las publicaciones extranjeras contrarias al orden público.

E) Disolución de un partido político compatible con la libertad de asociación (artículo 11)

Sin duda la sentencia más importante de este período, que merecería un comentario mucho más amplio del que es posible realizar en estas líneas, es *Refah Partisi (Partido de la Prosperidad) y otros contra Turquía*, de 31 de julio de 2001.

El partido de la Prosperidad era en 1996 el primer partido político de Turquía con 158 escaños de los 450 de la Asamblea Nacional. Formaba parte de un gobierno de coalición y había obtenido en las elecciones municipales el 35 por ciento de los sufragios. Se inicia ante la Corte Constitucional una acción de disolución de este partido por constituir un “centro de iniciativas contrarias al principio de laicidad” apoyándose en que defendían la utilización en las escuelas del velo islámico a pesar de que la Corte Constitucional ya ha declarado que va contra el principio constitucional de laicidad, así como en varias declaraciones propugnando la abolición de este principio lo que se haría de manera pacífica o violenta (...) apelaciones a una organización de la sociedad conforme a las reglas integristas islámicas (Charia), a la guerra santa (Yidah) (...) La Corte constitucional turca considera que efectivamente existen elementos suficientes para probar que el Partido era contrario al principio de laicidad, por lo que declara su disolución y la incautación de sus bienes. Asimismo, y por sus declaraciones públicas, declara la pérdida de la condición de diputado de cinco de sus miembros.

La Corte declara por un estrecho margen de 4 votos frente a 3 que no ha habido vulneración del artículo 11. Para razonar que este tipo de ingerencia es “necesaria en una

sociedad democrática” realiza una interesante construcción doctrinal, cuyas consecuencias y matices no pueden ser aquí y ahora analizadas y que sin duda merecen un comentario más detenido, consistente en afirmar que al Convención Europea de Derechos Humanos debe ser interpretada como un todo en que cada uno de sus derechos se integra para proteger la dignidad del ser humano, de manera que la democracia y la preeminencia del derecho (*Rule of Law*) juegan un papel clave en su interpretación, la democracia es el único modelo político compatible con la Convención y, en consecuencia:

“un partido político cuyos responsables incitan a recurrir a la violencia o proponen un proyecto político que no respeta las reglas de la democracia, o pretende su destrucción o el desconocimiento de los derechos y libertades (...) no puede prevalecer de la protección de la Convención contra las sanciones que le son infringidas por esos motivos (...)”

Añadiendo que el principio de laicidad es uno de los principios fundamentales del Estado concordantes con la preeminencia del derecho y el respeto a los derechos humanos, por lo que ninguna actitud que no respete ese principio puede ser aceptada como parte del derecho a manifestar su religión ni beneficiarse de la protección del artículo 9 de la Convención.

De manera que aunque el margen de apreciación de los Estados sea estrecho en materia de disolución de partidos políticos, porque el pluralismo es inherente a la democracia, un Estado puede razonablemente impedir la realización de tal proyecto político, incompatible con las normas de la Convención, antes de que sea puesto en práctica mediante actos concretos que comprometan la paz civil y el régimen democrático del país.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela judicial efectiva

a) Acceso a la jurisdicción. Interpretación rigorista de la naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Vulneración del principio *pro actione*

La STC 160/2001, de 5 de julio, Sala Primera, otorga amparo contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ del País Vasco al considerar que se ha aplicado una interpretación excesivamente formal de la imposibilidad de alteración de lo pedido en vía administrativa y lo solicitado en vía jurisdiccional, sin atender a una interpretación de las normas procesales (art. 69 LJCA) que maximalice las posibilidades de defensa de las partes. En este caso, afirma el TC (FJ 4º), no ha habido alteración alguna de los hechos o la pretensión, así como tampoco de los actos administrativos impugnados, sino simplemente ampliación o desarrollo de la argumentación jurídica, lo que está expresamente autorizado por el artículo 69.1 LJCA, que paradójicamente se cita para llegar a la conclusión contraria.

b) Acceso a la jurisdicción de las personas jurídico-públicas

Es relevante la **STC 175/2001, de 26 de julio**, Pleno. La Generalidad de Cataluña recurre en amparo una Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJ de Cataluña, alegando vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva en la vertiente del derecho de acceso a la jurisdicción, al haberse aplicado una interpretación rigorista del requisito de comunicación previa a la corporación municipal contra quien se plantea el recurso contencioso-administrativo. El TC recuerda, en los FFJJ 5º y siguientes, su interpretación acerca de los derechos fundamentales de las personas jurídico-públicas y, en concreto el de la tutela judicial, concluyendo que sólo en supuestos excepcionales una organización jurídica pública disfruta ante los órganos judiciales del Estado de este derecho fundamental; y sólo excepcionalmente se puede considerar al recurso de amparo como cauce idóneo para que denuncien una defectuosa tutela de jueces y tribunales. En este caso así ocurre porque el Ayuntamiento encausado tuvo conocimiento fehaciente de la interposición del recurso y porque en ningún momento el TSJ procedió a requerir a la Generalidad a que subsanara la falta de comunicación (FFJJ 11º y 12º). De los **votos particulares** a esta Sentencia destaca el del Magistrado Viver que no comparte la conclusión alcanzada de que las personas jurídico-públicas son titulares del derecho al acceso a la jurisdicción cuando una ley les reconoce las correspondientes acciones procesales para la defensa del interés general que les está encomendado. Para el Magistrado discrepante el derecho en estos casos tiene un contenido meramente legal, no constitucional, por lo que no puede instarse su tutela por la vía del amparo.

c) Inmunidad bienes de misiones diplomáticas. Inejecución de Sentencia

La **STC 176/2001, de 17 de septiembre**, Sala Segunda, desestima amparo contra la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco por imposibilidad de ejecución forzosa para la satisfacción de cantidades no abonadas a una trabajadora del Consulado de Francia en Bilbao. Para el TC, en el caso concreto, nos encontramos ante una mera cuestión de legalidad, una disconformidad con lo decidido por el juzgador que no es arbitrario ni irrazonable. Sin embargo, es de interés (FJ 2º) el razonamiento que hace de la relación entre inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros y el derecho a la tutela judicial. Para el TC, “la delimitación del alcance de tal inmunidad debe partir de la premisa de que, con carácter general, cuando en una determinada actividad o cuando la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero, tanto el ordenamiento internacional como, por remisión, el ordenamiento interno, desautorizan que se inejecute una Sentencia; En consecuencia, una decisión de inejecución supondría en tales casos una vulneración del artículo 24.1 CE”.

B) Igualdad

a) Prohibición de ejercicio de acción civil a militares y relación jerárquica

La **STC 157/2001, de 2 de julio**, Sala Segunda, estima un recurso de amparo contra Autos del Tribunal Central Militar, los cuales, basándose en los artículos 108.2 LOJM y 127.1 LOPM cuestionan el derecho a la tutela judicial y contradicen las exigencias del

principio de igualdad en cuanto vedan en el proceso penal militar el ejercicio de la acusación particular y de la acción civil cuando el perjudicado y el inculpado sean militares y exista entre ellos una relación jerárquica de subordinación. El TC se hace eco en el FJ 4º de la STC 115/2001 (ya comentada por nosotros en anteriores números) donde se ha pronunciado acerca de la compatibilidad de las referidas disposiciones con las exigencias de los arts. 14 y 24.1 CE, pues no se encuentra justificación suficiente en la protección de la disciplina militar, ni en el principio jerárquico. El TC procede a plantear, como se hizo en la citada sentencia, ante el pleno la cuestión de inconstitucionalidad de las disposiciones citadas de la legislación militar.

C) Imposibilidad de contraer matrimonio y libertad religiosa (artículo 16.1 CE)

STC 180/2001, de 17 de septiembre, Sala Segunda. El TC otorga el amparo a una mujer que convivió *more uxorio* con un hombre desde 1933 a 1971, y a quien se denegó pensión de viudedad. El TC, en una buena síntesis de su jurisprudencia, comienza por recordar que no son equivalentes matrimonio y convivencia extramatrimonial; su tratamiento legal diferenciado no es pues discriminatorio. Pero las diferencias que se introduzcan deberán ser razonables y se enmarcan en un marco legal que desde 1981 permite el libre matrimonio civil. Sin embargo, en situaciones anteriores hay que examinar si los convivientes pudieron contraer libremente matrimonio civil o si estaban impedidos por alguna causa constitucionalmente inadmisibles. La Ley de 12 de marzo de 1938 sólo lo permitía a quienes declaraban expresamente no profesar la religión católica; introduciendo una obligación contraria al art. 16.1 CE, por lo que hay que concluir que la demandante y la persona con la que convivió hasta 1971 no tuvieron ocasión de contraer matrimonio en libertad.

D) Libertad personal. Falta de habilitación legal para prohibir a un extranjero la salida de territorio nacional

STC 169/2001, de 16 de julio, Sala Segunda. El TC otorga el amparo al Sr. Scilingo, confeso torturador argentino, considerando que las medidas cautelares de aseguramiento personal del súbdito argentino ni tenían cobertura legal ni eran proporcionales. Para ello comienza por rechazar las alegaciones referentes a que la libertad de circulación reconocida en el artículo 19 CE, no se predica de los extranjeros sino sólo de los nacionales. Todo extranjero que llega lícitamente a España puede circular libremente y, en su caso, salir del territorio nacional, salvo previsión legal en contrario.

Recuerda a continuación que toda medida restrictiva de la libertad ha de respetar una triple condición: previsión normativa de la medida que habilite a la autoridad judicial para adoptarla, rango legal de la norma y previsibilidad; sin olvidar la proporcionalidad en su adopción en el caso concreto. A la luz de esta doctrina entiende que la prohibición de salida de territorio nacional y la retirada del pasaporte carecen de cobertura legal, sin que pueda aplicarse por analogía medida alguna, lo que quebraría el principio de previsibi-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

lidad. Afirma que tampoco es argumento aducir que, puesto que el órgano judicial puede adoptar medidas más enérgicas (la prisión provisional), podrá adoptar medidas menos limitativas. Considera asimismo que las medidas no son proporcionales, en especial por la ausencia de límites temporales.

E) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 18 CE)

a) Difusión de fotografía de la recurrente contraria al derecho a la propia imagen y a la intimidad

STC 156/2001, de 2 de julio, Sala Segunda. Al resolver este recurso el TC aprovecha para reiterar con claridad que los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE son derechos autónomos y que ninguno de ellos tiene respecto a los demás la consideración de derecho genérico que pueda subsumirse en los otros reconocidos en el mismo precepto. En el caso concreto la reproducción de una imagen que presenta desnuda a la recurrente para ilustrar un reportaje acerca de una secta que promueve la promiscuidad de sus adeptos constituye tanto lesión del derecho a la propia imagen como vulneración de su intimidad.

b) Derecho a la intimidad. Una indemnización simbólica no reestablece el derecho (Caso Preysler II)

La STC 186/2001, de 17 de septiembre, Sala Segunda ha producido una fuerte controversia en los medios de comunicación entre el TC y TS. Se trata de un curioso recurso de amparo interpuesto en representación de Doña Isabel Preysler. Los hechos, acerca de la mayor parte de los cuales ya se pronunció el TC en la STC 115/200, son los siguientes: La revista *Lecturas* publicó en 1989 un reportaje titulado “La cara oculta de Isabel Preysler” en el que con datos ofrecidos por una antigua empleada doméstica de la recurrente, se informaba de detalles de su vida doméstica. Interpuesta demanda de protección civil del derecho al honor y a la intimidad, el juzgado de primera instancia condenó a la editora al pago de una indemnización de 5.000.000 de pesetas. La audiencia provincial, al resolver recurso de apelación subió la indemnización a 10.000.000 de pesetas. Contra esta última resolución interpuso la editora recurso de casación que el TS estimó al entender que lo expuesto en el reportaje no eran más que “chismes” que no implicaban intromisión ilegítima.

Contra la sentencia del TS la actora interpuso su primer recurso de amparo estimado por el TC que ordenó retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar sentencia. Y en efecto el TS dictó una nueva sentencia en la cual –no tenía más remedio– declaró la intromisión ilegítima pero apreció las causas de la casación en lo atinente a la cuantía de la indemnización y la redujo a 25.000 pesetas.

En la argumentación de su segunda sentencia, el TC reitera lo dicho en la primera: “resulta irrelevante desde la perspectiva constitucional que los datos pertenecientes a la esfera de la intimidad sean o no gravemente atentatorios o socialmente desmerecedores de la persona cuya intimidad se desvela”. Por ello el TC aprecia que en la segunda sentencia del TS éste reitera su opinión acerca de la escasa entidad de los datos difundidos, y advier-

te escasa argumentación (falta de motivación) para reducir la cuantía de la indemnización a una cantidad simbólica. Se deja de ofrecer entonces la protección efectiva que los derechos fundamentales necesitan.

El TC, en atención a las circunstancias del caso, no ordena la devolución de las actuaciones al TS para que vuelva a dictar sentencia (hubiera sido la tercera), sino que, para evitar dilaciones en la reparación, resuelve que respecto de la cuantía de la indemnización “ha de estarse en ejecución de nuestro fallo a la cantidad acordada (...) por el fallo de la sentencia de la Audiencia provincial de Barcelona”, lo que ha provocado una airada reacción por parte de la Sala Primera del Tribunal Supremo en defensa de su competencia en estos aspectos frente al propio Tribunal Constitucional, y en definitiva un nuevo incidente en la “Guerra de las dos Cortes” que parece estarse desarrollando en nuestro país.

F) Libertad de expresión del Abogado en el ejercicio del derecho de defensa [artículo 20.1.a) CE]

STC 184/2001, de 17 de septiembre, Sala Segunda. El TC reitera que la libertad de expresión del Abogado en el ejercicio del derecho de defensa es una manifestación cualificada de la libertad reconocida en el artículo 20.1.a) CE. En el caso planteado a un Abogado le llegaron noticias de que la parte contraria (el Banco de España) conocía el contenido de la sentencia que se esperaba (es decir, una posible filtración). Personado en la secretaría del órgano judicial y como en ella le indicaron que la sentencia ni siquiera había sido deliberada, en tono airado amenazó con dar cuenta de lo sucedido al CGPJ y a los medios de comunicación, por lo que se impuso al letrado una sanción pecuniaria por falta de respeto a la Sección Primera del TSJ de Madrid.

Para el TC la actividad del letrado, al margen de su mayor o menor corrección, está ligada al ejercicio de la función de defensa profesional del Abogado, en una visita informal a la secretaría del órgano judicial, sin que ni la legislación procesal ni el uso forense impongan formas de expresión distintas de las de las relaciones comunes (FJ 6º). Así las cosas, la utilización de un tono airado no puede convertir lo lícito en amenazas y coacciones inaceptables tal y como se infiere de la escasa argumentación de la resolución sancionadora.

G) Acceso a cargos y funciones públicas (artículo 23 CE)

a) Derecho de participación y participación social

STC 167/2001, de 16 de julio, Sala Segunda. Se otorga el amparo a un Alcalde que había sido condenado por no convocar a una asociación juvenil a las reuniones de una fundación pública por la comisión del delito de impedimento del ejercicio de derechos cívicos (art. 542 del Código Penal). El TC resalta que la interpretación y aplicación de la ley corresponde en exclusiva a Jueces y Tribunales, pero apunta que una defectuosa aplica-

ción de la ley puede vulnerar un derecho protegido en amparo: la garantía material del principio de legalidad penal. En el caso planteado los Tribunales entendieron que la expresión “derechos cívicos” empleada en el tipo penal no abarcaban sólo los estrictos derechos de participación en las instituciones del Estado sino todos a través de los cuales la persona participa en la vida de la comunidad. El TC por el contrario considera que sólo la participación en las instituciones que ejercen poder político puede considerarse cubierta por este precepto, por lo que al extender indebidamente el contenido del derecho de participación política, la sentencia condenatoria lesiona el principio de legalidad.

b) Acceso al funcionariado. Actuación Comisiones de reclamaciones de las Universidades

STC 166/2001, de 16 de julio, Sala Segunda. Se desestima un recurso de amparo interpuesto por un aspirante a cátedra de Universidad que no fue promovido a pesar de que la comisión correspondiente le propuso para ocupar la plaza. El Rector de la Universidad Politécnica de Madrid no ratificó la propuesta siguiendo el parecer de la Comisión de Reclamaciones de la Universidad. Se plantea una hipotética lesión del derecho a acceder a cargos públicos en condiciones de igualdad.

A juicio del TC la Comisión de Reclamaciones no usurpó las funciones de la comisión encargada de resolver el concurso sino que se limitó, como es su función, de conformidad con el art. 41.1 LRU, a verificar el efectivo respeto por la comisión juzgadora de la igualdad de condiciones de los candidatos y de los principios de mérito y capacidad en el procedimiento de adjudicación de la plaza. Y si bien puede en ocasiones resultar difusa la frontera entre las funciones de ambas comisiones (la competencia exclusiva de la juzgadora para realizar el juicio técnico y la revisora de la de reclamaciones a través de un juicio negativo de mera verificación de que no se han incumplido los principios de igualdad, mérito y capacidad) en el caso planteado resulta evidente que la comisión juzgadora no se atuvo a los criterios que ella misma elaboró lo que revela lo arbitrario de su actuación.

H) Indemnidad de los liberados sindicales (artículo 28.1 CE)

STC 173/2001, de 26 de julio, Sala Primera. El TC otorga el amparo a un liberado sindical al que RENFE no abona el plus de prolongación de jornada percibido por el resto de la plantilla. Los Juzgados de lo Social núms. 16 y 31 de Madrid reconocen el derecho del liberado a la percepción del citado plus, pero RENFE siguió sin abonarlo, razón por la cual el trabajador interpuso demanda contra la empresa mediante procedimiento especial de tutela de los derechos de libertad sindical. La demanda fue parcialmente estimada y declarada la conducta antisindical de la empresa demandada. Ésta interpuso recurso de suplicación resuelto por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid absolviendo a RENFE, sin perjuicio del abono del plus que correspondía al trabajador. El TC estima el recurso de amparo por entender que los indicios de conducta antisindical están plenamente acreditados, limitándose ésta a aducir supuestas dificultades o errores informáticos en la gestión de las nóminas (!desde 1993;) para justificar el reiterado impago, por lo que esa conducta constituyó obstáculo objetivamente constatable para la efectividad de la libertad sindical con potencial efecto disuasorio para las actividades sindicales en la empresa.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 18 CE)

a) Carácter absoluto frente a la difusión de imágenes de contenido sexual

La STS de 4 de mayo de 2001, Sala Primera, juzga la legitimidad de la difusión en un programa informativo de unas imágenes en las que una mujer, miembro de una secta que posa “de frente, desnuda y sujetándose los pechos con las manos” mientras se escucha una voz en off que hace referencia al ejercicio de la prostitución. El TS no realiza, en este caso, una ponderación entre la libertad de información y el derecho a la intimidad, sino que establece una garantía absoluta de la intimidad frente a la difusión de imágenes de contenido sexual. Aunque se trata de una información veraz y se refiere a hechos de interés general y relevancia pública (información sobre la actividad de una determinada secta), el TS considera que estamos ante una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, porque el artículo 18 CE tutela de forma absoluta un ámbito “personalísimo”, en el que se incluye la sexualidad, frente a cualquier injerencia externa.

b) Reclamación de deuda: límites derivados del derecho al honor e intimidad del deudor

En la STS de 2 de abril de 2001, Sala Primera, se condena a una empresa dedicada al cobro de deudas, “Cobrador del frac”, por intromisión ilegítima en el derecho al honor e intimidad de dos deudores. El TS establece que en la exigencia del pago de una deuda no pueden emplearse medios coactivos que atenten contra el honor de los deudores o invadan su intimidad. Considera que son medios prohibidos personarse en el domicilio o lugar de trabajo utilizando distintivos destinados a difundir el rumor del impago entre los vecinos, compañeros o clientes del deudor.

c) Insultos en el contexto de discusión política

Es el supuesto presente en la STS de 2 de julio de 2001 en el que la Sala Primera del TS también considera que no constituye intromisión ilegítima en el honor de una alcaldesa llamarla “corrupta y subnormal” en el contexto de una discusión municipal acalorada.

d) Utilización de la sátira en artículos periodísticos

En la STS de 2 de julio de 2001 la Sala Primera tampoco ha apreciado la existencia de intromisión ilegítima en el caso de la utilización de figuras retóricas de carácter satírico en un cruce de artículos periodísticos entre dos conocidos escritores.

B) Libertad de información (artículo 20 CE)

a) Denegación del derecho de acceso al registro de resoluciones judiciales a un periodista por parte de un tribunal militar

La STS de 6 de abril de 2001, Sala Primera, desestima el recurso de un periodista contra el acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, que le denegaba el acceso a un sumario que concluyó en 1973 y en el que se condenó a muerte a un ciudadano polaco por delito de insulto a la Fuerza Armada.

El TS considera que la publicidad de las actuaciones ya concluidas y archivadas está condicionada por el cumplimiento de los requisitos que establece la ley, entre los que destacan en este caso: a) reunir la cualidad de interesado (artículo 235 LOPJ) y b) depósito y registro de los documentos en archivos generales (artículo 57 de la Ley del Patrimonio Histórico Español). También señala que el derecho a acceder a sumarios concluidos, derivado de la libertad de información, encuentra un límite en el derecho al honor e intimidad de las partes implicadas en el proceso.

b) Sustitución de la tecnología analógica por la digital

La STS de 30 de abril de 2001, Sala Primera, desestima el recurso de Sogecable contra el RD 2169/1998, que aprueba el Plan Técnico de la Televisión Digital Terrenal. Este reglamento establece la sustitución progresiva, hasta 2012, de la tecnología analógica por la digital en las emisiones de televisión terrestre por ondas.

El TS rechaza que la supresión de la televisión analógica suponga una infracción del derecho a informar, dado que la concesión de la demandante expira antes de 2012, y, en consecuencia, no ha nacido ningún derecho para emitir televisión en esa fecha, existe una mera expectativa de renovación de la concesión. El TS señala también que es potestad del Gobierno modificar el contenido de la concesión para adaptarla a las “migraciones tecnológicas” y que el RD respeta el derecho de los concesionarios al establecerse un régimen transitorio.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

ISABEL PERELLÓ

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

IGNACIO GARCÍA VITORI

IV. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Ley. A) La declaración de inconstitucionalidad de una Ley permite plantear la acción de responsabilidad derivada de acto legislativo.

3. Decreto legislativo. A) La inclusión en un Texto Refundido de normas derogadas por la Constitución supone incurrir en *ultra vires*. B) Constituye *ultra vires* entender derogado un precepto legal cuya vigencia acreditan tanto el Derecho Comunitario como la jurisprudencia y la evolución legislativa. C) El control de los Decretos Legislativos corresponde al Tribunal Constitucional y a los Tribunales Ordinarios. D) El juez ordinario no puede sustituir los preceptos de un Decreto Legislativo que son anulados en el fallo de la Sentencia. **4. Reglamento.** A) Distinción acto-norma. a) Las relaciones de puestos de trabajo participan de la naturaleza propia de las disposiciones de carácter general. b) La fijación de las condiciones para la obtención del permiso temporal de pesca ha de realizarse mediante un acto jurídico con naturaleza normativa. B) Distinción convenio-norma. a) Los convenios urbanísticos no tienen naturaleza normativa. C) Competencia de los Ministros para dictar reglamentos. D) Procedimiento de elaboración de los reglamentos. a) Omisión del Dictamen del Consejo de Estado. E) Derogación de normas reglamentarias. concepto y alcance. F) Control judicial. a) Efectos de la impugnación indirecta de disposiciones de carácter general. b) Los Convenios de Planeamiento no son susceptibles de impugnación indirecta al carecer de la naturaleza de las disposiciones generales. c) No cabe oponer a la impugnación de una modificación o revisión del planeamiento el que el convenio preparatorio anterior haya sido previamente impugnado.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, por lo que se refiere a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Ar. 4050 y respecto de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia

Ar. 366 de 2001. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la Sentencia 200/2001, de 4 de octubre.

De la jurisprudencia analizada cabe destacar por su interés la STC 159/2001, de 5 de julio, en materia de Decretos Legislativos.

2. LEY

A) La declaración de inconstitucionalidad de una Ley permite plantear la acción de responsabilidad derivada de acto legislativo

La declaración de inconstitucionalidad de una Ley no comporta por sí misma la extinción de todas las situaciones jurídicas creadas a su amparo ni tampoco genera necesariamente la reparación de las desventajas patrimoniales ocasionadas bajo su vigencia. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional permite al Tribunal la tarea de precisar su alcance en cada caso.

En los casos en que no esté en juego la reducción de una pena o de una sanción o una exclusión, exención o limitación de responsabilidad, que son los supuestos exclusivamente exceptuados por el art. 40.1 LOTC, la posterior declaración de inconstitucionalidad del precepto legal aplicado no puede tener consecuencia sobre los procesos terminados mediante sentencia firme. No obstante, la acción de responsabilidad es ajena al ámbito de la cosa juzgada derivada de la sentencia, por lo que debe prosperar si se cumplen los requisitos previstos por la Ley. Si no hay sentencia firme cabe instar la declaración de nulidad de los actos dictados al amparo de la Ley declarada inconstitucional (SSTS, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta de 13, 19, 22, 27 y 29 de marzo, de 2001, Ar. 2642, 2645, 2658, 2666 y 2668).

3. DECRETO LEGISLATIVO

A) La inclusión en un Texto Refundido de normas derogadas por la Constitución supone incurrir en *ultra vires*

La refundición de textos que afecte a normas anteriores a la Constitución debe depurar previamente la vigencia de dichas normas. La inclusión en un Decreto Legislativo de normas derogadas por la Constitución por oponerse a lo dispuesto en la misma (Disposición Derogatoria Tercera de la Constitución) incurre en *ultra vires* “por exceder del mandato del refundidor limitado a las normas vigentes” (STC 159/2001, de 5 de julio).

B) Constituye *ultra vires* entender derogado un precepto legal cuya vigencia acreditan tanto el Derecho Comunitario como la jurisprudencia y la evolución legislativa

El Tribunal Supremo estimó en su Sentencia de 1 de marzo de 2001 que el Gobierno se excedió en los límites de la delegación que le había sido otorgada por la Disposición

IV. Fuentes del Derecho

Final Segunda de la Ley 27/1995, de 11 de octubre, para dictar el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, al entender derogado el derecho exclusivo de los productores de fonogramas a autorizar la comunicación pública de éstos y de sus copias previsto en el art. 109.1 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual. Ni el Derecho Comunitario, ni la jurisprudencia, ni la evolución legislativa, permiten interpretar que la exclusividad del derecho de los productores a las comunicaciones públicas deba entenderse derogada por la regulación de un sistema de remuneración equitativa (compartida entre productores de fonogramas e intérpretes y ejecutantes), por lo que el Tribunal estima que el Gobierno ha incurrido en *ultra vires* (STS de 1 de marzo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Terceta, Ar. 3071).

C) El control de los Decretos Legislativos corresponde al Tribunal Constitucional y a los Tribunales Ordinarios

El Tribunal Constitucional reitera en la Sentencia 159/2001 su competencia para fiscalizar el *ultra vires* en que pueden incurrir los Decretos Legislativos, que deriva de su competencia para fiscalizar la constitucionalidad de cualquier norma con rango de ley y por cualquier motivo. Además afirma la competencia de los Tribunales Ordinarios para enjuiciar la adecuación de los Decretos Legislativos a las Leyes de delegación que deriva del art. 82.6 de la Constitución (STC 159/2001, de 5 de julio).

D) El juez ordinario no puede sustituir los preceptos de un Decreto Legislativo que son anulados en el fallo de la Sentencia

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que declara la existencia de *ultra vires* en el ejercicio de una delegación legislativa no puede llegar a dar una nueva redacción al Texto Refundido en cuestión, sino solamente declarar el exceso y la subsistencia del derecho que ha eliminado el Decreto Legislativo por continuar vigente el precepto legal que lo reconocía (STS de 1 de marzo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 3071).

4. REGLAMENTO

A) Distinción acto-norma

a) Las relaciones de puestos de trabajo participan de la naturaleza propia de las disposiciones de carácter general

Siguiendo su doctrina sentada en las Sentencias de 13 de mayo de 1996, Ar. 4583, 4 de junio de 1996, Ar. 5367 o de 3 de octubre de 2000, Ar. 8307, el Tribunal en una larga serie jurisprudencial reitera que las relaciones de puestos de trabajo gozan de la naturaleza jurídica de las normas. Todas las sentencias son de la Sección Primera de la Sala de

lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo: SSTs de 12 de febrero, Ar. 2150-2154, 15 de febrero, Ar. 2155, 19 de febrero, Ar. 3100-3104, 20 de febrero, Ar. 3105-3108, 21 de febrero, Ar. 2156 y 3109-3116, 23 de febrero, Ar. 3117 y 3118, 26 de febrero, Ar. 2159 y 3120-3128, 27 de febrero, Ar. 2161 y 3129-3137, 28 de febrero, Ar. 2163-2166, 2168-2170 y 3138-3143, 5 de marzo, Ar. 2176-2189, 6 de marzo, Ar. 2191 y 2193-2197, 7 de marzo, Ar. 2199-2215 y 3485, 12 de marzo, Ar. 2223-2229 y 3083, 13 de marzo, Ar. 2230 y 3487, 15 de marzo, Ar. 3085 y 3236-3243, 19 de marzo, Ar. 3492-3494, 20 de marzo, Ar. 3088-3098 y 3498-3502, 21 de marzo, Ar. 3099, 3507 y 3508, 22 de marzo, Ar. 3511-3520, 3 de mayo, Ar. 2684, todas de 2001.

b) La fijación de las condiciones para la obtención del permiso temporal de pesca ha de realizarse mediante un acto jurídico con naturaleza normativa

La STS de 14 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 4250, confirma la tesis de la demandante afirmando que 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 de la Organización de la Pesca del Atlántico Noroccidental, no es un acto que fija las condiciones de obtención del permiso temporal de pesca, sino que 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 una regulación que tiene vocación de permanencia y pasa a formar parte del ordenamiento jurídico, estableciendo para la confección de tal censo, un orden de prelación, invariablemente unido al barco, y determinado por el número de períodos anuales de pesca efectiva, con la consecuente trascendencia que ello tiene para el ejercicio de la actividad pesquera.

B) Distinción convenio-norma

a) Los convenios urbanísticos no tienen naturaleza normativa

Para analizar la naturaleza jurídica de los Convenios urbanísticos es preciso acudir a la distinción doctrinal efectuada en la teoría general del Derecho entre el contrato y la convención. La convención no contiene sólo un juego de obligaciones recíprocas o entrecruzadas (contraprestaciones) sino también compromisos paralelos de la Administración y de la Entidad mercantil que lo concierne, dirigidos a un fin coincidente y común que tiende al aseguramiento futuro de la ejecución de la modificación del Plan cuando, en su caso, se llegue a aprobar el mismo. Tales compromisos paralelos o convencionales tratan de fijar el régimen de una situación futura por lo que podrían asemejarse en su estructura a las disposiciones generales. No lo hacen en su naturaleza jurídica, que sigue siendo la de un simple convenio ajeno a ellas (STS de 9 de marzo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 2736).

IV. Fuentes del Derecho

C) Competencia de los Ministros para dictar reglamentos

La STS de 14 de mayo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 4250, realiza un comentario interesante acerca de la competencia normativa del Gobierno:

“la potestad reglamentaria propia de la Administración del Estado, por asignación constitucional directa, corresponde al Gobierno (art. 97 CE). El Presidente del Gobierno, no obstante, de acuerdo con el modelo ‘cancillerial’ que diseña la propia Norma Fundamental, ejerce, mediante Real Decreto (arts. 100 y 115 CE) determinadas competencias constitucionales y tiene competencia reglamentaria que resulta de los artículos 2.2 LOFAGE y 23.3 LGO. Los Ministros, en fin, ejercían la competencia reglamentaria en las materias propias de su Departamento (art. 14.3 LRJAE, de 26 de julio de 1957) 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 LGO). 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)”.

D) Procedimiento de elaboración de los reglamentos

a) Omisión del Dictamen del Consejo de Estado

La STS de 12 de febrero de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Ar. 4054, considera que la Orden Ministerial de 28 de febrero de 1990, del Ministerio de Transportes, Turismo y Comunicaciones, que modifica y complementa diversos aspectos del régimen jurídico de otorgamiento, modificación y extinción de autorizaciones de los transportes de viajeros y mercancías, es nula porque fue dictada sin la emisión del preceptivo Dictamen del Consejo de Estado, en la medida en que dicha norma desarrollaba parcial y directamente la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres sin previa interposición de un Reglamento general en la materia.

E) Derogación de normas reglamentarias: concepto y alcance

La derogación se sitúa, en la ordenación formal de las fuentes, en el terreno de la sucesión de normas en el tiempo. Por esta razón, la STS de 10 de julio de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 3718, afirma que:

“una norma derogada sigue así existiendo y produciendo efectos en el ordenamiento aun después de su derogación, respecto de las situaciones nacidas a su imperio. Si cesan esos efectos es por la fuerza derogatoria de la norma nueva que incide sobre la anterior y deter-

mina la cesación de su eficacia a partir de la entrada en vigor de la última. Es de apreciar por ello que si se declara nula la norma derogatoria cesa también la fuerza normativa de ésta y con ella su fuerza derogatoria que, en definitiva, no es más que una de las manifestaciones de la fuerza normativa, por lo que es claro que sigue desplegando efectos la norma anterior, y ya sin la limitación temporal del momento de entrada en vigor de la norma nueva, pues aquélla ha sido declarada nula con efectos *ex tunc*”.

La modificación de una Ordenanza municipal reguladora del estacionamiento limitado y controlado que había sido previamente declarada nula por Sentencia firme es nula. La modificación constituye un nuevo mandato cuya validez no puede mantenerse fuera del contexto de la Ordenanza anulada (**STS de 12 de diciembre de 2000**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 2422).

F) Control judicial

a) Efectos de la impugnación indirecta de disposiciones de carácter general

Reiterando una jurisprudencia más que consolidada, la **STS de 16 de enero de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 4133, señala que en la impugnación indirecta de disposiciones generales no cabe declarar la nulidad de la disposición misma, sino únicamente la del acto dictado en su aplicación que se recurre directamente, lo que justificaría la innecesariedad de anunciar la impugnación indirecta de la norma al delimitar el objeto del recurso. En el mismo sentido **STS de 3 de marzo de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 2734)

En la misma línea, la **STS de 9 de mayo de 2001**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda, Ar. 3747, recordando que:

“en el recurso directo son nulos todos los actos dictados en aplicación de la disposición declarada nula salvo los que hubieran devenido firmes administrativa o jurisdiccionalmente. En el indirecto, son todos válidos excepto el específicamente impugnado”.

Esta doctrina se reitera en la **STS de 23 de noviembre de 2000**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Segunda Ar. 2346).

La misma doctrina se repite en la **STSJ de Cataluña de 14 de noviembre de 2000**, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Ar. 170, pero con un matiz importante. El Tribunal discrepa de la sentencia apelada acerca de la valoración jurídica llevada a cabo en relación con la declaración de nulidad de la Orden de 16 de julio de 1998, realizada por sentencia del mismo Tribunal Superior de Justicia de 25 de enero de 2000, en un recurso en materia disciplinaria. Tomando en consideración el principio de economía procesal y la doctrina sobre la conservación de los actos administrativos, la sentencia señala que la declaración de nulidad de una disposición general no conlleva la nulidad de todos sus actos aplicativos, sino sólo la de aquellos que en sí mismos sean considerados nulos.

IV. Fuentes del Derecho

b) Los Convenios de Planeamiento no son susceptibles de impugnación indirecta al carecer de la naturaleza de las disposiciones generales

Es preciso distinguir entre los convenios de gestión urbanística para la gestión o ejecución de un planeamiento ya aprobado, de los convenios de planeamiento, que tienen por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor. Aunque el convenio de planeamiento tenga esta última finalidad no se subsume entre las figuras de las disposiciones de carácter general, de las que participan en cambio las normas de planeamiento que, en su caso, deriven de él. El convenio de planeamiento no puede por tanto ser impugnado de forma indirecta al amparo del art. 39.2 LJCA (STS de 9 de marzo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 2736).

c) No cabe oponer a la impugnación de una modificación o revisión del planeamiento el que el convenio preparatorio anterior haya sido previamente impugnado

El Convenio de Planeamiento es un acuerdo preparatorio de la modificación de un plan y como tal es enjuiciable en el orden contencioso-administrativo, sin perjuicio de que en el futuro lo sea asimismo la modificación o revisión del planeamiento que, en su caso, se adopte, sin que se pueda oponer en tal momento la excepción de cosa juzgada por el enjuiciamiento del convenio preparatorio anterior (STS de 9 de marzo de 2001, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 2736).

JORGE AGUDO GONZÁLEZ
ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Concepto de acto administrativo. Distinción con disposiciones generales. A) Las Relaciones de Puestos de Trabajo tienen naturaleza normativa. **3. Requisitos del acto administrativo.** A) No es motivación suficiente de una sanción la expresión de un precepto y la sanción que se impone, ni la parte dispositiva de la resolución. **4. Eficacia y ejecución forzosa.** A) Notificación a persona distinta del interesado: requisitos. B) Exigencia de previsión legal para la imposición de multas coercitivas. **5. Invalidez del acto administrativo.** A) Nulidad de pleno derecho de un acto por vulneración de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. B) Nulidad de pleno derecho de una resolución sancionadora, por denegación de práctica de pruebas sin motivación y por ausencia de trámite de alegaciones una vez realizada la propuesta de resolución. C) Nulidad de pleno derecho por falta de competencia territorial. D) Aplicación de los principios de conservación y conversión de los actos administrativos. **6. Eliminación del acto administrativo.** A) Declaración de lesividad: constituye un requisito procesal que habilita la posibilidad de recurrir a la Administración. Concepto de lesión jurídica y económica. B) Acción de nulidad: imprescriptibilidad limitada a la revisión de oficio y no en vía contencioso-administrativa.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre abril de 2001 y mayo de 2001 (marginales 1 a 1800) respecto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y abril a julio de 2001 (marginales 50 a 366) 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) Las Relaciones de Puestos de Trabajo tienen naturaleza normativa

La STS de 15 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Primera, Ar. 2155, FJ 4º, afirma, en consonancia con la jurisprudencia anterior, que las Relaciones de Puestos de Trabajo tienen naturaleza normativa.

En el mismo sentido se pronuncian una nutrida serie de sentencias del Tribunal Supremo, entre ellas, las SSTs de 27 de febrero de 2001, Ar. 2161; de 6 de marzo de 2001, Ar. 2193; de 12 de marzo de 2001, Ar. 2223, y de 13 de marzo de 2001, Ar. 2230.

3. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) No es motivación suficiente de una sanción la expresión de un precepto y la sanción que se impone, ni la parte dispositiva de la resolución

La STSJ de Extremadura de 30 de noviembre de 2000, Ar. 99, FJ 4º, reitera que los actos sancionadores deben ser motivados [art. 54.1.a) LRJPAC] y, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo mayoritaria, afirma que:

“(…) No es motivación la expresión de un precepto y la sanción que se impone, como no lo es la parte dispositiva de una resolución, sino que la motivación ha de explicitar los hechos y su prueba y cómo se incardinan en el precepto aplicado (…).”.

4. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) Notificación a persona distinta del interesado: requisitos

La notificación de las resoluciones administrativas practicadas a sujeto distinto del interesado por funcionario de correos exige para su regularidad la consignación del parentesco o la razón de la permanencia de tal sujeto en el domicilio del interesado, resultando indiferente que tales datos consten en la libreta de entrega o en el acuse de recibo, aunque no se haga constar en el otro documento, como señala la STS de 22 de diciembre de 2000, Sección Cuarta, Ar. 2437 de 2001, FD 2º.

B) Exigencia de previsión legal para la imposición de multas coercitivas

Correctamente señala la STSJ de Castilla y León de 18 de diciembre de 2000, Ar. 211 de 2001, FJ 4º, que la exigencia de previsión legal establecida en el art. 99 de la LRJPAC para autorizar la imposición de multas coercitivas no se satisface con la simple remisión, en un texto legal autonómico –Ley de Actividades Clasificadas–, a las previsiones de la LRJPAC,

5. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Nulidad de pleno derecho de un acto por vulneración de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados

La STSJ de Extremadura de 28 de noviembre de 2000, Ar. 241, FFJJ 2º, 3º y 4º, realiza un resumen de las reglas que, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, tienen carácter esencial para la formación de la voluntad de los órganos colegiados, cuya vulneración es causa de nulidad de pleno derecho [art. 62.1.e) LRJPAC]:

“(…) a) Las reglas que regulan la convocatoria de los miembros componentes del órgano colegiado; en cuanto que éstos han de conocer con la antelación temporal suficiente, que la norma expresamente determina para disponer lo necesario en orden a asegurar su asistencia física a las sesiones de aquél, así como para trabar exacto conocimiento del objeto o materia de la que se ha de tratar en cada sesión, máxime cuando por la naturaleza de aquélla son precisos conocimientos, asesoramientos o estudios para hacer un análisis reflexivo de la cuestión que se ha de someter a su consideración. b) Las reglas que determinan la composición del órgano colegiado, tales como las que se refieren a su Presidente, Secretarios y Vocales, tanto en su número como calidad y circunstancias de los mismos estando ello en relación con lo referente a la nominación individual de las personas físicas que asisten con tal carácter a las sesiones de que se trata. c) Las reglas que determinan la forma en que ha de hacerse el ‘orden del día’, referente a las materias que se han de tratar en cada sesión del órgano, que exigen que ésta sea lo suficientemente clara para que los miembros que lo componen, se decidan a asistir a las mismas y tengan previo y concreto conocimiento de lo que en cada sesión se va a tratar. d) Las reglas que establecen la formación del ‘quorum de asistencia y votación’, para lo que es preciso consignar en el acta de cada sesión de número de convocados, el de asistentes y el de votantes y cuando sea preciso, la calidad de todos ellos. e) Las reglas que se refieren a la deliberación de los asistentes en la relación con cada tema de la orden del día y su votación (...)”.

B) Nulidad de pleno derecho de una resolución sancionadora, por denegación de práctica de pruebas sin motivación y por ausencia de trámite de alegaciones una vez realizada la propuesta de resolución

La STSJ de Extremadura de 30 de noviembre de 2000, Ar. 99, FFJJ 2º y 3º, en línea con la jurisprudencia mayoritaria del Tribunal Supremo, declara la nulidad de pleno dere-

cho de una resolución sancionadora porque durante el procedimiento sancionador se produjo la denegación de la práctica de unas determinadas pruebas sin motivación alguna en la que se expresare su inutilidad o impertinencia y, además, omitió el trámite de propuesta de resolución frente a la que el particular afectado pudiese formular alegaciones:

“(...) por vulneración de los trámites esenciales del procedimiento con indefensión de acuerdo con lo previsto en los artículos 61.1.a) y e) LRJPAC (...)”.

C) Nulidad de pleno derecho por falta de competencia territorial.

La STS de 29 de enero de 2001, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 3662, FFJJ 2º y 3º, declara la nulidad de pleno derecho de un proyecto de reparcelación de un Municipio que pretende extender su ámbito de eficacia al término municipal de otros Municipios sin la participación de éstos en su elaboración y aprobación, por entender que supone el ejercicio de competencias urbanísticas sobre el término municipal de otros municipios y, por lo tanto, incurre en el supuesto de nulidad de pleno derecho regulado en el artículo art. 62.1.b) LRJPAC: incompetencia por razón del territorio.

D) Aplicación de los principios de conservación y conversión de los actos administrativos

La STS de 12 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2384, FJ 3º, plantea un supuesto en el que cabe la aplicación del principio de conservación (art. 64.2 LRJPAC) y, más estrictamente, el de conversión –la sentencia se refiere al principio de convalidación, pero aplica el de conversión– (art. 65 LRJPAC) de los actos administrativos. Se trata del caso en el que un Ayuntamiento aprueba como retribuciones del Alcalde y Concejales unas partidas en concepto de “indemnización” en atención a su dedicación exclusiva, cuando lo ajustado a derecho es aprobarlas como “retribuciones complementarias”, según establece el art. 13 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las Corporaciones Locales.

“(...) si bien asiste la razón al Ayuntamiento sólo en una afirmación que realiza de modo incidental. Se trata de aquella en la que la representación letrada del municipio considera que es indiferente la denominación empleada.

Sin embargo, aunque en sus términos estrictos y literales no pueda compartirse esta afirmación, pues ello supondría aceptar una calificación jurídica inexacta, lo cierto es que el acuerdo municipal, contrario a Derecho si está estrictamente a la letra del mismo, no lo es o no lo hubiera sido si se hubiera empleado la denominación de retribuciones complementarias y no la de indemnizaciones. Desde luego estas últimas no se pueden entender como retribuciones fijas sino como compensación de gastos ocasionados en el ejercicio del cargo. Pero lo cierto es que, de haberse adoptado el mismo acuerdo con la denomina-

ción de retribuciones complementarias, el acuerdo hubiera sido conforme a Derecho según la doctrina de esta Sala sobre casos análogos (...)

Debe concluirse por tanto que el Tribunal ‘a quo’ no ha tenido en cuenta el principio de conservación de los actos administrativos (...) ni tampoco el principio de convalidación (...).’

6. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Declaración de lesividad: constituye un requisito procesal que habilita la posibilidad de recurrir a la Administración. Concepto de lesión jurídica y económica

La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 22 de diciembre de 2000, Ar. 212, FD 2º, define la “declaración previa de lesividad para el interés público” como:

“(...) el cumplimiento de un presupuesto previo de procedibilidad para que la Administración autora del acto susceptible de ‘anulación’ pueda demandar ante la Jurisdicción contencioso-administrativa tal declaración, esto es, la postura procesal que en la ‘lesividad’ adopta la Administración es la de actora-demandante; constituye, según reiterada y continua jurisprudencia de este Tribunal requisito procesal ‘que habilita la posibilidad de recurrir’, y como tal, está sometido al régimen general, de modo, que si no existiera esa declaración previa de lesividad o la misma adoleciera de algún vicio, constituiría causa de inadmisibilidad susceptible de invocación al amparo del art. 82.e) LJCA (actual art. 51 LJCA de 1998) (...)”.

Por otra parte establece la citada sentencia que dicha declaración de lesividad tiene fundamento cuando el acto objeto de la declaración implica “una lesión jurídica y otra económica”, si bien ha de entenderse suficiente:

“(...) el requisito de la lesión económica, como legitimadora de la lesividad, cuando se produzca la ‘lesión al interés público’ mas sin excluir el requisito de la lesión jurídica, pues en el carácter del proceso de lesividad no se acentúa la pretensión revocatoria de los actos acordados con fundamento en la normativa legal o reglamentaria aplicable, sino que la naturaleza del proceso especial de lesividad, es la de una pretensión de anulación ante el juez de tales actos (...)”.

B) Acción de nulidad: imprescriptibilidad limitada a la revisión de oficio y no en vía contencioso-administrativa

La STS de 26 de abril de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3424, FJ 3º, afirma que:

“el principio de imprescriptibilidad de las acciones declarativas de nulidad radical” es únicamente aplicable a la acción de “revisión de oficio” prevista en el actual art. 102.1 LRJPAC, que constituye una auténtica acción de nulidad puesto que en tal caso no existe plazo alguno. Por

el contrario, “en el caso de entablarse un recurso jurisdiccional en que se accione con base en la nulidad de pleno Derecho, ya tras la utilización de la acción prevista en el artículo 109 antes citado, o ya directamente, el recurrente ha de someterse al plazo de ejercicio establecido en el art. 50 de la Ley Jurisdiccional (actual art. 46 LJCA de 1998), incurriendo en caso contrario en extemporaneidad, con la obligada inadmisibilidad del recurso (...)”

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 17 de marzo de 2001, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 2746, FJ 3º.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Ámbito de aplicación. A) Contrato innominado: realización de obras de urbanización a cambio de un precio sometido a condición suspensiva.

B) Naturaleza de los convenios urbanísticos. **3. Contratos administrativos y contratos privados.** A) Naturaleza privada de un contrato celebrado por Televisión Española, SA.

B) Contratación administrativa del ente público RTVE: actos separables. **4. Actos preparatorios**

y requisitos de los contratos. A) Capacidad de los contratistas. Agrupaciones temporales de empresarios. B) Consignación presupuestaria. Existencia de consignación presupuestaria y

precio cierto. **5. Formas de adjudicación.** A) Concurso. a) Inexistencia de prohibición de

que la adjudicación del contrato se haga a uno de los empresarios de una agrupación de empresas. b) Utilización adecuada de las facultades discrecionales por la Administración

adjudicataria. c) Si no se impugnan las condiciones se carece de legitimación para impugnar el concurso cuando no resulte favorecido por la adjudicación. d) Adjudicación impro-

cedente a la propuesta que no es la más ventajosa. e) Nulidad del concurso por ausencia del previo acuerdo del Pleno del Ayuntamiento sobre forma de gestión del servicio público.

6. Régimen jurídico de los contratos administrativos. A) Prerrogativas de la Administración.

a) Control judicial de la facultad de interpretación de los contratos administrativos.

b) Facultad de modificación de la Administración. Principio general de inalterabilidad.

B) Extinción de los contratos administrativos. a) Resolución del contrato con incumplimiento por la Administración del trámite de audiencia al contratista. b) Resolución por incumpli-

miento del contratista. Incautación de la fianza. C) Novación contractual **7. Contratos**

administrativos típicos: especialidades. A) Contrato de obra. a) Certificaciones de obras:

legitimidad del endosante y del endosatario. b) Modificaciones superiores al veinte por

ciento del proyecto. Determinación del importe de las obras. c) Modificación del contrato por la Administración que no constituye incumplimiento contractual: revisión de precios e

indemnización improcedente. d) Demora en la ejecución imputable a la Administración.

Revisión de precios. e) Devengo de certificaciones de obra e IVA. f) Extinción del contrato

por imposibilidad de continuación de la ejecución. B) Contrato de servicio público.

a) Revisión simultánea del canon y tarifas. b) La subida salarial producida según convenio colectivo y prevista contractualmente no constituye un supuesto de revisión de precios ni de ejercicio del *ius variandi*. c) Extinción: indemnización por rescate de la concesión. No aplicación de las reglas de valoración de la Ley del Suelo. d) Improcedencia de reducción del precio por incumplimiento del contratista al observarse irregularidades procedimentales en la actuación de la Administración. C) Contrato de consultoría y asistencia. Exigencia de titulación específica: procedente exclusión de los Ingenieros Agrónomos.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de marzo a mayo de 2001, en el caso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y junio a noviembre de 2000, para la de los Tribunales Superiores de Justicia, no habiéndose detectado ninguna novedad importante. Tan sólo es reseñable la sentencia que califica como contrato innominado el arrendamiento de obras de urbanización sometido a condición suspensiva en cuanto al pago y la sentencias dictadas en relación con los convenios urbanísticos.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A) Contrato innominado: realización de obras de urbanización a cambio de un precio sometido a condición suspensiva

La STS de 10 de mayo de 2001, Ar. 3768, califica como contrato innominado o *sui generis* un contrato de arrendamiento de obras sometido a condición suspensiva en cuanto al pago. Conforme establece el contrato, se debían realizar obras de urbanización en varios sectores de un polígono y, a cambio, el Ayuntamiento debía abonar un determinado precio que se haría efectivo a través de la sucesiva adjudicación de licencias de construcción en esos sectores.

En opinión del TS ha habido un acuerdo de voluntades entre las partes sobre la realización de determinadas obras de urbanización, efectivamente materializadas y sobre un precio reconocido, con lo que el contrato existe, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1254 del Código Civil, si bien el pago del precio se halla sometido a condición suspensiva.

B) Naturaleza de los convenios urbanísticos

La STS de 9 de marzo de 2001, Ar. 2736, recoge la doctrina sentada en la STS de 15 de marzo de 1997, Ar. 1677, en relación con la diferenciación entre los convenios de ges-

ción urbanística, para la gestión o ejecución de un planeamiento ya aprobado, y los convenios de planeamiento, que tienen por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor. Aunque el convenio de planeamiento tenga dicha finalidad no se subsume entre las figuras de las disposiciones de carácter general, de la que participan en cambio las normas de planeamiento que, en su caso, derivan de él. El convenio de planeamiento es, y permanece, en la esfera de los simples convenios, por lo que no cabe su impugnación indirecta por la vía del artículo 39.2 de la LJCA.

Continúa el TS aconsejando tener presente la distinción doctrinal efectuada en la teoría general del Derecho entre el contrato y la convención. La convención no contiene sólo un juego de obligaciones recíprocas o entrecruzadas (contraprestaciones) sino también compromisos paralelos de la Administración y del sujeto que la concierta, dirigidos a un fin coincidente y común, que tiende al aseguramiento futuro de la ejecución de la modificación del Plan cuando, en su caso, se llegue a aprobar el mismo.

La STSJ de Madrid de 26 de octubre de 2000, Ar. 152, se pronuncia también sobre esta cuestión. Recuerda el Tribunal que si bien es cierto que los convenios urbanísticos son auténticos contratos cuyas estipulaciones son declaraciones de voluntad vinculantes para las partes contratantes, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1257 del Código Civil, cuando se incorporan a un instrumento de planeamiento, formando parte del mismo, adquieren carácter reglamentario, pudiendo afirmarse que en tales supuestos los convenios urbanísticos desaparecen al fusionarse con aquél.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

A) Naturaleza privada de un contrato celebrado por Televisión Española, SA

El TS, en su Sentencia de 5 de abril de 2001, Ar. 2889, reiterando una abundante jurisprudencia al respecto, declara la naturaleza privada de un contrato no celebrado por el Ente Público Radiotelevisión Española, sino por Televisión Española, SA. Lo que conduce, consecuentemente, a declarar la falta de competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa.

B) Contratación administrativa del ente público RTVE: actos separables

La STS de 1 de marzo de 2001, Ar. 1838, reitera una consolidada jurisprudencia que establece que los acuerdos de convocatoria y adjudicación de los concursos de contratación del Ente Público tienen la condición de actos separables, sometidos a las normas de contratación administrativa y por eso revisables en la jurisdicción contencioso-administrativa (vid. Justicia Administrativa, núm. 13, crónica de jurisprudencia V, epígrafe 3.A).

4. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Capacidad de los contratistas. Agrupaciones temporales de empresarios

La STS de 26 de abril de 2001, Ar. 3426, analiza el régimen previsto en los artículos 10 LCE y 26 y 27 del RGCE para que la Administración celebre contratos con agrupaciones temporales de empresarios que se constituyan al efecto, que tiene como rasgo principal el de someter el vínculo que así surja a las reglas de las obligaciones solidarias. Y esto lo que supone es que cada una de las personas jurídicas empresariales que integren la agrupación, por lo que hace a los derechos y obligaciones que hayan sido estipulados en el contrato para el contratista, ostentará frente a la Administración contratante la posición jurídica legalmente establecida para aquella clase de obligaciones en los artículos 1137 y siguientes del Código Civil. Éste es el efecto principal y sustantivo de la regulación contenida en los preceptos inicialmente citados y las demás prescripciones que en ellos se establecen han de ser entendidas con un carácter instrumental o subordinado en relación con dicho efecto principal. Así: la exigencia de acreditar la capacidad de obrar de cada empresario, como la de indicar sus nombres y circunstancias, es un requisito que resulta imprescindible para que pueda tener lugar el efecto que es propio de la solidaridad, y que consiste en la posibilidad de que la otra parte del contrato (en este caso, la Administración) pueda exigir a cualquiera de los que se vinculó con carácter solidario, el total cumplimiento de las obligaciones que constituyen el contenido del contrato; y la designación de un representante único, con poderes bastantes para desarrollar la actuación que corresponde a cada uno de los solidariamente obligados, es una regla destinada a facilitar la relación entre éstos y la Administración contratante.

Lo anterior significa que esa agrupación de empresarios, uniones temporales de empresas, no son una figura que por sí sola, y con independencia de las concretas personas de sus componentes, puedan ostentar una diferenciada o segregada capacidad jurídica de obrar para realizar los actos que requiera la dinámica del cumplimiento del contrato administrativo.

B) Consignación presupuestaria. Existencia de consignación presupuestaria y precio cierto

En el caso del que conoce la STS de 1 de marzo de 2001, Ar. 1838, la adjudicataria del contrato no expresó su oferta en moneda nacional, toda vez que la realizó en función del cambio que tuviese el dólar el día que la mercancía se despachase por aduana española. Sin embargo, en el contrato celebrado entre las partes como consecuencia de la aceptación de su oferta no fue incorporada esta cláusula, quedando determinado el precio en una cifra cierta, lo que, para el TS, excluye la eventual infracción basada en una posible incertidumbre del precio, habida cuenta que no se duda de la existencia de consignación presupuestaria suficiente para cubrir aquella cantidad.

5. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Concurso

a) Inexistencia de prohibición de que la adjudicación del contrato se haga a uno de los empresarios de una agrupación de empresas

La STS de 26 de abril de 2001, Ar. 3426, considera que no existe precepto legal o reglamentario alguno que recoja la prohibición de que la adjudicación del contrato se haga a uno de los empresarios que figuró como componente de la agrupación que concurrió como licitadora, y cuando el otro o los otros componentes desistieron de su oferta. A la falta de normativa concreta que lo prohíba ha de sumarse que la solución favorable a la adjudicación es la más conforme con el esquema de ideas que alimentan el principio de libre concurrencia que rige en la contratación administrativa. Y la razón de que así sea es que dicha solución aumenta las posibilidades de la Administración a la hora de buscar una solución en relación con las necesidades o los intereses públicos que mediante la contratación se pretende atender.

b) Utilización adecuada de las facultades discrecionales por la Administración adjudicataria

La STS de 27 de marzo de 2001, Ar. 3148, hace un repaso de la normativa que regula la adjudicación de contratos a través de concurso, así como de la jurisprudencia dictada en torno a esta materia. Con todo concluye que, en el caso examinado, el acto recurrido supuso la utilización de un concepto “proposición más ventajosa” que es un concepto jurídico indeterminado cuya aplicación por la Administración fue controlado indebidamente por la Sala de instancia, que apreció una ausencia de razonabilidad.

También se pronuncian sobre una adecuada utilización por parte de la Administración de sus facultades discrecionales en la adjudicación de un concurso, la STS de 13 de febrero de 2001, Ar. 1819, y la STSJ de Baleares de 13 de noviembre de 2000, Ar. 48.

c) Si no se impugnan las condiciones se carece de legitimación para impugnar el concurso cuando no resulte favorecido por la adjudicación

Si una entidad licitante se somete al concurso tal y como ha sido convocado, sin impugnar las condiciones y bases por las que se rija, tomando parte en el mismo, con presentación de su correspondiente oferta, y prestando su consentimiento tanto a las propias prescripciones de la licitación como a la participación de las restantes entidades, carecerá de legitimación para impugnarlo después, contraviniendo sus “propios actos”, cuando no resulte favorecida por las adjudicaciones, que obviamente, pretendía (STS de 19 de marzo de 2001, Ar. 2880). Esta doctrina puede ceder cuando los vicios denunciados son constitutivos de causa de nulidad de pleno derecho.

En el mismo sentido, STS de 7 de marzo de 2001, Ar. 1842.

d) Adjudicación improcedente a la propuesta que no es la más ventajosa

El TSJ de Asturias (Sentencia de 10 de noviembre de 2000, Ar. 203) acoge la alegación de la parte actora que considera infringido el Pliego, en cuanto a la valoración de la “Propuesta Técnica”, ya que se ha multiplicado la puntuación que se ha dado a todos los concursantes, por un coeficiente, sin que tal extremo estuviera previsto en el Pliego. Esto conduce a adjudicar el concurso a una propuesta que no es la más ventajosa, en su conjunto, por lo que el Tribunal procede a su anulación.

e) Nulidad del concurso por ausencia del previo acuerdo del Pleno del Ayuntamiento sobre forma de gestión del servicio público

La STS de 20 de marzo de 2001, Ar. 2881, afirma la falta de competencia de la Comisión de Gobierno del Ayuntamiento para dictar el acto de convocatoria de concurso y, en consecuencia, nulidad del propio acto y de la posterior adjudicación. Le falta el requisito del previo acuerdo del Pleno sobre la aprobación de la forma en que debía gestionarse el servicio [art. 22.f) de la Ley de Bases de Régimen Local], que es una potestad indelegable en la Comisión de Gobierno.

6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**A) Prerrogativas de la Administración****a) Control judicial de la facultad de interpretación de los contratos administrativos**

La facultad de interpretar las dudas que surjan en la ejecución de los contratos administrativos corresponde a la Administración, pero ello no significa que las decisiones que se adopten en el ejercicio de dicha facultad no sean revisables en vía jurisdiccional, siendo procedente su anulación cuando no son conformes a derecho, como aconteció en el supuesto enjuiciado por la STS de 18 de diciembre de 2000, Ar. 1464/2001.

b) Facultad de modificación de la Administración. Principio general de inalterabilidad

A la vista del art. 51 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales y de lo que impone la normativa sobre contratos del Estado, aplicable a los de las entidades locales, por imperativo del art. 112 del Texto Refundido del Régimen Local, existe un principio general de inalterabilidad de los contratos, salvo las excepciones al régimen general de mantenimiento de las condiciones establecidas en los correspondientes Pliegos, y que, en cuanto tales, exigen una interpretación restrictiva cuyas únicas salvedades vienen constituidas porque hayan sido inicialmente previstas o porque ocasionen una ruptura del equilibrio económico-financiero claramente acreditada o porque resul-

te evidentemente producida por la superveniencia de hechos que alteren dicho equilibrio (STS de 3 de mayo de 2001, Ar. 3433).

B) Extinción de los contratos administrativos

a) Resolución del contrato con incumplimiento por la Administración del trámite de audiencia al contratista

La STS de 18 de abril de 2001, Ar. 2858, anula los acuerdos municipales que rescindieron la relación contractual sin observar los trámites inexcusables que impone la normativa reguladora de los contratos administrativos, entre los que destaca la audiencia al contratista, que en este caso se omitió, impidiendo la formulación de alegaciones en oposición a esta resolución, que habrían determinado la preceptiva consulta al Consejo de Estado. Frente a esta conclusión no cabe aducir que esa resolución pudiera tener lugar sin especiales trámites procedimentales por tratarse de un contrato basado en la “confianza”. Una cosa es que el art. 31.2 de la Ley del Suelo de 1976 autorizara a la Corporación para encargar la redacción del planeamiento a facultativos designados libremente y otra que la libre designación genere una relación de confianza que se erija en base objetiva del negocio y por eso resoluble sin garantías ni cautelas de ninguna clase, pues ello implicaría dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio incondicionado de uno de los contratantes.

b) Resolución por incumplimiento del contratista. Incautación de la fianza

La STS de 16 de enero de 2001, Ar. 213, recoge la jurisprudencia conforme a la cual para aceptar producido un incumplimiento contractual es suficiente que se haya producido un hecho obstaculizador al fin normal del contrato. No es necesaria una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa al cumplimiento del contrato en los términos que se pactó.

Tampoco acepta el Tribunal que la incautación de la fianza constituya una medida sancionadora. La fianza tiene su origen en un acuerdo contractual y lo que determina la responsabilidad que es inherente a ella no es la realización de una conducta reprochable en términos de una culpabilidad de naturaleza punitiva, sino que haya tenido lugar el hecho estipulado para que proceda la exigibilidad de dicha responsabilidad.

En esta misma línea, la STS de 26 de febrero de 2001, Ar. 1829, afirma que no habiendo cumplido la entidad contratista el deber de ejecutar las obras urbanísticas, el aval prestado responde y garantiza la ejecución de dicha obligación, por lo que el Ayuntamiento tiene derecho a exigir a la empresa la ejecución del aval y la entrega de su importe, para que se proceda a realizar con cargo al mismo las obras urbanísticas correspondientes.

C) Novación contractual

La STS de 16 de febrero de 2001, Ar. 1820, conoce de un asunto en el cual se produce una novación del contrato a favor de otra de las empresas licitadoras. El Ayuntamiento aceptó tal cambio y suscribió el contrato, figurando en su clausulado que la entidad contratista se obligaba a la ejecución del servicio de limpieza con estricta sujeción a los Pliegos de Condiciones Técnicas y Económico-administrativas. La nueva empresa prestadora del servicio, por su parte, manifestó su voluntad de aceptar la cesión del contrato con la puntualización de que la prestación del servicio lo haría conforme a una determinada opción, que era una de las ofertadas al concurrir al concurso. En consecuencia, la voluntad manifestada por los contratantes en el nuevo contrato era la de producir una simple novación modificativa, manteniendo en lo esencial el contenido contractual del anterior.

7. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS: ESPECIALIDADES**A) Contrato de obra****a) Certificaciones de obras: legitimidad del endosante y del endosatario**

La STS de 27 de marzo de 2001, Ar. 3149, reitera la jurisprudencia que plantea la posibilidad de que frente a la Administración esté legitimado el cesionario o endosatario. En los términos del artículo 145 del Reglamento General de Contratación del Estado, el endosatario aparece como titular del crédito del contratista contra la Administración, sin que la Administración pueda oponerle las excepciones que tuviera contra el contratista.

Igualmente, consolida la jurisprudencia que reconoce a los endosantes de certificaciones de obra legitimación para la reclamación de intereses, justificándola a partir del dato de ser el verdadero perjudicado, ya que la entidad endosataria descuenta una cantidad variable en función de la cuantía de la certificación.

b) Modificaciones superiores al veinte por ciento del proyecto. Determinación del importe de las obras

Afirma el TS (Sentencia 23 de febrero de 2001, Ar. 1827) que la Administración no puede ir contra sus propios actos, negando la existencia de un proyecto reformado que ella misma suscribió a la hora de la liquidación. Partiendo de esto, la fijación de precios por el exceso de obra correspondiente a ese proyecto reformado —que excedía claramente del 20 por ciento del precio del contrato inicial— debió haberse hecho mediante “contrato independiente” (art. 153 del Reglamento General de Contratación). No habiéndose hecho así, la Administración debe estar a sus propios actos, respetando el importe de ejecución material que ella misma ha calculado para ese exceso de obra.

c) Modificación del contrato por la Administración que no constituye incumplimiento contractual: revisión de precios e indemnización improcedente

Para que además del abono del exceso de obra resulte procedente un derecho a ser indemnizado por la Administración contratante, como consecuencia de incumplimientos que a ésta le puedan ser imputables, es necesario que conste producido un real y concreto resultado lesivo para quien como contratista reclame tal indemnización (STS de 16 de febrero de 2001, Ar. 1821).

d) Demora en la ejecución imputable a la Administración. Revisión de precios

La demora experimentada en la completa ejecución del contrato no es exclusivamente imputable a la contratista, puesto que la Administración contratante aprobó partidas adicionales. Reitera el TS (Sentencia de 5 de marzo de 2001, Ar. 2876) que para que el incumplimiento de los plazos fijados para la ejecución del contrato prive al contratista del derecho a la revisión de precios es requisito indispensable que dicho incumplimiento se haya producido por causa imputable al contratista.

Adicionalmente, el art. 149 RCE determina la obligación de la Administración de reajustar el plazo de ejecución cuando las modificaciones del proyecto representen variación en más o en menos del presupuesto.

e) Devengo de certificaciones de obra e IVA

En el caso de expedición de certificaciones de obra el devengo del IVA se produce en el momento en que aquéllas se expiden o emiten y no en el momento en que las mismas se abonan (STS de 5 de marzo de 2001, Ar. 1529).

f) Extinción del contrato por imposibilidad de continuación de la ejecución

La STSJ de Asturias de 13 de octubre de 2000, Ar. 93, acepta las conclusiones del perito judicial sobre el importe de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al contratista por la imposibilidad de continuar la ejecución de las obras adjudicadas debido a circunstancias descubiertas al inicio de las obras y no previstas en el proyecto inicial.

B) Contrato de servicio público

a) Revisión simultánea del canon y tarifas

La STS de 3 de mayo de 2001, Ar. 3433, considera que nada debe obstar a que, pedida y obtenida por el concesionario la revisión de las tarifas, la Administración fijara al mismo tiempo el canon correspondiente, de conformidad con el Pliego de Condiciones, que establece que el canon de la concesión será revisable anualmente en la misma proporción en que varíe el índice de precios al consumo. Aunque canon y tarifa responden

a una finalidad distinta, ambos conceptos responden a la necesidad de mantener el equilibrio económico-financiero del contrato.

b) La subida salarial producida según convenio colectivo y prevista contractualmente no constituye un supuesto de revisión de precios ni de ejercicio del *ius variandi*

La empresa contratista no podía pedir la revisión de precios computando en el incremento de costes la subida salarial producida según el convenio colectivo de empresa existente ya que, en virtud de las cláusulas del Pliego de condiciones y de las especificadas en su oferta, venía obligada a asumir dichos costes. En consecuencia, afirma el TS en su **Sentencia de 18 de diciembre de 2000**, Ar. 1464/2001, no resulta de aplicación al caso el artículo 57.1.e) del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, siendo procedente dejar sin efecto la revisión de precios acordada por el Ayuntamiento. De los hechos enjuiciados, considera el TS que no se desprende que hayan concurrido las circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que justifiquen la revisión de precios.

Tampoco constituye un supuesto de *ius variandi*, al ser algo ajeno a la voluntad de la Administración contratante. Así lo considera el Tribunal Supremo en **STS de 23 de febrero de 2001**, Ar. 2874, que excluye asimismo que se trate de un hecho imprevisible para el contratista, ya que la periódica negociación colectiva es una incidencia normal en la dinámica de las relaciones laborales, por lo que no encaja en ninguno de los supuestos contemplados en el art. 127.2.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales.

c) Extinción: indemnización por rescate de la concesión. No aplicación de las reglas de valoración de la Ley del Suelo

LA **STS de 20 de abril de 2001**, Ar. 3420, considera que es adecuada la determinación de indemnización realizada en la Sentencia de instancia que se atuvo al precio de un hipotético alquiler, fijado por un Agente de la Propiedad Inmobiliaria, que lo determinó según las reglas del mercado inmobiliario, en lugar de efectuarse según los criterios que recoge el art. 230 del Reglamento de Contratos del Estado. El TS sostiene que este precepto no ha sido infringido, por cuanto el valor del mercado a que se atuvo el perito es uno de los atendibles para la determinación del valor real, según se desprende del artículo 43 de la LEF. No existe razón para que hubiera debido estarse a las reglas de la Ley del Suelo citadas por el recurrente como infringidas, ya que no se estaba frente a una valoración urbanística, sino ante una liquidación contractual por extinción y rescate de concesiones.

d) Improcedencia de reducción del precio por incumplimiento del contratista al observarse irregularidades procedimentales en la actuación de la Administración

La **STS de 13 de febrero de 2001**, Ar. 1818, confirma la Sentencia de instancia que establece el derecho del contratista a que le sea abonado el precio, sin que sea procedente la

reducción por presuntas irregularidades en el desempeño del contrato. El Tribunal señala que en el expediente administrativo se ponen de manifiesto defectos en su tramitación. De un lado, no se siguen los trámites ni del procedimiento sancionador (a pesar de que el propio expediente administrativo lo califica como tal), ni del procedimiento de resolución contractual. La ausencia de estas normas procedimentales son causantes de indefensión al contratista. Por otro lado, considera el TS que los dictámenes técnicos obrantes en las actuaciones del expediente administrativo son insuficientes y presentan notorias deficiencias.

C) Contrato de consultoría y asistencia. Exigencia de titulación específica: procedente exclusión de los Ingenieros Agrónomos

El art. 19 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, permite apreciar la solvencia del contratista para la adjudicación de los contratos administrativos de consultoría, teniendo en cuenta, entre otros, los conocimientos técnicos acreditados mediante la titulación académica y profesional del empresario y del personal de dirección de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato.

La interpretación sistemática de este precepto en relación con el régimen de libertad de pactos establecido en el art. 4 de la misma Ley, denota que, en los contratos de consultoría, la Administración puede establecer como requisito de contratación la acreditación por el contratista de una determinada titulación académica y profesional, siempre que esta condición no sea contraria al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de la buena administración.

La STSJ del País Vasco de 19 de octubre de 2000, Ar. 321, que recoge una abundante jurisprudencia al respecto, sostiene que no puede ser tachada de disconforme con el ordenamiento jurídico la decisión de la Administración de exigir la acreditación de la solvencia técnica del contratista individual y de la dirección del equipo profesional contratista mediante la aportación de una titulación profesional que se corresponde con la competencia profesional exclusiva sobre la actividad más específica que define el objeto del contrato.

JULIA ORTEGA BERNARDO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Administración local. A) El Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales. a) Delegación de competencias: La omisión en las resoluciones administrativas de la indicación de ser adoptados por delegación no es causa de nulidad. b) Impugnación de los acuerdos municipales por los miembros de las corporaciones locales que votaron en contra. B) Estatuto de los miembros de las Entidades Locales. a) Las retribuciones básicas y complementarias de los miembros de las corporaciones locales. C) Organización local. a) Alteración de términos municipales: Interpretación de los requisitos del artículo 13.2 de la Ley 7/1985 para la constitución de nuevos municipios. D) Autonomía local. A) La prohibición de aplicación analógica del artículo 65 de la LBRL. E) El Control de las Entidades Locales. a) Impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales por la Administración del Estado. b) Las relaciones entre el artículo 75 de la LBRL y el artículo 13 del ROF. **3. Colegios profesionales y titulaciones.** A) La necesidad de prueba específica para la homologación del título de doctor en odontología obtenido en la República Dominicana.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

De las sentencias de organización administrativa dictadas por el Tribunal Supremo en los últimos meses hemos seleccionado algunas que introducen matices interesantes en la doctrina jurisprudencial consolidada sobre delegación de competencias, alteración de términos municipales, impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales por el Estado, retribuciones de los miembros de las entidades locales, autonomía local y colegios profesionales y titulaciones

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL

A) El Régimen de funcionamiento de las Entidades Locales

a) Delegación de competencias: La omisión en las resoluciones administrativas de la indicación de ser adoptados por delegación no es causa de nulidad

La STS de 11 de mayo de 2001, Sala Tercera, Ar. 3770, confirma la Sentencia del Tribunal de Instancia en relación a un acuerdo municipal adoptado por el Delegado de Sanidad de un Ayuntamiento que actuaba por Delegación de la Alcaldía-Presidencia, y en virtud del cual, se decretaba la clausura de un restaurante que la recurrente tenía en funcionamiento sin licencia en terrenos inadecuados.

La Sala reconoce que el acuerdo dictado por delegación incumplía la exigencia de hacer constar expresamente esta circunstancia como dispone el apartado 4 del artículo 13 de la Ley 30/1992, pero establece, sin embargo, que dicha infracción no constituye un vicio que determine la nulidad del acuerdo ya que el acto no ha carecido de los requisitos formales necesarios para alcanzar su fin y no ha producido indefensión a la recurrente, por lo que en términos generales se debe concluir que este tipo de vicios son irregularidades no invalidantes.

b) Impugnación de los acuerdos municipales por los miembros de las corporaciones locales que votaron en contra

Las SSTS de 14 de febrero de 2001, Ar. 2872 y de 16 de marzo de 2001, Ar. 2888, relativas ambas a impugnaciones de acuerdos municipales por parte de concejales que votaron en contra de los mismos, declaran que los artículos 63.1.b) de la LBRL y 211 del ROF prevén que, la posibilidad de impugnar los actos y acuerdos de las Entidades Locales se reconoce sólo a los miembros de la corporación que hayan votado en contra, y que en consecuencia, tal prescripción trae consigo: a) que sea innecesaria la notificación a dichos miembros, pues, siendo coautores del acto impugnado, necesariamente tuvieron conocimiento de él desde la fecha misma en que fue adoptado, y b) que el cómputo del correspondiente plazo, en el caso de impugnación de actos de las Entidades Locales por miembros de la propia corporación, debe iniciarse, como regla general, desde el día en que se celebró la sesión del acto impugnado, lo que no es obstáculo sin embargo, para que con carácter excepcional se compute este plazo de manera diferente cuando consten hechos que, en relación a una fecha distinta de la de la sesión, hayan generado la confianza en que sería ésta otra fecha la que se consideraría relevante a estos efectos, como ocurre en el caso de la Sentencia de 16 de marzo donde al tratarse de actos de la corporación local es innecesaria su notificación a los Concejales que votaron en contra de los mismos, pues, siendo coautores de esos actos, la notificación es inútil e innecesaria a los efectos de su posible impugnación, lo que no es obstáculo para que, y ésta es la excepción, si se produce la notificación y se le ofrece la posibilidad de impugnar, se compute el plazo a par-

tir de esta notificación, recayendo la carga de probar a los recurrentes que el recurso se interpuso dentro de plazo a partir de la notificación.

Por su parte, la STS de 14 de febrero considera de acuerdo a estos dos preceptos citados y a lo establecido por el artículo 150.1 de la Ley de Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988, extemporáneo un recurso interpuesto por una de las concejales que votó en contra del acuerdo municipal por el que se aprobó provisionalmente el presupuesto de una Entidad Local, precisamente porque la recurrente tuvo conocimiento del acuerdo correspondiente en la fecha en que se adoptó por lo que el plazo en que debía ser impugnado era el establecido por el artículo 150 de la LHL no existiendo obligación de notificar.

B) El Estatuto de los miembros de las Entidades Locales

a) Las retribuciones básicas y complementarias de los miembros de las corporaciones locales

La STS de 12 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2384, establece la posibilidad de diferenciar dentro de las retribuciones de los miembros de las corporaciones locales entre retribuciones básicas y complementarias diferenciándose éstas de las indemnizaciones por su carácter periódico y fijo.

En este sentido, y siguiendo la línea jurisprudencial establecida por las SSTS de 18 de enero (Ar. 267) y 3 de abril de 2000, esta Sentencia realiza una interpretación flexible del artículo 13 del ROF a la hora de interpretar el significado de los términos “retribución” e “indemnización”. Por este motivo, y según consta en los razonamientos del Tribunal Supremo, el Acuerdo municipal por el que se acordó indemnizar al Alcalde y a los Concejales Delegados del Área con unas cantidades fijas y periódicas en su percepción, no tiene cabida dentro del concepto legal de “indemnización”, pero sí dentro del de “retribución complementaria”. Ésta es la razón que llevó al TS a casar la Sentencia del Tribunal de Instancia y considerar ajustado a derecho el citado Acuerdo municipal en cuestión pues en virtud del principio de conservación de los actos administrativos el acto es conforme a derecho aunque se haya empleado una denominación errónea por parte de la entidad local, que llama indemnizaciones a lo que debió llamar retribuciones complementarias.

En parecidos términos, la STS de 6 de febrero de 2001, Ar. 2458, que luego comentaremos, dispone la posibilidad de que las retribuciones de los miembros de las corporaciones locales, en este caso las del Alcalde, se puedan desglosar en retribuciones básicas y complementarias, lo que no es causa de nulidad por no contradecir ni a la LBRL ni al ROF que nada establecen al respecto.

C) Organización local**a) Alteración de términos municipales: Interpretación de los requisitos del artículo 13.2 de la Ley 7/1985 para la constitución de nuevos municipios**

La STS de 22 de enero de 2001, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 1582, relativa a denegación de la solicitud de segregación de parte del término municipal de Requena (Valencia) para constituir el nuevo municipio independiente de S. Antonio, realiza una interpretación del artículo 13.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, que establece los requisitos que deben concurrir para la constitución de nuevos municipios. En este sentido, toda segregación exige cuanto menos: a) un núcleo de población territorialmente diferenciado y b) que los municipios resultantes cuenten con recursos suficientes para el cumplimiento de las competencias municipales sin disminución de la calidad de los servicios que venían siendo prestados. Sin embargo, como afirma el Tribunal Supremo, y de acuerdo con el Informe del Consejo de Estado de 28 de septiembre de 1989, no basta con la observancia de estos requisitos para que se pueda llevar a efecto con éxito la segregación sino que estos requisitos son sólo el presupuesto mínimo necesario e indispensable para que pueda tomarse en consideración el proyecto de creación. Por ello, la decisión final que se tome, deberá necesariamente ponderar “la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras Administraciones”, lo que significa, la existencia de un margen de discrecionalidad, que no arbitrariedad, a favor del órgano que tenga atribuida la competencia para denegar o admitir la segregación en función de la valoración que se haga de la totalidad de los intereses públicos en juego.

D) Autonomía local**a) La prohibición de aplicación analógica del artículo 65 de la LBRL**

La STS de 22 de diciembre de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2440, hace una interpretación del artículo 65 de la LBRL en el sentido de que dicho precepto, como también recuerda la STS de 12 de febrero de 1992, no se presta a interpretaciones analógicas de la potestad de impugnación, pues de ser ello así se quebrantaría el principio de autonomía municipal consagrado por la Constitución.

Por este motivo, y en el caso que nos ocupa, el acuerdo adoptado por un Ayuntamiento expresando su rechazo a la instalación de un centro penitenciario en la Comarca, debe ser considerado como una simple manifestación de un deseo que no infringe el ordenamiento jurídico, invalidándose la tesis del Abogado del Estado que sostenía su no conformidad a derecho por haberse dictado en una materia sobre la cual las Entidades Locales carecen de competencia. En consecuencia, no cabe extender los efectos jurídicos del artículo 65 por aplicación analógica a las meras manifestaciones de deseos como pretendía el Letrado del Estado.

E) El Control de las Entidades Locales

a) Impugnación de actos y acuerdos de las corporaciones locales por la Administración del Estado

La STS de 19 de enero de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1643, realiza una interpretación del artículo 64 en relación con el 65.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, en el sentido de que la ampliación de la información que pueden exigir el Estado y las Comunidades Autónomas de los actos y acuerdos adoptados por las Comunidades Autónomas debe referirse a información relevante para el supuesto concreto, sólo en este caso, entra en juego la suspensión del cómputo del plazo a que se refiere el artículo 65.2 que se reanudará a partir de la recepción de la documentación interesada.

Pues bien, en el caso que nos ocupa, no puede sostenerse como pretende el Abogado del Estado la aplicación del artículo 64 debido a que la información requerida al Ayuntamiento en cuestión, a juicio del Tribunal de Instancia, y tras el período probatorio, no amplía la información anterior enviada por la corporación local.

b) Las relaciones entre el artículo 75 de la LBRL y el artículo 13 del ROF

La STS de 6 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 2458, antes citada con motivo de las retribuciones complementarias de los miembros de las Entidades Locales, establece en relación con la dedicación exclusiva de los cargos de los miembros de los entes locales a la que se refiere el artículo 13 del ROF, que no hay necesidad de que exista un acuerdo con anterioridad para determinar qué cargos son susceptibles de ser desempeñados en régimen de dedicación exclusiva, pues lo trascendente en estos casos, es la dedicación del cargo en este régimen y su aceptación por el interesado, sin necesidad por tanto, de acuerdo previo. En este mismo sentido, la STS de 3 de julio de 2000, ha establecido que, concurriendo el requisito de la dedicación exclusiva requerida, no tiene trascendencia invalidante la ausencia previa de determinación del cargo como susceptible de desempeño en dicho régimen de dedicación. En los mismos términos también la STS de 3 de julio de 2000, Ar. 3715.

Asimismo, esta Sentencia vuelve abordar conforme a la importante STS de 18 de enero de 2000, Ar. 267, el problema de las indemnizaciones al afirmar que el concepto de indemnización a que se refiere el artículo 75 de la LBRL no se agota en las indemnizaciones a que se refiere al artículo 13 de la ROF porque mientras la Ley, en su artículo 75, habla con generalidad y sin ninguna limitación de indemnización, el Reglamento se refiere a indemnizaciones por gastos, y es sabido que la indemnización por estar destinada, tanto en su significado gramatical, usual o jurídico a resarcir un daño o perjuicio, este daño o perjuicio, tanto puede venir, por un gasto realizado, como por una ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que tal trabajo o dedicación al cargo sea exigido, como en fin, por la pérdida o dedicación de un tiempo a una actividad cuando se podía haber dedicado a otra actividad particular. De lo que se puede inferir que la indemnización por gasto rea-

lizado, a que se refiere el artículo 13 del ROF no agota ni con mucho el concepto genérico y sin concreción alguna de la indemnización que refiere la LBRL.

Por esta razón, y volviendo al caso concreto que contempla la Sentencia, se considera ajustado a derecho la percepción de una cantidad mensual de 63.000 pesetas por los Concejales en concepto de dedicación diaria de un tiempo determinado a sus cargos, tiempo que se detrae de sus ocupaciones habituales, y por tanto, supuesto que tiene cabida, según afirma el Tribunal Supremo, en el apartado segundo del artículo 75 que especifica que los miembros de las corporaciones locales podrán recibir indemnizaciones en la cuantía y las condiciones que acuerde el pleno.

3. COLEGIOS PROFESIONALES Y TITULACIONES

A) La necesidad de prueba específica para homologación del título de doctor en odontología obtenido en la República Dominicana

La STS de 18 de enero de 2001, Sala Tercera, Ar. 4040, viene a desestimar el recurso de casación interpuesto por interesado contra la Sentencia de la Audiencia Nacional en la que se estima el recurso interpuesto por el Colegio Oficial de Odontólogos de España contra la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia que resolvió que el título de Doctor en Odontología obtenido por el interesado en la Universidad Autónoma de Santo Domingo quedaba homologado al título español de Licenciado en Odontología.

Esta Sentencia declara que la Ley 10/1986 impuso taxativamente que para ejercer la profesión de Odontólogo se requiere el título universitario de Licenciado disponiendo en su artículo primero que “la titulación, planes de estudio, régimen de formación y especialización de los Odontólogos se acomodarán a los contenidos, niveles y directrices establecidos en las normas de la Comunidad Económica Europea”. Por su parte, el Real Decreto 970/1986 estableció las directrices generales para la obtención del título, ajustándose a los requisitos de formación exigidos por las Directivas del Consejo de la Unión Europea. Por esta razón, desde la implantación en las Universidades españolas en 1990 de los estudios destinados a obtener el título de Licenciado en Odontología conforme a las Directivas comunitarias, la habilitación para ejercer la profesión debe quedar sometida a las reglas y reglamentaciones del País de establecimiento, entre las que deben incluirse los conocimientos y experiencia clínica exigidos para la obtención del título de Licenciado en Odontología en España.

Del tenor normativo anterior se deduce que el título de Doctor en Odontología expedido en la República Dominicana no puede ser homologado al título actual de Licenciado en Odontología español, acorde ya con las Directivas Comunitarias y normas españolas de adaptación al Derecho Comunitario, cuando no exista la necesaria equivalencia entre ambos. Por otra parte, habiendo dejado de impartirse las enseñanzas del viejo título de Odontólogo, tampoco puede aceptarse la homologación al mismo. No obstante, expues-

VI. Organización Administrativa

to lo anterior, nada impide que dicha homologación quede supeditada a la superación de una prueba de conjunto específica o, en el supuesto particular que prevé la Orden de 21 de octubre de 1992, al seguimiento de una período formativo complementario. Por estas razones, concluye el TS, que la prueba a la que la recurrente debe de ser sometida no es aquella que verse con carácter general sobre todas las materias de la especialidad, sino una prueba restringida a las materias sobre las que se aprecien diferencias formativas. Por lo que para llevar a cabo la misma será preciso que la Administración establezca previamente esas diferencias y, después, la convoque.

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 penales al Derecho administrativo sancionador. B) Alcance de la potestad sancionadora. **2. Reserva de ley.**

A) Contenido de la reserva de Ley en materia sancionadora. B) Reserva de Ley en las relaciones de sujeción especial. C) Prohibición de las normas sancionadoras en blanco. D) Principio de igualdad y ejercicio de la potestad sancionadora. **3. Elementos subjetivos de la infracción.**

A) Necesidad de culpabilidad dolosa o imprudente. Prohibición de la responsabilidad objetiva. B) Exclusión de la culpabilidad por una interpretación razonable de la norma. **4. Concurrencia de infracciones frente a la prohibición de doble sanción. Posibilidad de pena y sanción administrativa a funcionarios.**

5. Procedimiento sancionador. A) Requisitos de las medidas cautelares. B) Incoación del expediente. C) Necesidad de notificar la propuesta de resolución concediendo período de alegaciones. **6. La prueba y la presunción de inocencia.**

A) Presunción de inocencia. B) Valor probatorio de las actas de inspección y de las denuncias realizadas por los vigilantes de la ORA. C) Consecuencia de no practicar o no motivar la denegación de las pruebas propuestas. D) Prueba testifical. **7. La resolución del procedimiento sancionador.** A) Motivación de la resolución. B) Necesidad de firma en la resolución.

8. Extensión de la sanción procedente en cada caso. A) Principio de proporcionalidad. B) Graduación y motivación de la cuantía de la sanción impuesta. **9. Extinción de la responsabilidad.** A) Cómputo del plazo de caducidad del procedimiento sancionador.

B) Imposibilidad de reiniciar un expediente caducado. C) No cabe la prescripción en vía de recurso administrativo. **10. Control contencioso-administrativo de las sanciones: sustitución de una infracción por otra.**

1. CONCEPTO DE SANCIÓN**A) Aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador**

La STS de 5 de marzo de 2001, Sección Tercera, Ar. 2386, recuerda que “una doctrina jurisprudencial tan extensa como reiterada, ha destacado que los principios penales son

de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, (...) en cuanto ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado”.

B) Alcance de la potestad sancionadora

Aclara la STSJ de Murcia de 14 de marzo de 2001, Ar. 350, que:

“la potestad sancionadora de la Administración sitúa a la misma en una posición jurídica de prerrogativa respecto del administrado, que la faculta para imponer a éste, por sí misma, de modo unilateral, y en virtud del privilegio denominado usualmente de autotutela administrativa, una determinada situación jurídica ejecutiva, cual es la posibilidad de imponerle una sanción cuando legalmente proceda, a cuyo efecto no necesita del ejercicio de acciones ante los tribunales de justicia, actuando como actúa en ejercicio de tal potestad. Al gozar el ejercicio de dicha potestad de una presunción *iuris tantum*, se desplaza sobre el interesado la carga de ejercitar, en tiempo y forma, los recursos y acciones que procedan contra el acto administrativo de sanción”.

En el mismo sentido, STSJ de Murcia de 28 de marzo de 2001, Ar. 352.

2. RESERVA DE LEY

A) Contenido de la reserva de Ley en materia sancionadora

La STS de 30 de marzo de 2001, Sección Séptima, Ar. 4143, reitera la doctrina del Tribunal Constitucional según la cual:

“el artículo 25.1 de la Constitución es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora que constituye un verdadero derecho subjetivo de carácter fundamental, que, en sentido material, supone una concreción del principio de seguridad jurídica y, en sentido formal exige el rango formal de ley (...). El alcance de la reserva de ley establecida en el art. 25.1 de la Constitución no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones, como con referencia a los tipos y sanciones penales, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias o, por último, por exigencias de prudencia y oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de la ordenación territorial o por razones materiales (...). La normativa sancionadora resulta constitucionalmente lícita cuando es la ley la que ha de servir de cobertura y quedan suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer”.

B) Reserva de Ley en las relaciones de sujeción especial

En la STS de 16 de marzo de 2001, Sección Séptima, Ar. 2898, ante un caso de sanción de separación definitiva del servivio en el Cuerpo de Policía Autónoma del País Vasco por

VII. Derecho Administrativo Sancionador

condena a un miembro de la Ertzaintza como autor de un delito de colaboración con banda armada, el Tribunal entiende que con respecto al principio de reserva legal (art. 25 CE):

“Tratándose de relaciones especiales de sujeción basta con la existencia de una habilitación en una norma con rango legal y no se requiere en este ámbito contenido material alguno. La STC 2/1987, de 21 de enero, destacó que la reserva de ley en las sanciones administrativas tiene un alcance diferente en el seno de las relaciones de sujeción especial”. En estas relaciones, “el *ius puniendi* no es el genérico del Estado, y en tal medida la propia reserva de Ley pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter insuprimible de la potestad reglamentaria, expresiva de la capacidad propia de autocoordinación, para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antijurídicas. Y la posterior STC 219/1989, de 21 de diciembre, (...) declara que el principio de reserva de ley pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones especiales de sujeción, añadiendo que incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 25.1 CE”.

C) Prohibición de las normas sancionadoras en blanco

La STS de 30 de marzo de 2001, Sección Séptima, Ar. 4143, entiende que la referencia en los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Valencia al “incumplimiento de preceptos legales, estatutarios o reglamentarios o de los acuerdos del Colegio” no cumple los requisitos exigidos por el art. 25.1 CE.

D) Principio de igualdad y ejercicio de la potestad sancionadora

Ante la sanción de separación definitiva del servicio impuesta a un policía de la Ertzaintza por haber sido condenado penalmente como autor de un delito de colaboración con banda armada y frente a la alegación del sancionado de vulneración del principio de igualdad porque a otros compañeros suyos en situación similar no se les impuso la misma sanción, la STS de 16 de marzo de 2001, Sección Séptima, Ar. 2898, sostiene que “el principio de igualdad (...) es demandable en la legalidad y no en la ilegalidad”.

3. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LA INFRACCIÓN

A) Necesidad de culpabilidad dolosa o imprudente. Prohibición de la responsabilidad objetiva

La STSJ de Asturias de 10 de noviembre de 2000, Ar. 204, recuerda que:

“en todo acto sancionador se requiere, para ser conforme a derecho, que en la conducta del sujeto pasivo se den los elementos esenciales para que sea sancionable, siendo uno de estos elementos, en aplicación de la teoría del delito, la culpabilidad dolosa o imprudente

desplegada por el sujeto que sea contraria a la norma y antijurídica, para efectuar correctamente el reproche administrativo”.

En la misma línea, la **STS de 17 de abril de 2001**, Sección Tercera, Ar. 4487, afirma que la absoluta irrelevancia de los factores subjetivos –intencionalidad y error– pone de manifiesto:

“una concepción de la responsabilidad sancionadora objetiva y automática incompatible con las exigencias constitucionales. Pues para la apreciación de la culpabilidad no tienen por qué ser irrelevantes ni la ausencia de intencionalidad ni el error, elementos que, en cuanto demostrativos de la buena fe de un administrado, pueden desempeñar un cierto papel en el análisis de su conducta a los efectos de considerarle culpable o no de una determinada infracción”.

Igualmente, la **STSJ de Aragón de 17 de noviembre de 2000**, Ar. 298, rechaza tajantemente “la posibilidad de admitir en el ámbito del derecho tributario sancionador un principio de responsabilidad objetiva”.

B) Exclusión de la culpabilidad por una interpretación razonable de la norma

En el ámbito sancionador tributario, se mantiene la doctrina que vincula “la culpabilidad del sujeto infractor a la circunstancia de que su conducta no se halle amparada por una interpretación razonable de las normas fiscales” (**STSJ de Galicia de 22 de diciembre de 2000**, Ar. 537). En este sentido, la **STSJ de Aragón de 17 de noviembre de 2000**, Ar. 298, afirma que los términos empleados por la normativa del IAE, en el caso concreto, “no son claros y categóricos y, en el supuesto de que se hubiese cometido una infracción, debería admitirse la ausencia de culpabilidad, dado que en ningún momento la recurrente ha ocultado ni falseado los datos que se le exigían para darse de alta por el IAE”. Igualmente, la **STSJ de Castilla-La Mancha de 29 de enero de 2001**, Ar. 517, excluye la existencia de culpabilidad por una discrepancia razonable sobre la interpretación de la normativa aplicable ya que “el sancionado pudo legítimamente extraer la conclusión de que venía obrando correctamente, lo cual, si bien no puede legitimar la práctica que efectuó, sin que quepa negar el derecho de la Administración a liquidar correctamente, sí debe excluir el elemento de la culpa, sin el cual no cabe la infracción”.

4. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN. POSIBILIDAD DE PENA Y SANCIÓN ADMINISTRATIVA A FUNCIONARIOS

La **STSJ de Cataluña de 24 de octubre de 2000**, Ar. 66, se refiere al *non bis in idem* señalando que aunque este principio:

“no aparezca constitucionalmente consagrado de manera expresa, su existencia con carácter fundamental se desprende en nuestro ordenamiento de su unión al cumplimiento y efi-

VII. Derecho Administrativo Sancionador

cacia de los de legalidad y tipicidad recogidos en el art. 25 de la CE”. Según este principio “no es aceptable que en distintos procedimientos se sancione una misma conducta, lo que entrañaría una inadmisibles reiteración del *ius puniendi* del Estado, salvo que exista un doble interés jurídicamente protegible en dos parcelas distintas del ordenamiento –penal y administrativa– cuyo cumplimiento le es exigible a la misma persona en su doble condición de ciudadano y funcionario al servicio de la Administración. En estos casos, se admite la compatibilidad de una doble sanción, ya que la impuesta en vía administrativa no deriva del ejercicio del *ius puniendi* del Estado, sino del poder disciplinario detentado en virtud de la relación jurídica estatutaria que vincula al funcionario con la Administración que le sanciona, junto con la imposición de la sanción penal”.

5. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Requisitos de las medidas cautelares

La STS de 20 de marzo de 2001, Sección Séptima, Ar. 2532, establece que las medidas cautelares, en concreto la suspensión provisional de funciones del sometido a un expediente disciplinario:

“(…) justamente por este carácter cautelar e instrumental, y por ser una medida limitativa de derechos, es exigible que su adopción sea adecuadamente motivada, en el sentido que en la resolución por la que se acuerda aparezcan los motivos que acrediten su razonabilidad y proporcionalidad en atención a la trascendencia de las infracciones imputadas (...)”.

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que “(...) la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada e irrazonable no será propiamente cautelar, sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso”.

B) Incoación del expediente

La STS de 16 de enero de 2001, Sección Séptima, Ar. 3892, considera que:

“(…) los asertos e imputaciones contenidos en la resolución de incoación de un procedimiento sancionador no tienen el valor de hechos probados ni el de sanción o reproche individual, sino solamente el de apreciaciones de carácter meramente presuntivo, destinadas precisamente a dar a conocer a los interesados la materia objeto de investigación, y a fin de que puedan desarrollar sus garantías de defensa con total plenitud”.

No se vulnera, por tanto, el principio de presunción de inocencia, ni se crea indefensión al encartado.

C) Necesidad de notificar la propuesta de resolución concediendo período de alegaciones

La STS de 10 de mayo de 2001, Sección Tercera, Ar. 4724, recoge la doctrina según la cual:

“cabe afirmar que el derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el art. 24.2 de la Constitución, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y por la consecuencia punitiva que a aquélla se liga en el caso de que se trata. Excepcionalmente, aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible, desde la óptica de la plena satisfacción del derecho fundamental citado, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso”.

En este sentido, según la STSJ del País Vasco de 5 de octubre de 2000, Ar. 195, la falta de notificación de la propuesta de resolución al interesado, le impide la realización de alegaciones así como la aportación de los documentos que tuviera por conveniente, irregularidad que, indefectiblemente le causa indefensión, proscrita por el artículo 24 de la Constitución.

6. LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**A) Presunción de inocencia**

En la STS de 5 de marzo de 2001, Sección Tercera, Ar. 2386, se precisa que:

“la presunción de inocencia, derivada del artículo 24 de la Constitución, (...) no puede ser ni *es iuris et de iure*, sino meramente *iuris tantum*, por lo que de antiguo proclama el Tribunal Constitucional que esa presunción queda salvaguardada cuando por parte de la Administración se ha efectuado una mínima actividad probatoria que pueda calificarse de cargo (...)”.

De otro lado, la presunción de inocencia se relaciona también con la culpabilidad imputable:

“ya que toda resolución sancionadora, sea penal o administrativa, requiere a la par certeza de los hechos imputados, obtenida mediante pruebas de cargo, y certeza del juicio de culpabilidad sobre esos mismos hechos”.

En el mismo sentido, STSJ de Castilla y León de 21 de noviembre de 2000, Ar. 208.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

B) Valor probatorio de las actas de inspección y de las denuncias realizadas por los vigilantes de la ORA

Dice la STS de 23 de abril de 2001, Sección Cuarta, Ar. 4243, que:

“el valor probatorio de las actas elaboradas por los servicios administrativos de inspección, (...) puede ser eficaz para enervar el derecho a la presunción de inocencia, pues no debe confundirse la presunción de validez de los actos administrativos con aquélla (...). La traslación de la presunción de inocencia al ámbito administrativo sancionador sólo cobra sentido cuando la Administración fundamenta su resolución en una presunción de culpabilidad del sancionado carente de elemento probatorio alguno (...).”

El valor probatorio de las actas de inspección, concluye el Tribunal:

“(...) sólo puede referirse a los hechos comprobados directamente por el funcionario, quedando fuera de su alcance las calificaciones jurídicas, los juicios de valor o las simples opiniones que los inspectores consignen en las actas y diligencias”.

Por otra parte, la STSJ de Baleares de 17 de noviembre de 2000, Ar. 220, contiene la doctrina según la que la denuncia formulada por un controlador en zona ORA es equiparable a la de un particular y no tiene fuerza suficiente para acreditar el hecho denunciado, ya que estos controladores en municipios con población superior a 5.000 habitantes “no tienen consideración de agentes de la autoridad, excepto cuando fuesen miembros de la policía local, sin que tampoco puedan tener la cualidad de auxiliares de ésta”. Por tanto, “mientras la simple denuncia carece de fuerza suficiente para acreditar el hecho denunciado, no obstante, la ratificación del denunciante, efectuada tras las alegaciones del demandado, constituye prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia”. En todo caso, termina el Tribunal, “se reconoce fuerza probatoria suficiente a la declaración del auxiliar, siempre que esté debidamente ratificada”.

C) Consecuencia de no practicar o no motivar la denegación de las pruebas propuestas

La STSJ de Extremadura de 30 de noviembre de 2001, Ar. 99, anula la sanción impuesta porque se ha causado indefensión ya que, solicitada la prueba, no consta ni su práctica ni la denegación motivada de su realización. En el mismo sentido, la STSJ del País Vasco de 5 de octubre de 2000, Ar. 195, entiende que “la falta de la práctica de las pruebas propuestas por el recurrente y a mayor abundamiento la falta de resolución expresa sobre las mismas, aun en sentido denegatorio, constituye una infracción del procedimiento administrativo, causante de indefensión al recurrente”.

D) Prueba testifical

En la STSJ de Castilla y León de 21 de noviembre de 2000, Ar. 208, se anula una sanción en materia de tráfico al aceptar el testimonio de dos personas que iban en el vehículo con el sancionado. Con esos testimonios, entiende el Tribunal que la Administración no ha acreditado la infracción imputada al recurrente.

7. LA RESOLUCIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Motivación de la resolución

En la STSJ de Extremadura de 30 de noviembre de 2000, Ar. 99, el Tribunal entiende que “no es motivación la expresión de un precepto y la sanción que se impone, como no lo es la parte dispositiva de una resolución, sino que la motivación ha de explicitar los hechos y su prueba y cómo se incardinan en el precepto aplicado”.

B) Necesidad de firma en la resolución

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 21 de noviembre de 2001, Ar. 209, entiende que procede anular una resolución sancionadora que carece de firma, porque en tal caso no es posible afirmar siquiera que exista tal resolución.

8. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO

A) Principio de proporcionalidad

Según la STS de 5 de marzo de 2001, Sección Tercera, Ar. 2386, el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa:

“(…) ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción”.

Por su parte, la STSJ de Cataluña de 23 de noviembre de 2000, Ar. 107, considera que la proporcionalidad:

“(…) no tiene el alcance de sustituir la discrecionalidad administrativa en el ámbito sancionador, sino la corrección del exceso legal en que incurra la Administración al aplicar aquélla, a través del control de los hechos determinantes del acto sancionador”.

B) Graduación y motivación de la cuantía de la sanción impuesta

La STSJ de Baleares de 26 de enero de 2001, Ar. 330, considera que:

“el principio de legalidad contenido en el art. 25 de la Constitución que exige la preterminación legal de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, no impide

VII. Derecho Administrativo Sancionador

que en el ámbito del derecho administrativo sancionador se utilicen márgenes de graduación estableciéndose franjas cuantitativas o cualitativas para tales sanciones; pero el principio de seguridad jurídica exige que en la resolución sancionadora y al igual que se describe el hecho infractor, se describan y concreten las circunstancias personales o materiales concurrentes que motiven la imposición de la sanción en un determinado punto de la franja. El principio de seguridad jurídica, junto al de proporcionalidad de las sanciones, exige que en la resolución sancionadora se motiven los hechos del caso concreto que justifican dicha graduación”.

Al imponerse la sanción en su tramo máximo sin que el recurrente pueda conocer de forma concreta cuáles son las razones se le está causando indefensión, y por ello debe ser anulada parcialmente imponiéndose la sanción en su cuantía mínima.

9. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

A) Cómputo del plazo de caducidad del procedimiento sancionador

La STS de 23 de mayo de 2001, Sección Tercera, Ar. 4287, señala que la extensión del boletín de denuncia:

“(…) únicamente supone iniciación del expediente sancionador en el supuesto de que se notifique en el acto a los denunciados, y esa iniciación debe entenderse deferida en otro caso al momento en que se produzca el acuerdo correspondiente. Para el cómputo de los plazos a efectos de caducidad del procedimiento se tendrá en cuenta como fecha de iniciación la de incoación por órgano competente, sin que a estos efectos el inicio del cómputo pueda efectuarse a partir de la fecha de la denuncia por el agente. Esta doctrina, referida a las sanciones de tráfico, es perfectamente aplicable a las sanciones en materia de transportes”.

De otro lado, es doctrina jurisprudencial reiterada, recuerda la STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de noviembre de 2000, Sección Segunda, Ar. 62, que:

“el cómputo del plazo de posible caducidad que ha de mediar entre la iniciación del expediente y la resolución que le ponga fin, no puede considerarse válidamente interrumpido en la fecha en que figure adoptada dicha resolución, sino en aquella en que la misma haya sido notificada al interesado, (...) a excepción del especialísimo supuesto de que fuese apreciable una actitud injustificada claramente obstativa por parte del administrado en el recibo de notificación”.

B) Imposibilidad de reiniciar un expediente caducado

La improcedencia de reapertura de un procedimiento sancionador caducado viene reforzada, según la STSJ de Murcia de 14 de marzo de 2001, Ar. 350, por el hecho de que su causa determinante “se halla en la paralización del procedimiento, en cuanto hecho o circunstancia achacable o imputable a la Administración y no al interesado (si la parali-

zación hubiera sido imputable a éste, habría impedido que la caducidad se produjese (...) No parece razonable, entender que, a pesar de la caducidad producida y declarada del procedimiento sancionador, la Administración pueda repetirlo, como si aquella caducidad no existiera legalmente, como si fuera una especie de técnica indiferente, sin función alguna que cumplir, ni trascendencia o efecto jurídico, a pesar de haber sido declarada además específicamente por la propia Administración”. La caducidad tiene el sentido de “imponer para la Administración la exigencia constitucional de actuar de manera eficaz (art. 103 de la Constitución) y dentro de plazo, exigencia cuyo incumplimiento, por inactividad de la Administración, la Ley por ello sanciona”. En el mismo sentido se pronuncia la **STSJ de Murcia de 28 de marzo de 2001**, Ar. 352, añadiendo que “de poderse reiterar el procedimiento sancionador, carecería absolutamente de sentido y fundamento el instituto de la caducidad como forma de terminación del procedimiento por paralización imputable a la Administración”.

C) No cabe la prescripción en vía de recurso administrativo

La **STSJ de Castilla-La Mancha de 18 de diciembre de 2000**, Ar. 410, señala, como hemos dado cuenta en crónicas anteriores, que:

“la demora en la resolución expresa de los recursos administrativos dará lugar a la ficción del silencio negativo o desestimatorio que permita la impugnación jurisdiccional del acto presunto; no utilizada esta posibilidad la resolución expresa tardía podrá tener otras consecuencias en el ámbito de la responsabilidad, pero no dará lugar a una prescripción de la infracción, cuando ésta no se ha producido en su ámbito propio, es decir, en el expediente sancionador que finaliza y culmina con la resolución que impone la sanción. Es decir, el plazo de prescripción se refiere al procedimiento sancionador; si se interpone el recurso ordinario no puede hablarse ya de prescripción. En este sentido, puede concluirse que los recursos en vía administrativa no forman parte del procedimiento sancionador a los efectos de prescripción”.

10. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS SANCIONES: SUSTITUCIÓN DE UNA INFRACCIÓN POR OTRA

En la **STSJ de Madrid de 30 de octubre de 2000**, Ar. 268, entiende el Tribunal que “el hecho infractor no está correctamente tipificado”. Siendo así, anula la infracción recurrida sustituyéndola por otra infracción diferente.

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
MANUEL IZQUIERDO CARRASCO
MANUEL REBOLLO PUIG

VIII. **EXPROPIACIÓN FORZOSA****Sumario:****1. Consideración preliminar. 2. Naturaleza y alcance de la garantía patrimonial.**

A) No cabe reclamación de responsabilidad patrimonial cuando el “daño” patrimonial sufrido es consecuencia de una actuación expropiatoria que produce un demérito sobre un bien no expropiado. B) Los perjuicios derivados del incumplimiento de un convenio urbanístico por parte de la Administración no dan lugar a responsabilidad patrimonial, sino que han de repararse como si de una actuación expropiatoria en vía de hecho se tratase.

3. Causa y objeto de la expropiación. A) La declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación no puede entenderse implícita en los Proyectos de obra autonómicos “contra plan” a los que se refiere el artículo 244.2 del TRLS de 1992.

4. Procedimiento expropiatorio. A) Análisis del supuesto de incoación *ope legis* del expediente expropiatorio, a instancias del interesado, de conformidad con el artículo 69 del TRLS de 1976.

5. Determinación y pago del justiprecio. A) Alcance del principio de congruencia con lo solicitado en las hojas de aprecio. B) La competencia exclusiva del Estado para establecer las garantías expropiatorias determina la inaplicación de la normativa autonómica sobre valoraciones. C) No cabe valorar como expectativa urbanística la plusvalía que genera la construcción de un Centro penitenciario en suelo urbanizable, ni tampoco procede valorar dicho suelo como si de urbanizable se tratase porque en tal supuesto no se produce una individualización arbitraria del suelo afectado. D) 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. Votos particulares que niegan la posibilidad constitucional de establecer un justiprecio con valor nulo.

6. Garantías sustanciales. A) Retasación: no cabe computar deméritos sufridos por el bien de forma que se prive al expropiado de un concepto indemnizatorio que sí fue tenido en cuenta para determinar el justiprecio. B) Reversión: la posesión de hecho de los bienes expropiados por sus antiguos propietarios no impide la reversión, sin que el abono del justiprecio y el disfrute de los bienes como poseedores sea causa de enriquecimiento injusto.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En la presente crónica se comenta la doctrina más señalada recaída en materia expropiatoria a lo largo de los cinco primeros meses de 2001. Sobre todos los pronunciamientos comentados en esta ocasión, destaca sobremanera la jurisprudencia sentada por la STS de 3 de abril de 2001, relativa a los criterios de valoración que han de seguirse para determinar el justiprecio de las acciones y participaciones de capital de ciertas empresas pertenecientes al grupo empresarial de RUMASA. La citada sentencia, en contra del parecer del Tribunal *a quo*, avala la valoración que de dichos títulos participativos había efectuado el Jurado de Expropiación, que fijó en cero pesetas el justiprecio de la expropiación. El pronunciamiento, que se aparta de otros dos precedentes cercanos, cuenta con sendos votos particulares que reflejan la intensidad del debate sostenido en la correspondiente Sección de la Sala Tercera del Supremo, porque se pronuncian en profundidad sobre la cuestión de fondo que late en el fallo: si la nula valoración de un justiprecio es posible desde la perspectiva constitucional o equivale, por el contrario, a un supuesto de confiscación.

2. NATURALEZA Y ALCANCE DE LA GARANTÍA PATRIMONIAL

A) No cabe reclamación de responsabilidad patrimonial cuando el “daño” patrimonial sufrido es consecuencia de una actuación expropiatoria que produce un demérito sobre un bien no expropiado

La STS de 19 de abril de 2001, Ar. 3158, conoce en casación del recurso interpuesto por un Ayuntamiento expropiante contra el acuerdo del Jurado de Expropiación por el que se justipreciaba, entre otros conceptos, el demérito sufrido por un edificio que no había sido expropiado pero quedaba en situación de fuera de ordenación a resultas de la actuación urbanística que dio lugar a la expropiación. La valoración del demérito que sufre el citado edificio como partida integrante del justiprecio es discutida por el Ayuntamiento expropiante argumentando que dicho demérito no era susceptible de ser contemplado en el justiprecio, porque la situación a la que se veía abocado el edificio debería ser compensada, en caso de acreditarse, por la vía de la responsabilidad patrimonial.

El Tribunal Supremo rechaza este argumento recordando la doctrina jurisprudencial que declara que los perjuicios directamente vinculados a la actuación expropiatoria deben ser objeto de valoración en el expediente de justiprecio, en tanto que aquellos otros que no están vinculados a la actuación expropiatoria podrán ser indemnizados, en su caso, por la vía de la responsabilidad patrimonial. El propio Tribunal señala el criterio para discriminar si en el caso examinado nos hallamos ante uno u otro supuesto: si suprimida la actuación expropiatoria desapareciera el perjuicio ello quiere decir que éste debió ser justipreciado en el expediente expropiatorio, que se revelaría así, como causa eficiente del demérito. Este razonamiento avala la corrección de la actuación del Jurado, ya que:

VIII. Expropiación Forzosa

“el edificio en cuestión al quedar al borde de una ‘avenida o carretera principal’ viene condenado a quedar como fuera de ordenación dentro del Plan Urbanístico, asumiendo así la apreciación pericial de que como consecuencia de la expropiación y de las nuevas alineaciones el edificio no expropiado queda ‘de hecho’, ‘fuera de ordenación’ y por tanto condenado a la ruina, al no poder efectuarse en el mismo obras de mejora o conservación. Es claro que de no haber tenido lugar la actuación expropiatoria (...), tal circunstancia de quedar el edificio en cuestión ‘fuera de ordenación’ no se habría producido, por ello el demérito derivado de esta circunstancia es consecuencia directa de la actuación expropiatoria y debe ser objeto de valoración en el expediente de justiprecio”.

B) Los perjuicios derivados del incumplimiento de un convenio urbanístico por parte de la Administración no dan lugar a responsabilidad patrimonial, sino que han de repararse como si de una actuación expropiatoria en vía de hecho se tratase

Según tiene declarado el Tribunal Supremo, el incumplimiento por parte de la Administración de los compromisos acordados en un convenio urbanístico pueden acarrear las consecuencias indemnizatorias que dimanen del principio de responsabilidad. La **STS de 3 de abril de 2001**, Ar. 4150, analiza una reclamación de daños presentada por los propietarios afectados por un convenio urbanístico en virtud del cual cedieron unas parcelas con destino a viales. La reclamación del valor de dichas parcelas se produce por la inejecución del citado convenio a resultas de una modificación del PGOU municipal. La Sala de instancia estimó la pretensión resarcitoria de los recurrentes fundándose en dos argumentos: en primer lugar, que las ventajas económicas y urbanísticas reconocidas por el Ayuntamiento a los reclamantes pudieron ser ejercitadas por éstos antes de la modificación del planeamiento, sin que sea achacable al Ayuntamiento la falta de materialización del derecho de los recurrentes; y, en segundo lugar, que éstos no ejercitaron acción de responsabilidad en plazo a partir del momento en que produjo la revisión del plan.

El Tribunal Supremo rechaza el primero de los argumentos con fundamento en la jurisprudencia que declara que la inactividad de los propietarios en el ejercicio de los derechos que les reconoce un convenio urbanístico no es obstáculo para que la Administración dé cumplimiento a las obligaciones que ella misma contrae por tal convenio. El segundo de los argumentos vencedores en instancia es igualmente rebatido por el Tribunal Supremo, que considera que la prescripción de la acción de responsabilidad por el transcurso del plazo de un año que la Ley fija para su ejercicio no es aplicable al caso. Y no lo es por varias razones: a) porque al derivar el perjuicio del incumplimiento de un convenio se está más bien ante una acción por responsabilidad contractual que extracontractual; b) porque al no tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial sería aplicable el plazo mayor que es aplicable a los créditos contra las Administraciones públicas, o, incluso, el de quince años fijado con carácter general para la prescripción de las acciones personales no sujetas a plazo.

Dicho esto, el Tribunal Supremo casa la sentencia impugnada y entra a resolver el fondo del asunto, lo que conlleva la necesidad de valorar el perjuicio causado a los reclamantes

que cedieron en su día los viales. Es aquí donde reside el mayor interés de la sentencia, pues la valoración de los terrenos cedidos se calcula aplicando la valoración por metro cuadrado que fue acordada por el Jurado de Expropiación para determinar el justiprecio de los terrenos que fueron expropiados en el contexto de la misma actuación urbanística y que habían quedado al margen de las cesiones que se hicieron a favor del Ayuntamiento, incrementando la cuantía resultante con el 5 por ciento en concepto de premio de afección. Es decir, lo que en el fondo hace el Tribunal Supremo es considerar que aquellas cesiones se equiparan, habida cuenta del ulterior incumplimiento del convenio por la Administración, a una expropiación en vía de hecho, cuyo justiprecio es ahora fijado en casación.

3. CAUSA Y OBJETO DE LA EXPROPIACIÓN

A) La declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación no puede entenderse implícita en los Proyectos de obra autonómicos “contra plan” a los que se refiere el artículo 244.2 del TRLS de 1992

El art. 244.2 del TRLS de 1992 (no afectado por la STC 61/1997, de 20 de marzo, y actualmente vigente en virtud de la Disposición Derogatoria de la Ley 6/1998, de 13 de abril, del Suelo) autoriza, mediante la aprobación de un Proyecto de obras por parte de la Administración autonómica, a ejecutar obras que no sean conforme con el planeamiento urbanístico en vigor cuando concurren razones de urgencia o de excepcional interés público. Asimismo, el precepto impone el correlativo deber de iniciar la oportuna modificación o revisión de dicho planeamiento para que tales obras “contra plan” se ajusten al mismo. Apoyándose en esta previsión, la Xunta de Galicia acordó un proyecto de ejecución de obras en el “campus” universitario de Orense y declaró por Decreto la urgente ocupación de los terrenos contemplados en el proyecto. Los propietarios afectados interpusieron un recurso contencioso-administrativo contra los citados acuerdos autonómicos que fue desestimado por la Sala de instancia, y posteriormente formularon un recurso de casación resuelto por el Tribunal Supremo en **STS de 3 de febrero de 2001**, Ar. 2625.

Contrariamente a lo resuelto en instancia, la sentencia del Supremo se hace eco de las pretensiones de los recurrentes y declara haber lugar al recurso de casación conforme a la siguiente argumentación: si bien el art. 244.2 del TRLS de 1992 permite a la Administración autonómica acordar un proyecto urbanístico contra plan en supuestos excepcionales, forzando a modificar el planeamiento para ajustar dichas actuaciones al plan, el Proyecto autonómico no autoriza a la expropiación de los terrenos hasta que no se produzca efectivamente la modificación del plan. De forma que:

“la aprobación del Proyecto no implica la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación de dicho suelo, las que sólo habrían de entenderse implícitas, como establece el artículo 132 del mismo Texto legal, cuando se hubiese aprobado la revisión o modifi-

VIII. Expropiación Forzosa

cación del referido planeamiento urbanístico municipal y éste contemplase, entre sus determinaciones, la actuación en cuestión a ejecutar por el sistema de expropiación, de manera que, como correctamente apunta el representante procesal de la entidad recurrente, la aprobación del Proyecto solamente equivale a un licencia de obras para ejecutar éstas sin ajustarse a las previsiones del planeamiento, pero no implica la declaración de utilidad pública y necesidad de ocupación”.

Quiere ello decir que la competencia autonómica que confiere el art. 244.2 del TRLS de 1992 está limitada a la aprobación del proyecto de obras, pero (a diferencia de lo que prevé el art. 10 de la LEF para los Planes territoriales de obras y servicios) no alcanza a la declaración de la utilidad pública y necesidad de ocupación, por lo que el Decreto autonómico que la acuerda es nulo.

Por otra parte, se debate en la misma sentencia la necesidad o no de Plan Especial para la ejecución del sistema general universitario en que consistía el equipamiento comunitario proyectado por la Xunta. Recordando su doctrina al respecto, el Tribunal Supremo afirma que para la obtención de sistemas por expropiación, dicho planeamiento especial será o no necesario dependiendo del grado de concreción de las determinaciones del Plan General una vez que éste sea revisado para contemplar el equipamiento en cuestión, de forma que si sus previsiones son lo suficientemente precisas y concretas no será necesario la aprobación ulterior de un Plan Especial.

4. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Análisis del supuesto de incoación *ope legis* del expediente expropiatorio, a instancias del interesado, de conformidad con el artículo 69 del TRLS de 1976

La regulación urbanística sobre obtención de sistemas dotacionales prevé la posibilidad de que el propietario de los terrenos que hayan de obtenerse por expropiación por no entrar en las operaciones de equidistribución de cargas y beneficios en la unidad o polígono en el que se encuentren (es decir, terrenos destinados a “actuaciones asistemáticas”) pueda instar la expropiación de sus terrenos. A tal fin, los propietarios podrán dirigirse a la Administración competente una vez que transcurran cinco años desde la aprobación del plan correspondiente, manifestando su propósito de iniciar el expediente de justiprecio. Si transcurren dos años más desde que se efectúe esta advertencia sin que la Administración emprenda la expropiación, el citado expediente se entenderá iniciado “por ministerio de la Ley” a partir del momento en que el interesado presente su hoja de aprecio. Transcurridos tres meses sin que la Administración acepte dicho aprecio, podrá el interesado dirigirse directamente al Jurado Provincial de Expropiación para que fije el justiprecio (art. 69 TRLS de 1976, que es de aplicación supletoria a la legislación autonómica).

La STS de 27 de marzo de 2001, Ar. 2667, analiza esta previsión legal al conocer en casación del recurso entablado por un Ayuntamiento contra el acuerdo del Jurado de

Expropiación que justipreció a instancias del propietario unos terrenos que tendrían que haberse expropiado en el marco de una actuación asistemática que no fue emprendida por el Ayuntamiento. Teniendo en cuenta la escasez de la jurisprudencia recaída sobre el particular, resultan especialmente destacables algunas de las afirmaciones que contiene esta sentencia.

Así, se afirma que en estos supuestos el Ayuntamiento “carece de facultades para decidir sobre la incoación del expediente, pues éste tiene lugar por ministerio de la ley mediante la presentación ante el mismo de la hoja de aprecio”. Además, en caso de producirse, como sucedió en el caso analizado, un acuerdo municipal denegatorio de la incoación del expediente de justiprecio, dicho acuerdo “no produce efectos preclusivos, sino que equivale —en último término— al rechazo de la hoja de aprecio presentada”, por lo que no es menester que sea específicamente impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Junto a estas afirmaciones, es igualmente destacable la conclusión a la que llega la sentencia al analizar las alegaciones que el Ayuntamiento hace respecto del cómputo y efectivo cumplimiento de los plazos que contempla el art. 69 del TRLS de 1976. En este punto, el Tribunal Supremo declara aplicable al caso, por analogía, su consolidada jurisprudencia sobre el incumplimiento de los plazos en los supuestos de reversión por anticipación que contemplaba el art. 54 de la LEF; jurisprudencia que, como sabemos (véase el núm. 4 de esta Revista, págs. 135 y 136), se inspira en la finalidad sustantiva de las formas procesales y en el principio de tutela judicial efectiva. Aplicando, *mutatis mutandi*, esta doctrina, la sentencia acaba afirmando que en el caso de que el interesado advierta a la Administración de su intención de iniciar el expediente de justiprecio una vez transcurridos los cinco años desde la aprobación del plan urbanístico y la Administración deniegue la expropiación, si dicha denegación es recurrida en sede jurisdiccional de manera que al resolverse en esta sede hayan transcurrido ya los dos años que el art. 69 TRLS de 1976 señala sin que la Administración haya acometido la expropiación solicitada, sería contrario al significado y finalidad del recurso remitir de nuevo a la vía administrativa para que se vuelva a retomar allí el procedimiento del mencionado art. 69, forzando al interesado a iniciar posteriormente otro proceso para hacer efectivo un derecho que ya ostentaba en el momento de dictarse sentencia.

5. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

A) Alcance del principio de congruencia con lo solicitado en las hojas de aprecio

La STS de 27 de febrero de 2001, Ar. 2633, precisa la doctrina jurisprudencial según la cual la hoja de aprecio es vinculante para la parte que la presenta en virtud de la doctrina de los actos propios (véase lo dicho al respecto en el núm. 3 de esta Revista, pág. 150). Junto a ello, la citada sentencia afirma que el mismo grado de vinculación es exigible al

VIII. Expropiación Forzosa

Jurado de Expropiación, ya que éste debe fijar el justiprecio, según establece el art. 34 de la LEF, “a la vista de las hojas de aprecio formuladas por los propietarios y por la Administración”. Asimismo, para los Tribunales esta vinculación se infiere en virtud del principio de congruencia procesal, que no tolera la disparidad entre las pretensiones deducidas en vía administrativa y las formuladas en sede jurisdiccional.

También recuerda la sentencia que la vinculación alcanza tanto a los conceptos indemnizables como a la cuantía fijada, por lo que no cabe conceder por cada uno de los conceptos consignados en la hoja de aprecio mayor cantidad que la solicitada en dicha hoja. Sin embargo, no sucede lo mismo respecto de las partidas que la integran, cuya elevación no altera la pretensión deducida siempre que se respete la cuantía máxima de que se trate. Y ello es así, como aclara la sentencia, porque:

“los criterios y métodos de valoración de los diferentes conceptos son heterogéneos, mientras que los que se siguen para justipreciar el mismo bien o derecho resultan homogéneos. Cabe su mutación en tanto no se sobrepase la suma total de unos y otros”.

B) La competencia exclusiva del Estado para establecer las garantías expropiatorias determina la inaplicación de la normativa autonómica sobre valoraciones

La STS de 27 de enero de 2001, Ar. 2624, rechaza un justiprecio fijado por el Jurado Territorial de Expropiación Forzosa de Guipúzcoa que había aplicado los criterios de valoración establecidos por la legislación urbanística del País Vasco en detrimento de los criterios establecidos en la normativa estatal. El rechazo de la valoración alcanzada se debe a la imposibilidad de aplicar normas autonómicas para justipreciar bienes y derechos expropiados, ya que en materia de valoración del suelo a efectos expropiatorios el Estado tiene competencia exclusiva en virtud del art. 149.1.18 CE, tal como ha manifestado el Tribunal Constitucional en sus SSTC 37/1987, de 26 de marzo, 319/1993, de 27 de octubre, y 61/1997, de 20 de marzo. Como señalan estas sentencias:

“la uniformidad normativa impuesta por la Constitución supone la igual configuración y aplicación de las mencionadas garantías expropiatorias en todo el territorio del Estado y, por ende, el estricto respeto y cumplimiento de los criterios y sistema de valoración del justiprecio y del procedimiento establecido por la ley estatal para los distintos tipos o modalidades de expropiación. De este modo, la competencia exclusiva que al Estado reserva el artículo 149.1.18ª impide que los bienes objeto de expropiación puedan ser evaluados con criterios diferentes en unas y otras partes del territorio nacional y que se prive a cualquier ciudadano de alguna de las garantías que comporta el procedimiento expropiatorio”.

Siguiendo consecuentemente esta doctrina, la sentencia comentada añade que sólo se podrían tener en cuenta para calcular el justiprecio normas autonómicas si éstas se ajustan exactamente a las pautas de valoración del suelo contenidas en las leyes estatales aplicables para calcular el justiprecio, cosa que no sucedía con la normativa vasca aplicada en

el caso de autos, por lo que procede acoger las pretensiones de los recurrentes y anular la valoración del Jurado fijando la que corresponde en aplicación de la legislación estatal.

C) No cabe valorar como expectativa urbanística la plusvalía que genera la construcción de un Centro penitenciario en suelo urbanizable, ni tampoco procede valorar dicho suelo como si de urbanizable se tratase porque en tal supuesto no se produce una individualización arbitraria del suelo afectado

Bajo la vigencia del TRLS de 1976, el Tribunal Supremo consideró que el suelo no urbanizable es susceptible de ser valorado teniendo en cuenta sus expectativas urbanísticas (vid. núms. 1, 7 y 8 de esta Revista, págs., respectivamente, 137, 163 y 159). Para que ello fuera posible, la jurisprudencia exigía que tales expectativas fuesen reales y resultaran probadas en función de las diversas circunstancias concurrentes, tales como la proximidad del terreno al suelo urbano o la existencia de servicios e infraestructuras sobre el terreno considerado; y todo ello siempre y cuando dichas expectativas no derivaran exclusivamente de la obra que motivaba la expropiación, pues en tal caso la ponderación de las expectativas urbanísticas sería contraria al art. 36 de la LEF que dispone que “las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes o derechos expropiables al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio, sin tenerse en cuenta las plusvalías que sean consecuencia directa del plano o proyecto de obras que dan lugar a la expropiación y las previsibles para el futuro”.

La STS de 27 de febrero de 2001, Ar. 2633, analiza en casación un fallo de instancia en el que se habían computado las expectativas urbanísticas derivadas de la construcción de un centro penitenciario en suelo no urbanizable, siendo ésta la única circunstancia que justificaba la expropiación. El Tribunal Supremo niega, en consecuencia, la posibilidad de computar en este caso las expectativas urbanísticas porque éstas constituyen la plusvalía que genera la propia obra que motiva la expropiación. Dicho esto, la sentencia añade que tampoco sería aquí aplicable la reciente doctrina que reconoce la posibilidad de valorar los terrenos destinados a sistemas generales en suelo no urbanizable como si de suelo urbanizable se tratase (comentada por nosotros en el núm. 11 de esta Revista). La razón es que dicha jurisprudencia fundamenta la posibilidad de valorar el suelo rústico como urbanizable para evitar que la ejecución de los sistemas o dotaciones previstos suponga una “singularización y aislamiento del suelo afectado” que conlleve un incumplimiento de la obligación de equidistribuir los beneficios y cargas del planeamiento. Es decir, se incumpliría tal obligación si se valorase como no urbanizable un suelo afecto a un sistema general que de natural puede ubicarse tanto en suelo no urbanizable como urbanizable o incluso urbano (por ejemplo, el trazado de la red viaria). Sin embargo, en el caso examinado por esta sentencia se trata de un Centro penitenciario cuya construcción en suelo no urbanizable, dadas las peculiares características de este equipamiento, no puede decirse que suponga una individualización arbitraria del suelo afectado, pues se trata de una instalación de ámbito ajeno al conjunto urbano.

D) 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. Votos particulares que niegan la posibilidad constitucional de establecer un justiprecio con valor nulo

En los últimos años, el Tribunal Supremo se ha enfrentando a los numerosos recursos que han ido planteando los antiguos propietarios de las empresas que componían el holding RUMASA y que fueron expropiadas en virtud del Real Decreto-Ley 2/1983, de 23 de febrero, posteriormente derogado por la Ley 7/1983, de 29 de junio, que surgió de la tramitación parlamentaria de aquél. El grueso de estos recursos se ha referido a la petición de reversión de empresas del citado grupo empresarial. La resolución de los mismos en sede casacional, siempre denegatoria de las pretensiones de los recurrentes, ha estado guiada por la doctrina sentada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su conocida Sentencia de 30 de septiembre de 1991 (algunos de los aspectos más sobresalientes de esta doctrina fueron comentados por nosotros en el núm. 3 de esta Revista, págs. 156 y 157). Más recientemente, el Tribunal Supremo ha empezado a conocer de otros recursos contra las expropiaciones acordadas respecto de las empresas del grupo RUMASA que no se refieren ya a la reversión de las mismas sino a la valoración de las acciones o participaciones representativas del capital de las sociedades expropiadas a los efectos de determinar su justiprecio. Entre este otro grupo de asuntos destacan las SSTs de 16 de septiembre de 1999, Ar. 7928, y de 8 de mayo de 2000, Ar. 5484, y de 22 de febrero de 2001 (Ar. 5383). No obstante, la doctrina sentada por estas sentencias ha sufrido un giro capital a partir de la STS de 3 de abril de 2001, Ar. 4169, el primero en publicarse en el repertorio de jurisprudencia de Aranzadi de una serie de pronunciamientos que abordan por primera vez una cuestión ciertamente novedosa: la posibilidad de declarar ajustado a Derecho los Acuerdos del Jurado de Expropiación que fijan en cero pesetas el valor de los bienes expropiados. La sentencia cuenta, además, con dos votos particulares.

La sentencia conoce de cuatro motivos de casación formulados por la representación procesal de los antiguos propietarios de una de las empresas del holding (Compañía Comercial DPV, SA) y de siete motivos formulados por el Abogado del Estado contra la sentencia pronunciada por la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid el 9 de julio de 1996. Todos los motivos de casación interpuestos por los anteriores propietarios de la compañía expropiada son desestimados, pero se estiman tres de los alegados por el Abogado del Estado, declarando que hay lugar al recurso de casación interpuesto por éste.

La citada sentencia de instancia estimó parcialmente el recurso interpuesto por los propietarios expropiados contra el acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación que fijó en cero pesetas el justiprecio por las acciones de la sociedad DVP, SA, anulando el citado acuerdo y acordando la determinación del justiprecio en fase de ejecución de sentencia de conformidad a las bases de valoración que la propia sentencia fijaba en su fundamentación jurídica y que se inspiraban en los criterios establecidos por el art. 4.4 de la Ley 7/1983, de 29 de junio, en los términos que había sido interpretado por la Sala.

Los motivos esgrimidos por los antiguos propietarios de la empresa expropiada, que se rechazan por el Tribunal Supremo, se refieren a la inaplicación por el Jurado de determinados factores mercantiles que los recurrentes estiman dignos de valoración (el fondo de comercio y el nombre comercial de la empresa); a la supuesta aplicación retroactiva de las normas sobre consolidación de balances establecidas por la Ley 7/1983; a la omisión por el Tribunal *a quo* del pronunciamiento sobre los intereses aplicables; y a la práctica probatoria condicionada al abono anticipado de los peritajes. Por su parte, los motivos de casación presentados por el Abogado del Estado que se desestiman se refieren al alcance de las competencias valorativas del Jurado de Expropiación; a la revalorización del inmovilizado material que hace la sentencia de instancia; a la remisión que hace el Tribunal *a quo* a la fase de ejecución de la sentencia para fijar el justiprecio; y a las propias bases de valoración fijadas en la instancia. Los motivos formulados por el Abogado del Estado que el Tribunal Supremo estima se refieren, respectivamente: a la actividad valorativa del Jurado, que contra lo que dice la Sala de instancia, no se limitó a remitirse a la hoja de aprecio de la Administración, sino que halló por sí mismo el valor real; a la consideración que la Sala de instancia hace respecto a la insuficiente motivación del acuerdo del Jurado (motivo muy unido al anterior); y, finalmente, a la infracción de la regla de presunción de validez de los acuerdos del Jurado.

Como puede comprobarse, los motivos estimados están referidos a la actuación valorativa del Jurado, que es la cuestión capital en la que confluye toda la argumentación jurídica que da lugar al pronunciamiento; pues, no se olvide, el Jurado concluyó que el justiprecio aplicable al caso tenía un valor de cero pesetas porque el balance resultante de la consolidación era nulo, valoración que rechazó la Sala de instancia pero que, a la postre, es la que acaba avalando el Tribunal Supremo.

Sintéticamente, el núcleo de esta cuestión está en la interpretación que deba hacerse del art. 4.4 de la Ley 7/1983. Al aplicar este precepto, el Jurado de Expropiación siguió un doble proceso. En primer lugar, respecto de los accionistas terceros minoritarios la valoración se hace en función del balance de situación de la compañía cerrado a la fecha de la expropiación y a las cuentas de resultados de la sociedad en los tres años anteriores a la misma. El resultado que arroja esta operación es que las acciones de la compañía valen cero pesetas. En segundo lugar, la valoración de las acciones de los accionistas mayoritarios, que son otras compañías del grupo RUMASA, se subsume en la valoración que se deduzca del balance consolidado del grupo, en aplicación de la previsión contenida en el art. 4.4, párrafo 3º, de la Ley 7/1983. El resultado de esta otra operación arroja, igualmente, un valor de cero pesetas por acción. Como se ha dicho, este método valorativo es rechazado por el Tribunal de instancia, que anula el acuerdo del Jurado y posterga la determinación del justiprecio a la fase de ejecución de la sentencia, en la que habrán de seguirse los criterios de valoración que la propia Sala establece al interpretar el citado art. 4.4.

A la vista del acuerdo del Jurado y del razonamiento de instancia, el Tribunal Supremo realiza, por su parte, estas dos afirmaciones capitales (FFJJ 30º y 31º): a) debe aceptar-

VIII. Expropiación Forzosa

se la conclusión del Jurado –aplicando el principio de presunción de su veracidad– según la cual la valoración se realizó en función de un balance en el que el valor contable ha sido ajustado al valor real, por lo que no procede aplicar los criterios de revalorización de activos que la Sala de instancia enunció para que fueran aplicados en fase de ejecución (y que son los que determinaban, en suma, que el justiprecio no tuviese un valor nulo); b) la compañía expropiada pertenecía a un subgrupo empresarial que, a su vez, estaba integrado en el grupo RUMASA, por lo que la valoración de sus acciones debe hacerse con arreglo al método de balances consolidados al que se refiere la Ley 7/1983. Así, una vez obtenido el valor de las acciones de la compañía DVP, SA habrá que consolidarlas con las del subgrupo en un primer momento, y con las de todo el Grupo después, teniendo en cuenta que la consolidación del Grupo “debe hacerse sobre netos patrimoniales y no sobre justiprecios, puesto que éstos pueden ser nulos o positivos, pero no negativos. La consolidación debe hacerse con las técnicas mercantiles usuales (...). Por consiguiente, se aplicarán valores patrimoniales negativos cuando sea el caso, aun cuando el justiprecio de las acciones de la correspondiente empresa antes de la consolidación sea de cero pesetas”. El valor básico de la acción obtenido en la primera consolidación es el que corresponde a los propietarios minoritarios, mientras que los propietarios de las acciones pertenecientes a otras empresas de RUMASA habrán de esperar a que se culmine el proceso de consolidación. En consecuencia, el fallo ordena que se tengan en cuenta estas consideraciones sobre el método de consolidación en la fase de ejecución de la sentencia.

La sentencia cuenta, como se dijo, con dos votos particulares suscritos por los Excmos. Sres. Magistrados D. Ernesto Peces Morate y D. Francisco González Navarro. Los argumentos de los disidentes, que coinciden en lo sustancial, reflejan la intensidad del debate sostenido entre los miembros de la Sección Sexta de la Sala Tercera en torno a la cuestión de fondo que late en el fallo de la Sala: si la nula valoración de un justiprecio es constitucionalmente admisible posible o equivale, por el contrario, a una confiscación.

Respecto a esta última cuestión, los razonamientos de ambos Magistrados discurren por el mismo camino y alcanzan la misma conclusión. Tras glosar minuciosamente la jurisprudencia constitucional recaída en materia de garantías expropiatorias y la dictaminada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al art. 1 del Protocolo Adicional Primero (esencialmente, la capital doctrina sentada por la STEDH de 23 de noviembre de 2000 en el asunto de la exfamilia Real Griega contra Grecia, comentada por nosotros en el número 12 de esta Revista), ambos Magistrados llegan a la conclusión de que tanto la Constitución como los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos de los que España es parte, sientan el principio de interdicción de las confiscaciones (en este punto, son especialmente fundados y detallados los argumentos y la jurisprudencia esgrimidos por el Magistrado González Navarro). Ambos entienden, además, que si una expropiación carece de justiprecio o éste es puramente simbólico se transforma en una confiscación inconstitucional. Con ello, lo que en realidad discuten estos Magistrados es la constitucionalidad de un método valorativo (el establecido en la Ley 7/1983) cuya aplicación puede dar lugar a una valoración nula del bien expropiado. Así, en palabras del Magistrado Peces Morate:

“La lógica e indiscutible asunción de las deudas de las sociedades, cuyas acciones representativas de su íntegro capital social fueron adquiridas por expropiación subrogándose la Administración beneficiaria en las facultades de sus órganos de representación, no justifica la privación del derecho de los titulares de las acciones expropiadas a obtener la correspondiente indemnización.

Parece evidente que las acciones de una sociedad cuyo pasivo supera al activo, no pueden valorarse, a efectos de fijar el justiprecio a pagar a los accionistas expropiados, con técnicas contables meramente, pues de hacerse así, se puede llegar, como en este caso, a unos resultados negativos incompatibles con el significado de la indemnización derivada de la privación coactiva de bienes o derechos, por lo que es preciso hacer uso de las facultades conferidas por el artículo 43 de la LEF para fijar un justiprecio no puramente simbólico a favor de los accionistas expropiados.”

Conclusión esta a la que también llega el Magistrado González Navarro, que tras ilustrar el riesgo de “trampa saducea –sic–” que tiene el mecanismo de consolidación de balances, señala la necesidad de evitar una aplicación ciega de dicho mecanismo dejando la determinación del justiprecio al albur de un balance contable que haya de hacerse en ejecución de la sentencia. Propone este Magistrado que las técnicas de valoración contables se apliquen con un margen de libertad estimativa que, mediante la utilización del art. 43 de la LEF, permita evitar el resultado materialmente confiscatorio al que llega el fallo.

De esta forma, ambos Magistrados se inclinan por la conveniencia de fijar en la propia sentencia la indemnización correspondiente, sin dejar su determinación a la fase de ejecución, salvo que se estableciesen unas bases muy concretas que permitan un cálculo preciso del justiprecio a la hora de ejecutar la sentencia.

6. GARANTÍAS SUSTANCIALES

A) Retasación: no cabe computar deméritos sufridos por el bien de forma que se prive al expropiado de un concepto indemnizatorio que sí fue tenido en cuenta para determinar el justiprecio

La STS de 17 de marzo de 2001, Ar. 4144, conoce de un supuesto de retasación en el que, en contra de la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo sobre la interpretación conjunta de los arts. 58 y 36.1 de la LEF, se retasó el bien expropiado teniendo en cuenta la minusvalía provocada por el proyecto de obras que dio lugar a la expropiación. La desestimación por sentencia de instancia del recurso contencioso-administrativo interpuesto en su día contra el acuerdo de retasación del Jurado de Expropiación es corregida en esta sentencia en la que, aplicando su consolidada jurisprudencia al respecto, el Tribunal Supremo declara que hay lugar al recurso de casación porque:

“la naturaleza de la retasación impide tener en cuenta las ulteriores degradaciones que sufra el destino urbanístico del terreno expropiado, ya que aquélla tiende a evitar los per-

VIII. Expropiación Forzosa

juicios que de la demora en el pago del justiprecio pudieran derivarse para el titular de los bienes o derechos expropiados, que, de lo contrario, se vería gravado con las consecuencias adversas de tal demora, entre ellas la minusvalía producida por el proyecto de obras que determinó la expropiación”.

Por lo tanto, el significado de la retasación no admite una interpretación desnaturalizadora del art. 58 de la LEF, de manera que deben computarse los incrementos de valor siempre que sean ajenos al proyecto de obras que motivó la expropiación, pero no los deméritos o minusvalías sufridos por la cosa, ya se deban éstos al proyecto expropiatorio o a otra causa. O, más claramente, que:

“si dicho bien o derecho expropiado experimentase por causas ajenas al plan o proyecto de obras legitimador de la expropiación, un incremento de valor, la retasación permite que el propietario se beneficie de éste (...), pero si aquéllos sufren cualquier demérito, la retasación, como institución para lograr la plena indemnidad por la demora en el pago del justiprecio, no justifica que las consecuencias de esta demora repercutan en quien fue expropiado de un bien o derecho con un valor superior al que posteriormente vino a tener por efecto del propio plan o proyecto de obras determinante de la expropiación o por la disminución del aprovechamiento urbanístico que el planeamiento vigente en el momento de la expropiación le hubiera permitido tener”.

El Tribunal a quo desconoce esta doctrina por cuanto confirma el acuerdo de retasación del Jurado basándose en el hecho de que el titular de la finca no había adquirido las facultades urbanísticas que le permitían patrimonializar el aprovechamiento urbanístico por no haberse aprobado aún el instrumento de planeamiento pertinente, a pesar de que esta posibilidad fue erradicada por la ocupación de la finca como consecuencia de la expropiación, por lo que el derecho de aprovechamiento del que fue privado con la expropiación ha de ser también indemnizado al llevarse a cabo la retasación, pues de lo contrario se estaría transformando esta institución en un instrumento causante de un perjuicio consistente en privar al expropiado del valor del suelo que ya le había sido reconocido en el originario acuerdo de justiprecio.

B) Reversión: la posesión de hecho de los bienes expropiados por sus antiguos propietarios no impide la reversión, sin que el abono del justiprecio y el disfrute de los bienes como poseedores sea causa de enriquecimiento injusto

La STS de 10 de mayo de 2001, Ar. 4229, analiza la solicitud de reversión ejercida sobre unos terrenos que fueron expropiados por el Estado para la construcción de la línea de ferrocarril Santander-Ciudad. Una vez ocupados los terrenos se iniciaron algunas de las obras estructurales que requería la implantación de la línea (explanaciones, túneles y puentes) que no llegaron a concluirse, llegando a estar paralizadas y abandonadas por un período que se prolongó durante cuarenta años, hasta que el Consejo de Ministros adoptó formalmente un Acuerdo, notificado a los posibles reversionistas, en el que se renunciaba definitivamente a la ejecución de las obras. Instada por aquéllos la reversión de los terrenos, la Administración la deniega argumentando, sustancialmente, que durante el largo período en que estuvieron paralizadas las obras los antiguos propietarios, ahora

reversionistas, recuperaron la posesión de hecho de las fincas, hecho que, unido a la originaria percepción del justiprecio, ha motivado un enriquecimiento injusto a favor de los expropiados.

La sentencia comentada ampara, sin embargo, la pretensión de los reversionistas al considerar que el hecho de que éstos retomaran la posesión de las fincas expropiadas no puede considerarse enriquecimiento injusto, pues éste requiere el correlativo empobrecimiento de la otra parte; esto es, una debida conexión entre enriquecimiento y empobrecimiento que no se produjo en este caso, donde lo que hubo fue una prolongada inactividad de la Administración para dar efectividad a la *causa expropriandi* y una tolerancia de ésta respecto de la ocupación posesoria de los antiguos propietarios, pues no ejerció, pudiendo hacerlo, sus facultades de recuperación de oficio de los bienes con el fin de cumplir los fines de la expropiación.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT REINA

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Delimitación del concepto de responsabilidad y limitación constitucional del derecho de propiedad. 3. Objetividad del sistema y relación de causalidad. A) Carga de la prueba en supuestos de daños hospitalarios. B) Intervención de la víctima en la producción del daño. 4. Antijuridicidad del daño y deber de soportarlo. Contagio del virus de la hepatitis C y cláusula del estado de los conocimientos. 5. Daño. Compatibilidad entre pensión extraordinaria e indemnización por daños. 6. Acción de responsabilidad y procedimiento. Interrupción del plazo de prescripción por el ejercicio de acción penal. 7. Principio de unidad jurisdiccional. 8. Responsabilidad del poder judicial. Plazo para instar la declaración de error judicial.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En esta materia es siempre dificultoso escoger la jurisprudencia a resaltar dado que prácticamente todas vienen a aportar matices nuevos que contribuyen a completar la encarnadura de una institución tan central para todo el sistema de la acción pública y tan necesitada de soluciones matizadas dado los casi infinitos casos a los que ha de dar respuesta.

En razón a la enorme importancia que para el instituto tiene el problema de la carga de la prueba —en buena medida la efectividad de la garantía de la responsabilidad de la Administración depende de cómo sea tratado el *onus probandi*— merece destacarse la doctrina, cada vez más pujante, que reparte esa carga con arreglo al criterio de la *facilidad*, es decir, en función de qué parte esté en mejores y más razonables condiciones de aportar pruebas.

Se consolida la erradicación de los daños derivados de los “riesgos del desarrollo” de la categoría de la fuerza mayor, ubicándose de forma correcta en sede de la antijuricidad en cuyo seno habrá que dilucidar cuándo los daños desconocidos por el mundo de la ciencia deben ser o no soportados por los damnificados.

Por último hay que destacar algunos pronunciamientos que abordan (aunque para un ámbito específico y restringido) el tema de la compatibilidad o no de las indemnizaciones por responsabilidad extracontractual con las que derivan de aseguramientos, sean

públicos o privados; una cuestión cada vez más presente en los procedimientos de responsabilidad y que está precisada de una doctrina general que responda a todos los supuestos.

2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD Y LIMITACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD

Traemos a colación dos Sentencias sobre un mismo supuesto: los daños que conllevó la declaración de sobreexplotación del acuífero subterráneo del Campo de Montiel realizada por RD 393/1998, de 22 de abril, al privar temporalmente a los titulares del dominio privado sobre aguas subterráneas de su uso para riego. Se trata de las **SSTS de 20 de enero de 2001**, Ar. 3820, y **de 27 de abril de 2001**, Ar. 4223. El TS reitera la solución acogida a partir de su Sentencia de 18 de marzo de 1999, Ar. 3153, en la que adoptó un criterio diverso al hasta entonces sustentado en sus pronunciamientos recaídos sobre el mismo supuesto. De acuerdo con esta reciente línea jurisprudencial, el menoscabo patrimonial sufrido por los titulares de aguas subterráneas se inserta en las naturales limitaciones de uso y aprovechamiento derivadas del estatuto jurídico de las aguas privadas subterráneas, exponentes de la nueva concepción del derecho de propiedad. De este modo, existirá responsabilidad sólo cuando haya privación o limitación singular. De lo contrario, cuando la medida está dotada de la debida generalidad, como es el caso, se trata de una delimitación ordinaria de tal dominio privado que no genera derecho alguno a compensación económica.

3. OBJETIVIDAD DEL SISTEMA Y RELACIÓN DE CAUSALIDAD

A) Carga de la prueba en supuestos de daños hospitalarios

La **STS de 6 de febrero de 2001**, Sala de lo Civil, Ar. 2233, enjuicia un supuesto de daños quirúrgicos. Un paciente ingresa en el servicio de urgencias de un hospital público aquejado de dolor opresivo precordial. Se le administra un fármaco, pero no experimenta mejoría, no obstante lo cual no se le prescriben radiografías ni se le hace prueba adicional alguna. Poco después, fallece. El TS estima que ha habido negligencia médica. Interesa resaltar una consideración en torno a la carga de la prueba. Como es sabido, la jurisprudencia es reiterada en la imposición de dicha carga sobre el demandante. Ahora bien, cuando lo que se alega es una omisión de la diligencia debida, o sea, la falta de realización de las actuaciones médicas pertinentes, la acreditación de que sí se llevaron a cabo corresponde a quien está en situación de hacerlo, en este caso, la Administración, sin que ello suponga una inversión de los principios generales en torno a la carga de la prueba, sino una consecuencia natural de las posibilidades probatorias que, de facto, tienen una y otra parte:

“Ha de afirmarse, ante todo, que no puede deducirse de cuanto se expone que se pretenden someter al organismo demandado al rigor de una inversión de la carga de la prueba,

sino que simplemente se está poniendo de manifiesto que es dicha institución quien dispone de facilidad para aportar las pruebas acerca de la diligencia y normalidad en el funcionamiento de sus Servicios y Centros y, en este caso, la de carácter instrumental que podría acreditar la realización de los electrocardiogramas mencionados. Su omisión reduce la existencia de tales pruebas médicas a simple alegación unilateral de parte, carente de toda demostración.”

Se trata de una solución razonable, que evita situar al paciente en la indefensión de tener que acreditar omisiones, esto es, que desarrollar una *diabolica probatio*.

B) Intervención de la víctima en la producción del daño

No son pocos los casos en que, en la producción del daño, concurre un funcionamiento anormal del servicio público y un comportamiento negligente de la víctima. Se trata, entonces, de ponderar si, en aplicación de la teoría de la causalidad adecuada, el daño ha de imputarse por entero a la Administración (que deberá, entonces, reparar el daño en su integridad), si la concurrencia de causas impone un reparto de la carga indemnizatoria (la Administración abonará sólo la parte del daño asociada a su intervención, lo que lleva, generalmente, que asuma la satisfacción del cincuenta por ciento de su cuantía) o si la conducta negligente del dañado es tal que llega a romper el nexo de causalidad adecuada entre la actuación administrativa y el daño (en cuyo caso, la Administración no responde).

Traemos aquí dos ejemplos de este género de asuntos, que conllevan en la mayoría de los casos complejas disquisiciones sobre el grado de causalidad atribuible, respectivamente, a la actuación de la Administración y de la víctima, disquisiciones en las que de forma no confesada, aunque latente y perceptible suele aflorar el criterio de la culpabilidad como elemento de medida del comportamiento de cada parte, perspectiva que no obstante ha de quedar oculta y proscrita —a veces es exhibida de forma paladina— en cuanto extraña al sistema de responsabilidad objetiva en el que el nexo de causalidad ha de soportar el peso conceptual y técnico para determinar la indemnizabilidad de los daños.

— La STS de 22 de febrero de 2001, Sala de lo Civil, Ar. 2243, tiene como presupuesto el atropello por un tren de unas personas que circulaban en ciclomotor por un puente metálico habilitado sólo para el paso de ferrocarriles. El conductor del tren hizo sonar el silbato cuando los divisó y accionó el sistema de frenado, logrando detener el tren en espacio de unos cuatrocientos metros, pero ello no consiguió evitar el impacto. A algo más de un kilómetro se encontraba otro puente, éste sí habilitado para el tránsito de personas. RENFE alega que el tránsito por puentes destinados a ferrocarriles está legalmente prohibido, y que además había signos visibles de advertencia del riesgo, a lo que se une que el propio trazado del puente dificultaba la mera posibilidad de transitarlo. Pues bien, aun en tales circunstancias, el TS estima que la creación de un riesgo consecuente

al ejercicio de una actividad lícita conlleva la obligación de establecer medidas de seguridad, no ya sólo en forma de advertencia, sino que impidan físicamente el paso, de lo que deriva la responsabilidad administrativa. Ésta ni tan siquiera se modera por la conducta de la víctima, manteniendo así el TS la decisión del tribunal de instancia.

– Por su parte, el supuesto enjuiciado en la **STS de 3 de mayo de 2001**, Ar. 4227, es el de un participante en un festejo popular con reses que cae desde el pretil de un puente donde se encontraba encaramado, citando a las reses mediante gritos y aspavientos. El accidente se produce en una zona no destinada al público y a pesar de que se había adosado al pretil una valla de 1,50 metros de altura para proteger a corredores y reses de la caída al río. A pesar de todo ello, el TS estima que la protección de la zona no era la más adecuada, y declara la responsabilidad administrativa. No obstante, esta vez sí valora la conducta del actor como cooperante a la producción del daño, estimando que, a pesar de no romper el nexo de causalidad, debe llevar a moderar la indemnización.

En definitiva, las Sentencias comentadas ponen de relieve dos datos. De una parte, que el TS exige un estándar muy elevado de diligencia administrativa, de forma que, en el momento en que identifica una insuficiencia en la obligación de evitar riesgos (esto es, un elemento de anormalidad), afirma la existencia de nexo causal, a pesar de que la víctima haya contribuido decisivamente a la producción del daño. De otra, que la valoración *ad casum* de cuándo ha de moderarse la indemnización y cuándo, por el contrario, la Administración ha de responder íntegramente implica, necesariamente, un juicio muy apegado al *factum* de cada asunto —no hay en esta materia dos supuestos iguales— en los que concurren datos y circunstancias particulares (de tipo personal, de tiempo, de lugar, etc.) que abocan a soluciones en las que subyace de forma notable el juego de la discrecionalidad.

4. ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO Y DEBER DE SOPORTARLO. CONTAGIO DEL VIRUS DE LA HEPATITIS C Y CLÁUSULA DEL ESTADO DE LOS CONOCIMIENTOS

La **STS de 19 de abril de 2001**, Ar. 2896, ahonda en el decidido esfuerzo de la Sala Tercera del TS, al hilo de cada asunto de esta naturaleza que se le plantea, por perfilar el alcance de la cláusula del estado de los conocimientos introducida por la Ley 4/1999 en el art. 141.1 LPC. Se trata de un caso de contagio del virus de la hepatitis C por transfusión sanguínea efectuada en un hospital público. Tras reiterar que estos supuestos han de considerarse como daños continuados a los efectos del cómputo del plazo, hasta tanto no haya una determinación de las secuelas definitivas, el TS enjuicia la valoración que merece el dato de que la transfusión tuviera lugar en junio de 1989. Comienza descartando que se trate, en ningún caso, de un supuesto de fuerza mayor, pues no concurren las notas de determinación irresistible y exterioridad, desprendiéndose así definitivamente del lastre que ha supuesto la incardinación de estos asuntos en la dialéctica caso fortuito-fuerza mayor, superación de la que ya hemos dejado constancia en números precedentes de esta misma Revista.

La ubicación del problema ha de situarse, por el contrario, en la concurrencia o no del requisito del daño antijurídico; en el supuesto examinado no ya por aplicación del art. 141.1 LPC citado, inaplicable *ratione temporis*, sino de la jurisprudencia anterior que dicho artículo vino a refrendar. Para enjuiciar si, en efecto, podía considerarse en junio de 1989 que el estado de los conocimientos hacía imprevisible o inevitable el contagio, tiene en cuenta que en mayo de 1988, tres investigadores aislaron el virus, si bien la patente no se publicó en el Boletín de la Organización Mundial de la Salud hasta el 1 de junio de 1989, siendo en ese año cuando empezaron a desarrollarse procedimientos de detección del virus, que se publicaron por vez primera en la revista internacional *Science* en octubre de 1989. Sólo en el inicio de 1990 se dispuso comercialmente de los reactivos que posibilitaron la detección de anticuerpos frente a dicho virus. Este detallado examen de los antecedentes lleva al TS a concluir que en junio de 1989 era imposible detectar el virus, y, por tanto, el particular está obligado a soportar el daño. Por su parte, en la **STS de 10 de febrero de 2001**, Ar. 2629, la transfusión se realizó en 1981, por lo que no se hace necesaria tal indagación pormenorizada para establecer la obligación del paciente de soportar el daño.

Puede observarse que el TS parece referir el momento clave a la fecha en que es posible evitar el daño (esto es, el momento en el que se comercializan las pruebas de detección) y no a aquélla en que es posible preverlo (que se corresponde con la fecha en que se publica la existencia del virus y la forma de contagio). En todo caso, ha de reseñarse el notable esfuerzo clarificador que supone este pronunciamiento.

5. DAÑO. COMPATIBILIDAD ENTRE PENSIÓN EXTRAORDINARIA E INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS

En el período de esta crónica, el TS ha tenido ocasión de pronunciarse sobre una cuestión que no se encuentra nítidamente resuelta en la jurisprudencia del TS: el alcance de la compatibilidad entre pensiones extraordinarias e indemnización por daños. La jurisprudencia reciente proclama la compatibilidad de ambas, al derivar de títulos jurídicos distintos, a la vez que puntualiza que es necesario, no obstante, tomar en consideración la pensión concedida a la hora de calcular la posible indemnización. Sin embargo, en no pocas ocasiones, el TS concede *in integrum* la suma reclamada en concepto de indemnización por responsabilidad extracontractual, sin proceder a minorar efectivamente dicha suma teniendo en cuenta el importe de la pensión extraordinaria concedida previamente por la Administración.

Las Sentencias que siguen contribuyen a ir perfilando una doctrina que es de todo punto necesaria. Los supuestos examinados no agotan, como se verá, los muy diversos supuestos en que es preciso conjugar la indemnización obtenible por vía de la responsabilidad extracontractual cuando concurre con indemnizaciones derivadas de aseguramientos diversos, sean prestaciones públicas —ámbito en el que parece bastante afirmado el criterio de la compatibilidad de indemnizaciones— o seguros privados en los que parece jugar el principio contrario, lo cual no parece razonable. En las Sentencias que comentamos se toman en cuenta las dos indemnizaciones de carácter público, conjugándolas para producir el resultado de la reparación integral; pero sólo y nada más que éste.

– En la **STS de 10 de mayo de 2001**, Ar. 4177, un recluta sufre lesiones físicas, y obtiene una pensión extraordinaria en aplicación del RD 1234/1990, de 11 de octubre. El TS entiende que el recurrente no ha acreditado que los daños sufridos sean superiores a la indemnización recibida y, por ello, considera satisfecho el principio de reparación integral, ya que no se ha probado que el recluta ejerciera profesión alguna, ni que el alcance de la lesión sea superior al que resulta del acta del Tribunal Médico, y máxime teniendo en cuenta que, aplicando el baremo de la Ley 30/1995, la indemnización que le correspondería sería incluso menor a la pensión reconocida.

– La **STS de 31 de mayo de 2001**, Ar. 4197, tiene como antecedente el fallecimiento de un militar al lanzarse en paracaídas y producirse un fallo en el sistema de apertura. El TS rebate la argumentación del tribunal de instancia, que había establecido la prioridad temporal entre la fijación de la pensión extraordinaria por fallecimiento en acto de servicio, por aplicación del citado RD 1234/1990, de 11 de octubre, y la fijación de la indemnización por responsabilidad extracontractual. Atendidas las circunstancias personales del soldado fallecido, que contaba con diecinueve años, y de los reclamantes —sus padres— fija una indemnización para cada uno de ellos de cuatro millones de pesetas, que debe actualizarse desde la fecha del accidente, cantidades que se entienden compatibles con la pensión de 44.625 pesetas en cómputo anual reconocida a favor de cada uno de los padres.

En definitiva, como puede observarse, en estos pronunciamientos el TS sí toma en consideración las cantidades recibidas, y, en una valoración necesariamente discrecional, reconoce el derecho a indemnización sólo cuando estima que la pensión es insuficiente. Ésa parece ser, añadiríamos, la solución más correcta.

6. ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD Y PROCEDIMIENTO. INTERRUPCIÓN DEL PLAZO DE PRESCRIPCIÓN POR EL EJERCICIO DE ACCIÓN PENAL

La **STS de 23 de enero de 2001**, Ar. 2408, resulta valiosa por cuanto interpreta el alcance del efecto interruptivo que el ejercicio de acción penal puede tener sobre el plazo de prescripción de la acción indemnizatoria administrativa, tema sobre el cual la Ley 4/1999 introdujo una modificación en la Ley 30/1992.

El art. 146.2 LPC establecía, en su redacción originaria, que la exigencia de responsabilidad al personal al servicio de las Administraciones públicas no interrumpía el plazo de prescripción para iniciar el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo cuando la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal fuera necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial. Para el TS, este precepto ha de conectarse con el art. 121 CP, que proclama la responsabilidad subsidiaria de la Administración por los daños causados por los funcionarios o agentes en el ejercicio de sus cargos cuando son declarados penalmente responsables. Por tanto, ha de interpretarse que la interrupción:

IX. Responsabilidad Administrativa

“se produce en todos aquellos casos en los cuales dicho proceso penal versa sobre hechos susceptibles en apariencia de ser fijados por el mismo con trascendencia para la concreción de la responsabilidad patrimonial de la Administración, pues otra interpretación colocaría al administrado en una situación de inseguridad jurídica derivada de la incertidumbre sobre el futuro desenlace del proceso penal iniciado.

(...) Por ello parece imponerse la interpretación de que cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendencia del proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de dicha responsabilidad susceptible de condicionar el alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial para la Administración y, consiguientemente, de interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal.

En consecuencia, dicho precepto, en la redacción originaria que le atribuyó la Ley 30/1992, sólo podía interpretarse en sentido de que la no interrupción de la prescripción por el proceso penal de exigencia de responsabilidad a los funcionarios de la Administración únicamente se producía cuando existía un apartamiento de la acción de responsabilidad civil subsidiaria frente a la Administración y, que en consecuencia, como esta Sala había declarado en alguna ocasión, el referido precepto no es incompatible con la jurisprudencia tradicional en relación con la *actio nata* (...)”

Como recuerda el TS, la Ley 4/1999 ha venido a modificar el citado precepto de la Ley 30/1992, suprimiendo el expresado inciso relativo a la prescripción, de tal suerte que en la actualidad no ofrece duda alguna la eficacia interruptiva del proceso penal. El precepto controvertido ha quedado redactado así: “La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”.

Es decir, la interposición de acción penal evita la prescripción del plazo para interponer posteriormente una acción de responsabilidad. Ahora bien, si la misma ha sido ya planteada, el procedimiento se suspende sólo cuando la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial, lo que de hecho viene a constituir la regla general.

7. PRINCIPIO DE UNIDAD JURISDICCIONAL

El art. 2 LJCA de 1998 ha pretendido disipar cualquier ambigüedad acerca de la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de cualquier acción de responsabilidad dirigida contra una Administración Pública, al establecer que:

“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten con (...) e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudien-

do ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.”

A su vez, el art. 9.4 LOPJ, tras su reforma por la LO 6/1998, declara que los tribunales del orden contencioso-administrativo:

“(…) conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional”.

La reiteración, minuciosidad y contundencia con que se expresan ambos artículos obedece a un intento de sentar, de una vez por todas, un principio que ha venido marcando la evolución normativa pero que en el pasado, —un pasado incluso bien reciente— fue contradicho hasta por alguna norma puntual, sembrando con ello todo tipo de dudas y perplejidades. Las Leyes citadas responden a una decidida voluntad de poner fin a interpretaciones extensivas de sus competencias, que, con base a diferentes argumentos, han venido adoptando los órdenes civil y social. En el período de esta crónica, las **SSTS de 31 de marzo de 2001**, Ar. 4147, y de **18 de mayo de 2001**, Ar. 4161, son un buen referente. Es de esperar, pues, que, al calor de esta nueva normativa se destierren interpretaciones como la de la **STS de 7 de marzo de 2001**, Ar. 2974 (que aplica la normativa anterior, vigente en el momento de los hechos). El supuesto es el de un alumno de colegio público que resulta accidentado al caer de una portería de fútbol cuando jugaba en el recreo. El TS estima que:

“Al prestarse un servicio público, como lo es el de un Colegio Público, aquello que está cubierto por tal servicio y causa un daño será propio de la jurisdicción contencioso-administrativa; pero lo no cubierto, no forma parte del servicio público, no reviste *ius imperium*. El daño, consistente en la muerte de un niño, no forma parte del servicio público de enseñanza, no se produjo como consecuencia derivada y necesaria del servicio público.”

Ciertamente, el pronunciamiento transcrito más que resolver problemas de delimitación de jurisdicciones se dirige a depurar lo que es la esfera del servicio (no todo lo que acaece en el servicio es imputable al mismo), pero deja hecha una asociación entre servicio público y jurisdicción contencioso-administrativa absolutamente nítida.

8. RESPONSABILIDAD DEL PODER JUDICIAL. PLAZO PARA INSTAR LA DECLARACIÓN DE ERROR JUDICIAL

Como es sabido, el art. 293 LOPJ establece un plazo de tres meses para instar la acción judicial para el reconocimiento del error, cuya estimación es condición previa para la viabilidad de la posterior acción indemnizatoria, a contar desde el día en que pudo ejerci-

IX. Responsabilidad Administrativa

tarse. En referencia al *dies a quo* para ejercitar la acción de declaración de error judicial, las SSTS de 15 de febrero de 2001, Ar. 2053, y de 13 de marzo de 2001, Ar. 3179, reiteran que ha de reputarse como tal la fecha en que adquiere firmeza la sentencia judicial inapelable de que deriva el error, sin que se compute la interposición de un posterior recurso de amparo a los efectos de determinar el *dies a quo*. Por su parte, las SSTS de 28 de diciembre de 2000, Ar. 1883, y de 13 de marzo de 2001, Ar. 3179, aclaran una cuestión “menor”, pero cuya consideración, como muestran las propias sentencias, puede ser esencial para que quepa una posterior acción indemnizatoria: el mes de agosto se considera hábil respecto del plazo para interponer la demanda de error judicial.

EMILIO GUICHOT REINA

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Acceso. A) En un proceso de consolidación de empleo temporal, es posible la asignación de destinos de cualquier naturaleza orgánica y la adscripción a cualquier puesto de trabajo. B) Pruebas selectivas para el ingreso por el sistema de plazas afectadas por el artículo 15 de la Ley de Medidas. **3. Carrera administrativa. Provisión de puestos de trabajo.** A) Concurso de méritos para la provisión de puestos ofrecidos a promociones de nuevo ingreso. B) La provisión de un puesto de Gerente de un Servicio Municipalizado no está reservada a funcionarios. C) Nulidad del concurso de méritos para la provisión de puestos de ámbito provincial que no exige ni valora el conocimiento del euskera. D) Condiciones para la provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación. Especial responsabilidad. **4. Derechos económicos.** A) Retribuciones complementarias: la cuantía del complemento específico no puede hacerse depender del grupo al que pertenece el funcionario. B) Retribuciones complementarias: los servicios prestados en un centro homologado y dependiente de la Administración estatal deben ser computados a efectos del complemento específico por formación permanente del profesorado no universitario. C) Retribuciones de los Equipos de Atención Primaria por las horas de localización en atención continuada. D) Retribuciones: los convenios colectivos de la Administración con su personal no pueden contener previsiones contrarias a las Leyes de Presupuestos. E) Retribuciones de los médicos de cupo y zona: es lícito que la remuneración se reduzca cuando disminuye el número de titulares de cartillas, pero no cuando no concurre esta causa objetiva. **5. Derechos colectivos: negociación colectiva.** A) Es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse a la ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, siendo constitucionalmente inaceptable que una ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador. B) Son ilegales los pactos que, al margen y con desconocimiento de la normativa estatal que regula el régimen estatutario de la función pública, establecen y crean en el ámbito de la negociación colectiva, unos órganos unitarios de negociación ajenos a los establecidos en la legislación estatal en el

ámbito de los entes locales y de su ámbito supralocal. **6. Derechos laborales: vacaciones, permisos y licencias.** A) El derecho del padre a disfrutar de determinadas semanas de permiso maternal únicamente puede utilizarse si el padre y la madre trabajan a la vez. B) Otros derechos laborales: derecho de los profesores universitarios a participar como vocales en los tribunales de pruebas de acceso a la Universidad; ilegalidad de la exclusión por haber proporcionado los exámenes en castellano.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica sobre Función Pública incluye una selección de las Sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia de algunas Comunidades Autónomas que van desde finales del mes de octubre del año 2000 hasta el mes de abril del presente año. De todas ellas, resultan especialmente significativos por su importancia los pronunciamientos, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, relativos a la naturaleza jurídica de los convenios colectivos en la Función Pública respecto a sus relaciones con las leyes presupuestarias anuales y los topes máximos presupuestarios en las retribuciones de los funcionarios públicos.

2. ACCESO

A) En un proceso de consolidación de empleo temporal, el acceso a la función pública puede tener lugar mediante la asignación de destinos de cualquier naturaleza orgánica y no implica la adscripción al mismo puesto que se ocupó interinamente

La SAN de 8 de noviembre de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Quinta, Ar. 71 de 2001, desestima el recurso interpuesto por la actora contra la Resolución por la que fue nombrada funcionaria de carrera de la Escala Auxiliar de Organismos Autónomos en el ámbito de la Dirección General de Policía. A juicio de la demandante, dado que obtuvo un puesto de trabajo en el marco de un proceso de consolidación de empleo temporal en la Dirección General de Policía, debería haber tomado posesión en el mismo puesto que ocupaba interinamente en la mencionada Dirección General y no pertenecer a un Organismo Autónomo sin adscripción a puesto determinado.

Sin embargo, la Resolución impugnada debe ser mantenida en su integridad, pues en las bases de la convocatoria, respetadas por la Administración y aceptadas por los aspirantes, se anunciaba claramente la asignación de destinos en dicha Dirección General, con independencia de la naturaleza orgánica del destino asignado. Por lo demás, según señala el

art. 15.2 LMRFP, los puestos de trabajo serán de adscripción indistinta para todos los funcionarios incluidos en el ámbito de aplicación de dicha norma. Únicamente podrán adscribirse con carácter exclusivo puestos de trabajo a funcionarios de un determinado Cuerpo o Escala cuando tal adscripción derive necesariamente de la naturaleza y de la función a desempeñar en ellos y así lo determine el Gobierno a propuesta del Ministerio de la Presidencia.

B) Pruebas selectivas para el ingreso por el sistema de plazas afectadas por el artículo 15 de la Ley de Medidas. Cobertura en normas dictadas con la finalidad de otorgar estabilidad en el empleo al personal contratado

La STS de 20 de marzo de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2533, estima ajustada a Derecho y, en consecuencia, desestima el recurso interpuesto contra las Órdenes del Ministerio de Cultura que convocaron pruebas selectivas para el ingreso en el Cuerpo de Facultativos de Archivos, Bibliotecas y Arqueólogos, en el Cuerpo de Ayudantes de Archivos, Bibliotecas y Museos y en el Cuerpo de Conservadores de Museos, por el sistema de plazas afectadas por el art. 15 de la LMRFP.

A juicio de los demandantes, las Órdenes de convocatoria vulneran los arts. 23 y 103 de la CE, Disposición Transitoria 15 de la LMRFP y art. 37 de la Ley 31/1990, de Presupuestos del Estado para 1991. Sin embargo, El Tribunal Supremo señala que las convocatorias en cuestión tuvieron fundamento legal en la Disposición Transitoria 15 de la LMRFP y en el art. 37 de la Ley 31/1990. El apartado primero de este último precepto contempla un turno especial (Plazas afectadas por el art. 15 LMRFP) en el que podrá participar el personal mencionado por la Disposición Transitoria 15 de la LMRFP. Por tanto, se trata de un turno restringido, en consonancia con la finalidad de las convocatorias enjuiciadas, que es impedir el cese del personal laboral que ocupa los puestos de trabajo que se adscriben a personal funcionario. Así pues, para la garantía de la estabilidad en el empleo, las normas mencionadas se vieron obligadas a arbitrar un procedimiento “(...) que impidiera que la conversión voluntaria, con pruebas selectivas, de ese personal laboral en funcionario, originara una duplicidad de personas en el mismo puesto, lo que pudiera haber ocurrido si las pruebas se hubieran convocado en turno libre, pues entonces hubiera sido posible que accediera desde fuera de la Administración un nuevo funcionario para ocupar una plaza que ya tenía titular con el consiguiente exceso de los límites presupuestarios para una misma plaza”.

3. CARRERA ADMINISTRATIVA: PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

A) Concurso de méritos para la provisión de puestos ofrecidos a las promociones de nuevo ingreso. Cuerpo Nacional de Policía

En virtud del art. 16 del RD 997/1989, por el que se aprueba el Reglamento de Provisión de Puestos de Trabajo de la Dirección General de Policía, por regla general, cada año deben ser convocadas las vacantes resultantes del concurso o concursos del año anterior,

o las que entre éstas estime el Director General, que serán ofrecidas a las promociones de nuevo ingreso. Excepcionalmente, podrán ser ofrecidos a las promociones de nuevo ingreso otros puestos de trabajo (no necesariamente vacantes del año anterior), siempre que concurren las oportunas necesidades del servicio y se dé conocimiento de ello a la Comisión de Personal del Consejo de Policía.

La STSJ de Baleares de 3 de noviembre de 2000, Ar. 126 de 2001, estima el recurso dirigido contra la Resolución que convocó un concurso para la provisión de puestos por funcionarios de nuevo ingreso, haciendo uso de la posibilidad excepcional contemplada por el art. 16 del Real Decreto 997/1989. El pronunciamiento de nulidad de la Resolución impugnada se basa en dos motivos. Por un lado, en el hecho de que no se puso en conocimiento previo de la Comisión de Personal del Consejo de Policía. Por otro lado, si bien la Administración convocante ofreció a los funcionarios de nuevo ingreso plazas que no habían quedado vacantes en el anterior concurso por considerar la provisión de los puestos afectados “más perentoria atendiendo al movimiento de personal producido (...)”, y todo ello para una mejor cobertura de las necesidades del servicio”, lo cierto es que en el expediente no consta la debida justificación de las necesidades invocadas, por más que éstas constituyan un concepto jurídico indeterminado. Además, aunque la cobertura de dichos puestos resultase realmente urgente o perentoria, la necesidad podría haber sido atendida igualmente ofreciendo dichos puestos a todos los funcionarios, sin hacer uso de la excepción mencionada.

B) La provisión de un puesto de Gerente de un Servicio Municipalizado no está reservada a los funcionarios

La STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 9 de febrero de 2001, Ar. 252, hace derivar esta conclusión de los preceptos del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aplicable a este sistema de gestión directa de servicios caracterizado por la existencia de órganos diferenciados de la Corporación Municipal. Conforme establece el art. 74.2 del RSCL, el nombramiento de Gerente no puede hacerse por más de diez años, circunstancia que choca con el carácter fijo de los funcionarios. El mismo precepto mencionado señala que si un funcionario fuese contratado para dicho puesto pasará a la situación de excedencia.

Por otro lado, el hecho de que no correspondan al Gerente funciones de asesoramiento legal permite reforzar la tesis de que no existe reserva de este puesto a funcionarios. Idéntica consecuencia cabe extraer si se tiene en cuenta que las funciones de Gerente del Servicio no implican desempeño de autoridad.

C) Nulidad del concurso de méritos para la provisión de puestos de ámbito provincial que no exige ni valora el conocimiento del euskera

La STSJ de Navarra de 20 de diciembre de 2000, Ar. 176 de 2001, anula la Resolución por la que se convocó concurso de méritos para la provisión mediante comisión de ser-

vicios de puestos de especialista del Centro de Recursos para Educación Especial de Navarra. Para ninguno de estos puestos, itinerantes de carácter provincial, se exigía ni se valoraba como mérito el conocimiento del euskera.

La Administración convocante, desconociendo el principio de territorialidad que inspira la regulación del uso del euskera en Navarra, actuó como si se tratase de la provisión de puestos e la zona no vascófona de Navarra. En definitiva, la convocatoria impugnada y anulada por la Sentencia citada no ha ponderado de forma proporcionada el ámbito territorial de los puestos ofrecidos, es decir, el porcentaje de Centros de Enseñanza Primaria en los que está implantado el modelo D, ni ha valorado la conveniencia o necesidad del conocimiento del euskera en relación con las funciones asignadas a dichos puestos. Al no haber exigido el conocimiento de dicha lengua para la provisión de, al menos, una sexta parte de los puestos y no haber valorado este mismo mérito para el acceso a las demás plazas, la convocatoria vulneró el derecho de los vascófonos a utilizar y ser atendidos en ese idioma en sus relaciones con la Administración educativa en sus respectivos ámbitos territoriales (arts. 6 y 10 de la Ley Foral 18/1986).

D) Condiciones para la provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación. Especial responsabilidad

La STS de 12 de marzo de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2877, expresa de forma sintética y clara los requisitos con los que la LMRFP configura el sistema de libre designación. En este sentido, el Tribunal Supremo señala que la provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación tiene carácter excepcional, se aplica a determinados puestos —únicamente los puestos directivos y de confianza que la Ley menciona— en atención a la naturaleza de sus funciones y que las relaciones de puestos de trabajo habrán de concretar la “especial responsabilidad” de dichos puestos, debiendo incluir “en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos”.

Pues bien, de esta doctrina deriva la nulidad de los Decretos del Gobierno Canario que modificaron las relaciones de puestos de trabajo de varios órganos de la Administración Insular optando por el sistema de libre designación para la provisión de todas las Jefaturas de Servicios, sin justificar debidamente que en todos esos puestos concurra la especial responsabilidad que legitimaría su provisión por dicho sistema.

5. DERECHOS ECONÓMICOS

A) Retribuciones complementarias: la cuantía del complemento específico no puede hacerse depender del grupo al que pertenece el funcionario

La STSJ de Navarra de 14 de diciembre de 2000, Ar. 175, recuerda que el complemento específico está destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, responsabilidad, incompatibilidad, peligrosidad o penosidad y, por tanto, ha de responder a consideraciones

objetivas relativas al puesto de trabajo y no a las condiciones subjetivas del titular del puesto. Las relaciones de puestos de trabajo no pueden, por tanto, fijar complementos específicos distintos en función del grupo al que pertenece el funcionario. La Sala reconoce, en consecuencia, el derecho del recurrente al complemento retributivo solicitado que se le había denegado alegando que esa cuantía era la prevista para los funcionarios del Grupo A y no para los del Grupo B, al que pertenece el reclamante.

B) Retribuciones complementarias: los servicios prestados en un centro homologado y dependiente de la Administración estatal deben ser computados a efectos del complemento específico por formación permanente del profesorado no universitario

La STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2000, Ar. 263, declara el derecho de la recurrente a que se computen, a efectos de sexenios, los servicios docentes prestados en un centro homologado y no integrado en la red pública de centros creados por las Administraciones públicas con competencias en materia educativa. Según la Sala, el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de noviembre de 1991 establece que el complemento específico anual por formación permanente procede por cada seis años de servicio como funcionario de carrera en la función pública docente, sin que limite el cómputo de servicios a los centros integrados en la red pública de centros sostenidos y creados por las Administraciones Públicas. Los servicios prestados en un centro homologado dependiente del Ministerio de Cultura deben ser, por tanto, computados.

C) Retribuciones de los Equipos de Atención Primaria por las horas de localización en atención continuada

La STS de 27 de febrero de 2001, Sala Cuarta, Ar. 2821, declara la conformidad a Derecho de las Instrucciones Conjuntas de la Dirección del Servicio Valenciano de Salud y de la Dirección General de Régimen Económico de la Conselleria de Sanidad y Consumo de desarrollo del Acuerdo de 7 de mayo de 1993, en las que se establecían diferencias retributivas para las horas de localización y las horas de presencia física o trabajo efectivo. La Sala considera que las Instrucciones no vulneran el Acuerdo que se limitaba a prever que se retribuirían las horas de servicio y afirma también que la distinción entre horas de localización y horas de trabajo efectivo es acorde con la que la Sala ha aceptado a otros muchos efectos (jornada laboral, horas extraordinarias, descanso ininterrumpido) y que se basa en que no son equiparables las horas efectivamente trabajadas y las horas de espera o localización.

D) Retribuciones: los convenios colectivos de la Administración con su personal no pueden contener previsiones contrarias a las Leyes de Presupuestos

La STS de 27 de marzo de 2001, Sala Tercera, Ar. 2535, desestima el recurso interpuesto contra la Sentencia de 27 de junio de 1996 del TSJ de Andalucía que estimó el recurso contra el Convenio Colectivo del Personal al Servicio Municipalizado de Aguas de la provincia de Cádiz, por establecer unos incrementos retributivos para los años 93, 94 y 95 contrarios a las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para esos años. La senten-

cia reitera la doctrina sentada por el TC en su sentencia de 1 de marzo de 2001, de acuerdo con la cual “el principio de jerarquía normativa (...) impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de Ley”. Los tope máximos retributivos fijados por el Estado constituyen un límite legítimo al incremento del volumen de las retribuciones de los empleados públicos y ello no vulnera la autonomía municipal pues “esa autonomía rige para la gestión de los respectivos intereses de los municipios, provincias y Comunidades Autónomas, pero no puede incidir de forma negativa sobre los intereses generales de la nación”.

La misma doctrina aplica la STS de 11 de abril de 2001, Sala Tercera, Ar. 2857, respecto a los incrementos salariales acordados por la Diputación Provincial de Guadalajara, que también eran superiores a los establecidos en la Ley de Presupuestos del Estado.

E) Retribuciones de los médicos de cupo y zona: es lícito que la remuneración se reduzca cuando disminuye el número de titulares de cartillas, pero no cuando no concurre esta causa objetiva

La STS de 7 de marzo de 2001, Sala Cuarta, Ar. 3170, afirma que ciertamente la Administración no puede, en principio, reducir unilateralmente el número de titulares asignados a este tipo de médicos, salvo que ese número supere el cupo máximo correspondiente a la plaza. Pero esta prohibición de modificación unilateral de los cupos asignados “no impide que la Entidad Gestora abone tan sólo la retribución correspondiente a los titulares de cartilla realmente existentes, y en concreto que la retribución la reduzca para acomodarla al número de titulares o beneficiarios titulares de las cartillas si éste también se ha reducido por razones puramente vegetativas u otras ajenas a la voluntad de aquella entidad, puesto que ello quebraría el derecho de la entidad gestora a la organización de sus servicios, puesto que produciría un desequilibrio injustificado entre las retribuciones percibidas por el médico y el trabajo realmente realizado por él, con el consiguiente enriquecimiento injustificado del mismo”. Pero, añade, la disminución salarial sólo está justificada cuando concurren estas razones objetivas, lo que no resultó probado en el caso que se dilucida y lleva a la Sala a desestimar el recurso interpuesto.

5. DERECHOS COLECTIVOS: NEGOCIACIÓN COLECTIVA

A) Es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse a la ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, siendo constitucionalmente inaceptable que una ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador

La STC 62/2001, de 1 de marzo, dictada ante el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno central frente a determinados preceptos de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1993, de 4 de mayo, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma para 1993, que regulaban los incrementos retributivos para sus empleados públicos, viene a fijar la doctrina aplicable a las relaciones entre la ley y la negociación colectiva funcional, contradiciendo considerablemente el pronunciamiento establecido por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000. Efectivamente, si en aquella sentencia la Audiencia había establecido la vinculación de las normas presump-

tarias a los convenios colectivos previamente negociados con los sindicatos al considerar que los “Presupuestos, en su vertiente del gasto público, han de ordenar el mismo, pero desde el respeto a la legalidad y los compromisos asumidos válidamente, pues no innovan el Derecho, ni alteran las obligaciones jurídicas de la Administración”, en ésta establecerá el Pleno del Tribunal Constitucional la plena vinculación de la negociación a la ley de presupuestos.

A través del recurso de inconstitucionalidad se habían impugnado determinados preceptos de la ley aragonesa en la medida en que la misma, recogiendo los acuerdos colectivos pactados previamente entre la Administración aragonesa y los sindicatos, había establecido un incremento retributivo para sus empleados públicos superior al tope previsto para ese año por la Ley de Presupuestos Generales del Estado. Sin entrar a pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de dichos pactos o acuerdos, el Tribunal Constitucional recuperará su doctrina sentada, entre otras muchas, en sus Sentencia 210/1990, de 20 de diciembre, respecto a que el principio de jerarquía normativa reconocido en el artículo 9.3 de la Constitución impide que los incrementos retributivos alcanzados mediante pacto o convenio prevalezcan sobre las concretas determinaciones contenidas en normas con rango de ley, toda vez que el convenio colectivo ha de adecuarse a lo previsto en las leyes, de tal modo que “el art. 37.1 CE ni por sí mismo ni en conexión con el art. 9.3 CE puede oponerse o impedir la producción de efectos de las leyes en la fecha dispuesta por las mismas. Es el convenio el que debe respetar y someterse a la ley y a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario, siendo constitucionalmente inaceptable que una Ley no pueda entrar en vigor en la fecha dispuesta por el legislador”.

La justificación de ello, es decir, del establecimiento de topes máximos al incremento global de las retribuciones de los empleados públicos autonómicos, se encuentra, a juicio del Tribunal Constitucional, tanto en el título competencial contenido en el art. 149.1.13 CE, como en el principio de coordinación, que opera como límite de la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas (art. 156.1 CE). Efectivamente, “la fijación de tales límites constituye una medida económica general de carácter presupuestario dirigida a contener la expansión relativa de uno de los componentes esenciales del gasto público”. “La fijación techos salariales encuentra su apoyo en la competencia estatal de dirección de la actividad económica general (ex art. 149.1.13 CE) y su establecimiento está encajinado a la consecución de la estabilidad económica y la gradual recuperación del equilibrio presupuestario”. Por otra parte, la imposición de estos topes máximos por parte del Estado “también encuentra su fundamento en el límite a la autonomía financiera que establece el principio de coordinación con la Hacienda establecido en el artículo 156.1 CE, el cual exige a las Comunidades Autónomas la acomodación de su actividad financiera a las medidas oportunas que adopte el Estado tendentes a conseguir la estabilidad económica interna y externa, toda vez que a él corresponde la responsabilidad de garantizar el equilibrio económico general”.

Con fundamento en todo lo expuesto, el Tribunal declarará finalmente la inconstitucionalidad y nulidad de los preceptos de la ley aragonesa por no haberse adecuado al tope

máximo previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 1993, considerándolos inaplicables y desplazados en su eficacia jurídica por las determinaciones de esta norma legal. Asimismo, la incorporación del incremento de retribuciones por encima del tope máximo legal –incorporación a la Ley aragonesa de Presupuestos producida cuando ya se hallaba vigente la Ley estatal–, tampoco puede acogerse, a juicio del Tribunal, a la cobertura constitucional de los principios de seguridad jurídica y de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, del art. 9.3 CE, invocados por la Diputación General de Aragón para oponerse a la pretensión articulada en el recurso de inconstitucionalidad.

B) Son ilegales los pactos que, al margen y con desconocimiento de la normativa estatal que regula el régimen estatutario de la función pública, establecen y crean en el ámbito de la negociación colectiva, unos órganos unitarios de negociación ajenos a los establecidos en la legislación estatal en el ámbito de los entes locales y de su ámbito supralocal

La STSJ de Cataluña de 23 de octubre de 2000, Ar. 233, se ha pronunciado sobre la validez del Acuerdo de la Asamblea de la Mancomunidad de Municipios de Barcelona por el que, entre otros muchos aspectos, se crea un único Comité Unitario de personal representativos de todos los empleados, tanto funcionariales como laborales, de todas las entidades locales representadas en dicho órgano y, asimismo, se aprobaron las bases de organización y funcionamiento de la movilidad del personal entre la Mancomunidad y sus distintos organismos autónomos.

Tras realizar un análisis de los distintos preceptos de la Ley 9/1987 aplicables a la negociación colectiva funcional, se remite el Tribunal a la jurisprudencia establecida al respecto por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 18 de julio de 1997, Ar. 6123 y de 11 de julio de 2000, Ar. 7092, lo que le lleva a concluir que el Acuerdo vulnera dichos preceptos legales en la medida en que aprueba unos pactos que, “al margen y con desconocimiento de la normativa estatal que regula el régimen estatutario de la función pública, establecen y crean en el ámbito de la negociación colectiva, unos órganos unitarios de negociación ajenos a los establecidos en la legislación estatal en el ámbito de los entes locales, y de ámbito supralocal, desconocidos en la legislación funcional aplicable, con directa vulneración de su contenido. Creación y regulación que se lleva a cabo sin habilitación ni competencia legal alguna de la entidad recurrente para su establecimiento y regulación; careciendo, asimismo, la Mancomunidad demandada de competencia para delegar, al margen de lo establecido en la ley, la legitimación y las atribuciones negociadoras, que en su estricto ámbito competencial gozan los municipios que la integran, a favor de los órganos unitarios que se crean y refieren a dicho Acuerdo”.

La representación procesal de la Mancomunidad alega que dicho Acuerdo tiene su justificación en el principio de autonomía local de las entidades locales que integran dicha Mancomunidad, que la creación de estos órganos unitarios se limita a la función negociadora y que, asimismo, no se infringe la normativa sobre negociación colectiva funcional dado que cada entidad local representada en tales órganos unitarios debe después aprobar expresamente el texto de los Acuerdos y Convenios previamente

negociados. No obstante, el Tribunal rechaza todos estos argumentos por entender que las normas sobre la negociación funcional “no permiten escindir ésta en funciones de representación para la participación en la negociación y representación para la firma o ratificación de lo previamente negociado, por corresponder esta legitimación íntegra y unitariamente a los representantes de las Entidades locales y de los funcionarios integrantes de las Mesas Generales de negociación legalmente establecidas, sin posibilidad legal de establecer, al margen de tal normativa, órganos de negociación supralocales de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos”.

Por lo que se refiere a la legalidad del contenido de los Acuerdos negociados en los que se establece un régimen de la movilidad funcional distinto del legalmente previsto, el Tribunal considerará que “en la medida en que afecta al régimen básico y estatutario, que conforme a lo previsto en el artículo 149.1.18 de nuestra Constitución, son materias de regulación estatal exclusiva, no pueden ser establecidas por vías de convenio, y las Mesas Generales de negociación en las Entidades locales carecen de competencia para su regulación, por lo que la creación y regulación de las situaciones de movilidad por adscripción funcional del personal funcionario entre las Entidades locales a que se refiere el Acuerdo vulnera tales previsiones legales”.

6. DERECHOS LABORALES: VACACIONES, PERMISOS Y LICENCIAS

A) El derecho del padre a disfrutar de determinadas semanas de permiso maternal únicamente puede utilizarse si el padre y la madre trabajan a la vez

La normativa de función pública y la Ley 30/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, intentan facilitar que los hombres puedan ser copartícipes del cuidado de sus hijos desde el mismo momento del nacimiento o de su incorporación a la familia, para lo cual permite el acceso al cuidado del hijo desde el momento de su nacimiento o de su incorporación a la familia, al conceder a la mujer la opción de que sea el padre el que disfrute hasta un máximo de diez semanas de las dieciséis correspondientes al permiso por maternidad.

Pues bien, en el presente caso el funcionario apelante —cuya esposa no sostiene relación laboral ni funcional alguna— impugna la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo por la que se desestima su pretensión y, en consecuencia, se le deniega el permiso solicitado para disfrutar de cuatro semanas de parte del permiso maternal. Tras realizar un análisis de la normativa aplicable al caso, la **Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Asturias de 17 de noviembre de 2000**, Ar. 219, rechazará la posibilidad de que deba realizarse una interpretación finalista y teleológica de la legislación aplicable para favorecer la pretensión del recurrente, ni que ésta pueda estar justificada en razones sociológicas, toda vez que la actual normativa sólo reconoce el derecho discutido en el caso de que el padre y la madre trabajen. En ese caso, la madre, “al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar a fin de que

el padre disfrute hasta cuatro de las últimas semanas, siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado período, en tanto la finalidad de este permiso no es el de la salud de la madre, como sucede en el caso de parto junto con la de procurar la debida atención al recién nacido, sino únicamente ésta, así como la de favorecer la relación del padre con el hijo (...) Precisamente atendiendo a esta finalidad, es por lo que se concede el permiso al funcionario, con la única condición de que no puedan disfrutarlo ambos en el caso de que la madre y el padre trabajen, teniendo, en definitiva, por objeto el reconocimiento del derecho al permiso la protección del menor, que constituye un principio rector de la Política Social y Económica, junto a la protección social, económica y jurídica de la familia, la protección integral de los hijos y el deber de asistencia de los padres y la protección de los niños prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”.

En el mismo sentido, la **STSJ de Asturias de 27 de noviembre de 2000**, Ar. 218, desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 5 de abril de 2000 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Oviedo que desestimó el recurso interpuesto contra la resolución del Delegado del Gobierno que denegó al recurrente el permiso de disfrute de cuatro semanas de permiso maternal sobre la base de que la esposa no tenía relación laboral ni funcionarial ni, por tanto, derecho alguno al permiso de maternidad. La Sala confirma la legalidad de la resolución a la vista tanto del artículo 48 del Estatuto de los Trabajadores como de la Ley de la Función Pública. El permiso de maternidad es un derecho que se reconoce a la mujer trabajadora (laboral o funcionaria), aunque ésta pueda optar por que sea el padre el que disfrute de parte del mismo. Si el derecho al permiso no se ha generado por no trabajar por cuenta ajena, el padre tampoco tiene la posibilidad de solicitar el disfrute de parte del mismo, por mucho que en circunstancias como la del presente caso, en que la madre se ve imposibilitada físicamente para atender al hijo, puedan producirse consecuencias inequitativas.

B) Otros derechos laborales: derecho de los profesores universitarios a participar como vocales en los tribunales de pruebas de acceso a la Universidad; ilegalidad de la exclusión por haber proporcionado los exámenes en castellano

La **STSJ de Cataluña de 30 de noviembre de 2000**, Ar. 235, desestima el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de 13 de julio de 2000 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Tarragona que estimó el recurso interpuesto por la actora contra la resolución desestimatoria presunta del rector de la Universidad Rovira i Virgili y declaró el derecho de la recurrente a participar como vocal en los tribunales para las pruebas de acceso a la Universidad. La Sala confirma que la actora no podía ser excluida por haber facilitado el examen en castellano a los alumnos que manifestaron dificultades de comprensión del examen redactado en catalán. La Universidad adujo que se habían infringido las normas y recomendaciones dirigidas a los Presidentes de los Tribunales sobre el desarrollo de los exámenes. En estas normas se disponía que los exámenes se otorgarían redactados en catalán y si los alumnos manifestaban tener problemas de comprensión se les trataría de aclarar cualquier duda verbalmente, de tal forma que sólo si esta vía resultaba insuficiente se les proporcionaría el texto en castellano. La Sala afirma que esta normativa es contraria al derecho de los alumnos a optar por la solitud de la entrega de los enunciados del examen en cualquiera de las dos lenguas coo-

ficiales de Cataluña y coloca a algunos alumnos en una situación de inferioridad en relación con los demás alumnos por razones puramente lingüísticas. La conducta de la actora fue, por tanto, acorde y respetuosa con los derechos de los alumnos y no puede considerarse una incidencia grave en la realización de las pruebas, ni puede ser causa de su exclusión en los tribunales de selectividad.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ

BELÉN MARINA JALVO

EVA DESDENTADO DAROCA

XI. URBANISMO**Sumario:**

1. Clases de planes. A) El PGOU puede adoptar medidas complementarias de protección de inmuebles no incluidos en el Catálogo. B) El suelo no urbanizable no es un concepto reglado y el planificador goza de una gran discrecionalidad para clasificarlo.

2. Elaboración y aprobación de los planes. A) La tramitación de un PERI de iniciativa pública no requiere notificación personal a los propietarios. B) La ubicación de un parque público es una potestad discrecional del planificador municipal que no puede ser impuesta por la Comisión Provincial de Urbanismo. C) El cambio de planeamiento no legaliza *ex post facto* las edificaciones ilegales si se hubiera hecho para eludir la ejecución de una sentencia. D) El juez no puede determinar los parámetros urbanísticos de un terreno, lo que constituye una función discrecional del Ayuntamiento. **3. Convenios**

urbanísticos: Naturaleza de los “convenios de planeamiento”. **4. Ejecución del planeamiento.** A) Reparcelaciones urbanísticas. B) Sistemas de ejecución: expropiación.

5. Momento y valoración de las expropiaciones urbanísticas. A) En las expropiaciones derivadas directamente de Planes de Urbanismo, contempladas por el artículo 69 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, la iniciación del expediente de justiprecio tiene lugar *ope legis* mediante la presentación de la hoja de aprecio a la Administración competente. **6. Otorgamiento de licencias.** A) Obras de la Autoridad portuaria fuera

del dominio público portuario: se requiere licencia de obras. B) Exigencia de licencia para realizar sondeos mineros. C) Competencia para el otorgamiento de las licencias de obras que abarcan varios términos municipales. D) Obras en la zona de seguridad militar de un acuartelamiento. E) Competencia subrogada de la Comisión Provincial de Urbanismo. F) Intervención de la Comunidad Autónoma en la autorización de edificaciones en suelo no urbanizable. G) Denegación de licencia de vallado de camino por existir dudas razonables de la titularidad privada del mismo. **7. Caducidad de las licencias de obras.** **8. Intervención en la edificación y uso del suelo.** A) Responsabilidad administrativa del director de las obras. B) Necesidad de requerimiento previo de legalización. **9. Responsabilidad patrimonial de la administración local.**

1. CLASES DE PLANES

A) El PGOU puede adoptar medidas complementarias de protección de inmuebles no incluidos en el Catálogo

Según la STS de 26 de marzo de 2001, Ar. 2772, del artículo 86 del Reglamento de Planeamiento se infiere la existencia de dos tipos de protección de inmuebles:

“Una, la que se produce por la inclusión de bienes dignos de protección en los Catálogos; otra, distinta e independiente, la que establezcan los Planes Generales o Normas Subsidiarias. Acreditado que el inmueble en cuestión merece ser protegido, la no inclusión del bien en el Catálogo no impide que el PGOU adopte medidas complementarias de protección (...) en mérito a la cobertura que proporciona lo dispuesto en el artículo 86.2 del RP (...) Tales medidas no tienen la cobertura del Catálogo, que indudablemente no afecta al inmueble controvertido, sino la protección que dentro de sus atribuciones el Plan General puede definir en virtud de lo establecido en el artículo 86.2 del citado texto legal.”

B) El suelo no urbanizable no es un concepto reglado y el planificador goza de una gran discrecionalidad para clasificarlo

Para el actor carecía de sentido que el nuevo PGOU clasificara como suelo no urbanizable sus fincas, en su día incluidas como suelo urbanizable dentro de un Plan Parcial. Dado que aquél no se llevó a cabo y que no se probó que la decisión de no clasificar este suelo como urbanizable fuera ilógica, absurda o contradictoria con la propia filosofía del Plan, la STS de 11 de abril de 2001, Ar. 3674, no ve ningún inconveniente para que el nuevo planificador reconsidere aquella clasificación, teniendo en cuenta la discrecionalidad de que goza cuando se trata de suelo no urbanizable:

“Ahora bien, el suelo no urbanizable no constituye un concepto reglado (a diferencia de lo que ocurre con el suelo urbano) y para su establecimiento goza el planificador de una gran discrecionalidad, teniendo en cuenta una multitud de factores, tales como el modelo urbanístico elegido para el municipio, la voluntad de desarrollo sostenido o desarrollo fomentado, la forma y localización en que el planificador desea que el desarrollo se materialice, etc.”

Esta doctrina debe ser tomada con cautela si se trata de aplicarla al derecho actualmente en vigor pues, como es sabido, la reciente legislación “liberalizadora” del suelo ha conferido carácter residual al suelo urbanizable, restringiendo la clasificación de suelo no urbanizable al que por sus valores paisajísticos, ambientales, arqueológicos, etc., merezca una especial preservación (art. 10 LRSV). Obviamente, los presupuestos fácticos ineludibles para otorgar dicha clasificación matizan mucho la discrecionalidad del planificador aquí reseñada.

2. ELABORACIÓN Y APROBACIÓN DE LOS PLANES

A) La tramitación de un PERI de iniciativa pública no requiere notificación personal a los propietarios

El artículo 54 TRLS de 1976 requiere la notificación personal de la aprobación inicial y definitiva de los PERI de iniciativa privada a los propietarios de los terrenos afectados. La STS de 31 de enero de 2001, Ar. 3667, recuerda que, en cambio, cuando se trata de PERI de iniciativa pública el artículo 147.3 del Reglamento de Planeamiento no exige tal requisito sino el sometimiento a información pública, conforme a lo previsto para los Planes Parciales.

B) La ubicación de un parque público es una potestad discrecional del planificador municipal que no puede ser impuesta por la Comisión Provincial de Urbanismo

Al aprobar definitivamente las Normas Subsidiarias, la Comisión Provincial de Urbanismo modificó la ubicación de un parque público desde los terrenos donde lo había situado el Ayuntamiento al suelo propiedad del recurrente.

Según la STS de 27 de enero de 2001, Ar. 1362, esta alteración no obedece al necesario cumplimiento de una norma, sino que incide en una potestad discrecional de órgano municipal competente para aprobar inicial y provisionalmente las NNSS. Item más, el artículo 132.3.b) del Reglamento de Planeamiento requiere que para proceder así se hubiera suspendido la aprobación definitiva y devuelto el expediente al Ayuntamiento para que aceptara dicha modificación. Al no haberlo hecho así, entiende el Tribunal que se ha conculcado el principio de autonomía municipal.

La consecuencia de ser contraria a derecho dicha determinación urbanística es que la expropiación del suelo del recurrente carecía de la necesaria declaración de utilidad pública y de la imprescindible declaración de necesidad de ocupación.

C) El cambio de planeamiento no legaliza *ex post facto* las edificaciones ilegales si se hubiera hecho para eludir la ejecución de una sentencia

La sentencia de instancia declaró la nulidad de unas obras de construcción y ordenó la reposición de los terrenos a su estado primitivo. Pero luego, en el Auto recurrido, desestimó el incidente de ejecución por haberse producido una modificación del PGOU que daba cobertura a las obras realizadas.

Según la STS de 30 de enero de 2001, Ar. 1724, que da la razón al recurrente en casación, es cierto que tanto el artículo 18.2 LOPJ como el 105.2 LJCA permiten declarar inejecutable una sentencia por causa de imposibilidad legal como consecuencia de un cambio de planeamiento derivado de la ‘potestas variandi’ de la Administración urbanística, transformándose el fallo en una indemnización de daños y perjuicios.

“Sin embargo —dice la Sentencia, recordando lo sentado en otra de 23 de julio de 1998 (Ar. 5883)— no es exacto que la modificación del planeamiento produzca una automática legalización *ex post facto* de todas las edificaciones que resulten conformes con el nuevo aunque no lo fueran con el anterior. (...) el Tribunal sentenciador puede imponer las consecuencias de la anulación de la licencia pese a que formalmente resultare amparada por una nueva ordenación, si estimare ésta ilegal por haberse producido con el designio de eludir la ejecución de una sentencia.”

Además, concluye el Tribunal, debería haberse tramitado un incidente para depurar las circunstancias concurrentes y, en su caso, fijar la indemnización a favor del recurrente.

D) El juez no puede determinar los parámetros urbanísticos de un terreno, lo que constituye una función discrecional del Ayuntamiento

La sentencia de instancia había declarado el derecho de la propietaria a que determinadas fincas fueran clasificadas como suelo urbano, así como su derecho a que el Ayuntamiento otorgara dicha licencia en los términos solicitados sin necesidad de previa modificación del planeamiento.

A juicio de la **STS de 7 de marzo de 2001**, Ar. 2803, lo primero sí entraría en las facultades de los Tribunales de Justicia, al constituir el suelo urbano un concepto reglado, pero no lo segundo, es decir, dar por buenas unas determinaciones urbanísticas aplicadas en el proyecto (uso, volumen edificable, altura, retranqueos, superficie edificable, etc.) que no existían en el Plan General:

“Al dar por bueno el proyecto y otorgar la licencia, la Sala de instancia creó *ex novo* una calificación para una finca que carecía de ella como suelo urbano, sustituyendo a la Administración en algo que es competencia de ella, e infringiendo así la doctrina jurisprudencial citada, a cuyo tenor ‘el carácter discrecional de la calificación del suelo implica, por regla general, que no puede ser la Jurisdicción sino la Administración la que decida sobre este punto para insertar coherentemente el terreno a calificar dentro de la trama propia del suelo clasificado como urbano’ (Sentencia de 17 de junio de 1989, Ar. 4731).”

3. CONVENIOS URBANÍSTICOS: NATURALEZA DE LOS “CONVENIOS DE PLANEAMIENTO”

La STS de 15 de marzo de 1997, Ar. 1677, estableció la distinción entre “convenios de gestión urbanística” (“para la gestión o ejecución de un planeamiento ya aprobado”) y “convenios de planeamiento” (“que tienen por objeto la preparación de una modificación o revisión del planeamiento en vigor”).

Profundizando en la figura de los “convenios de planeamiento”, la **STS de 9 de marzo de 2001**, Ar. 2736, establece una serie de consideraciones que dejan clara su naturaleza convencional:

- “a) Aunque el convenio de planeamiento tenga dicha finalidad no se subsume entre las figuras de las disposiciones de carácter general, de la que participan en cambio las normas de planeamiento que, en su caso, deriven de él.
- b) El convenio de planeamiento es, y permanece, en la esfera de los simples convenios, por lo que no cabe su impugnación indirecta por la vía del artículo 39.2 de la LJCA.
- c) El convenio de planeamiento es un acuerdo preparatorio de la modificación de un Plan, y como tal resulta enjuiciable en este orden contencioso-administrativo (...), sin perjuicio de que en el futuro lo sea asimismo la modificación o revisión del planeamiento que, en su caso, se adopte, sin que se pueda oponer en tal momento la excepción de cosa juzgada por el enjuiciamiento del convenio preparatorio anterior.”

4. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Reparcelaciones urbanísticas

La **STS de 20 de febrero de 2001**, Ar. 2801, debe de resolver sobre la posibilidad de aprobar un proyecto de reparcelación a pesar de no haber sido publicadas oficialmente las normas urbanísticas que servían de cobertura a dicho proyecto.

Los actores alegaban que esas normas urbanísticas habían sido aprobadas con anterioridad a la redacción del proyecto de reparcelación, y por tanto, eran normas válidas, pero ciertamente no habían sido publicadas formalmente, lo que las convertía, simplemente en ineficaces, pero ello no privaba de cobertura suficiente al proyecto de reparcelación que se fundaba en normas válidas. Tal proyecto sería igualmente válido, pero su eficacia quedaría demorada hasta que aquellas normas urbanísticas adquirieran su propia eficacia mediante la publicación oficial posterior.

El Tribunal Supremo va a rechazar esta argumentación acudiendo a motivos de seguridad jurídica, vinculada al principio de publicidad de las normas previsto en el art. 9.3 de la Constitución. Aceptando que las normas urbanísticas no publicadas pueden ser válidas, aunque ineficaces, “admitir que se aprueben y cobren existencia actos subordinados a dichas normas implica necesariamente dotar de eficacia a normas aún no publicadas: aprobar un acto subordinado a ella constituye, en definitiva, una forma de ejecución de la norma no publicada. Dicha posibilidad no puede ser admitida” (FJ 6º). De esta manera, si bien aquellas normas urbanísticas pueden ser válidas, son ineficaces, y por tanto, inhábiles para servir de cobertura a actos derivados de las mismas.

B) Sistemas de ejecución: expropiación

El TS va a determinar en su **Sentencia de 8 de marzo de 2001**, Ar. 3479, los bienes y derechos que tienen que ser expropiados cuando se actúe mediante ese sistema de ejecución. Los actores del supuesto concreto acudían al art. 171 TRLS de 1992 (en realidad, según el Tribunal, arts. 134 y 135 TRLS de 1976), para argumentar que cuando se utilizara el sistema de expropiación se debían comprender todos los bienes y derechos incluidos en la unidad de actuación, lo que, a su juicio, no había sucedido pues sólo se habían expropiado dos fincas de su propiedad.

El Tribunal va a indicar que el art. 134.1 citado “no dice que indefectiblemente hayan de ser expropiados todos los bienes del polígono, sino todos los que resulte necesario expropiar, pues de suyo va que pueden existir casos (uno de ellos el que nos ocupa) en que no exista necesidad de expropiar determinados bienes, por resultar la expropiación una operación contradictoria o superflua” (FJ 4º).

En el supuesto debatido, la mayoría de los terrenos de la unidad de actuación ya se encontraban en manos de la entidad urbanística especial beneficiaria que los había adquirido previamente mediante acuerdos privados, por tanto, se trataba “de bienes que no era necesario expropiar, aunque, desde luego, se encuentran afectados por la actuación urbanística igual que todas las demás fincas de la Unidad de Actuación” (FJ 4º).

5. MOMENTO Y VALORACIÓN DE LAS EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS**A) En las expropiaciones derivadas directamente de Planes de Urbanismo, contempladas por el artículo 69 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976, la iniciación del expediente de justiprecio tiene lugar *ope legis* mediante la presentación de la hoja de aprecio a la Administración competente**

La STS de 27 de marzo de 2001, Ar. 2667, confirma así su línea jurisprudencial al declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Burjassot, esclareciendo cuándo se produce el inicio del expediente de justiprecio.

En este sentido, puede leerse:

“Con arreglo al artículo 69 del Texto refundido de la Ley del Suelo de 1976, la iniciación del expediente de justiprecio, en las expropiaciones derivadas directamente de Planes de Urbanismo, sobre terrenos no edificables y que no puedan ser objeto de cesión obligatoria por no ser posible la justa distribución de beneficios y cargas, podrá llevarse a cabo por imperativo legal, cumplidos los requisitos y plazos exigidos.

El inicio del expediente de justiprecio se materializa simplemente mediante la presentación de la correspondiente hoja de aprecio (...)

La incoación del expediente expropiatorio tiene lugar, pues, por ministerio de la ley, sin otro requisito que la presentación por parte del expropiado de la oportuna hoja de aprecio ante el Ayuntamiento” (FJ 31°).

A mayor abundamiento, en el FJ 4° añade:

“No es el Jurado de Expropiación el que acuerda la iniciación del expediente de justiprecio, sino que éste tiene lugar *ope legis* (por ministerio de la Ley) mediante la presentación de la hoja de aprecio ante el Ayuntamiento. El Jurado se limita a continuarlo por la misma fuerza del mandato legal”.

Y finaliza su razonamiento en el FJ 5°, manifestando lo siguiente:

“Los acuerdos del Ayuntamiento denegatorios de la incoación del expediente de justiprecio son la expresión de la voluntad del Ayuntamiento contraria a dicha iniciación. Sin embargo, el Ayuntamiento carece de facultades para decidir sobre la iniciación del expediente de justiprecio, pues éste tiene lugar por ministerio de la Ley mediante la presentación ante el mismo de la hoja de aprecio. (...) El acto administrativo denegatorio de la incoación no produce efectos preclusivos, sino que equivale –en último término– al rechazo de la hoja de aprecio presentada.”

6. OTORGAMIENTO DE LICENCIAS

A) Obras de la Autoridad portuaria fuera del dominio público portuario: se requiere licencia de obras

En la STS de 4 de abril de 2001, Ar. 3027, se plantea si es necesaria la obtención de la licencia municipal para la realización de obras cuando las mismas se ejecuten por las Autoridades Portuarias.

Si bien el artículo 19.3 de la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante de 24 de noviembre de 1992 excluye del control preventivo municipal a las enunciadas, en el supuesto concreto analizado en la sentencia, la Sala entiende la obligación de solicitar la autorización local, ya que la antedicha exención rige para las realizadas en terrenos de dominio público portuario, requisito que no concurre en el caso sometido a su consideración, en la que éstas van a ejecutarse en un edificio ubicado en una avenida de la ciudad, no en el dominio público portuario.

Ésta es la doctrina que a tal efecto ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 40/1998, de 19 de febrero, en la que se afirma que la competencia del Estado sobre puertos no puede justificar la exención de licencia municipal en aquellos casos en los que las obras de construcción o conservación, “aun realizándose en la zona de servicio portuario” no afectan a construcciones portuarias, sino a edificios o locales destinados a equipamientos culturales, certámenes o exposiciones.

B) Exigencia de licencia para realizar sondeos mineros

Por su parte, la STS de 18 de enero de 2001, Ar. 4134, requiere la licencia municipal de obras para la realización de sondeos mineros.

El FJ 2º de la misma señala que:

“(…) la exigencia de licencia viene avalada por los textos del artículo 178 del TRLS de 1976 y 1.1 del Reglamento de Disciplina Urbanística. Aquel precepto sujeta a licencia los actos de ‘uso del suelo’ y éste ‘(...) cualquier otro uso a que se destina el subsuelo’. Desde la perspectiva estrictamente literal es evidente que la licencia para cualquier uso del subsuelo está avalado por el Reglamento de Disciplina Urbanística. Por su parte, como todo uso del subsuelo exige el uso del suelo es clara la necesidad de la licencia desde la perspectiva del artículo 178 TRLS. Pero desde un análisis puramente literal de los preceptos se deduce la necesidad de la licencia para la realización en el subsuelo de los sondeos cuestionados es evidente que esta necesidad se impone desde un punto de vista finalístico. Si la licencia constituye una manifestación de la intervención administrativa en la actividad de los particulares, es obvio que actividades de investigación del subsuelo, con franca potencialidad de incidencia en los ámbitos económicos, ecológicos y ambientales del municipio, no pueden quedar al margen de esta intervención administrativa, salvo que las autoridades competentes y mediante la disposición pertinente, acuerden lo contrario”.

C) Competencia para el otorgamiento de las licencias de obras que abarcan varios términos municipales

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 27 de febrero de 2001, Ar. 3463, delimita la competencia que para la expedición de las licencias de obras corresponde a los respectivos Ayuntamientos en los supuestos en los que las mismas abarquen terrenos pertenecientes a diversos términos municipales, señalando a tal efecto la independencia de todas ellas. Así expresa que:

“(…) si un proyecto afecta a varios municipios en todos ellos ha de solicitarse la correspondiente licencia. Pero una cosa es esto y otra muy distinta que la licencia concedida por un Ayuntamiento pueda devenir nula porque no se haya solicitado también la correspondiente licencia de otro que también resulte afectado por las obras o actividades proyectadas, siempre que como sucede en el presente caso, el Ayuntamiento interviniente no haya extendido su autorización a otro ámbito que el de su propio término municipal. Lo cual, desde luego, no prejuzga el derecho del administrado a acudir al Ayuntamiento en cuyo término se hayan efectuado obras o se estén ejerciendo actividades para las que se requiera licencia sin contar con ella, en demanda de que adopte las medidas oportunas para el restablecimiento de la legalidad”.

Por su parte, la STS de 21 de mayo de 2001, Ar. 3923, señala que las discrepancias que puedan mantener diferentes Ayuntamientos sobre la delimitación de los respectivos

ámbitos territoriales no pueden deparar un perjuicio al administrado que, de buena fe, solicitó y obtuvo una licencia de construcción de una edificación en uno de ellos.

D) Obras en la zona de seguridad militar de un acuartelamiento

Asimismo, la **STS de 21 de febrero de 2001**, Ar. 3163 considera, en relación con la solicitud de permiso de edificación de viviendas que pudieran afectar a una zona de seguridad militar de acuartelamiento próxima a su emplazamiento, que, de acuerdo con la normativa urbanística, la obtención de la licencia municipal para la ejecución de dichas obras no es óbice para que sobre el mismo terreno incida la legislación de otras Administraciones, en este caso, por razones de interés para la defensa nacional, el Ministerio de Defensa en virtud de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, que permite a éste el control simultáneo de la edificación.

E) Competencia subrogada de la Comisión Provincial de Urbanismo

En el supuesto de que transcurran los plazos reglamentariamente previstos para que el Ayuntamiento se pronuncie acerca del otorgamiento o no de una licencia sin que el mismo lo haga, se subrogará en su competencia la Comisión Provincial respectiva (art. 9.1.7º RSCL). Aplicando esta regla, la **STS de 3 de mayo de 2001**, Ar. 4692, estima el recurso interpuesto por un particular frente a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que declaró nula una licencia que concedió al mismo la Comisión Provincial de Ordenación del Territorio frente al retraso municipal en resolver.

F) Intervención de la Comunidad Autónoma en la autorización de edificaciones en suelo no urbanizable

Desde la perspectiva del suelo no urbanizable, las **SSTS de 16 de marzo**, Ar. 2997, y **29 de marzo de 2001**, Ar. 3017, exigen para la autorización de construcciones unifamiliares en lugares en los que no exista la posibilidad de formación de núcleo de población, la intervención de la Comunidad Autónoma respectiva para que controle este último extremo. La autorización autonómica es también obligatoria para los supuestos en los que las obras que se ejecuten en este tipo de suelo lleven aparejada una actividad distinta de la originaria (**STS de 25 de abril de 2001**, Ar. 4679).

Asimismo, el Tribunal Supremo entiende que el permiso autonómico no puede restringirse a los supuestos de edificaciones previstas en este tipo de suelo, sino que ha de incluir también los de cambio de uso de las edificaciones existentes. Así lo expresa en el FJ 5º de la **Sentencia de 25 de abril de 2001**, Ar. 4677, en el que se dice que:

“Aunque otra cosa pudiera deducirse de los artículos 86 y 85 del TRLS de 1976 y 44 del Reglamento de Gestión Urbanística estos preceptos se refieren no sólo a edificaciones sino también, conjuntamente, a usos. Así lo ha entendido este Tribunal Supremo en la Sentencia de 10 de diciembre de 1999, donde dijimos que ‘en el artículo 85.1.2º se describen las edificaciones e instalaciones que pueden realizarse en suelo no urbanizable. Se trata de un precepto que se refiere a edificaciones o construcciones (...) pero indirectamente se refiere también a usos, como revela una atenta lectura de la norma, lo cual es lógico, porque

siendo la edificación una actividad que en principio excede de la naturaliza agrícola, forestal o pecuaria del suelo no urbanizable, la posibilidad edificatoria que por excepción otorga la Ley necesariamente tiene que serlo en función de su destino (...) Como se ve, el precepto no autoriza las construcciones o edificaciones por sí mismas, sino en cuanto se destinan a unas actividades o usos determinados’.

De donde se deduce que una edificación puede ser permitida en suelo urbanizable si se destina a un fin específico (...) pero que ese mismo edificio puede no ser permitido si se destina a otro uso diferente. Los edificios por sí mismos, desconectados de su uso no pueden ser, por ejemplo, de utilidad pública o interés social, esta cualidad sólo la adquieren atendiendo a su destino, al uso a que va a ser destinado.”

Por esta razón el Tribunal confirma la anulación de la autorización concedida, ya que la misma se otorgó sin el trámite previo de la intervención de la Comunidad Autónoma, que, como hemos visto, resulta necesaria en estos casos.

G) Denegación de licencia de vallado de camino por existir dudas razonables de la titularidad privada del mismo

En la STS de 20 de febrero de 2001, Ar. 3161, siguiendo la doctrina de la Sala, se declara la procedencia del acuerdo de un Ayuntamiento denegatorio de una licencia de cierre de un camino al existir una duda razonable sobre su titularidad privada. La decisión lo es a los solos efectos prejudiciales, sin perjuicio de que las partes acudan a la jurisdicción civil para llegar a un pronunciamiento definitivo sobre la titularidad del mismo.

7. CADUCIDAD DE LAS LICENCIAS DE OBRAS

La STS de 26 de abril de 2001, Ar. 4684, estima conforme a Derecho el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Andratx de declarar caducada una licencia por falta de ejercicio del derecho a que se refiere.

Estima la Sala que, a diferencia de lo que sucede con la caducidad de una autorización administrativa por incumplimiento de sus condiciones, la misma no está sometida a plazo, ya que el progresivo transcurso de tiempo justifica cada vez más la declaración de caducidad. Si se dan los requisitos para que tal decisión pueda ser adoptada, el Ayuntamiento ha de acordarla.

Ante la posibilidad que tendría el órgano local de declarar caducado el permiso o revocarlo por cambio de circunstancias, la prevalencia de los intereses generales y el sometimiento a la Ley y al Derecho hacen que la Administración no pueda elegir libremente entre ambas alternativas, sino que debe decantarse por la primera opción, dado que “el problema de su subsistencia es previo al de la necesidad o conveniencia de su revisión”.

8. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO

A) Responsabilidad administrativa del director de las obras

La STS de 27 de marzo de 2001, Ar. 2782, señala al recurrente como sujeto responsable de la infracción urbanística cometida por una sociedad anónima, no en su calidad de representante de la misma, sino en su intervención como técnico director de las obras que dieron lugar a la imposición de la sanción.

B) Necesidad de requerimiento previo de legalización

En las Sentencias de 28 de marzo, Ar. 3013, y 29 de enero de 2001, Ar. 3660, el Tribunal Supremo reitera la claridad con que se expresa el artículo 185 del TRLS de 1976 al establecer la necesidad de que el Ayuntamiento requiera al promotor de las obras que venga realizándolas sin licencia para que solicite, en el plazo de dos meses, la misma. Dicho precepto no permite que la corporación municipal decida, sin este trámite previo, si las obras son o no legalizables. Ello sólo jurisprudencialmente se ha admitido cuando la imposibilidad de legalización sea manifiesta y clara por vulneración palpable, evidente y palmaria de la normativa urbanística aplicable.

9. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

La STS de 12 de marzo de 2001, Ar. 2995, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por un Ayuntamiento frente al fallo del Tribunal de instancia que anuló los actos administrativos denegatorios de una licencia para la instalación de una planta de aglomerado asfáltico, requerimientos de paralización de obras y retirada de instalaciones, así como la orden de demolición de la planta construida, y en la que se obligó a la citada corporación local a indemnizar los daños y perjuicios causados por la excesiva dilación en la sustanciación del expediente y posterior negativa de las licencias, en las cantidades que se acrediten en el período de ejecución de la sentencia, relativas a las diferencias de beneficios entre lo que hubieran percibido de gestionar directamente las obras relacionadas en la demanda y lo ganado en la realización por subcontrata.

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) Régimen jurídico de los bienes públicos. Embargabilidad de los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos. B) Desafectación de los bienes de dominio público. Requisitos para la procedencia de la desafectación expresa. C) Desafectación de los bienes públicos. Desafectación de los bienes comunales. D) Desafectación de bienes públicos. Desafectación de las viviendas destinadas a casa-habitación de los maestros. E) Enajenación de bienes. Requisitos para proceder a la permuta. F) Potestades. El deslinde administrativo. G) Desahucio administrativo. Aplicación del desahucio a los ocupantes de viviendas de protección oficial. **3. Aguas continentales.** A) Aguas subterráneas. B) Regadíos. C) Régimen económico-financiero. D) Sequía y sobreexplotación de acuíferos: medidas extraordinarias. E) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento de aguas. **4. Aguas marítimas.** A) Deslinde. B) Recuperación de oficio. C) Usos. D) Puertos. E) Pesca y cultivos marinos. **5. Carreteras.** A) Autopistas de peaje: no existencia de mutación demanial. B) Estaciones de servicio: diversas cuestiones. C) Autorizaciones en dominio público viario. D) Obras realizadas incumpliendo condiciones de licencia. **6. Montes: montes vecinales en mano común.** **7. Minas. 8. Patrimonio cultural.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi de 2001 desde la Sentencia núm. 1351 hasta la 4050, y la Constitucional desde 134/2001, de 13 de junio, hasta la 189/2001, de 24 de septiembre.

2. BIENES LOCALES

A) Régimen jurídico de los bienes públicos. Embargabilidad de los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos

Los bienes patrimoniales no afectos a fines públicos son embargables. La embargabilidad parcial de esta clase de bienes se reitera en el ATS de 26 de marzo de 2001, Sala Tercera,

Sección Séptima, Ar.2852, en el sentido de pronunciamientos anteriores. En el caso concreto se discute la embargabilidad de los bienes de las Universidades, si bien el Tribunal Supremo aplica en este punto la doctrina expuesta en la **STC 166/1998, de 15 de julio**, que únicamente excluye del embargo de los bienes de las Entidades locales los que sean demaniales, los comunales y los patrimoniales que se hallen materialmente afectos a un uso o servicio público.

B) Desafectación de los bienes de dominio público. Requisitos para la procedencia de la desafectación expresa

En los artículos 81 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y 8 del Reglamento de Bienes de 1986 se establece que la alteración de la calificación jurídica requiere expediente en el que se acredite su oportunidad y legalidad. En la **STS de 26 de febrero de 2001**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1454, se examina el alcance de la concurrencia del requisito de la oportunidad y, en particular, se plantea si la apreciación de dicha oportunidad está reservada, en exclusiva, a la Corporación municipal que representa la voluntad popular democrática, o puede ser controlada por los tribunales.

Sobre este punto en la Sentencia se afirma que es cierto que la discrecionalidad administrativa no puede ser objeto de revisión en sede jurisdiccional con base en consideraciones o motivos de la mayor o menor conveniencia u oportunidad. Como ha tenido ocasión de señalar esta Sala, el control judicial de la actuación administrativa es de legalidad plena, como resultado de los arts. 24.1 y 106, extendiéndose respecto de la discrecionalidad sólo hasta donde lo permite el contraste con el ordenamiento jurídico a través de las plurales técnicas admitidas por la jurisprudencia —fundamentalmente, elementos reglados, desviación de poder, hechos determinantes y principios generales del Derecho—.

Por otra parte, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 de la Constitución) justifica, además, la exigencia de una motivación suficiente respaldada en datos objetivos con los que ha de mantener una cierta coherencia lógica la decisión administrativa adoptada, aunque, desde luego, ha de reconocerse que la Administración conserva un ámbito de opción que posibilita alternativas diversas, jurídicamente legítimas, en función del interés contemplado por la norma habilitante de la potestad que ejerce.

Esa justificación que se exige y que en el caso concreto se manifestó en la motivación del acuerdo administrativo impugnado, en el hecho de que el camino desafectado no estaba en uso, es un dato controlable jurisdiccionalmente, por lo que no constituye vulneración de los citados preceptos ni de la jurisprudencia que se invoca la ponderación que realiza de la prueba, al constatar que dicho camino es usado de forma regular y sirve de acceso a la vivienda de los recurrentes y de los restantes vecinos que la tienen ubicada en las inmediaciones, por lo cual no puede calificarse de adecuado y oportuno el cierre de un camino que es utilizado por los vecinos.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

C) Desafectación de los bienes públicos. Desafectación de los bienes comunales

Durante la vigencia de la Ley de Régimen Local de 1955 y Reglamento de Bienes de 1955 se regulaba la desafectación tácita de los bienes comunales por el transcurso de 25 años sin destinarse al aprovechamiento comunal. Modalidad de desafectación que ha sido suprimida en la Ley de Bases de Régimen Local de 1985 y Reglamento de Bienes de 1986. La STS de 23 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1828, se pronuncia sobre los requisitos que debe reunir la desafectación tácita de los bienes comunales.

En concreto, en ella se dice que el dato relevante para la conceptualización como comunales de los bienes municipales es la explotación exclusiva de los vecinos. En la legislación que estaba en vigor en la fecha de los hechos a que se atiene la Sentencia impugnada se decía que la desafectación se entendería producida, si hubieran dejado de utilizarse los bienes durante 25 años en sentido comunal, sin necesidad de acto formal, lo que es tanto como decir que el cambio de régimen se produce por el mero cambio de uso, sin necesidad de específicas formalidades que lo exterioricen. En el caso debatido el Ayuntamiento demostró que hacía años que había dejado de utilizarse por los vecinos.

D) Desafectación de bienes públicos. Desafectación de las viviendas destinadas a casa-habitación de los maestros

La legislación exige autorización previa de la Administración educativa competente para la desafectación de viviendas municipales destinadas a maestros. En la STS de 8 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Tercera, Ar. 4050, se reitera la doctrina contenida en Sentencias anteriores, que estima que la obligación de tramitar el procedimiento de desafectación y, en particular, la exigencia de autorización por la Administración educativa, permanece en vigor.

E) Enajenación de bienes. Requisitos para proceder a la permuta

En la STS de 24 de abril de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 3423, se examinan las condiciones que deben cumplirse para que una Entidad local pueda permutar terrenos, prescindiendo de la subasta. En ella se parte de que la subasta pública es la regla general en la enajenación de los inmuebles de los Entes locales, según resulta de lo establecido en el art. 112 del Reglamento de Bienes de 1986 y en términos parecidos en el art. 168 de la Ley de del Suelo de 1976. Y continúa diciendo la Sentencia que el significado de esta regla va más allá de ser una mera formalidad secundaria o escasamente relevante, pues tiene una estrecha relación con los principios constitucionales de igualdad y eficacia de las Administraciones públicas que proclaman los arts. 14 y 103 de la Constitución; y la razón de ello es que, a través de la libre concurrencia, que es inherente a la subasta, se coloca en igual situación a todos los posibles interesados en la adquisición de los bienes locales, y, al mismo tiempo, se amplía el abanico de las opciones posibles del Ente local frente a los intereses públicos que motivan la enajenación de sus bienes.

En el marco de estas consideraciones debe ser interpretado el artículo 112.2 del Reglamento de Bienes de 1986, sigue diciendo la Sentencia. Ello conduce a que la exigencia del expediente que en este precepto se establece para, a través de la permuta, excepcionar esa regla general de la subasta, únicamente podrá considerarse cumplida cuando, no sólo exista un expediente que autorice la permuta, sino también hayan quedado precisadas y acreditadas en él las concretas razones que hagan aparecer a aquélla no ya como un convenio, sino como una necesidad. Y esto último lo que exigirá, a su vez, será dejar constancia de los intereses o necesidades públicas de cuya atención se trata; de las razones por las que para dicha atención son más convenientes que otros los bienes que se pretenden adquirir por permuta, y de la causa por la que tales bienes han de ser adquiridos por permuta y no por otros medios.

Requisitos que no se cumplían en el caso concreto, por lo que concurría una causa de anulabilidad. Esa necesidad de justificar la permuta se examina también en la **STS de 26 de febrero de 2001**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1454. En ella se estudia la procedencia de una desafectación de parte de un camino para su posterior permuta por otro bien que quiere adquirir el Ayuntamiento con el fin de evitar tener que expropiar e indemnizar al particular titular del bien objeto de permuta. Sobre tal actuación y a la alegación de que constituye un supuesto de desviación de poder la desafectación y posterior permuta, en ella se afirma que la sentencia recurrida contempla un concepto de desviación de poder coincidente con el utilizado por la jurisprudencia de esta Sala, cual es el ejercicio por el Ayuntamiento de una potestad administrativa para un fin distinto de aquel para el que el ordenamiento jurídico otorga tal potestad, cual es tramitar un expediente de desafectación de un tramo de calle evitando, según el Tribunal de instancia, el pago de una indemnización por expropiación forzosa, y favoreciendo a la concedida en perjuicio de unos vecinos que se servían del camino desafectado en pleno uso.

F) Potestades. El deslinde administrativo

En la **STS de 28 de febrero de 2001**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 3166, se examinan las condiciones que deben proceder para el ejercicio de dicha potestad, así como los límites de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las cuestiones que se plantean en torno a los deslindes, reiterando jurisprudencia anterior del mismo Tribunal. En ella se dice que la jurisprudencia de esta Sala ha venido proclamando que las facultades de deslinde o recuperación de la posesión de los bienes de los Entes locales, ejercidas a través de los procedimientos privilegiados a que se refieren los artículos 82 de la Ley de Bases de Régimen Local y 57 y concordantes del Reglamento de Bienes de 1986, no solamente han de adecuarse a los trámites en dichos preceptos especificados, sino que requieren la previa posesión de los mismos por parte de la Administración, como claramente se desprende de los artículos 57.1 y 70 del Reglamento citado. Requisito este último que en el caso debatido no se ha planteado, sino que se ha alegado genéricamente la existencia de una invasión genérica de la propiedad particular. Por otra parte, la aprobación del deslinde puede ser impugnada en la vía contencioso-administrativa.

nistrativa por infracción del procedimiento, sin perjuicio de poder acudir los interesados a la vía civil para hacer valer sus derechos.

G) Desahucio administrativo. Aplicación del desahucio a los ocupantes de viviendas de protección oficial

Los propietarios pueden promover el desahucio de los beneficiarios arrendatarios ocupantes cuando se trate de ocupación de viviendas sin título legal para ello, en aplicación de la normativa vigente sobre viviendas de protección oficial; el procedimiento para el ejercicio del desahucio se ajustará a lo establecido en los arts. 1570 a 1608 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo cuando en la cuestión señalada se aplique el procedimiento administrativo de desahucio, que es el que expresamente ejercita la Corporación municipal a la cuestión planteada (STS de 24 de abril de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 2862).

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Aguas subterráneas

Como en decisiones anteriores (así, SSTs de 9 de marzo y 30 de junio de 1998, crónica XII.3.A del núm. 3 de esta Revista; y de 8 de marzo de 2000, crónica XII.3.B de Justicia Administrativa núm. 9) en la STS de 28 de febrero de 2001, Ar. 3067, se reconoce que no es óbice para el otorgamiento de una concesión de aguas —en este caso subterráneas— el hecho de que en ese momento no se hubiese aprobado aún el correspondiente Plan Hidrológico de cuenca. Lo dispuesto en el art. 57.2 y 4 Lag. (en la actualidad, art. 59.2 y 4 TR de Lag.) debe conjugarse con lo que preveía la DT Sexta de la Lag. de 1985. En efecto, según este último precepto, hasta que fuese aprobado el PHC, las concesiones debían otorgarse atendiendo a la existencia de caudales suficientes y respetando el orden de prioridad sentado en el art. 58 Lag. (posterior art. 60 TR de Lag.) No queda demostrado que la concesión de abastecimiento dada al Ayuntamiento de Denia perjudique el medio ambiente, la calidad del recurso hídrico ni las aguas subterráneas, por lo que aquella es válida.

B) Regadíos

El TS en la Sentencia de 14 de mayo de 2001, Ar. 4249, confirma la STSJ de Castilla-La Mancha que había sido objeto de impugnación. Esta última declaró el derecho de la Comunidad de regantes (que promovió la transformación en regadío) a que el interés de las cantidades a reintegrar lo fuera al 4 por ciento del interés anual, y consideró correctas las resoluciones que acordaron hacer entrega y liquidación de las obras de puesta en riego. No ha quedado acreditado que las obras a entregar no se encontrasen en condiciones de utilización, ni que se hubiera producido indefensión por ausencia de algún trámite esencial o que se haya vulnerado algún precepto de la Ley de reforma y desarrollo agrario de 12 de enero de 1973.

C) Régimen económico-financiero

De acuerdo con el art. 105.4 de la Lag. de 1985 (redacción inicial), cuando el sujeto pasivo del canon de vertido viniera obligado a soportar otras cargas económicas, ya establecidas o que puedan serlo por las Comunidades Autónomas o por las Corporaciones Locales para financiar planes o programas públicos de depuración de aguas residuales, el Consejo del Agua determinará anualmente las deducciones que deban realizarse en el importe del canon de vertido. Precisamente, en la **STS de 14 de mayo de 2001**, Ar. 3755, se utiliza este precepto para afirmar que la liquidación girada por ese concepto por la CH del Júcar, correspondiente al ejercicio 1988 es conforme a derecho, no siendo posible la existencia de deducciones, ya que la Estación Depuradora de Albacete no estaba construida aún en 1988, de manera que no había plan o programa público de depuración de aguas residuales en funcionamiento que legitimase las controvertidas deducciones.

D) Sequía y sobreexplotación de acuíferos: medidas extraordinarias

Siguiendo jurisprudencia anterior (así, SSTs de 18 de marzo de 1999 y de 15 de noviembre de 2000, crónicas XII.3.I del núm. 6 y XII.3.G del núm. 13 de *Justicia Administrativa*, respectivamente) en la **STS de 20 de enero de 2001**, Ar. 3820, se afirma que las Resoluciones del MOPU que denegaron una indemnización por daños agrícolas derivados de la prohibición de regar con aguas del acuífero 24 del Campo de Montiel declarado sobreexplotado han de estimarse correctas. Se trata de una medida de carácter general aplicada en virtud de lo dispuesto en el art. 56 Lag. (después art. 58 TR de Lag.), que puede tener lugar respecto a aguas públicas y privadas por efecto del apartado 4 de las DDTT Segunda y Tercera de la Lag. En un similar sentido, puede verse la **STS de 27 de abril de 2001**, Ar. 4223.

E) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento de aguas

En la **STS de 22 de diciembre de 2000**, Ar. 2279, se declara conforme a derecho el acuerdo de un Ayuntamiento por el que en ejecución del Plan Municipal de Abastecimiento de Agua y Saneamiento se dispone que a través de una empresa concesionaria se gestionaría el servicio de suministro. Según el TS, la empresa recurrente que había suscrito con una urbanización un contrato privado de suministro de agua, y que se opone al mencionado acuerdo municipal no tiene razón cuando alega que este último conlleva una confiscación indemnizable porque indirectamente hace inservible su contrato con la urbanización consistente en la mejora de la calidad de las aguas consumidas en dicho residencial. Al estar ante un caso de gestión indirecta como es la concesión no puede hablarse de monopolio y consiguiente expropiación, no siendo aplicables por tanto los arts. 98 y 99 del TRRL.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Deslinde

De acuerdo con el artículo 13 de la vigente Ley de Costas de 1988, toda superficie declarada dominio público marítimo-terrestre a consecuencia de un deslinde administrativo es de posesión y propiedad 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. Entre ellas ha de entenderse incluida la solicitud de suspensión de la ejecución del mismo en tanto se delimitan fielmente las titularidades, vistos los daños y perjuicios de difícil reparación que tal actuación puede causar cuando venga referida a zonas con un intenso entramado económico y humano (STS de 1 de marzo de 2001, Ar. 3070).

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, y sin necesidad de acudir a los Tribunales, la posesión de los bienes así categorizados, con mayor facilidad si se trata de un exceso en la extensión concedida por un título otorgado a precario que, en cuanto tal, se ve sujeto a las exigencias del interés público. Así sucede en el supuesto resuelto por la STS de 1 de marzo de 2001, Ar. 3072 (FJ 3º), en relación con la instalación excesiva de un merendero en una playa.

C) Usos

Nuevamente es la consideración jurídica de la zona marítimo-terrestre como dominio público la que determina la necesidad de obtener una concesión administrativa para poder disfrutar privativamente de la misma. Esta concesión, en buena lógica, impondrá su uso efectivo, habida cuenta la limitación que supone su existencia para el resto de particulares, potencialmente posibles usuarios. Por eso, en caso de notoria falta de explotación de la misma, procede la declaración de su caducidad; declaración que, siempre de acuerdo con las determinaciones fijadas en el título concesional, no suele llevar aparejado derecho alguno a indemnización (STS de 24 de enero de 2001, Ar. 2283). También el incumplimiento activo del clausulado concesional determina la caducidad de la concesión, habiendo de entenderse por tal la inobservancia, por exceso o por defecto, de las actuaciones anudadas a la misma. Así, una actuación abusiva cual pudiera ser la realización de obras no amparadas por aquel título, da lugar, aparte de a su demolición, al efecto citado –STS de 12 de marzo 2001, Ar. 1977–, de la misma manera que lo provoca, en todo tiempo –en la medida en que se trata de bienes imprescriptibles– una extralimitación en la superficie cuyo disfrute exclusivo ha sido permitido –STS de 1 de marzo de 2001, Ar. 3072–.

D) Puertos

Las infraestructuras portuarias, en cuanto que vinculadas al dominio público marítimo-terrestre, participan de su naturaleza demanial, más aun considerando su afección a la prestación de servicios referidos a aquél. Esto quiere decir que el uso y disfrute de las mismas está supeditado a la obtención de una previa concesión administrativa; concesión que, en buena lógica, lleva anudada la satisfacción de una contraprestación económica. Este canon concesional fue considerado, por mor de la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1995, de 14 de diciembre, como una tasa, en la medida en que se trata de una exacción patrimonial por el uso del dominio público. Y como tal tasa, está sujeta al principio de reserva de ley en materia tributaria, habiendo de considerarse inconstitucionales las normas que se refieran a ella y que carezcan de aquel rango normativo. Así lo recuerda el FJ 3º de la **STC 134/2001, de 13 de junio** (BOE 170, de 17 de julio).

También en atención a esta naturaleza demanial y a su afección al uso y servicio público, las obras que realicen en los puertos las autoridades portuarias se ven exentas de licencia municipal. No así las realizadas por estas mismas autoridades fuera de la zona categorizada *stricto sensu* como de dominio público, en cuyo caso se ven sometidas a aquel control previo municipal como cualquier otra análoga (**STS de 4 de abril de 2001**, Ar. 3027). Caso distinto es el de las obras vinculadas a actividades comerciales desarrolladas por empresas mercantiles cuya localización en el puerto está justificada por ser propias del tráfico portuario. En este supuesto, la obtención de aquella licencia es obligatoria, y ello con independencia de que se encuentre ya aprobado o no lo esté el Plan de Utilización del Puerto o el Plan Especial de Ordenación del Espacio Portuario, en cuanto que instrumentos en los que, se supone, deberían estar incluidas aquéllas. En este sentido se manifiesta la **STS de 5 de abril de 2001**, Ar. 3028.

Ha sido señalado asimismo *supra* el hecho de que las instalaciones portuarias están inescindiblemente unidas a la prestación de servicios relacionados como el dominio costero, al punto que tal afección constituye su propia razón de ser. Obviamente, el transporte marítimo tanto de pasajeros como de mercancías es uno de los más relevantes, determinándose en su relación un elenco de requisitos normativos con el fin de asegurar su óptima realización. Tal es el caso de la exigencia de firma de los proyectos de construcción de nuevos buques por Ingenieros Navales, recogida en su momento por el Decreto 3384/1971, de 28 de octubre y, en la actualidad, por el Real Decreto 1837/2000, de 10 de noviembre. Esta exigencia elimina la posibilidad de intervención de Ingenieros Técnicos o Peritos Navales, sin que en ningún caso la utilización del instrumento reglamentario a los efectos haya de interpretarse como una vulneración del principio de reserva de ley previsto en el artículo 36 de la Constitución para la regulación del régimen jurídico del ejercicio de las profesiones tituladas, en la medida en que existe una Ley específica reguladora de las atribuciones de estos últimos –la Ley 12/1986, de 1 de abril– que contempla análogo límite (**STS de 16 de marzo de 2001**, Ar. 1986 y Auto de la misma fecha, Ar. 3082).

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

Otro de los servicios portuarios de mayor significación es el de estiba y desestiba, cuya prestación se adjudicará conforme a las reglas que rigen los concursos públicos. De acuerdo con la normativa contractual, cabe la posibilidad de que el contrato en cuestión sea atribuido a la proposición más ventajosa, sin que ello haya de identificarse necesariamente con valor económico de la misma. Por esta razón, no adjudicar el contrato a la oferta más barata no ha de interpretarse como un ejercicio de arbitrariedad o, incluso, de desviación de poder sino, contrariamente, como una actuación de las facultades discrecionales de que dispone la Administración, siempre que exista motivación suficiente. Así se manifiesta la **STS de 27 de marzo de 2001**, Ar. 3148.

E) Pesca y cultivos marinos

El ejercicio de la actividad pesquera de manera colectiva, constituyendo una Organización de Productos Pesqueros y beneficiándose de las ventajas que otorga tal consideración requiere, como contrapartida, el cumplimiento de los requisitos que a tales figuras demanda el Reglamento 105/1976/CEE. Entre ellos se encuentra la exigencia de un volumen mínimo de producción anual. La no acreditación del mismo supone la pérdida automática de tal calificación, sin que ello haya de entenderse en ningún momento como una medida de carácter sancionador (**STS de 23 de enero de 2001**, Ar. 2451).

En cualquier caso, la realización de faenas pesqueras requiere la obtención de previa licencia; licencia que, según la técnica a practicar, exigirá adicionalmente la acreditación de un determinado tonelaje en baja del buque. El alcance exacto de esta exigencia deberá ser conocido por quien pretenda llevar a cabo las artes pesqueras desde el momento en que solicita aquella aquiescencia administrativa, justificando la exigencia de responsabilidad un cambio arbitrario de criterio por parte del poder público, siempre que produzca un evidente perjuicio económico a aquél. Así lo establece la **STS de 13 de marzo de 2001**, Ar. 2640.

La imposición de sanciones por la comisión de una infracción en materia de pesca marítima requiere la prosecución de un procedimiento que, si bien especial (regulado por la Ley de Pesca Marítima 53/1982), participa de los principios esenciales del procedimiento sancionador general recogido en la Ley 30/1992. Por eso, y tal y como recuerda la **STS de 22 de diciembre de 2000**, Ar. 2438 de 2001, la falta de comunicación al interesado del cargo imputado determina la nulidad del procedimiento, al situar a éste en una evidente posición de indefensión.

5. CARRETERAS

A) Autopistas de peaje: no existencia de mutación demanial

En la **STS de 26 de marzo de 2001**, Ar. 3009, se confirma la Sentencia de instancia y se desestima el recurso de apelación interpuesto por una concesionaria de autopistas, en relación con la aprobación por un Ayuntamiento gallego de un Plan Especial de un área de

servicio y el inicio del expediente expropiatorio. Se entiende que no se ha producido una mutación demanial del bien cuya concesión disfruta la empresa de autopistas, como consecuencia de la aprobación del citado Plan Especial, pues con la aprobación de éste no ha variado el destino inicial de los bienes demaniales destinados al servicio de la autopista.

B) Estaciones de servicio: diversas cuestiones

En la **STS de 30 de marzo de 2001**, Ar. 3021, se confirma la decisión del TSJ de la Comunidad Valenciana, que dio la razón a la Administración autonómica, frente a una empresa que había solicitado una autorización para la instalación de una estación de servicio y sus accesos en una carretera perteneciente a la red autonómica. El motivo de denegación de la autorización fueron las previsiones sobre variación y modificación de carreteras en un futuro no superior a diez años, previsto en el artículo 82 del entonces vigente RD 1073/1977, de 8 de febrero, que aprobó el Reglamento de la Ley de Carreteras de 1974.

Por otra parte, en la **STS de 12 de febrero de 2001**, Ar. 1619, la Sala Tercera vuelve a confirmar la Sentencia del Tribunal de instancia (TSJ castellano-leonés, en esta ocasión), y con ello la decisión de la Administración del Estado denegatoria de la autorización solicitada por la empresa recurrente para instalar una estación de servicio en una Carretera nacional (en concreto, en la provincia de León). La razón de la denegación de la autorización fue el incumplimiento por la empresa solicitante del art. 28 de la Ley de Carreteras de 1988, que faculta a la Administración para limitar los accesos a las carreteras estatales y establecer los lugares donde obligatoriamente pueden construirse tales accesos. Y, en concreto, en este caso la Administración consideró que el carril de aceleración previsto para la salida de vehículos quedaba situado en paralelo con una prohibición de adelantamiento que existía en el carril contiguo, por lo que de construirse el acceso en aquellos términos, quedaría afectada la seguridad de la carretera.

En relación con ello, el TS considera que el citado art. 28 de la Ley de Carreteras contiene una habilitación suficiente a la Administración para establecer límites y obligaciones, sin necesidad de desarrollo reglamentario para poder proceder de este modo. Y más en supuestos como éste, donde existe justificación del límite impuesto al quedar afectada la seguridad de la carretera (se trataba de un punto donde existía una prohibición de adelantamiento, como ha quedado expuesto). En suma, la Administración cuenta, según la Sala Tercera, con un margen de discrecionalidad a la hora de interpretar y aplicar el mencionado art. 28 de la Ley de Carreteras (FJ 2º).

C) Autorizaciones en dominio público viario

En este apartado, cabe mencionar la **STS de 13 de marzo de 2001**, Ar. 1980, que desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado y confirma la Sentencia del TSJ de Aragón, que dio parcialmente la razón a una empresa eléctrica, en

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

relación con la autorización para realizar un cruce de carreteras nacionales, con motivo de la construcción de dos líneas de conducción de energía eléctrica.

El motivo de controversia fue la interpretación de una de las condiciones impuestas por la Administración en la autorización otorgada, en donde se afirmaba que en el caso de modificación, suspensión o extinción de la autorización, no existiría derecho a indemnización. Ante ello, el Tribunal Supremo considera que el art. 126 de la Ley de Patrimonio del Estado, aunque faculta a la Administración para establecer las condiciones en las que deben otorgarse las concesiones y autorizaciones sobre el dominio público, no permite a aquélla ejercer esta facultad sin ningún límite. Y estos límites suponen que no debe excluirse desde un principio, como aquí ha sucedido, el derecho a la indemnización si se revoca o modifica la autorización.

D) Obras realizadas incumpliendo condiciones de licencia

Finalmente, cabe hacer referencia a la **STS de 23 de mayo de 2001**, Ar. 3943, que confirma la decisión del Tribunal de instancia de considerar conforme a Derecho una decisión de la Administración del Estado, que impuso a un particular una sanción de 25.000 pesetas y una orden de demolición de una edificación construida junto a una carretera nacional en Galicia. Se trataba de una infracción leve, tipificada en el artículo 32.2.a) de la Ley de Carreteras de 1988: realizar obras incumpliendo las condiciones de la autorización, que en el presente caso consistían en reformar una casa sin aumentar su volumen. Por otra parte, el Tribunal Supremo inadmite el recurso por razón de la cuantía, al no superar ésta los 6 millones de pesetas necesarios para la interposición de recurso de casación.

6. MONTES: MONTES VECINALES EN MANO COMÚN

En la **STS de 24 de enero de 2001**, Ar. 2285, se desestima el recurso de casación interpuesto por la Administración del Estado, contra una Sentencia del TSJ de Galicia que dio la razón a un Jurado provincial de montes vecinales en mano común, en su decisión de clasificación con tal carácter de varios montes, realizada a favor de varias parroquias de un municipio pontevedrés. En concreto, se considera que la clasificación como montes vecinales en mano común no vulnera lo dispuesto en el art. 13 de la Ley reguladora de éstos y, además, la Administración del Estado puede llevar a cabo el deslinde de los bienes pertenecientes al dominio público marítimo-terrestre que al parecer se encuentran situados junto al monte vecinal. Ello, de acuerdo con lo establecido en los arts. 8, 10, 12 y 13 de la Ley de Costas de 1988. En caso de ejercitar esta facultad, la Administración estatal podrá recuperar la posesión, en los términos dispuestos en los arts. 3, 4 y 5 de la Ley de Costas, tras lo cual podrá existir ya título para justificar la titularidad dominical a favor del Estado (art. 13 Ley de Costas).

Por otra parte, la **STS de 7 de febrero de 2001**, Ar. 2459, confirma igualmente la Sentencia del TSJ de Galicia, que estimó parcialmente un recurso interpuesto por un par-

titular contra una Resolución de un Jurado provincial de montes vecinales en mano común, que no clasificó como tal a un monte pontevedrés, aunque consideró también que otra parte del monte no debía calificarse como vecinal. Ante esta situación, se recurrió en casación, y el TS confirma la exclusión de la citada parte del monte de su calificación como vecinal, pues no se cumplen las características establecidas en el art. 1 de la Ley de 11 de noviembre de 1980, sobre montes vecinales en mano común.

7. MINAS

En primer lugar, la **STS de 31 de enero de 2001**, Ar. 1600, se refiere a la denegación por la Administración de unas concesiones de explotación de pizarras y rocas ornamentales solicitada por un particular, titular de un permiso de investigación en relación con otros minerales. El TS considera que se ha infringido lo establecido en el art. 61 de la Ley de Minas, al ser concesiones derivadas de un permiso de investigación previo. Por otra parte, no cabe el otorgamiento de una concesión directa de acuerdo con el artículo 63 de la Ley de Minas, pues no se han aportado los documentos a los que hace referencia el art. 66 del Reglamento de Minas, y no se han cumplido otros requisitos establecidos en tal precepto.

Por otra parte, hay que mencionar la **STS de 31 de enero de 2001**, Ar. 1601, que da la razón a la Administración en relación con la concesión minera otorgada a un particular (el mismo que en la Sentencia anterior), confirmando así el criterio de la Sentencia de instancia. En concreto, se trataba de un permiso de investigación, que no es prorrogado por no haberse cumplido la obligación de investigar los recursos para los que aquél se otorgó, incumpliendo lo dispuesto, entre otros, en el art. 43 de la Ley de Minas, que prevé la prórroga sólo cuando se investiguen los mismos recursos mineros que en la investigación hasta el momento realizada.

8. PATRIMONIO CULTURAL

La primera Sentencia a mencionar dentro de este apartado es la **STS de 18 de enero de 2001**, Ar. 1577, que se refiere a un supuesto de sanción y orden de demolición impuesta por la Xunta de Galicia a un particular, por infracción de lo establecido en el art. 76.1.e) de la Ley 16/1985, de patrimonio histórico español. En este caso, el TS da la razón a la Administración y confirma así la decisión del TSJ de Galicia. El recurrente había incumplido las condiciones impuestas en la autorización que en su día le concedió la Administración, para construir un edificio situado en un Municipio declarado Conjunto Histórico Artístico (por RD 1402/1982, de 30 de abril). Tanto el Ayuntamiento como la Comisión Provincial de Patrimonio Histórico habían decretado en repetidas ocasiones la paralización de las obras, a lo que no hubo respuesta por parte del particular ahora demandante.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

En otro orden de cosas, la STS de 23 de marzo de 2001, Ar. 4031, se refiere a la denegación por la Administración autonómica gallega de una autorización para la construcción de una vivienda en Santiago de Compostela, por exceder el edificio en una planta las tres permitidas para la zona. Se confirma así la decisión del Tribunal de instancia, que dio la razón a la Xunta de Galicia, al incumplirse la Orden de 29 de octubre de 1964, relativa a las instrucciones para la tramitación del proyecto de obras en Santiago de Compostela, norma que debe prevalecer sobre el Plan General de Ordenación Urbana de la citada ciudad.

Por último, cabe destacar la STS de 9 de abril de 2001, Ar. 2887, que confirma la STSJ balear, que dio la razón a la Administración autonómica, quien a su vez había declarado bien de interés cultural, con categoría de monumento, un molino de agua situado en una localidad de Menorca. En relación con ello, se estima que no hay motivo para examinar y valorar de nuevo la prueba pericial realizada por el Tribunal de instancia. En relación con lo anterior, el TS considera que no se ha vulnerado lo establecido en el artículo 1 de la Ley 16/1985, de patrimonio histórico español, y que sí existían motivos fundados para realizar la declaración como monumento del mencionado molino.

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 de las Comunidades Europeas. A) Incumplimiento de Directivas. B) En especial, incumplimiento de la Directiva 92/43/CEE (hábitats). **3. Actividades clasificadas.** A) Es contraria a derecho la denegación de una licencia de apertura amparada en posibles hechos futuros. B) Clausura de actividades sin licencia. a) En las que se había abonado la tasa de apertura. b) La orden de clausura no tiene carácter sancionatorio. C) Anulación del precepto de ordenanza municipal que vulnera el principio de libertad de creación de establecimientos al limitar la instalación de supermercados de alimentación. D) Silencio administrativo positivo y el principio de confianza legítima. E) La licencia otorgada para una actividad concreta no ampara ni una futura ampliación de la misma ni el ejercicio de actividades conexas o semejantes. F) Condiciones de aplicabilidad del Reglamento General de Espectáculos a los bares. G) Medidas cautelares. a) El incumplimiento de las medidas correctoras fijadas por el Ayuntamiento puede justificar la retirada definitiva de la licencia. b) La clausura y cierre de una actividad por incumplimiento de las medidas correctoras exigidas para evitar la producción de ruidos superiores a los permitidos no genera derecho a indemnización. **4. Evaluación de impacto ambiental: la Diputación Foral de Vizcaya no dispone de potestades normativas de desarrollo de la legislación básica del Estado en esta materia. 5. Residuos: anulación de la licencia concedida para la construcción de un centro de tratamiento de residuos sólidos urbanos. 6. Fauna. Especies protegidas. Caza y pesca.** A) Caza. a) 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. b) Es suficiente con la conformidad de una mayoría de vecinos para la constitución de un coto privado de caza. c) El propietario de un coto de caza no puede cercarlo sin el conocimiento previo del Servicio administrativo competente. B) Pesca. Competencia de la Generalidad Valenciana para prohibir en su territorio la comercialización de truchas que no sean de piscifactoría. **7. Montes.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida desde junio hasta septiembre de 2001 inclusive; la ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi de 2001 desde la Sentencia núm. 1351 hasta la 4050, y la Constitucional desde 163/2001, de 5 de julio, hasta la 189/2001, de 24 de septiembre.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

A) Incumplimiento de Directivas

La STJCE de 14 de junio de 2001, Asunto C-368/00, Sala tercera, opone a la Comisión como demandante frente al Reino de Suecia. La cuestión es el reproche al país demandado del incumplimiento de determinadas obligaciones que fija la Directiva 76/160/CEE del Consejo, de 8 de diciembre de 1975, relativa a la calidad de las aguas de baño al no haber adoptado todas las medidas necesarias para garantizar que la calidad de las aguas de baño se ajuste a los valores límite previstos por la Directiva y al no haber respetado las frecuencias mínimas de muestreo previstas por la Directiva. En el curso del procedimiento se demuestra la razón de los reproches de la Comisión que Suecia, además, acepta por lo que la Sentencia declara el incumplimiento de las obligaciones del Reino de Suecia.

La STJCE de 13 de septiembre de 2001, Sala Quinta, opone a la Comisión como demandante frente al Reino de España en el Asunto C-417/99. Se imputa a España violación de las obligaciones que le incumben en virtud de lo dispuesto en la Directiva 96/62/CE del Consejo, de 27 de septiembre de 1996, sobre evaluación y gestión de la calidad del aire ambiente, al no haber designado a las autoridades competentes y a los organismos a que se refiere el art. 3 de dicha Directiva encargados de su cumplimiento. Frente a los argumentos de España que pretendía diferir las obligaciones de designación y que, en todo caso, ofrecía las normas de las CCAA como competentes en la situación, el Tribunal aprecia que el tiempo de designación ya había pasado y que las normas de las CCAA adolecían de grave indeterminación. Como ejemplo —y resulta más que curioso ese ejemplo encontrado en una Sentencia del Tribunal de Justicia comunitario— se cita una norma organizativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, el Decreto 256/1995, de 26 de septiembre, por el que se aprueba la estructura orgánica del Departamento de Agricultura y Medio Ambiente y que para nada se refiere a la autoridad comunitaria competente en materia de polución atmosférica. Consiguientemente, se declara el incumplimiento del Reino de España.

B) En especial, incumplimiento de la Directiva 92/43/CEE (hábitats)

Tres SSTJCE de la misma fecha, 11 de septiembre de 2001, Sala Sexta, tratan de idéntica cuestión: del incumplimiento por Irlanda, la República Federal Alemana y la República Francesa (Asuntos C-67/99, 71/99 y 220/99, respectivamente), de las obligaciones que les incumben en virtud de la Directiva 92/43/CE del Consejo, de 21 de mayo de 1992, relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, al no haber remitido a la Comisión la lista completa de los lugares mencionados en el artículo 4, apartado 1, párrafo primero, de dicha Directiva, ni la información relativa a dichos lugares, exigida por el artículo 4, apartado 1, párrafo segundo, de la misma Directiva.

Las Sentencias acaban declarando el incumplimiento de las obligaciones de los tres países y presentan un notable interés en cuanto que:

a) Se resuelve el problema acerca de la discordancia entre el tiempo en que debía haber tenido lugar esa presentación (antes del 11 de junio de 1995) y el momento en que se aprobó por la Comisión el formulario para ello (18 de diciembre de 1996, publicado el 24 de abril de 1997) indicando que al haberse concedido, finalmente, un tiempo hasta el 19 de febrero de 1998 (lo había fijado el dictamen motivado de la Comisión) había habido un tiempo adicional más que suficiente para ello. En todo caso, se dirá, la obligación de remitir la lista de lugares no estaba sometida en la Directiva a la aprobación formal de un formulario.

b) Se habla del margen de apreciación de que disponen los Estados para decidir qué lugares deben transmitir a la Comisión y de los criterios que para la Comisión enmarcan este margen: 1) la selección de los lugares ha de responder sólo a criterios de carácter científico; 2) los lugares propuestos deben garantizar una cobertura geográfica homogénea y representativa de la totalidad del territorio de cada Estado miembro con el fin de garantizar la coherencia y el equilibrio de la red que de ellos resulte; 3) la lista debe ser completa, es decir, cada Estado miembro debe proponer un número de lugares que permita incluir de manera suficientemente representativa todos los tipos de hábitats naturales mencionados en los anexos I y II de la Directiva. El Tribunal insiste en el carácter completo de la información de que debe disponer la Comisión procedente de cada país para poder decidir con criterios representativos del conjunto de Europa y, en coherencia con los datos fácticos que aparecen en la Sentencia, decide la insuficiencia de lo transmitido por los países indicados.

c) En coherencia con jurisprudencia anterior y repetida del Tribunal, no se da ninguna importancia a las alegaciones de la República Federal Alemana relativas a la competencia de los Länder para adoptar estas decisiones y al retraso en que ellos han cumplido sus obligaciones. La estructura interna de gobierno de los Estados no es para el Tribunal elemento modulador válido de las obligaciones que deben cumplir los Estados.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) Es contraria a derecho la denegación de una licencia de apertura amparada en posibles hechos futuros

La denegación de una licencia de apertura de una actividad debe fundamentarse en motivos de ilegalidad y no en posibles hechos futuros contrarios a esta. Así lo confirma la **STS de 14 de febrero de 2001**, Ar. 2870, coincidente con la de primera instancia. El TS reconoce el derecho del petitionerio a obtener la licencia de apertura de un establecimiento de salón de belleza, sauna y masaje que le había sido denegada por el Ayuntamiento amparándose al parecer en un informe negativo de algunos vecinos de la urbanización, porque supuestamente sería perjudicial para la zona urbana la instalación de un negocio similar al que anteriormente se había desarrollado en el local, que fue cerrado por ejercerse la prostitución, prejuzgando pues hechos futuros.

B) Clausura de actividades sin licencia

a) En las que se había abonado la tasa de apertura

El TS en la **Sentencia de 15 de enero de 2001**, Ar. 2380, reitera su doctrina de que el pago de la tasa de apertura, en este caso de un taller de escayola, no implica la existencia de licencia teniendo un carácter estrictamente fiscal, si bien, manifiesta, la liquidación y el pago de la tasa de la licencia de apertura puede hacer presumir la solicitud de ésta, generando el deber de resolver, pero no la procedencia de su otorgamiento (FJ 2º). En el mismo sentido se pronuncia en la **Sentencia de 11 de mayo de 2001**, Ar. 3770.

b) La orden de clausura no tiene carácter sancionatorio

La orden de cierre de un establo de ganado por carecer de licencia no es una sanción a la que le deba ser de aplicación el procedimiento sancionatorio regulado en los artículos 36 y siguientes del RAC. Este procedimiento sólo es aplicable a las actividades que disponen de licencia. Reitera una vez más la **STS de 24 de enero de 2001**, Ar. 2452, la doctrina sentada por el Alto Tribunal en numerosas ocasiones.

C) Anulación del precepto de ordenanza municipal que vulnera el principio de libertad de creación de establecimientos al limitar la instalación de supermercados de alimentación

La **STS de 31 de enero de 2001**, Ar. 1726, estimando el recurso de casación interpuesto contra la de instancia que desestimó a su vez el recurso presentado contra la denegación de licencia de apertura de un supermercado de alimentación, determina la anulación del correspondiente artículo de la ordenanza municipal que contenía el Reglamento del Mercado de Abastos de Sevilla por considerar que vulnera los arts. 38 y 53.1 de la CE. Entiende el TS que dicho artículo carece de justificación tanto desde las facultades de policía encomendadas al municipio como desde la perspectiva de la intervención que a los municipios se permite en la actividad económica. Ya que no es misión de las orde-

nanzas velar por la adecuada distribución geográfica de los establecimientos en los municipios pues corresponde al mercado esta función.

El TS admite que las ordenanzas municipales pueden establecer algunas limitaciones a la libertad de establecimiento reconocida en el art. 38 de la CE, pero también que tales limitaciones habrán de producirse dentro de los términos de la habilitación utilizada y ser idóneas y proporcionadas con el fin pretendido. Entendiendo que en el caso concreto no hay razones urbanísticas, de orden público, de seguridad, salubridad y sanidad que den cobertura a las medidas adoptadas.

D) Silencio administrativo positivo y el principio de confianza legítima

El Alto Tribunal continúa manteniendo su doctrina basada en que para obtener una licencia de actividad por silencio positivo es imprescindible que se hayan seguido estrictamente los trámites y cumplido las condiciones establecidas en los arts. 29 y siguientes del RAC. Considerando correcta la orden de paralización de la actividad para aparcamiento de camiones cuando ésta se ejerce sin licencia. En consecuencia no puede invocarse el principio de confianza legítima para interpretar que por el solo hecho de haber presentado una solicitud la licencia ésta será concedida. De tal forma que el silencio de la Administración no autoriza al solicitante de la licencia a iniciar la actividad prescindiendo de los mecanismos legales establecidos para la producción del silencio administrativo positivo (**STS de 23 de marzo de 2001**, Ar. 2756).

Entre las sentencias que tratan del silencio aparecen determinadas matizaciones como la necesidad, para que prospere éste, de que la solicitud vaya acompañada del correspondiente proyecto técnico que exige el art. 29 del RAC (**STS de 19 de febrero de 2001**, Ar. 1753).

En la presente entrega el TS recuerda una vez más que resulta inaplicable a las licencias de actividades clasificadas la figura del silencio regulada en el RD-L 1/1986, de 14 de marzo (**SSTS de 31 de enero y 7 de mayo de 2001**, Ar. 1725 y 3766).

E) La licencia otorgada para una actividad concreta no ampara ni una futura ampliación de la misma ni el ejercicio de actividades conexas o semejantes

Las licencias facultan tan sólo para el ejercicio de la actividad estrictamente autorizada. De tal manera que otorgada una licencia de vado ésta no conlleva la adquisición implícita de la licencia de garaje toda vez que se trata de una autorización sometida al RAC y no se ha seguido el procedimiento previsto en el reglamento (**STS de 18 de diciembre de 2000**, Ar. 2275/2001). Así como la ampliación de una industria de carpintería exige la oportuna licencia, cuya falta no prescribe ni se convalida con el paso del tiempo (**STS de 14 de febrero de 2001**, Ar. 2871). En la misma medida que la licencia para garaje de turismos y motos no es extensiva sin nueva licencia para camiones y autocares, sin perjuicio de que pueda solicitarse (**STS de 30 de marzo de 2001**, Ar. 3022).

Desde otro punto de vista, cuando la actividad ejercida no se corresponde con la autorizada por la licencia, que era la de taller metalúrgico, y además no es legalizable en el lugar de su ubicación, está justificada la decisión de precintar la maquinaria no legalizable de la referida actividad al amparo del art. 38 del RAC (STS de 21 de febrero de 2001, Ar. 3155).

F) Condiciones de aplicabilidad del Reglamento General de Espectáculos a los bares

Según la STS de 31 de enero de 2001, Ar. 2457, el Reglamento General de Policía de Espectáculos y Actividades Recreativas aprobado por RD 2186/1992, de 27 de agosto, no es aplicable a los bares más que en la medida en que su normativa haya sido desarrollada por preceptos municipales.

G) Medidas cautelares

a) El incumplimiento de las medidas correctoras fijadas por el Ayuntamiento puede justificar la retirada definitiva de la licencia

La licencia de actividad genera y obliga una relación continua entre la Administración y el administrado titular de la licencia desde el inicio de la actividad hasta su fin que justifica, según reiterada doctrina jurisprudencial, la actuación municipal de sancionar con la retirada definitiva de la licencia, al amparo de los arts. 34 y 38 del RAC, si no se adoptan las medidas correctoras fijadas por el Ayuntamiento en los plazos señalados (STS de 13 de febrero de 2001, Ar. 2385). Se trataba en este caso de una industria de elaboración de tripas y fundición de sebo de la que se ha demostrado su carácter molesto y sobre la que existen diversas denuncias de los vecinos.

b) La clausura y cierre de una actividad por incumplimiento de las medidas correctoras exigidas para evitar la producción de ruidos superiores a los permitidos no genera derecho a indemnización

La clausura y cierre de una actividad durante un plazo limitado por incumplimiento de las medidas correctoras impuestas no genera derecho a la indemnización de los perjuicios generados por el cierre. Así lo estima el TS en la Sentencia de 23 de febrero de 2001, Ar. 1452, en la que desestima la petición de indemnización del titular de un establecimiento dedicado a bar-pub que venía incumpliendo las órdenes municipales de que se abstuviera de producir ruidos superiores a los permitidos.

También rechaza el TS en esta sentencia la alegación de que sea necesario un segundo plazo, antes de ordenar la clausura de la actividad, para corregir las deficiencias, toda vez que la prescripción en tal sentido del art. 37 del RAC es meramente potestativa para el Ayuntamiento (FJ 3°).

Criterio que se mantiene en la STS de 14 de marzo de 2001, Ar. 2297, ante el exceso de ruidos producidos por el funcionamiento de otro bar-pub, objeto de diversas denuncias por los vecinos en el cual además se demostró la manipulación del limitador de ruidos instalado en el equipo electrónico y acústico. El TS entiende que es correcta la aplicación de las medidas contempladas en el art. 34 del RAC sin que se haya infringido el principio de proporcionalidad.

4. EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL: LA DIPUTACIÓN FORAL DE VIZCAYA NO DISPONE DE POTESTADES NORMATIVAS DE DESARROLLO DE LA LEGISLACIÓN BÁSICA DEL ESTADO EN ESTA MATERIA

La STS de 19 de enero de 2001, Ar. 1578, al ratificar la del TSJ del País Vasco, reconoce la falta de competencia normativa de la Diputación Foral de Vizcaya para, desarrollando la legislación básica del Estado en materia de medio ambiente y más en concreto el RD Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, ampliar a determinadas actividades agropecuarias y forestales, no contempladas en el Anexo del citado RD Legislativo, la exigencia de contar con una previa evaluación de su impacto ambiental.

5. RESIDUOS: ANULACIÓN DE LA LICENCIA CONCEDIDA PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UN CENTRO DE TRATAMIENTO DE RESIDUOS SÓLIDOS URBANOS

La STS de 12 de abril de 2001, Ar. 3041, que determina la anulación de la licencia de obras concedida a la Diputación Provincial de Albacete por el Ayuntamiento de Alcaraz para la construcción de un centro de tratamiento de residuos sólidos urbanos, se fundamenta en la escasa fiabilidad del proyecto técnico para garantizar la inexistencia de riesgo de contaminación de acuíferos y aguas superficiales con base en el dictamen emitido por la Fundación Centro Internacional de Hidrología Subterránea. Entendiendo el TS que las medidas correctoras deben preverse en el proyecto técnico y que su falta o ineficacia impiden el otorgamiento de la licencia (o permiten su anulación judicial, en otro caso).

6. FAUNA. ESPECIES PROTEGIDAS. CAZA Y PESCA

A) Caza

a) 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

El TS en su Sentencia de 5 de marzo de 2001, Ar. 1459, va a reconocer la competencia de la Comunidad Autónoma del País Vasco para establecer el período hábil de caza y de veda en el propio territorio, incluso para las especies migratorias siempre que no coincida el período hábil con la época de su trayecto hacia el lugar de nidificación o de cría

(FJ 3º). Sigue el TS la doctrina sentada por el TC en la Sentencia 102/1995, de 26 de junio, las directrices de la Directiva 74/709/CEE relativa a la conservación de las aves silvestres y la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de Flora y Fauna Silvestres (LEN).

La sentencia del Alto Tribunal casa la de primera instancia anulando la Orden Foral de la Diputación de Guipúzcoa que autorizaba, en la temporada de 1992, la caza de la paloma torcaz durante el trayecto de regreso a los lugares de cría, al entender que la competencia para determinar el período hábil de caza no puede ignorar la prohibición de que dicha actividad cinegética se desarrolle durante el trayecto de regreso de las aves migratorias hacia los lugares de cría que establece el art. 34.b) de la LEN dado su carácter de norma básica.

b) Es suficiente con la conformidad de una mayoría de vecinos para la constitución de un coto privado de caza

No es necesaria la unanimidad de los vecinos, titulares del derecho, para la constitución de un coto privado de caza en beneficio de los mismos, siendo suficiente con contar con la conformidad de la simple mayoría de éstos según el artículo 16 de la Ley de Caza y 398 del Código Civil, y así lo ratifica la STS de 6 de febrero de 2001, Ar. 2292.

c) El propietario de un coto de caza no puede cercarlo sin el conocimiento previo del Servicio administrativo competente

El propietario o titular de un coto de caza no puede cercarlo unilateralmente y sin el conocimiento previo del Servicio administrativo competente, en este caso, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, según confirma la STS de 30 de enero de 2001, Ar. 2455. Se fundamenta la decisión en una interpretación lógica y sistemática de las obligaciones que prescriben los arts. 34.1.f) de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, y 21.6 del Reglamento de Caza de 1971 cuando establecen la obligación de que los cercados y vallados de terrenos cinegéticos no impidan la circulación de la fauna silvestre no cinegética y que deban cumplir con las condiciones técnicas que fije el Servicio. Prescripciones de las que se deduce la necesidad de que el Servicio tenga conocimiento previo para la instalación de la valla (FJ 4º).

B) Pesca. Competencia de la Generalidad Valenciana para prohibir en su territorio la comercialización de truchas que no sean de piscifactoría

Con la STS de 14 de febrero de 2001, Ar. 3159, se ratifica por el TS la del TSJ de la Comunidad Valenciana que desestimó el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra la Orden del Departamento de Agricultura de la Generalidad sobre prohibición de comercialización de truchas excepto las procedentes de piscifactoría, quien defendía que dicha prohibición invadía las competencias del Estado. Entiende la sentencia que esta

medida está encaminada a preservar las especies autóctonas, e implica un plus de prohibición en el campo específico que le viene otorgado a la Comunidad Autónoma, a la que está atribuida la facultad de velar por la protección ambiental estableciendo normas adicionales de protección piscícola con base en el art. 149.1.23 de la CE.

7. MONTES

En relación con esta materia, cabe mencionar únicamente la **STS de 19 de enero de 2001**, Ar. 1578, que aquí se trata sólo en lo relativo a los montes (en el punto 4 existe un comentario desde la perspectiva de Evaluación de Impacto Ambiental). En concreto, se trata del Decreto Foral vizcaíno 73/1990, sobre evaluación de impacto ambiental en materia agropecuaria y forestal, donde se confirma la anulación del citado Decreto por el TSJ del País Vasco, por vulnerar las competencias de la Comunidad Autónoma Vasca sobre esta materia.

La única cuestión a destacar es la intención que en su día tuvo la Diputación Foral de Vizcaya de regular la evaluación de impacto ambiental en el sector forestal, sector que en la mayoría de sus aspectos es regulado en la normativa (tanto estatal como autonómica) sobre montes, pero que en este concreto se intentó reglamentar a través una norma específica.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Agricultura. 2. Ayudas públicas. 3. Comercio. A) Ferias comerciales. B) Grandes superficies. Medidas cautelares y legitimación para solicitarlas.

4. Crédito. 5. Energía. 6. Ganadería. 7. Pesca. A) La apreciación de la falta de necesidad de adquirir un buque para cumplir los requisitos para la obtención de licencia de pesca genera responsabilidad administrativa. B) Criterios para la confección el censo de arrastreros congeladores. Nulidad. **8. Servicios de interés económico general.** A) Servicios de interés económico general: su delimitación y configuración jurídica nacional.

a) La prohibición del artículo 86.1 CE. b) La justificación del artículo 86.2 CE. c) La financiación del servicio universal (de Correos). B) La instrumentación formal de las obligaciones de servicio público: autorización vs. contrato. **9. Telecomunicaciones.**

10. Transportes. 11. Tribunal de Defensa de la Competencia. A) Abuso de posición de dominio. Precios no equitativos. Transporte regular de viajeros. B) Servicios funerarios. Uso del tanatorio. Abuso de posición de dominio. Condiciones urbanísticas. C) Distribución de productos petrolíferos. Comisión. Agencia. Fijación de precios. Potestad sancionadora.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se han examinado las Sentencias del Tribunal Constitucional 133/2001, de 13 de junio a STC 209/2001, de 22 de octubre. Las Sentencias del Tribunal Supremo incluidas en los Cuadernos de Repertorio Aranzadi 1 a 15 de 2001, las Sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del año 2001 y las Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia de enero a marzo de 2001.

1. AGRICULTURA

En el proceso de aplicación de la legislación sobre Reforma Agraria, se planteó el problema relativo a los datos que deben aportar los titulares de las explotaciones y su posible modificación por la Administración actuante cuando la finca está arrendada (artículos 33 a 39 del RD 402/1986, de 30 de diciembre). En concreto, se impugnó en primera instancia el acto de aprobación definitiva de las declaraciones y modificaciones voluntarias y las declaraciones y estimaciones de oficio de los datos reales de aprovechamiento de las explotaciones de la comarca de reforma agraria de la Vega de Córdoba.

La sentencia de instancia estimó el recurso por hallarse la finca arrendada, y extraer la conclusión, en aplicación de la legislación sobre arrendamientos rústicos que las determinaciones contenidas en el acto administrativo, que fundamentalmente constituyen datos referentes a la explotación de la finca, no habrán de afectar a los derechos e intereses del recurrente, el cual, como propietario, no explotador de la finca, no puede incidir sobre los cultivos que se realicen en sus tierras.

En definitiva, el Tribunal *a quo* deduce que la propietaria no puede incidir sobre los cultivos que se realicen en sus tierras y que no puede verse afectada en sus derechos e intereses por los actos administrativos impugnados.

Pues bien, el **Tribunal Supremo**, en la **Sentencia de 22 de enero de 2001**, Ar. 3154, entiende que “si bien es cierto que están obligados a prestar la declaración de aprovechamiento los titulares de explotaciones agrarias, siendo indiferente la titularidad de la explotación y son los arrendatarios los que ostentan tal titularidad, cuando se trata de fincas arrendadas [art. 33.c) LARA y STS de 21 de marzo de 1997, Ar. 2173], también lo es que los propietarios arrendatarios, con base en la LAR, no pueden considerarse no concernidos o ajenos a las consecuencias de la aprobación definitiva de las declaraciones y modificaciones voluntarias y las declaraciones y estimaciones de oficio de los datos reales de aprovechamiento de las explotaciones de una Comarca de Reforma Agraria”.

En consecuencia, los datos reales de aprovechamiento afectarán al propietario-arrendador aun cuando la declaración debe efectuarla el arrendatario como titular de la explotación agraria, pues la LAR no deja al propietario-arrendador al margen del cumplimiento de la función social de la propiedad agraria.

2. AYUDAS PÚBLICAS

De nuevo, la caracterización de ayuda: la problemática aplicación del criterio del inversor privado

Es jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia la afirmación de que los fines de la medida controvertida no constituyen un criterio determinante para aplicar el art. 87.1 CE, puesto que este último no establece una distinción según las causas o los objetivos de las intervenciones estatales. El criterio determinante en relación con la delimitación del concepto de ayuda es, por el contrario, el relativo a sus efectos. En particular, constituyen ayudas aquellas medidas que implican la concesión de una ventaja competitiva de carácter selectivo. Respecto de la primera cuestión, el problema que se plantea allí donde la medida se enmarca en una relación contractual, ha sido resuelto por el Tribunal afirmando que de lo que se trata es de determinar si su adopción implica otorgar a la empresa beneficiaria una ventaja económica que ésta no hubiera obtenido en condiciones normales de mercado. Pues bien, las SSTPI de 14 de diciembre de 2000, As. T-613/97,

Ufex, y de 12 de diciembre de 2000, As. T-296/97, Alitalia, se pronuncian sobre la interpretación de este criterio.

La STPI de 14 de diciembre de 2000, As. T-613/97, Ufex, anula una Decisión de la Comisión por haber aplicado incorrectamente el criterio del inversor privado, en relación con ciertas ayudas concedidas por *La Poste*, empresa pública francesa que opera en el sector del correo ordinario en régimen de monopolio, a SFMI, filial de la primera que opera en el sector del correo urgente compitiendo con otros operadores. La medida controvertida consiste en la prestación por la primera de un apoyo logístico y comercial a la segunda. En particular, *La Poste* puso a disposición de SFMI sus infraestructuras postales para la recogida, selección, transporte y distribución de sus envíos, así como su propio fondo de comercio, otorgándole acceso a su clientela (apartado 18). En una resolución previa, el Tribunal de Justicia había señalado ya “que el hecho de que una empresa pública preste un apoyo logístico y comercial a sus filiales de Derecho privado que ejercen una actividad abierta a la libre competencia puede constituir una ayuda de Estado con arreglo al artículo 92 del Tratado si la retribución percibida como contrapartida es inferior a la que se habría exigido en condiciones normales de mercado” (STJCE de 11 de julio de 1996, As. C-39/94, SFEI). Pues bien, el Tribunal de Primera Instancia entiende que la Comisión ha incurrido en esta ocasión en un error de Derecho en relación con la interpretación del art. 87.1 CE, a la hora de determinar si la remuneración recibida por *La Poste* satisface el criterio del inversor privado en una economía de mercado. En la Decisión impugnada se afirma que “el hecho de que la transacción tenga lugar entre una empresa que opera en un mercado reservado y su filial que ejerce sus actividades en un mercado abierto a la competencia no influye en el presente asunto”, de modo que “los precios internos aplicados a los intercambios (...) entre empresas pertenecientes al mismo grupo no incluyen ventaja financiera de ningún tipo si se trata de precios calculados en función de los costes completos (es decir, los costes totales más la remuneración de los fondos propios)” (apartado 72). En opinión del Tribunal, esto implica que “la Comisión se contenta con comprobar en qué costes incurrió *La Poste* para prestar el apoyo logístico y comercial y qué cuantía de dichos costes reembolsó SFMI”, sin realizar “un análisis económico como el que exige la sentencia SFEI para demostrar que la transacción en cuestión era comparable a una transacción entre empresas que actúan en condiciones normales de mercado” (apartado 73).

“(...) En efecto, dado que *La Poste*, gracias a su situación de empresa pública titular de un sector reservado, pudo quizá prestar una parte del apoyo logístico y comercial a costes inferiores a los de una empresa privada que no disfrute de los mismos derechos, un análisis que únicamente tenga en cuenta los costes de dicha empresa pública no puede, sin basarse en otros datos, excluir de la calificación de ayudas de Estado las medidas cuestionadas” (apartado 74).

“En consecuencia, la Comisión debería haber examinado si los referidos costes completos correspondían a los factores que cualquier empresa, actuando en condiciones normales de mercado, habría debido tomar en consideración a la hora de fijar la remuneración de los servicios prestados. De este modo, la Comisión debería haber comprobado, al menos, si la

contrapartida obtenida por La Poste era comparable a la exigida por una sociedad financiera privada o un grupo privado de empresas que, sin actuar en un sector reservado, persiga una política estructural, global o sectorial, y se guíe por perspectivas a largo plazo” (apartado 75).

A nadie puede escapar la relevancia de esta jurisprudencia: la expresión “en condiciones normales de mercado” debe interpretarse en el sentido de que, a la hora de programar las relaciones comerciales con sus filiales, una empresa matriz que disfrute de derechos especiales o exclusivos debe comportarse como si no los tuviera, exigiendo por tanto a aquéllas una remuneración que incluya, no sólo los costes efectivamente producidos, sino también otros en los que habría incurrido de no disfrutar de esa posición privilegiada. En el caso de *La Poste*, ésta debía haber exigido, por ejemplo, los costes de red, a pesar de que éstos no eran sufragados por ella, sino por el Estado (apartado 41).

La **STPI de 12 de diciembre de 2000, As. T-296/97, Alitalia**, anula otra Decisión de la Comisión, como consecuencia de dos errores manifiestos de apreciación producidos durante la aplicación del criterio del inversor privado en una economía de mercado sobre un plan de reestructuración de *Alitalia*, que incluía la recapitalización de la compañía por parte de la Administración italiana. La aplicación de este criterio requiere una valoración económica compleja, respecto de la cual la Comisión goza de un amplio poder de apreciación. De este modo, el control judicial de la decisión, “aunque en principio es ‘completo’ por lo que respecta a la cuestión de si una medida está comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 92, apartado 1, del Tratado (...), se limita a comprobar el respeto de las normas de procedimiento y de motivación, la exactitud material de los hechos tenidos en cuenta para efectuar la elección impugnada, la falta de error manifiesto en la apreciación de dichos hechos o la inexistencia de desviación de poder”; sin embargo, no “corresponde al Tribunal de Primera Instancia sustituir su apreciación económica por la del autor de la Decisión” (apartado 105). Por otro lado, la Comisión “puede imponerse orientaciones para el ejercicio de sus facultades de apreciación, mediante actos, como la Comunicación para la aviación, en la medida en que esos actos contengan normas indicativas sobre la orientación que debe seguir dicha Institución y no sean contrarios a las normas del Tratado” (apartado 99). En dicha Comunicación se define un método de aplicación del criterio del inversor que consiste en comparar los denominados “índice mínimo” e “índice interno”. Pues bien, según el Tribunal la Comisión cometió un primer error manifiesto de apreciación al excluir del cómputo del índice interno los costes de insolvencia, que se obtienen calculando la diferencia entre el importe de los préstamos concedidos que se reembolsarán en su totalidad en caso de nueva inyección de capital, y el valor de reembolso de dichos préstamos en caso de insolvencia (apartados 147 y siguientes). La sentencia imputa a la Comisión un segundo error de esta naturaleza, ya que, a la hora de calcular los índices mínimo e interno (y, por tanto, de apreciar si la inyección de capital cumplía el criterio del inversor privado), no tuvo en cuenta ciertas modificaciones introducidas posteriormente en el plan de reestructuración, a pesar de que éstas redujeron los riesgos inherentes a dicho plan e incrementaron la rentabilidad de la empresa (apartados 167 y siguientes).

3. COMERCIO

A) Ferias comerciales

El recurso de casación interpuesto frente a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que desestimó el recurso interpuesto frente al Decreto 318/1987 de la Generalidad de Cataluña que desarrolló la Ley 9/1984, de 5 de marzo, sobre Ferias Comerciales, dio lugar al planteamiento de una cuestión de orden procesal de interés. En concreto, el recurso casacional obligó a resolver sobre si procede o no admitir un recurso directo frente a una disposición reglamentaria cuando la norma impugnada ha sido derogada.

Para el **Tribunal Supremo**, en su **Sentencia de 5 de febrero de 2001**, Ar. 4046, el recurso pierde sentido cuando al tiempo de dictar sentencia la norma reglamentaria ha sido ya eliminada. Al tratarse de un recurso directo en el que no existen pretensiones individualizadas ligadas a la validez del reglamento, y al haberse ya eliminado el reglamento del ordenamiento jurídico, la pretensión ha quedado sin objeto. Sólo cuando la norma reglamentaria mantuviera una cierta ultraactividad, se justificaría admitir el recurso y analizar la validez de la norma impugnada.

La sentencia cuenta con un extenso voto particular en el que se admite la teoría general expresada en la sentencia mayoritaria, pero se entiende que en el caso concreto enjuiciado la norma seguía viva, por lo que debió entrar a examinarse su adecuación o no al ordenamiento jurídico.

Entrando en el fondo del asunto, el voto particular llega a la conclusión de que “no ofrece duda que tanto la Ley catalana 9/1984, de 5 de marzo, sobre Ferias comerciales, como el artículo 10.a) y e) del Decreto 318/1987, de 27 de agosto, que la desarrolla, contradicen la normativa comunitaria europea. En efecto, se impide que entidades mercantiles, cuyo objeto social sea la celebración de ferias comerciales, puedan, con las denominaciones reservadas— que son las más características de estos certámenes— cumplir su finalidad lucrativa, desconociendo el derecho de establecimiento y de libre prestación de servicios de los artículos 52 y siguientes del TCEE, al propio tiempo que se reserva sólo a las instituciones feriales, aquellas ferias comerciales a las que concurren expositores de un ámbito igual o superior a todo el territorio de Cataluña, y limita a ferias comerciales no lucrativas la concesión de ayudas y subvenciones. Debe decirse, que si bien esta contradicción se produce en la Ley 9/1984 *ex post*, al promulgarse antes la adhesión de España a la Comunidad Europea, no ocurre lo mismo con el Decreto 318/1987, que es posterior a ella”.

B) Grandes superficies. Medidas cautelares y legitimación para solicitarlas

La concesión de licencia comercial para la instalación de grandes superficies acostumbra a suscitar litigios entre competidores. En la **Sentencia de 23 de marzo de 2001**, Ar. 4034,

el Tribunal Supremo se enfrenta con un litigio entre municipios limítrofes con ocasión del recurso de casación frente a la denegación de una medida cautelar suspensiva.

Concretamente, un determinado municipio impugnó la licencia concedida para instalar un centro comercial en el municipio vecino, y solicitó la suspensión de su eficacia. Denegada la suspensión, recurre en casación, y el Tribunal Supremo en la sentencia citada desestima el recurso.

La primera cuestión que aborda el Tribunal Supremo es la relativa a la legitimación, ya que el recurso no está planteado por una empresa con un interés competitivo, o un tercero con interés directo, sino por el Ayuntamiento de un municipio vecino.

El Tribunal Supremo admite la legitimación al apreciar un interés directo del municipio limítrofe en el planteamiento de su pretensión. El hecho es que la normativa aplicable en materia de ordenación comercial determina que en el ámbito territorial que ocupan los municipios enfrentados sólo cabe instalar un centro comercial de las características del autorizado. El Ayuntamiento recurrente pretende que la licencia se conceda en su término municipal, por las ventajas que la apertura de un centro de estas características tendría para su población y para las arcas municipales.

Tras admitir el recurso casacional, pese a no justificarse que exista infracción de norma no emanada por la Comunidad Autónoma relevante y determinante del fallo, se entra en el fondo el asunto.

El Tribunal Supremo deniega la suspensión solicitada al entender que la ejecución del acto no conlleva daños o perjuicios de reparación imposible o difícil. En concreto, afirma que:

“la licencia comercial concedida por el órgano autonómico competente es el primer eslabón de una cadena de resoluciones administrativas que necesariamente anteceden al comienzo de la construcción de centro comercial. Es una licencia necesaria y previa a posteriores actos de intervención administrativa que deberán dictar las distintas administraciones concernidas. Mas por sí sola no determina una situación que pueda resultar irreversible para los intereses que el Ayuntamiento recurrente defiende, con otras palabras, al no estar en riesgo el derecho a la tutela judicial efectiva del Ayuntamiento recurrente, no es urgente adoptar la medida cautelar de suspensión que nos pide para preservarlo”.

4. CRÉDITO

El alcance de las facultades inspectoras del Banco de España, y la responsabilidad que pueda derivarse para él mismo por su no ejercicio, se ha planteado en la STS de 10 de mayo de 2001, Ar. 4228.

El supuesto de hecho que da origen a la citada sentencia es la reclamación de indemnización presentada ante el Banco de España por los daños derivados a pequeños ahorradores como consecuencia de la desaparición de la Caja de Crédito Andaluza, SA.

El Tribunal de instancia rechazó el recurso frente a la desestimación en vía administrativa de la petición indemnizatoria a cargo del Banco de España. El Tribunal no aprecia relación de causalidad, estima que no se acreditó el daño económico efectivo y afirma que no existió una verdadera conducta omisiva por parte del Banco de España.

Para el Tribunal de instancia al no existir una verdadera entidad de crédito, el Banco de España no pudo ejercitar las actuaciones previstas en los artículos 16 y 31 de la Ley 26/1988. Respecto de la entidad Caja de Crédito Andaluza, afirma el Tribunal, el Banco de España sólo podía adoptar las medidas previstas en el artículo 29 de la citada ley, esto es, requerirla para que cesara en la denominación de entidad de crédito. Cosa que sí hizo el Banco de España, imponiendo al mismo tiempo la pertinente sanción.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 10 de mayo de 2001, confirma la sentencia de primera instancia, y aceptando los hechos probados concluye que el Banco de España ejercitó sus competencias de sancionar e impedir la utilización de la denominación entidad de crédito de forma diligente, sin que se le pueda imputar responsabilidad alguna respecto de los intereses económicos de los depositantes.

5. ENERGÍA

El objeto del conflicto que resuelve la **STS de 19 de marzo de 2001**, Ar. 4019, es la resolución del Delegado del Gobierno en la explotación del sistema eléctrico que autorizó las compensaciones que OFICO debía abonar a Hidroeléctrica del Cantábrico, SA por el suministro interruptible de energía eléctrica a determinada entidad en determinadas temporadas. Desestimado el recurso en primera instancia, la sentencia antes citada dictada en el recurso de casación estimó en parte el recurso.

Por lo que se refiere al período 1985/1986, estima el recurso al apreciar que las resoluciones impugnadas no aplicaron correctamente la normativa aplicable, concretamente la Disposición Final en relación con la transitoria octava de la OM de 6 de marzo de 1986. Al no aplicar esta normativa en sus propios términos, entiende el Tribunal Supremo que la Administración procedió de hecho a crear una norma específica para el caso concreto, lo que le lleva a anular la resolución impugnada.

En igual sentido se pronuncia también la **STS de 18 de abril de 2001**, Ar. 4490, en relación a un supuesto sustancialmente idéntico.

6. GANADERÍA

La **STS de 24 de abril de 2001**, Ar. 2894, desestimó el recurso interpuesto por una determinada empresa frente a una resolución del Ministerio de Agricultura, Pesca y

Alimentación sobre resolución de compromiso y cese de cantidad de referencia en materia de producción lechera.

Dentro de los límites propios del recurso casacional, el Tribunal Supremo entiende que la resolución impugnada no vulnera el RD 1888/1991 y la Orden de 30 de diciembre de 1991, ya que estaba acreditado el incumplimiento de lo previsto en las citadas disposiciones. Por tanto, se desestima el recurso y se confirma la validez de la Resolución que consideró resuelto el compromiso para el abandono definitivo de la producción lechera.

7. PESCA

A) La apreciación de la falta de necesidad de adquirir un buque para cumplir los requisitos para la obtención de licencia de pesca genera responsabilidad administrativa

El objeto del recurso que resuelve la STS de 13 de marzo de 2001, Ar. 2640, es la pretensión indemnizatoria por responsabilidad administrativa, formulada ante el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA), a consecuencia de la pérdida patrimonial sufrida por el reclamante por el hecho de verse obligado a adquirir un buque, con el fin de dar cumplimiento a un requisito exigido para obtener la correspondiente licencia de pesca.

Estimado parcialmente el recurso por la Audiencia Nacional, el Abogado del Estado recurrió en casación, recurso que fue desestimado.

El Tribunal Supremo, dada la naturaleza del recurso casacional, no entra a valorar los hechos probados. Para el citado Tribunal, está acreditado en primera instancia que se denegó al reclamante de la indemnización el rol de despacho y licencia definitiva de su buque, por lo que se vio obligado a comprar un buque para su aportación como tonelaje de baja, lo que no era necesario.

El citado buque perdió todo su valor al no permitir la Administración aportarlo como baja para la construcción de un nuevo buque, ni poder gozar de subvención para su paralización definitiva.

A partir de estos hechos, el Tribunal Supremo confirma que se dan todos los elementos para apreciar la existencia de responsabilidad administrativa por el perjuicio económico causado con la adquisición del citado buque. Elemento determinante es que se obligó a adquirir un buque de forma innecesaria, como se acredita por la OM del MAPA de 25 de octubre de 1990 que anuló las Resoluciones de la Comandancia de Marina y de la Dirección General de Pesca que exigieron la compra.

B) Criterios para la confección del censo de arrastreros congeladores. Nulidad

La impugnación de la Resolución de la Secretaría General de Pesca Marítima, de fecha 3 de abril de 1990, por la que se establecieron criterios para la confección del censo de arrastreros congeladores que faenaban en la zona de regulación de la Organización de la Pesca del Atlántico Noroccidental, dada la naturaleza normativa de la misma y su derogación por norma posterior, llevó a plantear una vez más como cuestión previa la posibilidad de declarar la inadmisibilidad del recurso por pérdida sobrevenida del objeto del proceso. El **Tribunal Supremo**, en la **Sentencia de 14 de mayo de 2001**, Ar. 4250, admitió el recurso ante la eventual existencia de situaciones jurídicas individualizadas no afectadas por actos firmes.

Admitido el recurso, el Tribunal Supremo parte de la naturaleza normativa de la Resolución impugnada (“... incorpora con vocación de permanencia una regulación que pasa a formar parte del ordenamiento jurídico...”) para analizar su adecuación a lo establecido en las normas de rango superior a las que debió adecuarse por razón jerárquica.

De acuerdo con este razonamiento, el Tribunal Supremo estima que la Disposición Final de la OM de 17 de octubre de 1988 habilitó a la Secretaría de Pesca Marítima para aplicar de forma singular su contenido, pero no para ejercer una auténtica potestad normativa.

Por otro lado, el Tribunal Supremo analiza la cuestión relativa a la titularidad de la potestad reglamentaria, para concluir que no puede reconocer al Secretario General de Pesca Marítima competencia para dictar una norma que incide sobre terceros.

Consecuentemente, anula la Resolución impugnada.

8. SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

A) Servicios de interés económico general: su delimitación y configuración jurídica nacional

Durante el pasado año el Tribunal de Justicia dictó diversas sentencias en las que procede a interpretar el alcance del art. 86 CE. De entre ellas merece ser destacada la **STJCE de 25 de octubre de 2001**, As. C-475/99, **Glöckner**, que resuelve una cuestión prejudicial planteada a propósito del régimen vigente en un Estado federado alemán en relación con la prestación del servicio de ambulancias. La regulación controvertida distingue dos tipos de servicios de transporte de ambulancias: el transporte urgente, que corresponde a los entes locales, y cuya prestación ha sido confiada a cuatro organizaciones de asistencia sanitaria; y el transporte de enfermos de carácter no urgente, cuya prestación se encuentra sometida a la previa obtención de una autorización administrativa. La concesión de esta autorización está condicionada a la circunstancia de que la entrada del nuevo operador no menoscabe el interés general consistente en disponer de un servicio de asistencia médica de urgencia eficiente. Se plantea aquí el problema general consistente en deter-

minar si ciertas medidas del poder público, y en especial la atribución por los Estados miembros de derechos especiales y exclusivos, pueden ser medidas contrarias al primer apartado del art. 86 CE, interpretado sistemáticamente en relación con los arts. 81 y 82 CE (A), y si, en caso afirmativo, procede o no aplicar la excepción prevista en su segundo apartado (B).

a) La prohibición del artículo 86.1 CE

1. Presupuestos de aplicabilidad del artículo 86.1 CE

1.a) Los conceptos de “empresa” y de “actividad económica”

El art. 86.1 CE prohíbe a los Estados miembros adoptar determinadas medidas respecto de aquellas empresas que sean titulares de derechos especiales o exclusivos. El primer presupuesto de la aplicabilidad del art. 86 CE reside, por tanto, en la posibilidad de calificar como empresa al titular de los derechos especiales o exclusivos. En este sentido, la **STJCE de 25 de octubre de 2001, As. C-475/99, Glöckner**, recuerda que por empresa debe entenderse “cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y de su modo de financiación”, y que una actividad económica es “cualquier actividad consistente en ofertar bienes o servicios en un determinado mercado”. En esta sentencia se plantea el problema de la aplicabilidad del concepto de empresa a una serie de organizaciones de asistencia sanitaria, dedicadas a prestar los servicios de transporte de urgencia y de transporte de enfermos. El Tribunal responde afirmativamente a esta cuestión, sin distinguir entre los dos servicios prestados por las organizaciones sanitarias. Son dos los argumentos aportados: por un lado, “las organizaciones de asistencia sanitaria prestan servicios, mediante una contraprestación por parte de los usuarios, en el mercado del transporte de urgencia y del transporte de enfermos”; por otro lado, “tales actividades no siempre han sido desempeñadas por estas organizaciones o por las autoridades públicas y tampoco es necesario que sea así”. De hecho, resulta que “anteriormente *Ambulanz Glöckner* [la empresa demandante] prestó, por sí misma, estos dos tipos de servicios”. La sentencia afirma igualmente que el hecho de que la prestación esté sometida al cumplimiento de ciertas obligaciones de servicio público no puede desvirtuar el carácter económico de la actividad. En conclusión, “en lo que atañe a la prestación de servicios de transporte de urgencia y de transporte de enfermos, las entidades como las organizaciones de asistencia sanitaria deben calificarse de empresas a efectos de las normas sobre competencia establecidas en el Tratado” (apartados 19 a 22).

El correcto entendimiento de la sentencia en este punto exige la lectura de las Conclusiones presentadas el 17 de mayo por el Abogado General Jacobs. Con independencia de que gran parte de los costes del servicio sean financiados directamente por la Administración, la referencia a la contraprestación satisfecha por los usuarios (instrumentada mediante una tasa), permite al Tribunal justificar que, tanto en el caso del transporte de urgencia como en el del transporte de enfermos, las organizaciones sanitarias

ejercen “una actividad consistente en ofrecer bienes y servicios en un mercado determinado” (apartado 67 de las Conclusiones). Por otro lado, y como prueba de que ambos servicios no tienen por qué ser prestados necesariamente por empresas públicas o por las organizaciones sanitarias, el Abogado General señala que *Glöckner* había prestado en el pasado, no sólo el servicio de transporte de enfermos, sino también el urgente (apartado 68 de las Conclusiones). En efecto, la sentencia y las conclusiones consideran que lo relevante en este contexto es si la actividad en cuanto tal es susceptible de aprovechamiento económico, con independencia de que, de acuerdo con el régimen jurídico de la entidad, esta última se comporte o no como un empresario. Por esta razón se afirma que a los efectos de la aplicabilidad del art. 86.1 CE son irrelevantes “las obligaciones de servicio público, los derechos especiales o exclusivos o la financiación estatal”. La aproximación del Tribunal es aquí radicalmente distinta a la adoptada en otros casos, en los que el régimen jurídico concreto aplicable a la entidad se reveló como determinante a la hora de distinguir una actividad económica de un servicio de solidaridad (*SSTJCE de 12 de septiembre de 2000, As. acumulados C-180 y 184/94, Pavlov y de 21 de septiembre de 1999, Albany International, Asunto C-67/96*).

1.b) La titularidad de derechos especiales o exclusivos

El segundo presupuesto de la aplicabilidad del art. 86.1 CE consiste en que la empresa en cuestión sea titular de derechos especiales o exclusivos. La *STJCE de 25 de octubre de 2001, As. C-475/99, Glöckner*, considera que las organizaciones de asistencia sanitaria son titulares de un “derecho especial o exclusivo”. Conviene señalar desde un principio que el Tribunal se refiere aquí al que se deriva de la regulación de la autorización administrativa previa para la prestación del servicio de transporte de enfermos (no del transporte urgente), en virtud de la cual la autoridad competente puede denegarla cuando su concesión pueda tener efectos negativos sobre el funcionamiento y la rentabilidad del servicio de asistencia médica de urgencia (apartado 23). En opinión del Tribunal, el hecho “de reservar a las organizaciones de asistencia sanitaria, encargadas del servicio de asistencia médica de urgencia, los servicios de transporte de enfermos basta para calificar dicha medida de derecho exclusivo o especial en el sentido del artículo 90, apartado 1, del Tratado [por 86.1 CE]. En efecto, mediante una medida legislativa se confiere una protección a un número limitado de empresas, y que puede afectar sustancialmente a la capacidad de las demás empresas para realizar esa actividad económica en el mismo territorio y en condiciones esencialmente equivalentes” (apartado 24).

La sentencia pone de manifiesto que el Tribunal no ha resuelto todavía de modo satisfactorio la cuestión de la diferenciación conceptual entre los derechos especiales y exclusivos, que (probablemente por influjo del Derecho derivado de las telecomunicaciones) son concebidos como una y la misma cosa (en este sentido, gráficamente, los apartados 83 a 89 de las Conclusiones). La sentencia comentada parece extender la calificación de derecho especial o exclusivo a todos aquellos regímenes de autorización administrativa previa que someten su otorgamiento a una previa valoración de la incidencia de la entrada de un nuevo operador sobre el buen funcionamiento del sector, como ocurre en nuestro país, por ejemplo, con la correspondiente a las instalaciones de distribución de ener-

gía eléctrica. Sin embargo, parece difícil afirmar que disposiciones de este tipo otorgan a los operadores establecidos un “derecho exclusivo”, si por tal entendemos uno en virtud del cual se reserva a aquéllos el desarrollo de una actividad. En efecto, a pesar de que el Tribunal utilice el término “reserva” para definir la situación del transporte de urgencia (apartado 43) y del transporte de enfermos (apartado 24), en ninguno de ellos se produce una situación tal; realmente, la norma controvertida no hace sino dificultar la entrada de nuevos operadores, y éste es un efecto que parece más cercano al concepto de “derecho especial”.

2. La interpretación del artículo 86.1 en relación con el artículo 81 CE

Durante el proceso resuelto por la **STJCE de 25 de octubre de 2001, As. C-475/99, Glöckner**, la parte demandante alegó que el régimen jurídico de la autorización comentada constituía una vulneración del art. 86.1, interpretado sistemáticamente en relación con el art. 81 CE, puesto que durante la tramitación del procedimiento el órgano competente debe consultar a las organizaciones de asistencia sanitaria acerca de la incidencia que la entrada de un nuevo operador tendría sobre la eficiencia de la actividad de transporte urgente. Sin embargo, el Tribunal considera determinante el hecho de que, a pesar de que se produzcan estas consultas, la decisión de otorgar o no la autorización es adoptada unilateralmente por la Administración (apartado 28). Por otro lado, y aunque no se señale expresamente en la sentencia, conviene añadir que el art. 81 CE se refiere a conciertos entre empresas, y no a acuerdos entre los particulares y la Administración pública.

3. La interpretación del artículo 86.1 en relación con el artículo 82 CE

Según la jurisprudencia tradicional del Tribunal de Justicia, el art. 86.1, interpretado sistemáticamente en relación con el art. 82 CE, prohíbe a los Estados miembros otorgar a empresas derechos especiales o exclusivos, si tal decisión implica, al tiempo, la atribución a su beneficiario de una posición de dominio en una parte sustancial del mercado común, y siempre que la empresa en cuestión se vea inducida, por su mero ejercicio, a explotarla de modo abusivo.

En primer lugar, el Tribunal aporta al órgano remitente de la cuestión prejudicial criterios para delimitar el mercado de referencia: en cuanto al mercado objetivo, se afirma que, en base al criterio de sustituibilidad de la prestación, procede distinguir entre el transporte de urgencia y el transporte no urgente de enfermos (apartado 33); respecto del mercado territorial, deberá determinarse la existencia de condiciones objetivas de competencia similares (especialmente por lo que hace a la demanda de servicios) en el área geográfica a la que se refiere la autorización, en la totalidad del territorio del Estado federado, o, incluso, en el territorio de la República Federal (apartados 34 y siguientes). La titularidad por parte de las organizaciones de asistencia sanitaria de una posición de dominio en, al menos, los dos últimos casos, se proyectaría sobre una parte sustancial del mercado común (apartado 38).

En segundo lugar, el mero ejercicio del derecho especial o exclusivo que se deriva de la regulación de la autorización administrativas induce a su titular a explotar de forma abusiva su posición de dominio. A los efectos del art. 82 CE constituye una práctica abusiva el hecho de que una empresa que goza de una posición dominante en un mercado concreto, se reserve, sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que pudiera ser ejercida por otra empresa en el marco de las actividades de ésta en un mercado conexo, pero distinto (apartado 40). Según el Tribunal, al exigir la consulta previa a las organizaciones de asistencia sanitaria sobre cualquier solicitud de autorización para prestar servicios de transporte no urgente de enfermos presentada por un operador independiente, el régimen controvertido ha favorecido a dichas organizaciones permitiéndoles así mismo prestar tales servicios “en exclusiva”. La “reserva” a estas organizaciones de una actividad auxiliar de transporte que podría llevar a cabo un operador independiente tiene como consecuencia, en fin, la limitación de los mercados en perjuicio de los consumidores, en el sentido del art. 82.II.b) CE (apartado 43). Ya se ha señalado, empero, que una cosa es beneficiar a un determinado operador frente a sus potenciales competidores, y otra bien distinta reservarle en exclusiva el desarrollo de la actividad.

Por último, el órgano remitente debe comprobar si todo ello afecta al comercio entre los Estados miembros, y, en particular, si es posible prever, con un grado suficiente de probabilidad, una influencia, directa o indirecta, real o potencial, pero no insignificante, en las corrientes de intercambios intracomunitarios, de modo tal que pudiera hacer temer que podría obstaculizarse la realización de un mercado único entre los Estados miembros. El Tribunal señala a este respecto que dicha influencia puede consistir en una compartimentación del mercado común, que impida a una empresa establecida en otro Estado miembro su establecimiento o la prestación de servicios en el mercado de referencia (apartados 47 a 50).

b) La justificación del artículo 86.2 CE

Aun cuando, conforme a lo anterior, el órgano remitente considere que la regulación controvertida constituye una medida prohibida por el art. 86.1 CE, ésta puede resultar justificada en virtud del apartado 2 del mismo precepto. El Tribunal recuerda ante todo que este último permite que los Estados miembros restrinjan o, incluso, excluyan la competencia en una determinada actividad, a través de la concesión de derechos especiales o exclusivos, siempre que una tal medida resulte necesaria para garantizar el cumplimiento de una misión de interés general (apartado 56).

En primer lugar, la sentencia reconoce que las organizaciones de asistencia sanitaria tienen encomendada una misión de interés general, concretada en el cumplimiento de una obligación de servicio público, cual es la de garantizar permanentemente el transporte de urgencia de enfermos o heridos en todo el territorio afectado, con tarifas uniformes, en unas condiciones de calidad similares, y sin tomar en consideración las situaciones particulares ni la rentabilidad económica de cada operación concreta (apartado 55).

En segundo lugar, el derecho especial o exclusivo debe ser necesario para permitir el cumplimiento de la misión en condiciones económicas aceptables. El Tribunal recupera en este contexto la jurisprudencia establecida en la **STJCE de 19 de mayo de 1993, As. C-320/91, Corbeau**, y sostiene que la obligación presupone la posibilidad de realizar una compensación entre los sectores de actividad rentables y no rentables, “y justifica, en consecuencia, una limitación de la competencia, por parte de empresarios privados, en los sectores económicos rentables” (apartado 57). Tal es el caso en relación con las organizaciones de asistencia sanitaria, cuyos ingresos derivados de las actividades de transporte no urgente contribuyen a hacer frente a los gastos relacionados con el servicio de transporte de urgencia (apartado 58). El hecho de que se trate de dos servicios distintos, el específico y el de interés general, no permitiría desvirtuar la conclusión anterior, ya que, por un lado, la prestación de ambos se encuentra estrechamente relacionada, y, por otro lado, y especialmente, disociar ambos servicios pondría en peligro el cumplimiento de la misión en condiciones de equilibrio económico. En efecto, los empresarios privados que entraran en el servicio de transporte de enfermos tendrían la posibilidad de concentrarse en los trayectos más lucrativos, reduciendo así los ingresos de las organizaciones de asistencia sanitaria, y dificultando el cumplimiento de sus obligaciones de servicio público (apartado 61). El derecho especial o exclusivo se justifica, así, para permitir la financiación del déficit a través de subvenciones cruzadas. En palabras del Abogado General, éstas no son en el presente caso “tan peligrosa[s] para la competencia como las transferencias de recursos de un sector lucrativo reservado a un sector sometido a la competencia (el peligro existe por ejemplo en el sector postal)” (apartado 187 de las Conclusiones).

Sin embargo, el Tribunal admite a continuación que la concesión del derecho exclusivo podría no resultar justificada si, en opinión del órgano remitente, las organizaciones de asistencia sanitaria fueran manifiestamente incapaces de satisfacer permanentemente la demanda de servicios de transporte de ambulancias, esto es, de cumplir la misión de interés general, al tiempo que prestan el servicio de transporte no urgente de manera eficaz (apartados 62 a 65, con referencia expresa a las **SSTJCE de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser, As. C-41/90**, y de de 11 de diciembre de 1997, **Job Centre coop. Arl., As. C-55/96**).

La referencia a la incapacidad del titular del derecho especial o exclusivo puede generar una cierta confusión. El argumento señalado es utilizado en las sentencias citadas (e incluso en la comentada en la presente crónica) para justificar que los derechos exclusivos controvertidos inducen a sus beneficiarios a explotar de modo abusivo una posición de dominio. En efecto, la limitación del mercado en perjuicio de los consumidores constituye uno de los supuestos previstos por el art. 82.II CE, y, por tanto, su concurrencia debe en principio comprobarse en el marco del proceso de subsunción de la medida en el art. 86.1, interpretado sistemáticamente en relación con éste precepto (tal y como ocurre en las sentencias citadas). Podría así parecer improcedente recurrir a este argumento en el presente estadio del juicio de control de las medidas que otorgan derechos especiales o exclusivos. Sin embargo, la lectura de las Conclusiones del Abogado General per-

mite, una vez más, arrojar cierta luz sobre la sentencia, y comprobar que no es éste el caso:

“Si las autorizaciones a prestadores independientes son denegadas aún si las organizaciones de asistencia médica son manifiestamente incapaces de satisfacer la demanda (por ejemplo, en horas punta), las razones económicas que acabo de examinar no pueden a mi juicio ser invocadas para justificar una política restrictiva en materia de autorización. En esas situaciones, la denegación de autorizaciones a operadores independientes podría ser económicamente ventajosa para las organizaciones de asistencia médica interesadas. Esta ventaja económica se obtendría sin embargo a costa del objetivo principal de la legislación nacional discutida, es decir, prestar a la población servicios de ambulancia eficientes y de alta calidad. Sería también contraria al objetivo del artículo 86 CE, apartado 2, que es la prestación eficiente de servicios de interés económico general.”

c) La financiación del servicio universal (de Correos)

Un tratamiento separado merece la **STJCE de 17 mayo de 2001, As. C-340/99, TNT Traco**, que se pronuncia sobre el régimen italiano de financiación del servicio universal en el sector postal. La legislación nacional distingue entre servicios de carácter universal, encomendados en exclusiva a la sociedad pública *Poste Italiane*, y el resto de servicios postales, que son prestados en régimen de libre competencia. La regulación italiana diseña un fondo para la financiación del déficit derivado de la prestación de los primeros, que se alimenta mediante el pago de tasas por parte de todos los operadores, y que son atribuidas directamente a *Poste Italiane*. Estas tasas también recaen sobre los operadores que prestan servicios no universales, que deben abonarlas por el servicio básico de correo ordinario que, de hecho, no les presta esta última. A pesar de que en sentencias anteriores se había calificado ya como ayudas de Estado alguna medida nacional de financiación de obligaciones de servicio público (**STPI de 10 de mayo de 2000, As. T-46/97, SIC**), el órgano remitente plantea al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial acerca de la compatibilidad de esta regulación con el art. 86 CE.

Por una parte, la sentencia afirma que *Poste Italiane* es una empresa pública a la que se ha otorgado el derecho especial o exclusivo de efectuar la recogida, el transporte y la distribución del correo en el territorio de dicho Estado miembro, sin estar obligado a abonar, como hace cualquier otra persona que preste tales servicios, una tasa postal equivalente a la tasa de franqueo que normalmente se paga (apartado 40). La regulación controvertida constituye además una medida prohibida por el art. 86.1, interpretado sistemáticamente en relación con el art. 82 CE. Primero, el derecho exclusivo en cuestión otorga a la empresa una posición dominante en el territorio de un Estado miembro y, por tanto, en una parte sustancial del mercado común (apartado 43). Segundo, la medida crea una situación que lleva directamente a la empresa beneficiaria a abusar de esa posición de dominio. En efecto, al obligar a los operadores económicos que prestan un servicio de correo rápido a abonar a *Poste Italiane* una tasa postal equivalente a la tasa de franqueo que normalmente han de pagar sus clientes, sin que deba prestar servicio algu-

no a dichos operadores, la regulación italiana implica que aquélla recibe una retribución por servicios que no ha prestado, generando automáticamente la concurrencia del supuesto de hecho previsto en la letra a) del art. 82.II CE (apartados 44 a 48). Y, tercero, la medida puede en principio afectar al comercio intracomunitario, si, en opinión del órgano remitente, la obligación de pagar la tasa se aplica también a operadores que prestan servicios de correo rápido que prestan servicios entre Italia y otros Estados miembros (apartados 49 y siguientes).

Por otra parte, el Tribunal entiende que la regulación controvertida puede encontrarse justificada en base a la excepción prevista en el art. 86.2 CE. En primer lugar, la sentencia afirma que, al ser titular de la obligación de garantizar el servicio postal universal, que implica la obligación de recoger, transportar y distribuir correo en todo el territorio del Estado miembro afectado, independientemente de la rentabilidad del sector cubierto, *Poste Italiane* es una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general (apartado 53). En segundo lugar, se recuerda que no es necesario que el equilibrio financiero o la viabilidad económica de la empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general estén amenazados, sino que para la aplicación del art. 86.2 CE basta con que, en caso de no adoptarse la medida controvertida, no puedan cumplirse en condiciones económicamente aceptables las misiones específicas confiadas a la empresa, tal como están precisadas mediante las obligaciones y exigencias que recaen sobre ella (apartado 54). En este sentido, el Tribunal señala que “puede resultar necesario prever no sólo la posibilidad de una compensación entre los sectores de actividad rentables y los sectores menos rentables del titular de la misión de interés general que constituye la gestión del servicio universal (...), sino también la obligación para los prestadores de los servicios postales no comprendidos en dicho servicio universal de contribuir, mediante el pago de una tasa postal como la controvertida en el asunto principal, a la financiación de este servicio universal y permitir de este modo al titular de la citada misión de interés general cumplirla en condiciones económicamente equilibradas” (apartado 55). Sin embargo, el Tribunal matiza inmediatamente esta afirmación identificando tres requisitos añadidos: primero, la compensación recibida por *Poste Italiane* debe reducirse al importe necesario para compensar las eventuales pérdidas derivadas de la gestión del servicio postal universal (en relación con esta cuestión debe señalarse que el órgano remitente había afirmado expresamente que, además de los ingresos procedentes de la tasa postal controvertida en el asunto principal, la República Italiana concedía a *Poste Italiane* subvenciones directas destinadas a cubrir los costes inherentes a la obligación de garantizar el servicio universal, apartado 22); segundo, es preciso que la propia empresa encargada de la prestación de este último deba igualmente abonar la tasa postal (circunstancia esta que no parece concurrir en el caso italiano, apartado 40); y, tercero, en la determinación del coste de la prestación del servicio postal universal, *Poste Italiane* no puede imputar los gastos derivados de la prestación de otros servicios postales, como, señaladamente, el servicio de correo urgente (apartados 57 a 59).

B) La instrumentación formal de las obligaciones de servicio público: autorización vs. contrato

La STJCE de 20 de febrero de 2001, As. C-205/99, ANALIR, resuelve una cuestión prejudicial presentada por el Tribunal supremo, acerca de la compatibilidad del Real Decreto 1466/1997, de 19 de septiembre, por el que se determina el régimen jurídico de las líneas regulares de cabotaje marítimo y de las navegaciones de interés público, con el Derecho comunitario, y en particular, con las normas del Tratado CE en materia de libre prestación de servicios y con el Reglamento 3577/92/CEE del Consejo, de 7 de diciembre, por el que se aplica el principio de libre prestación de servicios a los transportes marítimos dentro de los Estados miembros. La sentencia plantea dos cuestiones de gran interés: por un lado, en qué medida resulta aceptable el inicio de la prestación de servicios regulares de cabotaje marítimo con destino u origen en islas, o entre islas, a la previa obtención de una autorización administrativa a través de la cual se impondrán obligaciones de servicio público; y, segundo, la posibilidad de que, en relación con una misma línea o trayecto, la Administración establezca un sistema de obligaciones de servicio público impuestas mediante autorizaciones, y celebre al tiempo contratos de servicio público con alguno de los operadores.

Respecto de la primera cuestión, el art. 4.1 del Reglamento comunitario citado dispone que los “Estados miembros podrán celebrar contratos de servicio público o imponer obligaciones de servicio público, como condición para la prestación de servicios de cabotaje, a las compañías marítimas que efectúen servicios regulares con destino u origen en islas y entre islas”. Sin embargo, el precepto guarda silencio acerca de las técnicas a través de las cuales pueden imponerse las obligaciones de servicio público. Por esta razón, la decisión del regulador español debe someterse al test de control que se deriva de las normas del Tratado en materia de libre prestación de servicios, tal y como éstas son interpretadas por el Tribunal de Justicia. De un lado, al someter la prestación de los servicios señalados a la previa obtención de una autorización administrativa, el Real Decreto 1466/1997 incorpora una restricción de esa libertad, prohibida en principio por el art. 49 CE, puesto que “puede obstaculizar o hacer menos atractiva la prestación de dichos servicios” por parte de empresarios establecidos en otros Estados miembros (apartados 21 y siguientes). De otro lado, sin embargo, una restricción como ésta puede encontrarse justificada si satisface determinados requisitos, y, en particular, si se encuentra justificada por razones imperiosas de interés general, resulta adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue, y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo (apartado 25).

En primer lugar, el establecimiento de un régimen de autorización administrativa previa como el controvertido debe poder vincularse a una razón imperiosa de interés general. En este caso, el Tribunal señala que el objetivo de “garantizar la suficiencia de los servicios regulares de transporte marítimo con destino u origen en islas y entre islas” constituye un interés público legítimo (apartado 27). Y esto no sólo porque el Tratado tenga en cuenta la especificidad de las regiones insulares, sino también, y especialmente, porque el propio Reglamento comunitario permite la imposición de obligaciones de servicio público a los empresarios que presten este tipo de servicios de transporte (apartado 28). Sin embargo, esto no implica “que todos los servicios de cabotaje marítimo insular

o entre islas dentro de un Estado miembro deban considerarse, a causa de la insularidad, servicios públicos” (apartado 29). En este sentido, el Tribunal considera que la vinculación señalada presupone la comprobación “en trayectos concretos” de “la existencia de una necesidad real de servicio público”, esto es, de “la insuficiencia de los servicios regulares de transporte en el caso de que su prestación se dejase únicamente a las fuerzas del mercado” (apartado 34). De este modo, la sentencia dispone que la justificación de la restricción (el régimen de autorización administrativa) en base a la razón de interés público (la necesidad de imponer obligaciones de servicio público) debe comprobarse en relación con cada concreto trayecto.

En segundo lugar, la restricción debe resultar necesaria y proporcionada para alcanzar el objetivo que persigue (esto es, para imponer obligaciones de servicio público). A pesar de la oscuridad que el Tribunal sigue manteniendo en relación con la estructura del procedimiento de control en este contexto, a la vista de su jurisprudencia tradicional en materia de libre circulación su discurso puede ser reconstruido del modo siguiente.

Por una parte, la restricción debe ser necesaria, “de forma que no podría alcanzarse el mismo objetivo con medidas menos restrictivas de la libre circulación de servicios, en particular, mediante un sistema de declaraciones *a posteriori*”, técnica esta en la que, por definición, ni se desarrolla un procedimiento de control preventivo, ni se adopta una decisión administrativa específica. Pues bien, el Tribunal señala a este respecto que “no puede descartarse que la autorización administrativa previa sea en sí misma un medio adecuado que permita concretar el contenido de las obligaciones de servicio público que deben imponerse a un armador individual teniendo en cuenta su situación concreta o controlar previamente la aptitud de un armador para cumplir dichas obligaciones” (apartado 36). En otros términos, las denominadas declaraciones *a posteriori* no constituyen instrumentos igualmente eficaces para la concreción de obligaciones de servicio público.

Por otra parte, la restricción debe ser proporcionada, en el sentido de no ir más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo. Respecto de esta cuestión el Tribunal realiza una serie de afirmaciones que se proyectan, no ya sobre la decisión de exigir la autorización, sino sobre su concreto régimen jurídico:

“Sin embargo, el referido régimen no puede legitimar un comportamiento *discrecional* de las autoridades nacionales que prive de eficacia a las disposiciones comunitarias y, en particular, a las relativas a una libertad fundamental como la que es objeto del procedimiento principal (...)” (apartado 37).

“Por consiguiente, para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado, aun cuando introduzca una excepción a una libertad fundamental, debe, en cualquier caso, basarse en *criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano* por las empresas interesadas, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera *arbitraria*. De ahí que la naturaleza y el alcance de las obligaciones de servicio público que vayan a

imponerse mediante un régimen de autorización administrativa previa deban precisarse de antemano a las empresas de que se trate. Además, cualquier persona afectada por una medida restrictiva basada en dicha excepción debe poder disponer de un medio de impugnación jurisdiccional” (apartado 38).

La deficiente redacción de la sentencia dificulta enormemente la identificación del alcance de estos pronunciamientos. En particular, no está claro si en el primer apartado se excluye la posibilidad de configurar la potestad autorizatoria como una discrecional, o si, por el contrario, su contenido debe entenderse en relación con el segundo apartado, de forma que a lo que realmente se referiría el Tribunal es a la exigencia de que los criterios utilizados en el ejercicio de la potestad (reglada o discrecional) fueran objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano. En las conclusiones presentadas por el Abogado General Mischo, el 30 de noviembre de 2001, ambas aparecen claramente como exigencias distintas. En efecto, en ellas se afirma, respecto de la discrecionalidad administrativa, que el sistema de autorización previa no debe tener por objeto la limitación del acceso al mercado, sino tan sólo “el mantenimiento del servicio público”, única razón que permitiría justificar la restricción que para la libre de prestación de servicios se deriva de aquélla. Por este motivo, “cualquier empresa que cumpla las obligaciones de servicio público previstas (...) debe poder obtener automáticamente una autorización” (apartado 46 de las conclusiones). No puede desconocerse el alcance de esta interpretación: en el marco de las normas del Tratado CE sobre libertades, las autorizaciones discrecionales se encontrarían en principio prohibidas, y su justificación únicamente podría descansar en el art. 86.2 CE. Sin embargo, el tenor literal de la sentencia introduce una cierta confusión, y permite una interpretación conjunta de ambos apartados, en el sentido antedicho. Y esto no sólo debido al uso de expresiones como “por consiguiente” o “facultad de apreciación”, sino, especialmente, a la ausencia en su conclusión (apartado 40) de una exigencia que sí está presente en las del Abogado General, y que somete de modo expreso la aceptabilidad del régimen a “que los operadores que cumplan las obligaciones de servicio público definidas por el estado miembro obtengan automáticamente la autorización” (apartado 50 de las Conclusiones).

La segunda de las cuestiones señaladas es la relativa a la aceptabilidad de una disposición nacional que, como la española, permite que en relación con una misma línea o trayecto marítimo las autoridades nacionales procedan a imponer obligaciones de servicio público a los operadores, y, al tiempo, celebren contratos de servicio público con alguno o varios de ellos. Ante todo, debe señalarse que el Reglamento no se pronuncia expresamente sobre este interrogante (apartado 60). De ahí que la respuesta aportada por el Tribunal tenga su fundamento último en las normas del Tratado CE en materia de libertades.

En primer lugar, el Tribunal señala que las dos técnicas señaladas, a pesar de perseguir el mismo objetivo (garantizar un nivel suficiente de servicios de transporte marítimo regular con destino u origen en islas o entre islas), presentan una naturaleza y una intensidad diversas. En opinión del Tribunal, “la forma contractual proporciona al Estado más garantías de que el servicio se prestará efectivamente”: mientras que en el caso de la

imposición de obligaciones de servicio público fuera de un contrato “el armador mantiene en principio su libertad de renunciar a prestar los servicios de transporte de que se trate”, la celebración de contratos “permite a la autoridad pública conseguir que el armador se comprometa a prestar los servicios de transporte establecidos en las cláusulas del contrato” (apartados 61 a 65). Por esta razón, la sentencia concluye que la utilización simultánea de ambos instrumentos no resulta en principio contraria al Derecho comunitario (apartado 66).

En segundo lugar, sin embargo, el Tribunal no realiza esta afirmación de modo incondicionado. De un lado, parece limitar tal posibilidad a la articulación subsidiaria de las dos técnicas: “en el caso de que el nivel de servicio alcanzado, incluso después de que se hayan impuesto obligaciones de servicio público a los armadores, no se considerase suficiente o cuando siguieran existiendo lagunas concretas, la prestación de servicios complementaria podría garantizarse mediante la celebración de un contrato de servicio público, como prevé la normativa española” (apartado 66). Tal y como señala el Abogado General, el contrato constituye un instrumento adicional, destinado a completar la imposición de obligación de servicios públicos, garantizando, fundamentalmente, la prestación de servicios complementarios (apartado 110 de las Conclusiones). De otro lado, la compatibilidad con el Derecho comunitario de la utilización simultánea de ambos instrumentos presupone, además, la satisfacción de tres requisitos. Primero, la posibilidad de demostrar la existencia de una necesidad real de servicio público se proyecta igualmente sobre la utilización separada de cada instrumento, así como sobre la decisión de combinarlos en relación con un trayecto concreto (apartado 68). Segundo, esta última decisión no debe permitir discriminación alguna entre armadores comunitarios (apartado 69). Y, tercero, la utilización simultánea de la imposición de obligaciones de servicio público y de la celebración de contratos de servicio público debe respetar el principio de proporcionalidad, y, en particular, ser adecuada para satisfacer el objetivo perseguido, y no implicar efectos restrictivos de la libre prestación de servicios que vayan más allá de lo necesario para lograrlo (apartado 70). Debe señalarse, en fin, que en la sentencia no se recogen expresamente las cautelas relativas a la previsión de compensaciones económicas que habían sido propuestas por el Abogado General. En efecto, la posibilidad de otorgar compensaciones económicas a los contratistas se condiciona en sus conclusiones al cumplimiento de un doble requisito: que el armador beneficiario esté obligado a prestar servicios adicionales a los impuestos en calidad de obligación de servicio público, y que la remuneración sea proporcional a las cargas que de ellas se derivan, de modo tal que no implique una ventaja competitiva (apartados 116 a 119).

9. TELECOMUNICACIONES

La Disposición Adicional Cuadragésima cuarta de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre (Ley de Acompañamiento), dispuso que las concesiones para la gestión indirecta de los servicios públicos de radiodifusión y televisión con tecnología digital terrenal por entidades privadas deberían ser las que resultaran técnicamente posibles, según las disponi-

bilidades del espectro radioeléctrico y con arreglo a los planes técnicos para la prestación de los servicios de radiodifusión y televisión digital terrenal que aprobara el Gobierno.

En cumplimiento de esta concreta previsión se aprobó el RD 2169/1998, de 18 de octubre, por el que se aprobó el Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Terrestre.

Una entidad concesionaria impugnó el citado Real Decreto en base a diversos argumentos. Así, infracción del principio de jerarquía normativa y reserva de ley por prever el “apagón” de la televisión terrenal analógica en el año 2012 sin cobertura legal, infracción del derecho a dar y recibir información por cualquier medio, vulneración de previsiones establecidas en las Leyes 4/1980 y 10/1988 sobre la necesidad de realizar programaciones de carácter territorial, ilegalidad de la previsión de conceder una sola concesión, ilegalidad del Plan al contener decisiones de oportunidad, solicitándose se plantee una cuestión de inconstitucionalidad frente a la Disposición Adicional Cuadragésima cuarta de la Ley 66/1997 por contener una deslegalización sin ofrecer criterios rectores al futuro reglamento.

El **Tribunal Supremo**, en su **Sentencia de 30 de abril de 2001**, Ar. 4259, desestima el recurso (con anterioridad, el Tribunal Supremo ya había desestimado otro recurso frente al mismo RD 2169/1998, en su Sentencia de 7 de febrero de 2000, Ar. 378).

El Tribunal Supremo funda de hecho toda su argumentación en una consideración general sobre el significado de la norma impugnada, como norma dictada en una materia sujeta a profundos y necesarios cambios. Esta realidad cambiante exige adaptar el ordenamiento a las novedades técnicas.

Para el Tribunal Supremo la norma impugnada trata de ordenar la sustitución de una tecnología superada, la analógica, por la tecnología digital. Este cambio se lleva a cabo sin alterar la regulación básica de la televisión terrenal. Lo que se modifican son las normas técnicas, que se adaptan a la nueva tecnología.

En este proceso de cambio se impone una idea, que se expresa con toda claridad en el siguiente párrafo de la Sentencia de 30 de abril de 2001: “es absurdo huir de los nuevos adelantos de la técnica a pretexto de unos pretendidos derechos adquiridos durante la vigencia de obsoletos sistemas de comunicación, que habría que petrificar para evitar la lesión de aquéllos. Baste en este momento señalar la acción renovadora que corresponde al ordenamiento jurídico para adaptarse a las nuevas exigencias que le imponen los avances de la ciencia, para lo cual ha de utilizar los mecanismos derogatorios generales y los principios que rigen las relaciones entre la ley y el reglamento, sin verse vinculado por tradicionales sistemas de regulación, más o menos aceptados”.

A partir de este criterio general se desgrana la respuesta a las diversas alegaciones, rechazándose todas ellas. Para el Tribunal Supremo la norma impugnada no vulnera el sistema de fuentes ni los derechos adquiridos, está justificado el apagón analógico, y no hay lesión del artículo 20 de la CE. En relación con esto último, de nuevo se alude a la nece-

saría consideración del carácter obsoleto del viejo sistema (“invocar una lesión del derecho a dar información a partir de la fecha de 2012 a través del anacrónico sistema resulta aventurado, en un campo como el de las telecomunicaciones en que es imprevisible lo que puede ocurrir a tan largo plazo”).

Por último, se rechaza igualmente la petición de plantear una cuestión de inconstitucionalidad frente a la Disposición Adicional Cuadragésima cuarta de la Ley 66/1997. Para el Tribunal Supremo las habilitaciones que la ley otorga al Plan, y el mantenimiento en todo lo restante de la legislación anterior, impiden hablar de remisión en blanco o de deslegalización. Se parte de un hecho aprobado por la Ley, cual es la instauración de un sistema, y a partir de ahí se confiere al reglamento la función eminentemente técnica.

10. TRANSPORTES

Los conflictos en materia de transportes por carretera que llegan al Tribunal Supremo plantean en muchas ocasiones como cuestión previa, cuando se trata de transportes intracomunitarios, la relativa a la admisibilidad del recurso casacional, ya que la materia transportes terrestres es en estos casos competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. Al ser la normativa aplicable la propia de la Comunidad Autónoma, el recurso casacional será declarado inadmisibile. Así ocurre, por ejemplo, en la **STS de 22 de febrero de 2001**, Ar. 3059, en relación a un conflicto planteado por la autorización para transporte escolar, aunque el recurso se admite en parte en relación a la alegada infracción de normas procesales por la sentencia recurrida.

Un problema similar se plantea en la **STS de 14 de febrero de 2001**, Ar. 4055. En este caso se recurre la sentencia del TSJ que estimó el recurso frente a la concesión de una línea de servicio público regular de transportes de viajeros por carretera.

El Tribunal, que desestima el recurso casacional, se plantea también la cuestión relativa a la admisión del recurso, para llegar a la conclusión que debe ser admitido. En este sentido, la sentencia afirma que “el derecho con el que debe resolverse, tanto en la instancia como en esta casación, el asunto debatido, es derecho catalán. Si pese a ello examinamos el fondo del segundo motivo es porque el alegato sólo puede ser abordado en conexión con el derecho estatal que la sentencia invoca aunque sin hacer de la LOTT la *ratio decidendi*”.

Entrando en el fondo, el Tribunal Supremo confirma la sentencia de instancia al apreciar que la administración autonómica no motivó su decisión de proceder a la unificación de servicios o concesiones legales, con carácter excepcional y por razones de interés público.

El Tribunal advierte de esta falta total de justificación de las razones que llevaron a la unificación de servicios que determinó el contenido del acto impugnado y anulado. Por ello,

confirma la anulación de la resolución administrativa señalando que ello no significa sustituir el criterio de la administración. Lo relevante, insiste el Tribunal, es que no constan en el expediente las razones que sirvieron de fundamento a la decisión administrativa.

11. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A) Abuso de posición de dominio. Precios no equitativos. Transporte regular de viajeros

La Resolución del TDC de 13 de junio de 2001 (Expte. 494/00, Transportes Ría de Vigo) declara que la sociedad mercantil Vapores de Pasaje, SA ha incurrido en una práctica prohibida por el artículo 6.2.a) LDC al imponer precios no equitativos con abuso de posición de dominio.

La sociedad infractora llevaba a cabo el servicio de transporte regular de pasajeros en la ría de Vigo (en distintos trayectos) en virtud de una autorización administrativa de 1984 (que le había sido posteriormente renovada en 1995). En ese momento no había ninguna otra compañía autorizada para llevar a cabo estos trayectos. En la renovación de 1995 se permitía a la sociedad efectuar determinado trayecto turístico. Sin embargo, por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de marzo de 1997, se anuló la resolución de renovación respecto a la autorización del trayecto turístico.

Tras esta sentencia, la sociedad decidió un incremento de tarifas en los trayectos de transporte, que, fueron sin perjuicio de una inmediata revisión, consolidadas posteriormente.

La administración autorizó a otra empresa la prestación del servicio regular en las mismas líneas marítimas. Ello supuso una reducción inmediata de las tarifas por parte de Vapores de Pasaje, SA.

El indicado aumento de tarifas fue denunciado al SDC.

En el expediente administrativo se afirma la existencia de un abuso de posición de dominio. Se declara la existencia de la posición de dominio derivada de ser la empresa la única autorizada a prestar el servicio de transporte de pasajeros.

A continuación se sostiene que existe abuso de esta posición de dominio:

“Desde esta perspectiva, la conducta de la empresa imputada que, siendo la única autorizada para operar en las líneas de transporte regular expresadas, suprimió el billete económico en dos ocasiones sucesivas y elevó las tarifas, sin otra justificación que el haberse dictado una sentencia judicial que suprimía la exclusividad de una línea turística de temporada, entre Vigo y las Islas Cíes, advirtiendo al propio tiempo de que la subida sería aún más elevada si se autorizaba a alguna otra empresa para efectuar ese otro trayecto turístico, debe

considerarse como una fijación de precios no equitativa que, llevada a cabo desde una posición de dominio, constituye una conducta prohibida por el artículo 6 de la LDC.”

B) Servicios funerarios. Uso del tanatorio. Abuso de posición de dominio. Condiciones urbanísticas

La Resolución del TDC de 20 de junio de 2001 (Expte. 495/99, Velatorios Madrid) declara que no se ha acreditado en el expediente que la Empresa Mixta de Servicios Funerarios de Madrid incurra en infracción del artículo 6 LDC. Pese a este pronunciamiento final, consideramos que la resolución resulta muy interesante por la relación entre las barreras de entrada en el mercado y las condiciones de competencia de las empresas que ostentan posición de dominio.

El punto de partida del expediente es la denuncia presentada por un operador contra la empresa mixta indicada por denegarle la contratación del servicio de tanatorio. Determinados obstáculos habían impedido la implantación de tanatorios por parte de empresas autorizadas a prestar servicios funerarios. En consecuencia, estas empresas pretendían emplear, en un marco contractual, los tanatorios de la empresa mixta.

Las afirmaciones del TDC relativas a la situación del sector son importantes:

“En consecuencia, se ha de concluir que hasta el pasado mes de diciembre de 2000 la obtención de las licencias urbanísticas para el uso de tanatorio, por lo que consta en el expediente, suponía una sustancial barrera legal de entrada para las empresas funerarias privadas en el mercado de la capital. En estas circunstancias es evidente que la empresa denunciada tiene posición de dominio porque dispone de independencia de comportamiento suficiente para poder actuar sin temer las posibles reacciones de los competidores y de los familiares que, demandando este servicio, tienen muy limitadas las posibilidades de sustitución entre los distintos centros acondicionados para velar en forma adecuada a los fallecidos, tanto en Madrid como según la consideración que hacía el Servicio para ampliar geográficamente el mercado relevante. En efecto, el Tribunal considera que la demostración que hace la imputada en sus alegaciones de la utilización de las salas velatorio de varias clínicas y hospitales, es realmente indicativa de dicha limitación por constituir bien servicios distintos (mortuorios, pero no tanatorios) o tan sólo excepciones a la regla general de su posición privilegiada por controlar los dos únicos tanatorios de Madrid, que son el factor competitivo clave ante las preferencias de los usuarios, aunque, como es lógico, haya tenido que perder servicios desde que se produjo la liberalización total.”

Con estas consideraciones el TDC afirma que la empresa denunciada ostenta posición de dominio. La cuestión clave, como siempre en estos casos, es si ha existido abuso de la misma.

Entendemos que esta reflexión, circunscrita al ámbito de los servicios funerarios, puede ser extrapolada a otros sectores de actividad, en especial de los recientemente liberalizados en los que existe una empresa en posición de dominio.

El SDC había considerado en la instrucción que la empresa mixta no puede “denegar el acceso a los tanatorios, servicio público que debe ser gestionado respetando la libre competencia, máxime en un sector recientemente liberalizado, en el que no existen alternativas a los tanatorios ni lo son los situados próximos a Madrid y donde las licencias urbanísticas constituyen importantes barreras de acceso a este servicio”.

En el expediente en cuestión, el TDC considera que no existen pruebas de que la empresa denunciada se haya negado a negociar cualquier tipo de condiciones o convenio con los competidores. En todo caso, conviene tener en cuenta que la resolución establece que:

“el Tribunal entiende que a la Empresa Mixta, por su anterior condición de monopolio legal y mientras disponga de una posición dominante en el mercado, le incumbe una especial responsabilidad para mantener en el mismo unas condiciones no distorsionadas de competencia, debiéndose esmerar en actuar de modo equitativo y transparente”.

Sin embargo, el TDC no aprecia que la empresa mixta denegara injustificadamente, desde su posición de dominio, el uso de los tanatorios a las empresas funerarias radicadas en la ciudad.

C) Distribución de productos petrolíferos. Comisión. Agencia. Fijación de precios. Potestad sancionadora

La Resolución del TDC de 30 de mayo de 2001 (Expte. 493/00 CEPSA) declara que la entidad Cepsa Estaciones de Servicio, SA y la Compañía Española de Petróleos, SA han incurrido en una práctica prohibida por el artículo 1.1.a) LDC al fijar los precios de venta al público de los combustibles a los distribuidores que actúan bajo el régimen de “comisión o agencia”, que no está amparada en el Reglamento 1984/83, ni el Real Decreto 157/1992. La Resolución impone una sanción de 200 millones de pesetas.

La Resolución, al margen de cuestiones procedimentales alegadas por las empresas, efectúa un detallado análisis de las figuras contractuales que relacionan a estas empresas con los titulares de estaciones de servicio.

La conclusión es la siguiente:

“los razonamientos antes expuestos conducen a estimar que, al no tratarse de auténticos contratos de comisión o agencia, las relaciones contractuales de CEPSA y los distribuidores minoristas no cumplen los requisitos para entenderlos excluidos de la prohibición del art. 1 de la LDC, debiendo sujetarse a las condiciones establecidas en el Reglamento 84/83, constituyendo la fijación del precio de venta al público por parte de CEPSA una conducta que infringe el citado art. 1 de la LDC, toda vez que, tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia Europeo, afirman la aplicación del artículo 81.1 cuando se trate de un agente ‘impuro’”.

A continuación, la Resolución profundiza en el análisis del llamado riesgo de daño a la mercancía y a los riesgos y costes financieros. En cuanto al riesgo de daño a la mercan-

cía y a los costes financieros, la resolución estima que son asumidos por los distribuidores minoristas.

Esta resolución es relevante también desde la perspectiva del ejercicio de la potestad sancionadora que ostenta el TDC. Como es conocido, el umbral de sanción que determina la LDC es muy amplio y corresponde a cada resolución clarificar los criterios legales para determinar la sanción.

Las consideraciones de la Resolución de partida no son, a nuestro entender, suficientemente clarificadoras:

“En el presente caso, si bien, como antes se ha expuesto, la muestra contractual analizada nos permite, con todo rigor, considerar probada la generalización de la práctica infractora, alcanzando así una solución más satisfactoria desde el punto de vista de la seguridad jurídica, toda vez que así se solventa en el presente expediente la actividad negocial de CEPSA en lo que respecta a la naturaleza de los contratos hoy existentes, ello no es óbice para que, a la hora de determinar la concreta cuantía de la sanción, se atienda sólo al número de contratos efectivamente analizados.”

Resulta en cierto modo paradójico que si se afirma que la muestra contractual permite apreciar con todo rigor la generalización de la conducta no sirva ello para determinar la sanción. En cambio, para fijar la sanción se atiende exclusivamente al número de contratos efectivamente analizados. Esta formulación parece construida al margen de la afirmación de la generalización de la conducta.

En este marco afirma la Resolución:

“teniendo en cuenta el mercado geográfico al que se ha extendido la muestra analizada (tres provincias), así como el número de puntos de venta comprendidos en la misma y la gravedad de la infracción, puesto que se trata de una fijación de precios vertical que restringe la libertad empresarial de los minoristas, si bien ha de tenerse también en cuenta que, en virtud del RD-L 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, CEPSA no puede incrementar su número de instalaciones de productos petrolíferos a vehículos durante un período de tres años, y que debe, por otra parte, adaptar su régimen de contratación al nuevo Reglamento 2790/1999, se estima adecuado imponer una sanción consistente en la cantidad de doscientos millones de pesetas, cantidad, sin duda, inferior a la que este Tribunal podría aplicar atendiendo al monto económico global del negocio de la expedientada, pero que se estima adecuada y proporcional a la circunstancias expresadas concurrentes en el presente caso”.

LUIS ARROYO
TOMÀS FONT
ELISENDA MALARET
JOAQUÍN TORNOS

XV. BIENESTAR, CONSUMO, EDUCACIÓN Y SANIDAD**Sumario:**

1. Consumo. A) Publicidad comparativa y comercialización de piezas de repuesto no originales con referencia a los números y piezas originales. **2. Deporte.** A) Denegación de inscripción como asociación deportiva de la Asociación Española de Organizaciones Ciclistas. **3. Educación.** A) No Universitaria. a) El RD 2112/1998, que regula los cursos de traslados de ámbito nacional para la provisión de Cuerpos Docentes no es ilegal. b) Reglamento de admisión en centros sostenidos con fondos públicos: Derecho autonómico y Derecho estatal. B) Universitaria. a) Premio extraordinario de Licenciatura: nulidad de la resolución por defecto en la constitución del Tribunal calificador. b) Legalidad del Decreto autonómico que suprimió la exención de tasas académicas para funcionarios docentes y sus hijos. c) Nuevamente sobre la distinción entre reconocimiento y homologación. **4. Extranjeros.** A) Residencia. B) Expulsión. C) Asilo. D) Nacionalidad. **5. Juego.** A) Titular de Administración de Lotería, que había abonado el importe de los billetes sustraídos, posteriormente premiados, pero a la que no se reconoce derecho al premio. **6. Sanidad.** A) La Directiva 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas no es ilegal.

1. CONSUMO**A) Publicidad comparativa y comercialización de piezas de repuesto no originales con referencia a los números y piezas originales**

La STJCE de 25 de octubre de 2001 da respuesta a una cuestión prejudicial sobre la interpretación de las Directivas (84/450 y 97/55) relativas a publicidad engañosa y comparativa. El Tribunal entiende por publicidad, a estos efectos, “toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”.

El problema radica cuando una empresa comercializa piezas de repuesto no originales de las fotocopiadoras Toshiba, con referencia a la numeración original empleada por la empresa japonesa. Al respecto, el Tribunal de Justicia concluye que las Directivas deben interpretarse en el sentido de que, aunque los números de los artículos de un fabricante (números OEM-Original Equipment Manufacturer) constituyen como tales, signos distintivos, su

utilización en los catálogos de un proveedor que compite con el fabricante original, únicamente permite que dicho proveedor saque indebidamente ventaja de la reputación de los referidos números, cuando el hecho de mencionarlos tenga como efecto que el público al que la publicidad va dirigida asocie al fabricante cuyos productos se identifican con el proveedor que compite con él, con el resultado de que el público transfiera la reputación de los productos del fabricante a los productos del competidor. Para comprobar si se cumple este requisito, debe tomarse en cuenta el modo en que se presenta globalmente la publicidad controvertida y la clase de público a la que dicha publicidad va dirigida.

2. DEPORTE

A) Denegación de inscripción como asociación deportiva de la Asociación Española de Organizaciones Ciclistas

La STS de 3 de mayo de 2001, Ar. 4721, estima el recurso de casación y, por lo tanto, entiende como ajustada a Derecho la declaración del Consejo Superior de Deportes que decidió no inscribir a la Asociación Española de Organizaciones Ciclistas en el Registro de Asociaciones y Federaciones Deportivas, por no hallarse incluida entre las previstas por la Ley General de la Cultura Física y del Deporte.

Al efecto, se indica que el ordenamiento jurídico distingue entre asociaciones sometidas a un régimen general (art. 22 CE) y las asociaciones sujetas a regímenes especiales, dualidad de regímenes que se traduce también en dualidad registral. En consecuencia, en el Registro de Asociaciones deportivas han de inscribirse las asociaciones que este sector del ordenamiento jurídico califique como deportivas, y la no inscripción de una asociación en tal registro especial, no es una decisión que conculque lo dispuesto en el art. 22 CE, pues a través de ella no se niega su naturaleza jurídica de asociación ni se impide su acceso al registro general.

3. EDUCACIÓN

A) No Universitaria

a) El RD 2112/1998, que regula los concursos de traslados de ámbito nacional para la provisión de Cuerpos Docentes no es ilegal

Se ha hecho pública en este período una Sentencia del Tribunal Supremo que, aunque es anterior en el tiempo, merece ahora ser reseñada. Se trata de la STS de 19 de junio de 2000, Ar. 4095 de 2001, que declara que no es ilegal el Real Decreto 2112/1998, de 2 de octubre, mencionado en el encabezamiento; en concreto en dos de sus previsiones: la relativa a una comisión de servicios para supuestos de disminución de las facultades de los funcionarios docentes, y la relativa al baremo en lo que afecta a la valoración del mérito consistente en el desempeño de cargos directivos.

b) Reglamento de admisión en centros sostenidos con fondos públicos: Derecho autonómico y Derecho estatal

La STS de 14 de mayo de 2001, Ar. 4477, resuelve un recurso de casación contra una Orden de la Consejería de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco, sobre criterios y procedimiento de admisión de alumnos en centros privados no universitarios sostenidos con fondos públicos para el Curso 1989-1990. Pues bien, en esta Sentencia se reitera la doctrina contenida en la anterior de 16 de enero de 1993, Ar. 342, respecto de que no son homologables los reglamentos ejecutivos de las leyes (sean estatales o autonómicas) y aquellos otros reglamentos que las Comunidades Autónomas aprueban, en el marco de la legislación básica estatal (como era el caso a enjuiciar), en donde no se trata tanto de completar, pormenorizar, detallar o precisar una anterior regulación legal, sino de ejercitar una competencia en el plano normativo reglamentario, con sujeción a los límites que la uniformidad de la legislación básica estatal le impone; lo que le permite a la Comunidad Autónoma introducir en la regulación opciones políticas propias, acomodadas a sus peculiares características.

B) Universitaria

a) Premio extraordinario de Licenciatura: nulidad de la resolución por defecto en la constitución del Tribunal calificador

La STS de 19 de febrero de 2001, Ar. 4062, declara que el Tribunal que tenía que decidir el Premio Extraordinario de la Licenciatura en Derecho de determinada Universidad, compuesto por tres miembros, pero que uno de ellos fue indebidamente sustituido por otro (que no había sido elegido conforme al procedimiento previsto), al reducir a dos el número de los componentes legítimos, desvirtuaba el carácter colegial del órgano —carácter que sólo concurre a partir de la presencia de tres miembros—, con lo que la irregularidad resulta ser relevante no ya sólo para la formación de la voluntad del órgano colegial, sino para la existencia misma del órgano en concreto. Consecuencia de la estimación del recurso por el Tribunal Supremo será que el restablecimiento pleno de los derechos del actor se satisfaga ordenando la repetición del examen, que habrá de ser juzgado por un nuevo Tribunal calificador. Ahora bien, no puede dejar de señalarse la disfuncionalidad que supone la repetición de un examen de este tipo once cursos académicos más tarde.

b) Legalidad del Decreto autonómico que suprimió la exención de tasas académicas para funcionarios docentes y sus hijos

La STS de 30 de abril de 2001, Ar. 3430, desestima el recurso indirecto presentado contra un Decreto del Gobierno de la Generalidad de Cataluña que fijó los precios por la prestación de los servicios académicos universitarios para el Curso 1993-1994, y en el que no se recogía la exención para los funcionarios docentes y para sus hijos —exención que tenía su origen en el Texto Refundido de la Ley de Enseñanza Primaria de 1967—, sino

únicamente para los alumnos becados con cargo a los Presupuestos Generales del Estado. Su fundamento estriba en que la materia regulada no constituye en modo alguno norma básica ni del régimen jurídico de las Administraciones Públicas ni del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

c) Nuevamente sobre la distinción entre reconocimiento y homologación

La STS de 29 de marzo de 2001, Ar. 4484, tiene que reiterar su doctrina mantenida en dos sentencias anteriores, ambas de 25 de febrero de 2000, Ar. 1225 y 1223; (vid. la “Crónica” publicada en el número 9 de esta Revista), relativa a la diferencia existente entre: a) los supuestos que versan exclusivamente sobre el reconocimiento de un título y experiencia profesional a extranjeros, a efectos del ejercicio profesional, y b) los que se refieren a la homologación académica de un título extranjero. Tras reproducir la mencionada doctrina, el Tribunal Supremo señala que el procedimiento de homologación académica de títulos tiene como finalidad el contraste de la equivalencia de la “formación acreditada” por el título extranjero (art. 2 del Real Decreto 86/1987) con la formación que proporciona el título español, y para tal juicio de contraste basta el examen de los contenidos cuantitativo y cualitativo de unos estudios y otros, para decidir, finalmente, si procede equiparar el título académico extranjero al título universitario existente en España. Mientras que el reconocimiento lo es a efectos profesionales, de determinadas modalidades de formación profesional, para lo que se pueden distinguir dos sistemas: a) el denominado “primer sistema general de reconocimiento” (que regulan la Directiva 89/48/CEE y el Real Decreto 1665/1991), para quienes estuvieran en posesión de títulos de enseñanza superior acreditativos de una formación mínima de tres años y b) el “segundo sistema”, para formaciones postsecundarias de duración inferior a tres años o para la mera experiencia profesional precedida de la enseñanza secundaria (regulado por la Directiva 92/51/CEE y por el Real Decreto 1396/1995).

4. EXTRANJEROS

A) Residencia

La STS de 13 de febrero de 2001, Ar 4701, reconoce el derecho a la exención de visado de un ciudadano marroquí por razones excepcionales de arraigo, que no quedaban enervadas por el tiempo que se ausentó a su país de origen para ser tratado de una enfermedad (pese a estar afiliado a la Seguridad Social española), ya que tal preferencia es razonable a juicio del Tribunal Supremo, que añade a continuación que el nivel de arraigo exigible a un extranjero a efectos de obtención —previa exención de la necesidad de visado— de un permiso de residencia y trabajo no puede ser idéntico al que es propio de un nacional que desarrolla su actividad en su patria, ni tampoco al que cabe esperar de un extranjero que pretenda nacionalizarse español.

B) Expulsión

La STS de 31 de enero de 2001, Ar. 3896, —reclamándose en línea de continuidad con las anteriores de 18 de mayo de 1990, Ar. 4907, 27 de octubre de 2000, Ar. 10375 y 10 de junio de 2000, Ar. 7154— considera que el acuerdo de expulsión sin otro elemento de convicción que un atestado carente incluso de ratificación por los agentes y sin esperar a la resolución de las actuaciones seguidas ante la Jurisdicción Penal en relación con los mismos hechos puede entenderse que carece de una prueba de cargo que lo sustente (y, en consecuencia, lo anula).

Como es sabido (porque ya ha puesto de relieve anteriormente; vid. la “Crónica” recogida en el número 13 de esta Revista), la suspensión cautelar de la orden de expulsión cuando se recurre por la (entonces vigente) Ley 62/1978 ha recibido una interpretación muy restrictiva por parte del Tribunal Supremo, al entender que una proliferación de recursos por esta vía determinaría que, si se siguiese la regla general de la suspensión de la ejecución del acto impugnado, se frustraría prácticamente la finalidad perseguida con la Ley 7/1985, con el consiguiente perjuicio para el interés general implícito en dicha Ley. La única excepción que se admite a esta postura desfavorable a la suspensión es que la persona afectada por la orden de expulsión o por la obligación de abandonar el territorio nacional tenga arraigo en España (por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos), en cuyo caso sí se producen perjuicios de difícil reparación que afectan a la esfera personal de sus derechos; razón por la cual, en esos casos, el perjuicio grave al interés general que se produce en los restantes supuestos en caso de suspensión deberá ceder ante los perjuicios concretos que el inmediato abandono del territorio español produciría al extranjero. Esta doctrina es asumida por la STS de 20 de marzo de 2001, Ar. 2902, que, aplicándola al caso concreto de una ciudadana marroquí, por su residencia, profesión y escolarización de sus hijos en Melilla, ratifica la procedencia de la suspensión de la orden de expulsión.

Finalmente, la STS de 16 de mayo de 2001, Ar. 4180, ratifica la legalidad de la expulsión de una extranjera, titular de los permisos de trabajo y residencia y que trabajaba de empleada de hogar, pero que, además, vendía sin timbre fiscal tabaco (esto es, de contrabando), al constituir ello una “actividad ilegal” (de la Ley 7/1985).

C) Asilo

Íntimamente unido con el apartado anterior, en éste tenemos que comenzar por un supuesto de denegación de admisión a trámite de una solicitud de asilo del solicitante —que, en la práctica, supone su expulsión— y respecto de la cual se solicita la suspensión. Es sobre este último aspecto sobre el que se tiene que pronunciar la STS de 3 de abril de 2001, Ar. 4210 y lo hace comenzando por rechazar el argumento de instancia basado en la naturaleza negativa del acto administrativo (que lo haría insusceptible de suspensión), “pues esta Sala ha admitido reiteradamente la procedencia de atender a las peticiones de suspensión de la ejecución de decisiones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional o mediante las que se impone el deber de abandonar el mismo como

consecuencia o en relación de una resolución administrativa” (con cita de los AATS de 6 de febrero de 1988, Ar. 777, de 17 de septiembre de 1992, Ar. 6838, de 28 de septiembre de 1993, Ar. 6525, de 11 de julio de 1995, Ar. 5634 y STS de 15 de enero de 1997, Ar. 134, a los que se podrían añadir bastantes más). Ahora bien, esto no significará la concesión de la suspensión solicitada, ya que por el recurrente no se aportan circunstancias concretas del riesgo que podría correr; además, frente a la alegación de violación del art. 24 CE, por ostentar *fumus boni iuris*, el Tribunal Supremo reiterará que la suspensión con este fundamento sólo procede en caso de patente nulidad de pleno derecho o de cuestión reiteradamente resuelta por el Tribunal Supremo en la línea propugnada por el recurrente en cuanto al fondo de la cuestión (lo que no era el caso).

La **STS de 26 de abril de 2001**, Ar. 4220, formula una detallada doctrina sobre el asilo y la condición de refugiado (a la luz de la legislación nacional e internacional, así como de su propia jurisprudencia), llegando a la conclusión de que, en el caso concreto de que se trataba (ciudadano liberiano de la tribu Kru, que había estado ingresado en el campo de refugiados de Monrovia), la Sentencia de instancia había considerado insuficiente la acreditación de las razones de persecución aducidas, pero lo había hecho infringiendo las reglas de la razonabilidad (por lo que anula la Sentencia, y otorga el asilo).

D) Nacionalidad

En la **STS de 23 de mayo de 2001**, Ar. 4185, vuelve a plantearse la cuestión del requisito relativo a la “residencia continuada” (y amparada por la correspondiente autorización administrativa) para la concesión de la nacionalidad. Pues bien, a efectos positivos de su consideración, el Tribunal Supremo entenderá en este caso que debe incluirse el período en el que un mayor de 18 años figuraba en el permiso de residencia de su padre y tenía tarjeta de estudiante (“en definitiva, estamos en presencia de actos propios de la Administración, determinantes de que resulte legal la estancia en el territorio nacional”, dirá).

5. JUEGO

A) Titular de Administración de Lotería, que había abonado el importe de los billetes sustraídos, posteriormente premiados, pero a la que no se reconoce derecho al premio

La **STS de 17 de abril de 2001**, Ar. 4509, estima el recurso de casación interpuesto por la Organización Nacional de Lotería y Apuestas del Estado (ONLAE), para que se confirme la legalidad del acto que deniega el abono de unos premios de lotería, porque precisamente habían sido sustraídos. En tal caso, la Institución General de Lotería obliga a los titulares de las Administraciones de Lotería a hacer frente al importe de todas los billetes recibidos para su venta, sin que se pueda alegar extravío, hurto o robo.

La Sentencia dictada en primera instancia por la Audiencia Nacional, entiende que cuando resulta totalmente acreditada la adquisición del número premiado, su robo y el que

nadie haya percibido el importe del premio correspondiente en el plazo señalado, ha de considerarse como suficiente prueba para tener derecho al premio, ya que otra cosa sería dar lugar a un enriquecimiento injusto de la Administración. Sin embargo, el Tribunal Supremo decide que:

“el premio es la prestación correspondiente a la participación en un sorteo en que la suerte ha sido favorable. Jugar es la acción exigible para poder percibir el premio, la condición necesaria para que el premio pueda ser reclamado. Si no se juega, no se tiene derecho a premio en el sorteo. El titular de una Administración de Lotería no juega cuando satisface el importe de los efectos recibidos y sustraídos. El pago de ese importe es una obligación cuyo cumplimiento tiene derecho a exigir la Administración a quien se sitúa en la posición jurídica de Administrador de Loterías, posición desde la que desarrolla una actividad remunerada por la Administración. Para cubrir los riesgos que pueda comportar el desarrollo de esa actividad existen distintas formas de aseguramiento. Los aseguramientos insuficientes en que el Administrador haya podido incurrir como consecuencia de una propia decisión no justifican que se trasladen al ONLAE los perjuicios derivados de un siniestro que pudo ser debidamente asegurado. El pago del importe de los efectos recibidos no convierte a quien cumple esa obligación en jugador aspirante a premio. La Administración no se enriquece injustamente cuando percibe el importe facial del número y a su vez no hace efectivo el premio por no aparecer el tenedor del número premiado. Ese importe queda en poder de la Administración en virtud de las normas reguladoras de los sorteos”.

6. SANIDAD

A) La Directiva 98/44/CE relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas no es ilegal

En la STJCE de 9 de octubre de 2001, C-377/98, en el Asunto Países Bajos contra Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, el Tribunal de Luxemburgo desestimará el recurso de anulación contra la Directiva 98/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 1998, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas (de la que, incidentalmente, puede indicarse que su art. 12 fue incorporado a nuestro ordenamiento jurídico interno por Ley 3/2000, de 7 de enero, sobre Régimen Jurídico de las Obtenciones Vegetales), interpuesto por Holanda y apoyado por Italia y Noruega, contra el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, apoyados por la Comisión de las Comunidades Europeas.

Son diversos los motivos en los que el Estado recurrente basaba sus pretensiones de anulación, que el Tribunal irá rechazando en su totalidad. Así, en primer lugar, con respecto a la fundamentación de esta Directiva en el art. 100 A del Tratado, señalará que es posible recurrir a este precepto como base jurídica para evitar la aparición de futuros obstáculos a los intercambios comerciales derivados de la evolución heterogénea de las legislaciones nacionales, siempre que la aparición de tales obstáculos sea probable y que la medida de que se trate tenga por objeto su prevención.

Tampoco considera que vulnera el principio de subsidiariedad del art. 5 del Tratado, porque su objetivo no se habría podido alcanzar mediante una acción emprendida únicamente por los Estados miembros.

La tacha de atentar contra el principio de seguridad jurídica también será rechazada por el Tribunal, puesto que, si bien reconoce que la posibilidad de excluir la patentabilidad de las invenciones cuya explotación comercial sea contraria al orden público o a la moralidad otorga a las autoridades administrativas y a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros un amplio margen de maniobra para la aplicación de este criterio de exclusión, sin embargo, dicho margen es necesario para tener en cuenta las dificultades concretas que puede ocasionar la explotación de determinadas patentes en el contexto social y cultural de cada Estado miembro y, además, tal margen de maniobra no es discrecional, sino que la Directiva limita tales conceptos (conceptos que, por último, son conocidos por el Derecho de los Estados miembros).

También rechaza —aunque aquí no interesa detallar la argumentación— que la Directiva imponga a los Estados miembros obligaciones incompatibles con las derivadas de diversos compromisos de Derecho Internacional, así como que la mencionada Directiva incurra en vicios sustanciales de forma.

Pero los motivos que más nos interesan ahora son dos: 1º) la imputada instrumentalización de materia humana, que sería contraria a la dignidad del ser humano, y 2º) que no hay ninguna cláusula que exija verificar que el donante o el receptor de productos obtenidos mediante procedimientos biotecnológicos hubiera prestado su consentimiento, lo que menoscabaría el derecho de las personas a disponer por sí mismas. A esto responderá el Tribunal lo siguiente.

Respecto al primer motivo, porque en la Directiva ya queda prohibido que el cuerpo humano, en los diferentes estadios de su constitución y desarrollo, pueda constituir una invención patentable; por su parte, los elementos del cuerpo humano tampoco son de por sí patentables y su descubrimiento no puede ser objeto de protección, sino que sólo es posible solicitar una patente para aquellas invenciones que asocien un elemento natural a un procedimiento técnico que permita aislarlo o producirlo con miras a su aplicación industrial; es posible que un elemento del cuerpo humano forme parte de un producto que pueda ampararse en la protección de una patente, pero no que tal elemento, en su entorno natural, sea objeto de apropiación; además, la protección contemplada en la Directiva se refiere al resultado de una actividad inventiva de carácter científico o técnico y se extiende a los datos biológicos que existan en estado natural en el ser humano únicamente en la medida necesaria para obtener y explotar una determinada aplicación industrial. Por último, el art. 6 proporciona una garantía adicional por cuanto que califica de contrarios al orden público o a la moralidad (y, por tanto, no patentables) los procedimientos de clonación de seres humanos, los procedimientos de modificación de la identidad genética germinal del ser humano y las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales.

Respecto al segundo motivo, el Tribunal considera que no puede invocarse el derecho fundamental al consentimiento en contra de una Directiva que se refiere únicamente a la concesión de patentes y cuyo ámbito de aplicación no abarca las operaciones anteriores y posteriores a dicha concesión, tanto si se trata de la investigación como del uso que se haga de los productos patentados. La concesión de una patente no afecta a las limitaciones o prohibiciones legales aplicables a la investigación de productos patentables o a la explotación de los productos patentados; el objeto de la Directiva no es sustituir las disposiciones restrictivas que garantizan, fuera del ámbito de la Directiva, el respeto de determinadas normas éticas entre las que figura el derecho de las personas a disponer de sí mismas con conocimiento de causa.

IÑAKI AGIRREAZCUENAGA
EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Sumario:

Introducción. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Conflictos de Jurisdicción.

a) No se pueden interponer interdictos de obra nueva contra la Administración.

b) Corresponde a la Administración conocer de la reclamación de daños y perjuicios por culpa extracontractual. B) Conflictos de competencia. a) La Jurisdicción

Contencioso-administrativa es competente para conocer de la convocatoria de concurso efectuada por RTVE. b) Competencia de la Jurisdicción Social. a') La Jurisdicción

Social es competente para conocer de las reclamaciones de baja en Regímenes

Especiales. b') La Jurisdicción Social es competente para conocer sobre la reclamación

de asistencia sanitaria. c') La Jurisdicción Social es competente para conocer sobre transferencia de derechos por pensiones de jubilación. d') Compete a la Jurisdicción

Contencioso-administrativa conocer de la determinación de los derechos de los trabajadores en supuestos de subrogación de empresas. C) Cuestiones de competencia.

a) Audiencia Nacional: conoce del recurso deducido contra la Relación de Puestos de Trabajo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria. b) Tribunales Superiores de

Justicia. a') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de actos dictados por órgano periférico de Agencia Estatal de Administración Tributaria de cuantía superior a diez

millones de pesetas. b') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de Resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas. c') Los Tribunales Superiores de Justicia son

competentes para conocer de los recursos deducidos contra las Resoluciones de la Subdirección de Gestión de Personal de Correos y Telégrafos. c) Juzgados Centrales.

a') Los Juzgados Centrales conocen de actos dictados, en materia de personal, por el

Director de Recursos Humanos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por delegación del Presidente de la misma. b') Los Juzgados Centrales conocen de acuerdos

del Presidente de Correos y Telégrafos. d) Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

a') Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen resoluciones de Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de Empleo. b') Los Juzgados de lo Contencioso-

administrativo conocen de Resolución del Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y

Seguridad Social. c') Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen de resoluciones de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social.

d') La posibilidad de elección prevista en el artículo 14.1.2 LJCA (de 1998) sólo opera dentro de un mismo Tribunal Superior de Justicia. D) Objeto. a) Carece de objeto el recurso directo deducido contra disposiciones generales derogadas. b) La entrada en domicilio puede ser objeto del Procedimiento especial de Protección de Derechos Fundamentales. E) Procedimiento. a) Presentación de escritos en el Juzgado de Guardia. b) Plazo de interposición. a') El mes de agosto no es hábil. b') La acción de nulidad es imprescriptible por vía de petición, no de recurso. c) Acumulación. a') La localización del lugar de ejecución del contrato es indiferente. b') Se pueden acumular acciones conexas de órganos jurisdiccionales diferentes. d) Demanda: no es admisible una ambigua exposición de los hechos ni una súplica imprecisa. e) Prueba: puede recibirse el proceso a prueba a pesar de no concretarse la misma. f) Recusación de Secretario: su condición de Profesor Asociado no es causa suficiente. g) Sentencias. a') Motivación: es posible un rechazo implícito de los argumentos. b') La jurisprudencia puede aplicarse con carácter retroactivo. c') Causas de inadmisibilidad: alcance de la litispendencia.

F) Ejecución de sentencias. a) La sustitución de la ejecución por una indemnización en caso de imposibilidad no es contraria a la Constitución. b) Embargabilidad de bienes patrimoniales de los Entes locales. c) Ejecuciones de sentencias en materia de urbanismo. G) Suspensión. a) La finalidad legítima del recurso es el criterio prevalente para acordar o no la medida cautelar. b) La realización de estudios en España es suficiente para suspender la orden de expulsión de extranjeros. c) La publicación de sanción del Tribunal de Defensa de la Competencia no causa perjuicios irreparables. **2. Recurso de casación.** A) Inadmisibilidad. a) Personal. a') La contratación de servicios profesionales para redactar un Plan General de Ordenación Urbana no es cuestión de personal. b') No son cuestiones de personal las relativas a agravación de lesiones y pensión de mutilado. c') Los Corredores de Comercio no son personal de la Administración. d') El cese de interinos es una cuestión de personal que determina la irrecurribilidad en casación. b) Cuantía: en materia de contratación se ha de estar a la fijada por el presupuesto o por el canon. c) Falta de fundamento: no se puede centrar la crítica en el acto administrativo recurrido en la instancia. d) Los asuntos competencia de los

Juzgados no son recurribles en casación. e) Defectuosa preparación. a') Debe citarse en preparación el motivo del artículo 88.1.c) LJCA (de 1998). b') En todas las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia se debe justificar la influencia de la infracción de Derecho estatal o comunitario europeo. c') La defectuosa preparación no puede subsanarse. B) Objeto: alcance del artículo 86.3 LJCA (de 1998). C) Motivos: alcance del artículo 88.1.a) LJCA (de 1998). D) Sentencias: las dictadas en otro orden jurisdiccional vinculan sólo en sus hechos. **3. Recurso de queja.** A) Naturaleza: es un recurso al servicio de otros. **4. Incidente de nulidad de actuaciones.** A) Su alcance ha de ser interpretado de un modo restrictivo.

INTRODUCCIÓN

La presente crónica, que abarca el período de junio a septiembre de 2001 en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi recoge diversos pronunciamientos jurisdiccionales referentes a la nueva Ley Jurisdiccional de 1998, entre los que merecen ser destacados los relativos a la delimitación competencial de los órganos de esta Jurisdicción.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Conflictos de Jurisdicción

a) No se pueden interponer interdictos de obra nueva contra la Administración

La Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de octubre de 1999, Ar. 1802, ha rechazado la posibilidad de interponer interdictos de obra nueva contra la Administración. La razón fundamental radica en el interés general que la obra pública tiene en la concepción de la Administración como gestora de intereses generales, que impide que la realización de una obra de dicha naturaleza quede diferida a un ulterior proceso declarativo. A diferencia de lo que sucede con los interdictos de retener y recobrar la posesión, el de obra nueva produce *inaudita parte* un efecto inmediato que es precisamente el de una suspensión que puede prolongarse años por la vía del recurso. De ahí que los interdictos de retener y recobrar la posesión aparezcan como los únicos admisibles, amén de suficientes, para mantener una situación fáctica contra los actos administrativos que manifiesten la intención de despojo o contra el despojo ya realizado. Es más, la resolución comentada considera que no sería correcto abrir al interdicto de obra nueva un portillo cuando la Administración hubiese procedido por “vía de hecho”.

b) Corresponde a la Administración conocer de la reclamación de daños y perjuicios por culpa extracontractual

La Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de diciembre de 1999, Ar. 1804, ha precisado que si la reclamación es previa al ejercicio de una acción civil, compete a la Administración resolver acerca de dicha reclamación, sin perjuicio de que, tras la resolución, quede expedita la vía jurisdiccional civil. Y si la reclamación lo es de responsabilidad patrimonial extracontractual fundada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, compete también a la Administración resolver acerca de la reclamación, sin perjuicio de que los reclamantes, tras la resolución, puedan residenciar su pretensión ante el órgano jurisdiccional contencioso-administrativo. En uno y otro caso, pues, corresponde a la Administración sustanciar por el procedimiento legalmente establecido y resolver con arreglo a Derecho la reclamación indemnizatoria.

B) Conflictos de competencia**a) La Jurisdicción Contencioso-administrativa es competente para conocer de la convocatoria de concurso efectuada por RTVE**

La STS de 1 de marzo de 2001, Ar. 1838, reitera que, conforme a la interpretación jurisprudencial del artículo 5.2 del Estatuto de Radiodifusión y Televisión, aprobado por Ley 4/1980, de 10 de enero, los acuerdos de convocatoria y adjudicación de los concursos de contratación del Ente Público tienen la condición de actos separables, sometidos a las normas de contratación administrativa y por eso son residenciables ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

b) Competencia de la Jurisdicción Social**a') La Jurisdicción Social es competente para conocer de las reclamaciones de baja en Regímenes Especiales**

La Sentencia de la Sala de Conflictos de Competencia de 22 de octubre de 1999, Ar. 2402, reiterando anterior doctrina, ha declarado la competencia del Orden Jurisdiccional Social para conocer de una reclamación de baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos frente a la Tesorería General de la Seguridad Social, ya que no todo acto de gestión emanado de la Tesorería General puede considerarse como recaudatorio, sino sólo aquellos que persigan el cobro de los recursos o que se refieran al ejercicio de la actividad administrativa conducente a la realización de los créditos y derechos de la Seguridad Social.

b') La Jurisdicción Social es competente para conocer sobre la reclamación de asistencia sanitaria

La Sentencia de la Sala de Conflictos de Competencia de 22 de octubre de 1999, Ar. 2403, ha declarado que la pretensión relativa al derecho a la asistencia sanitaria, que es una de las prestaciones incluidas en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social, y no de responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de una deficiente prestación de los servicios sanitarios de la Seguridad Social, es competencia de la Jurisdicción Social de conformidad con lo establecido en los artículos 9.5 LOPJ y 2.b) LPL al señalar la competencia de tal orden para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan “en materia de Seguridad Social”.

c') La Jurisdicción Social es competente para conocer sobre transferencia de derechos por pensiones de jubilación

La Sentencia de la Sala de Conflictos de Competencia de 22 de marzo de 2000, Ar. 2404, ha declarado la competencia del orden Jurisdiccional Social para conocer del derecho, reclamado por españoles funcionarios de la Comunidad Europea, a que sea transferido a la Comunidad Europea el equivalente actuarial a los derechos devengados y acreditados ante la Seguridad Social Española por las pensiones de jubilación y supervivencia, en virtud de las cotizaciones realizadas en España. La razón que así lo determina es, en síntesis que no se está ante una materia recaudatoria, sin que sea necesario justificar o razonar que se está ante una prestación de Seguridad Social.

d') Compete a la Jurisdicción Contencioso-administrativa conocer de la determinación de los derechos de los trabajadores en supuestos de subrogación de empresas

La STS de 13 de febrero de 2001, Ar. 1819, ha señalado que la aplicación del Estatuto de los Trabajadores es cuestión que corresponde examinar al orden jurisdiccional social. Concretamente, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas, son unos derechos de contenido netamente laboral, que forman parte del status del trabajador y deben hacerse valer ante los órganos del orden jurisdiccional social.

C) Cuestiones de competencia

a) Audiencia Nacional: conoce del recurso deducido contra la Relación de Puestos de Trabajo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria

La competencia para conocer del recurso contencioso-administrativo deducido contra la Relación de Puestos de Trabajo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria corresponde, según las SSTs de 12, 15 y 21 de febrero de 2001, Ar. 2150, 1251, 1252, 1253, 1254, 1255, 1256, entre otras, a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

Consideran las resoluciones comentadas que no se puede atribuir dicha competencia a los Juzgados Centrales de este orden jurisdiccional, acudiendo a la letra a) del artículo 9 LJCA (de 1998), porque este precepto se refiere exclusivamente —con determinadas excepciones— a “actos” en materia de personal, no a disposiciones generales, cuya naturaleza es predicable de las relaciones de puestos de trabajo. Al mismo resultado negativo se llega tomando en consideración la norma contenida en la letra c) del propio artículo 9, no por la salvedad que en ella se hace a lo dispuesto en materia de personal en la letra i) del apartado 1 del artículo 10, que igualmente contempla “actos y resoluciones”, y además dictados por órganos de la Administración General del Estado con competencia en todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o “Secretario de Estado”, razón por la que tampoco es acertado sostener que la competencia en cuestión corresponde a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, sino porque, si bien la Agencia Estatal de la Administración Tributaria es un organismo público perteneciente al sector estatal (adscrita al Ministerio de Hacienda) con competencia en todo el territorio nacional, el dato decisivo para resolver la cuestión de competencia es que la aprobación de la relación de puestos de trabajo del personal funcionario de la Agencia corresponde al Presidente de la misma, cargo que ostenta el Secretario de Estado de Hacienda, sin que quepa disociar su condición de tal de la de Presidente de dicha entidad.

En otras palabras, se trata de un recurso contencioso-administrativo interpuesto contra una disposición general —la relación de puestos de trabajo de la Agencia Estatal de Administración Tributaria— dictada por un Secretario de Estado —el Secretario de Estado de Hacienda en calidad de Presidente de la Agencia— cuyo conocimiento corresponde, con arreglo a lo que dispone el artículo 11.1.a), inciso primero, LJCA (de 1998), a la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por cuanto ésta es el órgano jurisdiccional competente para conocer de los recursos que se deduzcan, como es el caso, en relación con las disposiciones generales de los Secretarios de Estado “en general”, es decir, sin distinción de materias.

b) Tribunales Superiores de Justicia

a') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de actos dictados por órgano periférico de Agencia Estatal de Administración Tributaria de cuantía superior a diez millones de pesetas

La STS de 29 de marzo de 2001, Ar. 3530, ha declarado la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de los recursos contencioso-administrativos planteados contra órdenes de embargo preventivo de créditos notificadas por la Agencia Tributaria por deudas derivadas de actas de inspección por importe superior a diez millones de pesetas.

Considera la resolución comentada que, si bien la Agencia Estatal de Administración Tributaria es un organismo público perteneciente al sector estatal con competencia en

todo el territorio nacional, el dato decisivo para resolver la cuestión de competencia es que en el presente caso el acto administrativo en cuestión ha sido dictado por un órgano periférico de dicha Agencia, con una competencia territorial, por tanto, limitada, lo que obliga a entender que la competencia discutida corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo antes referida de conformidad con lo dispuesto por el art. 8.3, párrafo segundo, en relación con el art. 10.1.j) de la Ley de la Jurisdicción, si se tiene en cuenta que la cuantía del acto de referencia es superior a 10 millones de pesetas.

b') Los Tribunales Superiores de Justicia conocen de Resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas

Las SSTs de 3 de julio de 2000 y 10 de abril de 2001, Ar. 876 y 3540, declaran que la competencia para conocer del recurso deducido contra una Resolución de la Oficina Española de Patentes y Marcas corresponde a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia, sustancialmente como consecuencia de la salvedad que el artículo 9.c) *in fine* LJCA (de 1998) hace a lo dispuesto en el artículo 10.1.i) de la misma, y en lo que interesa a las “propiedades especiales”, interpretación reforzada por la prevalencia que el artículo 13.c) otorga a la atribución de competencia por razón de la materia sobre la efectuada en razón del órgano administrativo autor del acto.

c') Los Tribunales Superiores de Justicia son competentes para conocer de los recursos deducidos contra las Resoluciones de la Subdirección de Gestión de Personal de Correos y Telégrafos

La STS de 21 de marzo de 2001, Ar. 2221, ha declarado que la competencia para conocer del recurso interpuesto contra una Resolución de la Subdirectora de Gestión de Personal de la Entidad pública empresarial de Correos y Telégrafos, corresponde a las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

El acto debe considerarse dictado —ex art. 13.4 de la Ley 30/1992— por el Consejero-Director General de la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos, como órgano delegante, en virtud de delegación de atribuciones que éste efectuó a favor de la Subdirección de Gestión de Personal de dicha entidad. Aunque Correos y Telégrafos es un organismo público, concretamente una Entidad pública empresarial adscrita al Ministerio de Fomento a través de la Secretaría General de Comunicaciones, que tiene personalidad jurídica propia y competencia en todo el territorio nacional, no puede desconocerse que el acto combatido procede de un órgano central —de su Consejero-Director General, como órgano delegante— de dicha Entidad pública, que tiene rango orgánico inferior a Ministro y Secretario de Estado, por cuya razón no puede incardinarse la competencia en la de los órganos jurisdiccionales recogidos en el art. 9.a) LJCA (de 1998), por lo que tratándose de una cuestión de personal que no afecta al nacimiento, o extinción de la relación de servicio de funcionarios, la competencia controvertida vendrá determinada por el contenido del art. 10.1.i) LJCA (de 1998) que señala la competencia de los Tribunales Superiores de Justicia para conocer de la impugnación de actos, o resoluciones, dictadas por órganos centrales de la Administración del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional, con nivel orgánico inferior a Ministro o Secretario

de Estado —como es el caso— en materia de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa, debiendo entenderse que las referencias que se hacen, en éste como en otros artículos, a la Administración del Estado, comprenden a las Entidades (y Corporaciones) dependientes o vinculadas a ella, interpretación sistemática que viene avalada por el artículo 13.a) de la citada Ley Jurisdiccional.

c) Juzgados Centrales

a') Los Juzgados Centrales conocen de actos dictados, en materia de personal, por el Director de Recursos Humanos de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por delegación del Presidente de la misma

En aplicación del artículo 9.a) LJCA (de 1998), las SSTs de 26 de febrero y 2 de marzo de 2001, Ar. 2157, 2158, 2160 y 2174, entre otras, declaran competente a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo para conocer de los recursos deducidos contra Resoluciones del Director del Departamento de Recursos Humanos y Administración Económica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se resuelve un concurso para la provisión de puestos de trabajo.

El acto recurrido se refiere a materia de personal que no afecta al nacimiento o a la extinción de relación de servicio alguna. Aunque procede del Director del Departamento de Recursos Humanos y Administración Económica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, ha sido adoptado por delegación del Presidente de la misma, lo que significa, a tenor del artículo 13.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que debe considerarse dictado por éste, como órgano delegante.

Siendo ello así, el recurso contencioso-administrativo ha de entenderse deducido contra un acto dictado por un Secretario de Estado, toda vez que el Presidente de la Agencia es el Secretario de Estado de Hacienda o la persona que designe el Gobierno, en cuyo caso tendrá rango de Secretario de Estado, cualidad esta que no cabe disociar de la de Presidente del expresado organismo público.

b') Los Juzgados Centrales conocen de acuerdos del Presidente de Correos y Telégrafos

La competencia para conocer del recurso deducido contra un acto administrativo dictado por el Ministro de Fomento (ex artículo 13.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre) en su condición de Presidente de la Entidad Pública Empresarial Correos y Telégrafos, en el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto de un funcionario de Correos del Cuerpo Auxiliar Postal y de Telecomunicación, corresponde, según la STS de 17 de abril de 2001, Ar. 2679, al Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo, de acuerdo con el artículo 9.c) LJCA (de 1998), por ser enjuiciado un acto administrativo dictado por quien es Ministro y preside la antes indicada entidad pública empresarial, teniendo atribuida competencia sobre todo el territorio nacional, supuesto no comprendido en el artículo 10.1.i) de la indicada Ley que excluye, en materia de personal, los

actos dictados por Ministro o Secretario de Estado. A idéntica conclusión se llega –aunque ahora al amparo del art. 9.a) LJCA (de 1998)– si advertimos que el acto administrativo enjuiciado se refiere a materia de personal y ha sido originariamente dictado por Ministro, conteniendo un pronunciamiento sancionatorio que no afecta al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionario de carrera.

d) Juzgados de lo Contencioso-administrativo

a') Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen resoluciones de Direcciones Provinciales del Instituto Nacional de Empleo

La STS de 21 de julio de 2000, Ar. 877, atribuye a un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo la competencia para conocer del recurso deducido contra resolución del Director Provincial del INEM. La LJCA (de 1998) carece de una norma específica que determine la atribución de la competencia judicial para conocer de las impugnaciones de actos o resoluciones procedentes de órganos desconcentrados o periféricos de los organismos autónomos estatales, por lo que la resolución comentada está a lo que establece el art. 13.a) LJCA, acerca de que para aplicar las reglas de distribución de competencia contenidas en los artículos que le preceden, habrá que tenerse en cuenta que las referencias que se hacen a la Administración del Estado comprenden las entidades y corporaciones vinculadas a ellas.

De ahí que la lógica jurídica conduzca a que, en esos casos, se dé al problema una solución similar a la que se establece en el inciso inicial artículo 8.3 de LJCA (de 1998), que dispone que corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo el conocimiento de las impugnaciones de actos de la Administración Periférica del Estado. Es decir, en este caso se determina la competencia teniendo en cuenta las reglas referidas a la Administración Estatal tutelante y a los órganos desconcentrados de ella dependiente. Solución además que parece la más acorde con el principio constitucional de tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, por cuanto acerca el conocimiento del asunto al ciudadano que impetra la intervención judicial.

b') Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen de Resolución del Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social

La STS de 12 de marzo de 2001, Ar. 3486, ha atribuido la competencia para conocer de una Resolución del Jefe de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, que puso fin a la vía administrativa, al Juzgado de lo Contencioso-administrativo, sin que obste a ello que se trate de la impugnación acumulada de cuatro Actas de Liquidación cuyo importe total excede de 10 millones de pesetas, pues no es de aplicación al caso la cuantía del asunto determinada con arreglo al artículo 41.3 LJCA (de 1998), sino las reglas especiales aplicables a estas cuestiones de competencia que, a tenor de los artículos 1 y 8, atienden a los actos impugnados, su naturaleza, y cuantía de los mismos.

c') Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo conocen de resoluciones de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social

Las SSTS de 28 de febrero y 1 de marzo de 2001, Ar. 2162, 2171, 2172, 2173, entre otras, reiteran que la competencia para conocer de los recursos deducidos contra Resoluciones de las Direcciones Provinciales de la Tesorería de la Seguridad Social corresponde a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, ya que, por más que la Tesorería General de la Seguridad Social tenga personalidad jurídica diferenciada y su competencia se extienda a todo el territorio nacional, no se puede desconocer que se trata de un ente dotado de órganos periféricos –Direcciones Provinciales y Administraciones y Unidades de Recaudación incluidas en las mismas– que tienen sus competencias recaudatorias territorialmente limitadas, lo que lleva a dicha sentencia a inclinarse decididamente por la aplicación del artículo 8.3 LJCA (de 1998), ya que, en definitiva, el espíritu que anima a dicha norma obedece –según las citadas resoluciones– al propósito de establecer una correlación entre la competencia territorial del órgano administrativo autor del acto impugnado y la del órgano jurisdiccional llamado a su enjuiciamiento, interpretación finalista que corrobora el artículo 13 de la misma Ley cuando, al relacionar los criterios que deben tenerse en cuenta para aplicar las reglas de distribución de competencias contenidas en los artículos anteriores preceptúa –letra a)– que las referencias que se hacen a la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales comprenden a las Entidades y Corporaciones dependientes o vinculadas a cada una de ellas.

d') La posibilidad de elección prevista en el artículo 14.1.2 LJCA (de 1998) sólo opera dentro de un mismo Tribunal Superior de Justicia

Según las SSTS de 18 de abril y 18 de mayo de 2001, Ar. 2680 y 3953, la opción que el artículo 14.1, regla 2ª, LJCA (de 1998), reconoce al demandante en relación con los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo competentes, conforme al artículo 8.2 del mismo texto, únicamente puede tener lugar entre aquellos cuya competencia esté comprendida dentro del ámbito territorial de un mismo Tribunal Superior de Justicia, a cuya Sala de lo Contencioso-Administrativo corresponderá, por vía de los recursos procedentes, unificar la interpretación del Derecho autonómico propio de la Comunidad Autónoma en cuyo ámbito territorial radique el correspondiente Tribunal Superior de Justicia, y ello aunque en la demanda se invoquen sólo normas estatales, pues cuando el órgano que dictó el acto impugnado se incardina en una Comunidad Autónoma, hay siempre aspectos regulados por la normativa autonómica, señaladamente referentes a la competencia y posiblemente a otras cuestiones procedimentales, que potencialmente pueden ser objeto del pleito, a la vista de la postura que adopten las partes en el acto del juicio. Además esta interpretación satisface las exigencias del mandato constitucional contenido en el art. 152.1, párrafo 3, CE, de hacer de los Tribunales Superiores de Justicia verdaderos supremos Tribunales del Derecho autonómico. En definitiva, se trata de una opción que sólo opera en el ámbito de cada Comunidad Autónoma. El fuero electivo en cuestión tiene su aplicación, por tanto, dentro del ámbito territorial de competencia de un solo Tribunal Superior de Justicia.

D) Objeto

a) Carece de objeto el recurso directo deducido contra disposiciones generales derogadas

El recurso directo contra disposiciones generales es un instrumento procesal que tiene como finalidad eliminar del ordenamiento jurídico las normas emanadas de los titulares de la potestad reglamentaria cuando sean contrarias a derecho, y no tanto la de resolver acerca de las pretensiones individualizadas que pudieran derivarse de una determinada relación jurídica entre el recurrente singular y la Administración. Por este motivo, la **STS de 5 de febrero de 2001**, Ar. 4046, ha declarado que aquel recurso pierde su sentido cuando, al tiempo de dictar sentencia, la norma reglamentaria ha sido ya eliminada, por cualquier otro medio, del propio ordenamiento jurídico. Esta consideración, aplicable a los recursos contencioso-administrativos en los que se impugnen de modo directo disposiciones generales es igualmente extensible a los recursos de casación contra las sentencias en aquéllos recaídas, si la desaparición del objeto del proceso —mediante la derogación del reglamento objeto del debate procesal— se produce una vez dictadas dichas sentencias de instancia.

b) La entrada en domicilio puede ser objeto del Procedimiento especial de Protección de Derechos Fundamentales

Tratándose de la ejecución de actos administrativos que hagan necesaria la entrada en un domicilio, hay que diferenciar dos clases de cuestiones: las que se refieren a la validez de tales actos y a los presupuestos que resultan necesarios para acordar su ejecución forzosa; y las que conciernen específicamente a los requisitos adicionales que constitucionalmente son obligados para realizar una entrada domiciliaria, cuando ésta resulte necesaria para llevar a cabo aquella ejecución forzosa. Las primeras son cuestiones de legalidad ordinaria que están fuera del marco de protección constitucional del domicilio. Como ha señalado la **STS de 23 de marzo de 2001**, Ar. 2904, sólo las segundas, consistentes en determinar si la Administración recabó y obtuvo la autorización judicial que resulta necesaria, son las que pueden ampararse en la invocación del artículo 18.2 CE.

E) Procedimiento

a) Presentación de escritos en el Juzgado de Guardia

La jurisprudencia más reciente, confirmada por la **STS de 30 de enero de 2001**, Ar. 2409, sigue una línea que podemos estimar consolidada en el sentido de que no resulta válida, como excepción a la regla general de presentación de escritos en la Secretaría del Juzgado o Tribunal, la presentación de escritos en el Juzgado de Guardia si no son escritos de término, es decir, aquellos cuya presentación debe efectuarse en el mismo día por constituir el último de su plazo de presentación con efectos perentorios.

Según esta jurisprudencia, la presentación de un escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo dirigido a la Sala de lo Contencioso-administrativo efectuada

ante el Juzgado de Guardia antes del último día del plazo de presentación debe estimarse incorrecta y no válida, habida cuenta de que tal órgano judicial sólo puede admitir escritos que deben presentarse el último día de un plazo perentorio y en horas en que no se halle abierto el Registro de entrada del órgano al que vaya dirigido.

Así se ha expresado también la STC 165/1996, de 28 de octubre, al declarar que la regla general es que el escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo se presente en la Secretaría del órgano judicial al que va dirigido, pues sólo de ese modo puede el Secretario extender diligencia para hacer constar el día y hora de la presentación y entregar a la parte el correspondiente recibo. En segundo lugar, en el Registro General, cuando estuviere establecido tal servicio. Y también en el Juzgado de Guardia de la sede del órgano judicial destinatario siempre que se trate de escritos de término, esto es, aquellos para cuya presentación existe un plazo perentorio que vence precisamente el día en que se hace.

b) Plazo de interposición

a') El mes de agosto no es hábil

La STS de 9 de marzo de 2001, Ar. 1815, rechaza la causa de inadmisibilidad por extemporaneidad opuesta en un recurso contencioso-administrativo, ya que el artículo 128.2 de la LJCA (de 1998) dispone que durante el mes de agosto no correrá el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo ni ningún otro plazo de los previstos en esa Ley, salvo para el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales en el que el mes de agosto tendrá carácter de hábil.

b') La acción de nulidad es imprescriptible por vía de petición, no de recurso

Bajo la vigencia de la LPA de 1958, la reacción frente a los actos nulos de pleno derecho, cuando habían transcurrido ya los plazos legalmente establecidos para utilizar frente a ellos los ordinarios medios de impugnación, había de hacerse acudiendo a la revisión de oficio regulada en sus artículos 109 y siguientes de dicho texto legal.

Tras ciertas fluctuaciones, la última jurisprudencia al respecto, recordada ahora por la STS de 26 de abril de 2001, Ar. 3424, ha declarado que la nulidad de pleno derecho puede ser esgrimida en cualquier tiempo, pero ha de hacerse en vía de petición y no de recurso. También declara que los plazos para impugnar los actos administrativos están señalados como obligatorios en la Ley de Procedimiento y en la Ley Jurisdiccional, que no distinguen a estos efectos entre nulidad y anulabilidad, y de suerte que la nulidad absoluta debe hacerse valer, no impugnando el acto ya firme, sino solicitando de la Administración el procedimiento de revisión del acto del antes mencionado art. 109 de la LPA (de 1958).

c) Acumulación

a') La localización del lugar de ejecución del contrato es indiferente

Para la **STS de 1 de marzo de 2001**, Ar. 1839, es posible la acumulación de pretensiones realizadas en la demanda a pesar de que la reclamación de cantidades se deriven de contratos de obras distintos en cuanto a la localización de los lugares en que se realizaban, pero que tienen en común el tipo de contrato de que derivaban y las personas del contratante y del contratista, así como la clase del encargo.

b') Se pueden acumular acciones conexas de órganos jurisdiccionales diferentes

No existe en la LJCA (de 1998) un precepto específico que regule la acumulación de acciones conexas cuyo enjuiciamiento haya de corresponder a órganos jurisdiccionales diferentes por razón del origen o procedencia del acto administrativo enjuiciado. Dada la dificultad de aplicar sin más a esta cuestión las normas supletorias de la anterior LECiv (artículo 154.2) relativas a la imposibilidad de acumular acciones que, por razón de la materia o por razón de la cuantía, correspondan a jueces diferentes, la solución a que ha llegado la jurisprudencia no es unánime. En efecto, la viabilidad de esta singular acumulación, para supuestos determinados, ha sido refrendada por el Tribunal Supremo en diversas sentencias. En otros supuestos, diferentemente, ha sido rechazada sosteniendo que la acumulación no puede alterar las normas legales de atribución de competencia establecidas para los distintos órganos que integran esta jurisdicción. El **ATS de 3 de abril de 2001**, Ar. 2855, sigue la primera de las dos líneas jurisprudenciales reseñadas cuando la decisión clave de toda la actuación administrativa impugnada sea, realmente, la adoptada por el Órgano que determina la competencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

d) Demanda: no es admisible una ambigua exposición de los hechos ni una súplica imprecisa

El escrito de demanda es esencial en el proceso contencioso-administrativo. Es el acto de parte en que el actor formula y fundamenta su pretensión o pretensiones en relación con el acto o la disposición que se impugna en sede jurisdiccional, individualizado en el escrito de interposición, y solicita la aplicación del Derecho a su favor. Por eso el artículo 56 de la LJCA (de 1998) exige que se consignen en la misma con la debida separación los hechos, fundamentos de Derecho y las pretensiones que se deduzcan en el proceso y que se acompañen a ella los documentos en que directamente se funde.

La **STS de 20 de abril de 2001**, 3763, ha recordado al respecto que los requisitos en la formulación de la demanda deben interpretarse con un espíritu antiformalista, pero también con un mínimo en la delimitación de la pretensión y en su fundamentación de hecho y de Derecho. Dichos requisitos no se cumplen, a su juicio, cuando el escrito se limita a una ambigua exposición de hechos de la que no se desprende cuál puede ser la razón de la impugnación, seguida de la formulación de una súplica imprecisa en la que tampoco se aprecia con claridad qué es lo que se pide ni por qué se aduce una supuesta indefensión.

e) Prueba: puede recibirse el proceso a prueba a pesar de no concretarse la misma

En los términos del artículo 60.1 LJCA (de 1998) en el escrito de demanda, deberá expresarse en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba. El planteamiento genérico de las pruebas propuestas puede determinar la denegación en el proceso del recibimiento a prueba, pero en aras de la efectividad del contenido constitucional del artículo 24 CE y para no causar indefensión a la parte recurrente, el **ATS de 2 de marzo de 2001** (Ar. 2846) ha admitido la realización de una valoración de la pertinencia de la prueba así propuesta, sobre la base de la aplicación de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

f) Recusación de Secretario: su condición de Profesor Asociado no es causa suficiente

El **ATS de 4 de abril de 2001**, Ar. 3295, ha considerado que el hecho de que un Secretario Judicial sea, al mismo tiempo, Profesor Asociado de una Facultad de Derecho, Vicepresidente de una Asociación de Profesores y haya intervenido en un Foro de Profesores Asociados de Universidades Públicas, no es causa suficiente para recusarlo por suponer que está comprometido y obligado a posicionarse siempre a favor de los Profesores Asociados que estén afectados o sean parte en los procesos jurisdiccionales en los que aquel intervenga por razón de su cargo jurisdiccional.

g) Sentencias**a') Motivación: es posible un rechazo implícito de los argumentos**

La **STS de 7 de febrero de 2001**, Ar. 4011, ha precisado que los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo no tienen la obligación de responder, punto por punto, a todas y cada una de las razones esgrimidas con mayor o menor acierto por las partes, sino resolver el caso según las coordenadas básicas en que el pleito se ha planteado, lo que permite concluir que, aceptado de lleno uno de los principales argumentos impugnatorios, han de entenderse rechazadas implícitamente todas aquellas razones contrarias al argumento principal que se acepta, sobre todo si se trata de razones endebles e inhábiles para fundar una excepción a la regla que se afirma.

b') La jurisprudencia puede aplicarse con carácter retroactivo

El principio de irretroactividad consagrado en el artículo 9.3 CE se refiere a las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales pero no contempla la irretroactividad de la jurisprudencia, ya que ésta se limita a interpretar y aplicar las normas a hechos o supuestos ya acaecidos, de manera que la **STS de 12 de marzo de 2001**, Ar. 2740, ha precisado que, por haber seguido la Sala de instancia una doctrina jurisprudencial consolidada después de haberse interpuesto el recurso contencioso-administrativo no ha quebrantado el principio de irretroactividad de las leyes, recogido por el citado artículo de la Constitución y por el artículo 2.3 del Código Civil.

c') Causas de inadmisibilidad: alcance de la litispendencia

La litispendencia es la excepción que produce la constitución de un proceso anterior en otro posterior en que se hace cuestión del mismo objeto procesal, y constituye una causa de inadmisión del recurso contencioso-administrativo explícitamente contemplada en el artículo 69. d) LJCA (de 1998). Su finalidad es tanto evitar la eventual existencia de fallos contradictorios entre sí como el agotamiento en un primer proceso de la necesidad de protección jurídica de las partes litigantes. O, dicho en otros términos, la excepción de que se trata impide a las partes del proceso pendiente incoar otro que tenga un objeto idéntico.

La **STS de 5 de febrero de 2001**, Ar. 735, nos recuerda al respecto que la identidad procesal determinante de la litispendencia comprende los tres elementos propios de la cosa juzgada: sujetos, *causa petendi* y *petitum*, siendo la exclusión del segundo proceso consecuencia de la coincidencia de dichos elementos. Existe identidad subjetiva cuando el actor y el demandado son los mismos en el anterior proceso y en el que se hace valer la excepción, y, además, actúan en la misma calidad. El segundo elemento, la causa de pedir o *causa petendi*, es la fundamentación de la pretensión, y el tercero o *petitum* es la conclusión a que llega el demandante partiendo de los hechos que alega como comprendidos, a su juicio, en el supuesto abstracto de la norma jurídica que invoca. Existe un elemento identificador de la litispendencia (y de la cosa juzgada): la disposición, el acto o actuación de la Administración objeto de las pretensiones. Si en un posterior proceso se impugna una disposición, acto o actuación de la Administración distinta de la que se enjuicia en el anterior proceso no se produce el efecto negativo o excluyente de la litispendencia (ni de la cosa juzgada).

F) Ejecución de sentencias

a) La sustitución de la ejecución por una indemnización en caso de imposibilidad no es contraria a la Constitución

El artículo 118 CE garantiza la ejecución de las sentencias, pero existen supuestos en que concurren causas de imposibilidad material o legal de llevar a efecto lo decidido en el fallo. A tales supuestos se refiere el artículo 105.2 LJCA (de 1998), permitiendo el Tribunal sentenciador declararlo así, debiendo señalar, por el trámite correspondiente, la indemnización procedente, que sustituya a la ejecución de la sentencia en sus propios términos. Pues bien, el **ATS de 5 de febrero de 2001**, Ar. 2844, ha precisado que esta sustitución de la ejecución estricta de los términos de la sentencia por la correspondiente indemnización, basada en causa de imposibilidad material o legal, no infringe los derechos constitucionales, en cuanto se trata de reemplazar lo que es imposible por una justa indemnización.

b) Embargabilidad de bienes patrimoniales de los Entes locales

El **ATS de 26 de marzo de 2001**, Ar. 2852, nos recuerda como la STC 166/1998, de 15 de julio, declaró 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 declaró, 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 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.

c) Ejecuciones de sentencias en materia de urbanismo

La STS de 6 de junio de 2001, Ar. 3813, apunta una consideración que, como regla general, ha de ser tenida en cuenta en las ejecuciones de sentencia en materia urbanística: que la naturaleza normativa del planeamiento que sirve de cobertura a las licencias, y su modificabilidad en el tiempo, hacen mucho más elásticas las ejecuciones de sentencia en este ámbito de lo que lo son en otros campos del proceso contencioso, pues el cambio de legislación aplicable es susceptible de generar inejecuciones de sentencia que, difícilmente, tienen cabida en otros ámbitos administrativos.

G) Suspensión

a) La finalidad legítima del recurso es el criterio prevalente para acordar o no la medida cautelar

El ATS de 6 de marzo de 2001, Ar. 2847, ha precisado que la nueva regulación de las medidas cautelares en la LJCA (de 1998) se apoya en que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, como ya había declarado la jurisprudencia y, por ello, la adopción de medidas provisionales que permiten asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario, consistiendo el criterio para su adopción, cualquiera que sea su naturaleza, en que la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueden hacer perder la finalidad del recurso, pero siempre sobre la base de una ponderación suficientemente motivada de todos los intereses en conflicto.

En este mismo sentido, el ATS de 19 de febrero de 2001, Ar. 2845, ha precisado que el recurso pierde su finalidad si el recurrente, caso de obtener una sentencia favorable a su pretensión, no podría alcanzar la satisfacción de su derecho. Por ello debe vincularse la medida cautelar a la idea de que la ejecución pueda causar al recurrente unos perjuicios que harían ilusoria la estimación del recurso. Por otra parte, también se destaca que la doctrina de la apariencia de buen derecho como causa determinante de la suspensión de

la ejecución de los actos administrativos ha sido acogida en supuestos muy concretos, en los que resultaba *ab initio* de una manifiesta evidencia la apariencia de lesión a la legalidad cometida por la Administración o constaban sólidos antecedentes jurisprudenciales en los que, para casos iguales, se habían dictado sentencias estimatorias de los respectivos recursos.

Es por ello que el **ATS de 8 de marzo de 2001**, Ar. 2848, ha precisado que la medida de la suspensión cautelar debe ser decidida sin pronunciarse sobre la cuestión de fondo que ha de constituir el objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario, se prejuzgaría dicha cuestión, con el posible riesgo, a evitar en lo posible, de que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el artículo 24 CE, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba.

b) La realización de estudios en España es suficiente para suspender la orden de expulsión de extranjeros

Es jurisprudencia consolidada que los vínculos con el lugar en que se reside, ya sean de tipo económico, social o familiar, son relevantes para apreciar la existencia de arraigo en el territorio como determinante de la prevalencia de tales vínculos frente al interés general en que se expulse de España a quien carezca de permiso o autorización para residir en él.

Por ello, la **STS de 20 de enero de 2001**, Ar. 3821, en un caso en que los recurrentes son extranjeros se encuentran realizando estudios en nuestro país con la ayuda económica que, al efecto, reciben de una concreta entidad (por más que ésta no tenga entre sus actividades societarias impartir enseñanza o conceder becas), da prevalencia al interés particular en la realización de esos estudios frente al general en que aquéllos abandonen inmediatamente el territorio español, y, en consecuencia, accede a suspender la obligación legalmente impuesta de salir de dicho territorio por haberles sido denegadas las tarjetas de estudiantes hasta tanto finalice el proceso principal que se sustancia para dirimir si los acuerdos administrativos impugnados son o no ajustados a Derecho.

c) La publicación de sanción del Tribunal de Defensa de la Competencia no causa perjuicios irreparables

La **STS de 2 de marzo de 2001**, Ar. 3074, ha señalado, en cuanto a la suspensión de resoluciones sancionadoras del Tribunal de Defensa de la Competencia que ordenan la publicación de su parte dispositiva en el BOE, que el recurso contencioso-administrativo posibilita el pleno restablecimiento de la situación jurídica conculcada y, por tanto, no se opone a una hipotética publicación de un fallo estimatorio del recurso que contrarrestara los efectos negativos de la publicación ordenada en la resolución recurrida, ni al reintegro de los gastos derivados de la publicación ordenada; y que para juzgar sobre si la publicación de la parte dispositiva de una resolución sancionadora causa o no un daño irreparable a la imagen de la empresa sancionada ha de valorarse, más que el solo dato de la publicación, el contenido o naturaleza de la conducta que se sanciona y se hace pública.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Inadmisibilidad

a) Personal

- a') La contratación de servicios profesionales para redactar un Plan General de Ordenación Urbana no es cuestión de personal

Como ha señalado la STS de 27 de febrero de 2001, Ar. 1834, el acuerdo municipal por el que se encarga a una empresa la elaboración de un proyecto de Plan General de Ordenación Urbana y de un Plan Especial, se refiere al alcance y contenido del régimen contractual en materia de redacción de planes urbanísticos, pero no se trata de una cuestión de personal, por no tratarse de resolver una relación jurídico-estatutaria entre una administración y su personal.

- b') No son cuestiones de personal las relativas a agravación de lesiones y pensión de mutilado

El ATS de 26 de febrero de 2001, Ar. 2486, ha señalado que, a efectos casacionales, no puede considerarse como cuestión de personal un Acuerdo denegatorio de la aplicación de la Ley 35/1980, de 26 de junio, sobre pensiones a mutilados de guerra excombatientes de la zona republicana, instada en expediente de agravación de lesiones sufridas cuando el recurrente prestó servicios de forma permanente, como soldado, en el Ejército de la II República.

- c') Los Corredores de Comercio no son personal de la Administración

La STS de 6 de marzo de 2001, Ar. 1811, ha reiterado que los asuntos relativos a Corredores de Comercio no pueden calificarse como cuestión de personal al servicio de la Administración Pública, toda vez que no existe una relación de sumisión jerárquica entre la Administración y los Corredores de Comercio Colegiados, dado que éstos no se integran en el aparato administrativo y mantienen su posición de profesionales independientes, aunque sea intensa la intervención de la Administración en el ejercicio de su profesión. En otras palabras, el Corredor de Comercio cumple una función pública, pero sin integrarse por ello en la Administración, por lo que no puede ser incluido entre el personal de la Administración a los efectos casacionales.

- d') El cese de interinos es una cuestión de personal que determina la irrecurribilidad en casación

Están excluidas del recurso de casación las sentencias que se refieran a cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública, salvo que, estrictamente, afecten a la extinción de la relación de servicio de los que ya tuvieron la condición de funcionarios públicos, salvedad o excepción que sólo y exclusivamente, puede referirse a los funcionarios

de carrera por lo que, como han reiterado las SSTS de 27 de marzo de 2001, Ar. 2534 y 2536, no son susceptibles de recurso de casación las resoluciones en materias de cese de interinos o contratados o eventuales.

b) Cuantía: en materia de contratación se ha de estar a la fijada por el presupuesto o por el canon

El ATS de 2 de febrero de 2001, Ar. 2460, nos recuerda la doctrina que, en relación con la materia contractual, ha declarado que la cuantía se fijará tomando en cuenta el presupuesto fijado para la adjudicación del contrato, o en su caso el canon anual que tenga que satisfacer el adjudicatario del mismo, siendo indiferente que la cuantía fuera erróneamente considerada como indeterminada o se ofreciera el recurso de casación al tiempo de notificarse la sentencia.

c) Falta de fundamento: no se puede centrar la crítica en el acto administrativo recurrido en la instancia

La STS de 13 de febrero de 2001, Ar. 1817, ha precisado que la causa referida a la manifiesta falta de fundamento se da cuando el motivo en que se articula no combate la resolución impugnada, sino el acto administrativo originario, actuando *per saltum* y prescindiendo de cuanto se argumenta en la sentencia recurrida, lo que conducen a la admisibilidad del recurso de casación.

d) Los asuntos competencia de los Juzgados no son recurribles en casación

El ATS de 19 de febrero de 2001, Ar. 2483, entre otros, ha reiterado la doctrina recientemente establecida en relación con el problema del tratamiento que, a efectos impugnatorios, debe darse a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la LJCA (de 1998) en los procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia corresponda, conforme a la misma, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, y que la Disposición Transitoria Primera, apartado 1, preceptúa que continuarán tramitándose ante dichas Salas hasta su conclusión.

Pues bien, según la resolución comentada, y en síntesis, a esas sentencias se les debe aplicar la Disposición Transitoria Primera, apartado 2, último inciso, de la Ley LJCA (de 1998), lo que significa que el régimen de recursos es el establecido en esa Ley para las sentencias dictadas en segunda instancia, contra las que no cabe recurso de casación, pues éste sólo procede –artículo 86.1– contra las recaídas en única instancia.

e) Defectuosa preparación

a') Debe citarse en preparación el motivo del artículo 88.1.c) LJCA (de 1998)

La STS de 14 de mayo de 2001, Ar. 3772, si bien se refiere a la LJCA de 1956, contiene una doctrina aplicable también a la nueva LJCA de 1998, al señalar que, respecto del

motivo consignado en el ordinal tercero del artículo 95.1 LJCA (de 1956), carece de significado la carga que al recurrente impone el artículo 96.2, aunque que para que este motivo pueda ser considerado es necesario que se hubiera anunciado en el escrito de preparación del recurso de casación.

b') En todas las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia se debe justificar la influencia de la infracción de Derecho estatal o comunitario europeo

La STS de 12 de febrero de 2001, Ar. 3054, ha recordado la reiterada doctrina que, en los recursos de casación contra las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, exige precisar la naturaleza estatal de la norma aplicada en la sentencia, que ésta sea relevante y determinante del fallo, y justificar, de forma escueta, si se quiere, pero de modo suficiente dicha infracción y su influencia en el fallo, lo que mal puede suceder cuando ni siquiera la norma se cita en el escrito.

c') La defectuosa preparación no puede subsanarse

La STS de 23 de marzo de 2001, Ar. 4033, nos recuerda que la interpretación que el Tribunal Constitucional ha realizado a propósito de la defectuosa preparación en el recurso de casación integra estas dos declaraciones: de un lado, que la carga procesal exigible a quien prepara el recurso de casación no se libera citando apodícticamente las normas estatales o europeas que se reputen infringidas sin añadir justificación alguna, es decir, omitiendo el juicio de relevancia legalmente exigible; y de otro, que el defecto de justificación apreciable en el escrito de preparación no es subsanable en el escrito de interposición.

B) Objeto: alcance del artículo 86.3 LJCA (de 1998)

El ATS de 19 de febrero de 2001, Ar. 2480, ha precisado que la comparación del vigente artículo 86.3 LJCA (de 1998) y de su precedente normativo —artículo 93.3— revela que la nueva Ley Jurisdiccional ha introducido un importante cambio en el régimen jurídico de acceso al recurso de casación de las impugnaciones indirectas de disposiciones generales. Así como antes las sentencias dictadas en un recurso de esta naturaleza eran siempre susceptibles de recurso de casación —artículo 93.3 de la Ley anterior—, ahora lo son únicamente cuando la sentencia —de la Audiencia Nacional o de un Tribunal Superior de Justicia— declara nula o conforme a Derecho la disposición general indirectamente cuestionada —artículo 86.3 de la vigente Ley, aplicable también, por supuesto, a los recursos directos—. Declaración que sólo puede hacerse por el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso indirecto cuando lo fuere también para conocer del recurso directo contra aquélla —artículo 27.2 de la Ley de 1998—, sin perjuicio de que si no lo fuera, y la sentencia es estimatoria por haber considerado ilegal el contenido de la disposición general aplicada, y además firme, el Tribunal Superior de Justicia —o, en su caso, la Audiencia Nacional—, deba plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal compe-

tente para conocer del recurso directo contra la disposición general de que se trate —artículo 27.1—, lo que revela que la modificación normativa llevada a cabo en el tratamiento procesal de los recursos indirectos contra disposiciones generales por la LJCA de 1998, en lo que al recurso de casación se refiere [distinta es, en cambio, la solución que adopta el artículo 81.2.d) respecto al recurso de apelación], es sustancial.

Por tanto, la apertura del recurso de casación en los casos de impugnación indirecta de normas reglamentarias está sujeta al régimen general establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 86 y no al especial de su apartado 3, a salvo lo que se ha dicho más arriba para el supuesto de que confluya en el órgano jurisdiccional —Audiencia Nacional o Tribunal Superior de Justicia— la doble competencia para conocer del recurso indirecto y del recurso directo contra la disposición general cuestionada.

C) Motivos: alcance del artículo 88.1.a) LJCA (de 1998)

La STS de 22 de enero de 2001, Ar. 3154, nos recuerda que el motivo contemplado en el artículo 95.1.1º LJCA (de 1956) —de igual redacción al consignado en el artículo 88.1.a) LJCA de 1998— acoge los supuestos en que el Tribunal de instancia conoce de un asunto que está atribuido a un orden jurisdiccional distinto o deja de conocer un asunto que corresponde al orden jurisdiccional al que pertenece. En otras palabras, por la vía de este motivo sólo puede obtenerse la declaración del orden jurisdiccional competente para conocer del proceso de instancia.

D) Sentencias: las dictadas en otro orden jurisdiccional vinculan sólo en sus hechos

La STS de 10 de julio de 2000, Ar. 3717, ha reconocido que el *factum* declarado probado por una resolución dictada en un orden jurisdiccional no puede ser desconocido por otra dictada en otro orden jurisdiccional. De lo contrario se quebraría el principio de seguridad jurídica, consagrado en el artículo 9.3 CE, pues como ha señalado el Tribunal Constitucional, para el Estado, unos determinados hechos no pueden, al mismo tiempo, existir y no existir (SSTC 77/1983, de 3 de octubre, 67/1984, de 21 de mayo, y 198/1985, de 16 de noviembre). Por dicha razón y porque, como regla general, no puede combatirse en sede casacional los hechos declarados probados en instancia, la Sentencia comentada parte, para efectuar la consideración jurídica procedente, de los datos fácticos que recoge la sentencia recurrida y que son, a su vez, reproducción de los consignados en la sentencia de un Juzgado Social.

También es cierto que, partiendo de unos determinados hechos (necesariamente los mismos), los Tribunales de distintos órdenes jurisdiccionales (del orden social y del contencioso-administrativo) pueden llegar a conclusiones jurídicas diferentes porque el diverso ámbito o la distinta perspectiva de su consideración normativa pueden llevar a una valoración jurídica de los hechos no plenamente coincidente. Y por ello cabe afirmar que el Tribunal del orden contencioso-administrativo no se siente vinculado por los pronunciamientos jurídicos que sobre los mismos hechos realiza un Tribunal de distinto orden

jurisdiccional, referido a conflictos jurídicos ajenos al que se residencia en el contencioso-administrativo, ceñido al control de la legalidad del actuar de la Administración.

3. RECURSO DE QUEJA

A) Naturaleza: es un recurso al servicio de otros

El ATS de 5 de febrero de 2001, Ar. 2467, rechaza la petición, formulada en un recurso de queja, de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad, ya que el recurso de queja no cumple otra finalidad que la de reclamar en favor de la correcta preparación del recurso de casación y sobre el carácter impugnabile de la resolución judicial contra la que se anuncia la interposición de este recurso –trasladable a la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina–. Con ello se quiere resaltar que la queja es un recurso que se da en función de otro y que en cuanto tal tiene como único objetivo trasladar al órgano jurisdiccional *ad quem*, el definitivo juicio acerca de la procedencia de un recurso jerárquico intentado, cuya preparación –o interposición, en su caso– tiene lugar ante el órgano jurisdiccional *a quo*.

4. INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

A) Su alcance ha de ser interpretado de un modo restrictivo

El incidente de nulidad de actuaciones, introducido en el artículo 240.3 de la LOPJ (versión de 1997, y matizado, después, por la reforma efectuada en 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, 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 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.

XVI. Contencioso-Administrativo y Conflictos Jurisdiccionales

Por todo ello, los AATS de 4 de abril de 2001, Ar. 3293 y 3294, especifican que, lo mismo que los defectos formales capaces de provocar la anulación de una sentencia no susceptible de otro recurso han de estar directamente relacionados con la indefensión, la incongruencia no puede ser cualquier diferencia entre lo pedido y lo resuelto, pues a la que se refiere el artículo 240.3 de la LOPJ es únicamente aquella que se produce cuando, apartándose el fallo de las pretensiones de las partes, sitúa a alguna de ellas en indefensión, al resolver sobre extremos en los que no tuvo ocasión de alegar y probar o con vulneración de algún otro derecho fundamental, imposible de restaurar al tratarse de una resolución firme; circunstancias –las descritas– que permiten instar la anulación de una sentencia irrecurrible, en razón a que tan graves razones de incongruencia hacen primar la tutela judicial efectiva de aquellos derechos fundamentales sobre el principio de la seguridad jurídica en que se asienta la santidad de la cosa juzgada.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

J.M^a. SOCÍAS CAMACHO**La ordenación de las zonas turísticas litorales**

[Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, 255 páginas]

BEATRIZ SETUÁN MENDÍA

No constituye un dato sorpresivo la afirmación de que la zona estrictamente costera o litoral ha de ser objeto de una especial protección, singularmente en lo que se refiere a la ordenación de las actividades urbanísticas realizadas en la misma. En efecto, estas porciones del territorio están generalmente destinadas al uso y disfrute turístico; razón por la que el cuidado en la preservación de los valores naturales, paisajísticos y estéticos que en ellas se concitan resulta esencial si se quiere mantener este tipo de actividades. Al mismo tiempo, y a modo de círculo ciertamente vicioso, no puede olvidarse cómo son precisamente estas últimas las que generan importantes impactos negativos en la zona mencionada, resultando de todo ello que la propia actividad a proteger se convierte, a la vez, en el objeto a vigilar, planteando una situación en absoluto sencilla.

En el caso español no cabe ninguna duda de que los litorales insulares se encuentran preionados por esta doble eventualidad, habiendo optado cada archipiélago por la realización de actuaciones normativas diversas. De ellas se da cumplida cuenta en la obra que se comenta, ofertándose asimismo una perspectiva de derecho comparado al incluir también el ejemplo de la ordenación de los espacios litorales en Francia. Por estas razones, la obra que anuncio supone una buena ocasión para contemplar la aplicación de distintas soluciones jurídicas –y de contemplar sus consecuentes resultados– antes situaciones fácticas análogas.

M^a. ZAMBONINO PULITO**La protección jurídico-administrativa del medio marino: tutela ambiental y transporte marítimo**

[Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, 357 páginas]

BEATRIZ SETUÁN MENDÍA

Es cometido de esta monografía de la que ahora se da noticia la realización de un análisis de la protección del demanio marítimo-terrestre concebida como esencial función administrativa. En efecto, desde el preciso momento en que el medio marino alcanza la consideración jurídica de bien de dominio público, es perfectamente entendible la realización en su derredor de una intensa actividad administrativa; actividad que, genéricamente considerada, alberga en su seno, y entre muchas otras, la específica actuación tuteladora.

Es evidente que las aguas marítimas son tanto destinatarias como posibilitadoras de un variado elenco de acciones: transporte marítimo, pesca, servicios portuarios, etc. Y también lo es el hecho de que todas ellas presentan una incidencia ambiental sobre aquéllas, generalmente en sentido incisivo. Piénsese si no en los vertidos realizados desde los barcos, o en los daños producidos por los arrastres de redes de pesca, o en la contaminación que provocan los hidrocarburos que precisan los buques para navegar. Pues bien: en la medida en que éstas y otras acciones análogas degradan el medio se hace preciso controlarlas, preferentemente en sentido preventivo aunque sin desdeñar –no se podría– las actuaciones reparadoras.

Todas estas cuestiones, así como la determinación de la Administración pública a quien

corresponde llevarlas a cabo, unidas a un estudio final sobre las garantías del cumplimiento de esta que se ha denominado “función administrativa de protección del medio marino” —entiéndase: tutela juris-

diccional y exigencia de responsabilidad tanto a poderes públicos como a particulares causantes— son objeto de un clarificador examen en la obra que se cita.

N O T A S

N O T A S

