



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** PROFESOR TITULAR DE DERECHO ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE SEVILLA. **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 2001

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] **El Derecho Administrativo General
desde una perspectiva europea**
EBERHARD SCHMIDT-ABMANN

- [27] **El Impuesto de Castilla-La Mancha sobre
determinadas actividades que inciden en el
medio ambiente en el marco de la financiación
autonómica**
JUAN ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN

CRÓNICAS DE JURISPRUDENCIA:

- | | |
|--|---|
| [47] I. DERECHO COMUNITARIO
L. ORTEGA ÁLVAREZ | [145] IX. RESPONSABILIDAD
ADMINISTRATIVA
F. LÓPEZ MENUDO |
| [61] II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL
J. GARCÍA ROCA | [155] X. FUNCIÓN PÚBLICA
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN |
| [69] III. DERECHOS FUNDAMENTALES
Y LIBERTADES PÚBLICAS
J. GARCÍA ROCA | [171] XI. URBANISMO
L. ORTEGA ÁLVAREZ Y M. SÁNCHEZ MORÓN |
| [85] IV. FUENTES DEL DERECHO
A. MENÉNDEZ REXACH | [181] XII. BIENES PÚBLICOS Y
PATRIMONIO CULTURAL
A. EMBID IRUJO |
| [97] V. ACTOS ADMINISTRATIVOS,
PROCEDIMIENTO Y CONTRATOS DE
LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS
A. MENÉNDEZ REXACH | [193] XIII. MEDIO AMBIENTE
A. EMBID IRUJO |
| [113] VI. ORGANIZACIÓN
ADMINISTRATIVA
M. SÁNCHEZ MORÓN | [201] XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO
ECONÓMICO
J. TORNOS MAS |
| [121] VII. DERECHO ADMINISTRATIVO
SANCIONADOR
M. REBOLLO PUIG | [219] XV. EDUCACIÓN, SANIDAD Y
BIENESTAR SOCIAL
I. AGIRREAZKUENAGA ZIGORRAGA |
| [137] VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA
F. LÓPEZ MENUDO | [231] XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES
G. FERNÁNDEZ FARRERES |

DOCUMENTACIÓN:

- [255] **El Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia**
MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

El Derecho Administrativo General desde una perspectiva europea (*)

EBERHARD SCHMIDT-ABMANN (**)

Catedrático
de Derecho Público de la
Universidad de Heidelberg

Sumario:

I. Algunas observaciones acerca de la actual situación de la Administración. A) La crisis del Estado de bienestar. B) La crisis como reto. **II. “El Derecho Administrativo general como idea de orden”.** **III. De la europeización del Derecho Administrativo nacional al Derecho Administrativo europeo.** A) Europeización: la vinculación de la Administración al Derecho. B) Europeización: modalidades procedimentales. 1. El procedimiento vinculado a la armonización compleja de intereses. 2. Disposiciones procedimentales en el ámbito de la cooperación entre el Estado y la sociedad. C) El Derecho de la cooperación administrativa. D) El papel complementario del Derecho Administrativo propio de la Administración comunitaria. 1. La diversificación de la actividad administrativa. 2. La actual situación de las normas jurídico-administrativas. 3. Las funciones del Derecho Administrativo propio de la Administración comunitaria. **IV. Reflexión final.**

I. ALGUNAS OBSERVACIONES ACERCA DE LA ACTUAL SITUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

Al menos a comienzos del siglo XX, la mayoría de los Estados de la Europa occidental y central se habían constituido ya en *Estados administrativos*. Desde entonces la seguridad social, el fomento económico, la promoción de la cultura y de la ciencia, y la procura existencial constituyen tareas de titularidad pública o, al menos, prestadas también por la

(*) La versión original de este trabajo fue publicada en *Zeitschrift für öffentliches Recht*, Springer, 2000, núm. 55, pp. 159 y ss. La traducción ha sido realizada por Luis ARROYO JIMÉNEZ (Universidad de Castilla-La Mancha).

(**) El autor es catedrático de Derecho público en la Universidad de Heidelberg, y director de su Instituto de Derecho administrativo alemán y europeo.

Administración¹. El buen funcionamiento del Estado de bienestar, un tipo de Estado al cual nos hemos acostumbrado hace ya tiempo, presupone igualmente un relevante componente administrativo². Además, este proceso no se ha limitado al ámbito de los Estados nacionales: también las Comunidades Europeas son *Comunidades administrativas*. La Comisión europea, los órganos y agencias adscritas a la misma, y los ejecutivos de los Estados miembros —a quienes compete en primer término la aplicación del Derecho comunitario de acuerdo con el principio de ejecución indirecta— constituyen en la actualidad una red a la cual corresponde, en calidad de tarea común, la “administración del espacio de la Unión”³. Las nuevas instituciones en el ámbito de la cooperación en asuntos de justicia e interior, y en particular la actividad de la *Europol*, no hacen sino subrayar la *dimensión administrativa* del proceso de integración europea.

Si los Estados son esencialmente Estados administrativos, resulta entonces evidente que las grandes transformaciones que en la actualidad están sufriendo el Estado, la economía y la sociedad, van a producir a su vez importantes y variadas consecuencias respecto a las Administraciones públicas. La actual situación de la Administración se encuentra así determinada por la idea de transformación⁴. Este diagnóstico puede ilustrarse en una doble dirección: por una parte, desde una perspectiva negativa, se concreta en la crisis del Estado de bienestar; por otra parte, desde una perspectiva positiva, se caracteriza por una serie de retos que podemos sintetizar a través de los conceptos de sociedad de riesgo, sociedad de la información y sociedad de la economía global.

A) La crisis del Estado de bienestar

La crisis del Estado de bienestar se proyecta sobre las Administraciones de tres formas distintas.

1. En tanto crisis de recursos, conduce a una reducción de medios económicos, personales y materiales, que, a su vez, exige una mayor economía en la administración de los recursos disponibles. Esta situación se manifiesta igualmente en la exigencia de celeridad en la tramitación de los procedimientos administrativos, que ha conducido al debate en torno a la “simplificación administrativa” (*Beschleunigungsdiskussion*). Las consideraciones relativas a la eficiencia, al tiempo y a los costes desempeñan en la actualidad un papel más relevante en la ejecución de programas administrativos, y han servido al desarrollo

(1) Sobre la evolución en Alemania vid. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 2, 1992, pp. 381 y ss.; vol. 3, 1999, pp. 51 y ss., y 125 y ss.

(2) Cfr. KIRCHHOF, en ISENSEE/KIRCHHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, vol. 3, 1988, § 59; KÖNIG/DOSE (Hrsg.), *Instrumente und Formen staatlichen Handelns*, 1992.

(3) SCHMIDT-ABMANN, en Winkler-FS, 1997, pp. 995 y ss. (1.001 y ss.); vid. ampliamente sobre esta cuestión los trabajos contenidos en SCHMIDT-ABMANN/HOFFMANN-RIEM (Hrsg.), *Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts*, 1999.

(4) KÖNIG, *Verwaltungsstaat im Übergang*, 1999, especialmente pp. 143 y ss.

por parte de la doctrina del *new public management* de un “sistema de parámetros de actuación” (*Orientierungssystem*) que, por cierto, pueden conducir a un difícil equilibrio con el tradicional principio de vinculación de la Administración al Derecho⁵.

2. La crisis del Estado de bienestar ha motivado asimismo un “replanteamiento crítico del catálogo de tareas administrativas” (*Kritik der Verwaltungsaufgaben*), que, en el caso de las infraestructuras de transporte y suministro (ferrocarril, electricidad, servicios postales), ha dado lugar a intensos procesos de privatización (material) de las actividades, o, al menos, de privatización (formal) de su estructura organizativa. Sin embargo, el replanteamiento de las tareas administrativas va más allá de la actual política de privatización: ha conducido a la necesidad de reflexionar nuevamente acerca de la delimitación de los ámbitos de responsabilidad correspondientes al Estado, a la economía, a la sociedad y al individuo. La ciencia del Derecho administrativo se orienta hacia un modelo de análisis que descansa en “niveles de responsabilidad” (*Verantwortungsstufen*)⁶, y que permite describir el tránsito de un Estado prestador de servicios a un Estado regulador, o, en otros términos, de un “Estado de intervención directa” (*Erfüllungsstaat*) a un “Estado de garantía” (*Gewährleistungsstaat*). Por otro lado, en lugar de la tradicional actividad administrativa de inspección y control aparecen mecanismos de autorregulación y autoinspección, que, a su vez, exigen una comunicación más intensa entre el tradicional Derecho administrativo y el Derecho privado.

3. Esto último pone de manifiesto, en tercer lugar, que la crisis del Estado social es también la crisis del concepto clásico de “dirección” (*Steuerung*). Los instrumentos regulatorios del Derecho administrativo que hemos heredado —como puede ser el caso de las órdenes o prohibiciones formalizadas en actos administrativos con presunción de validez e inmediata ejecutividad— no parecen ser ya suficientes, o al menos no parecen serlo por sí solos. Las Administraciones carecen con frecuencia de la información y de los conocimientos necesarios, que ya no pueden generar por sí mismas. Si bien esto no justifica el cuestionamiento radical de la capacidad directiva del Estado, sí conduce a la necesidad de complementar los instrumentos de dirección tradicionales con técnicas de actuación

LA ACTUAL SITUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN SE ENCUENTRA DETERMINADA POR LA IDEA DE LA TRANSFORMACIÓN. DIAGNÓSTICO QUE SE ILUSTRÁ, POR UN LADO, EN LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR Y, POR OTRO, EN EL LOGRO DE UNA SERIE DE RETOS SINTETIZADOS EN LOS CONCEPTOS DE SOCIEDAD DEL RIESGO, SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y SOCIEDAD DE LA ECONOMÍA GLOBAL

(5) Vid., con numerosas referencias, los trabajos recogidos en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN (Hrsg.), *Effizienz als Herausforderung an das Verwaltungsrecht*, 1998.

(6) Vid. SCHUPPERT (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und “schlankem” Staat*, 1999.

administrativa “informal” y “cooperativa”, así como con estructuras procedimentales y organizativas que incorporen mecanismos de autodirección⁷.

Los tres fenómenos señalados parecen en todo caso justificar de modo suficiente la aplicación del concepto de crisis a la actual situación de la Administración.

B) La crisis como reto

La reflexión anterior ha puesto ya de manifiesto que el análisis de la crisis no puede limitarse a denunciar en negativo la pérdida de los estándares de prestación y la desaparición de ciertas instituciones jurídicas vigentes, sino que es preciso reaccionar con nuevas ideas frente a una transformada situación⁸. Esta aproximación en positivo puede ilustrarse mejor describiendo la actual situación de la Administración de la mano de los tres conceptos señalados *supra*.

1. El concepto de *sociedad de riesgo* expresa la idea de que el irrenunciable progreso científico y técnico puede resultar inescindible de peligros que no podemos dominar con nuestro nivel de conocimiento⁹. De ahí la necesidad de la prevención y de la explotación racional de los recursos. Tal y como demuestran el Derecho nuclear, el de la biotecnología y el régimen de los productos farmacéuticos, la “administración del riesgo” constituye una tarea sumamente compleja, que reclama instrumentos particulares¹⁰, y que tiene como consecuencia un aumento del poder de la Administración respecto del Parlamento. En este contexto, el de riesgo no es un concepto que pueda definirse en su esencia de una vez y para todas, sino que se encuentra en parte relacionado con la cuestión de su aceptación. No basta por ello con que la Administración se limite a prevenir, de acuerdo con la mejor tecnología disponible, las situaciones de peligro por ella misma definidas; parece indispensable, por el contrario, proceder a una definición comunicativa del riesgo. De este modo, se revelan como necesarias nuevas formas de comunicación del riesgo entre el Estado y la sociedad, así como estructuras innovadoras y adecuadas al efecto en el ámbito del procedimiento administrativo¹¹.

(7) Sobre esta cuestión *vid.*, con numerosas referencias, SCHMIDT-PREUB, “Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung”, en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer - VVDStRL*, 1997, núm. 56, pp. 160 y ss.; TRUTE, en SCHUPPERT, *Jenseits von Privatisierung und “schlankem Staat”*, *op. cit.*, pp. 13 y ss.

(8) *Vid.* NASCHOLD, *Ergebnissesteuerung, Wettbewerb, Qualitätspolitik. Einwirkungspfade des öffentlichen Sektors in Europa*, 1995; KÖNIG/BECK, *Modernisierung von Staat und Verwaltung*, 1997.

(9) *Cfr.* LADEUR, *Das Umweltrecht der Risikogesellschaft*, 1995; KLEINDIEK, *Wissenschaft und Freiheit in der Risikogesellschaft*, 1997, pp. 118 y ss.

(10) DI FABIO, *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat*, 1994, especialmente pp. 445 y ss.

(11) SCHERZBERG, “Risiko als Rechtsproblem”, en *VerwArch*, 1993, núm. 84, pp. 484 y ss.

2. Otro reto de las Administraciones y del Derecho administrativo es el que representa el desarrollo de la *sociedad de la información*¹². No se trata tan sólo de las nuevas tecnologías de la información, que desde hace tiempo se están incorporando ya a la práctica administrativa. Tampoco agota este tema el problema, frecuentemente tratado por la doctrina durante los últimos años, de la actuación administrativa a través de la información –por ejemplo, las advertencias y consejos respecto a productos, u otros “actos informativos de la Administración” (*Informationsakte der Verwaltung*)–. Un completo Derecho administrativo de la información, por el momento todavía incipiente, debe ocuparse de la protección de datos y del deber de confidencialidad de la Administración, del acceso de los ciudadanos y de la Administración a la información, y, en último término, de una “responsabilidad informativa general” (*allgemeine Informationsverantwortung*) de la Administración respecto a los datos de los que dispone¹³.

3. Por último, la situación actual de la Administración se caracteriza por la existencia de una *sociedad de la economía europea*, e, incluso, de manera creciente, global. Las Comunidades europeas fueron constituidas como comunidades económicas, y el espacio del mercado común se caracteriza fundamentalmente por la libre actividad económica de empresas y personas físicas, que resulta jurídicamente garantizada mediante las libertades de circulación. Sin embargo, no sería satisfactorio definir este contexto atendiendo exclusivamente a la iniciativa y el Derecho privados, puesto que la garantía del buen funcionamiento del mercado común precisa numerosas actuaciones administrativas¹⁴. Desde el punto de vista interno exige la supresión de los obstáculos a los intercambios que se derivan de las normas en materia de seguridad y calidad de bienes y servicios. El control en origen, las certificaciones y la extensión del principio de reconocimiento mutuo presuponen una actividad administrativa de control e información. Lo mismo puede afirmarse en relación con la garantía de la libre competencia a través del control de las ayudas públicas y de las prácticas colusorias, con los fondos estructurales y con el desarrollo de las redes transeuropeas. Desde el punto de vista externo, el carácter administrativo de las Comunidades europeas se pone de manifiesto con el régimen aduanero, el del comercio exterior y el Derecho de las medidas *antidumping*. Todas estas tareas administrativas ponen sobre la mesa una intensa necesidad de cooperación, tanto con los agentes económicos afectados, como entre las propias Administraciones nacionales y comunitaria.

En resumen, puede afirmarse que la mayor escasez de recursos, la transformación del catálogo de tareas administrativas, y el desarrollo de estructuras administrativas que responden cada vez más a un modelo de red, constituyen los tres rasgos característicos más relevantes de la actual situación de la Administración en Europa.

(12) Vid. en general los trabajos de SCHOCH y TRUTE sobre el tema “Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung”, en VVDStRL, 1998, núm. 57, pp. 158 y ss., y 216 y ss.

(13) Vid. en general Pitschas, en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN/SCHUPPERT (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, 1993, pp. 219 y ss., así como los trabajos recogidos en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN (Hrsg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft*, 2000.

(14) Cfr. BRENNER, *Der Gestaltungsauftrag der Verwaltung in der Europäischen Union*, 1996; HATJE, *Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung*, 1998; con especial referencia a la unión monetaria, SCHÄFFER, en Winkler-FS, 1997, pp. 933 y ss.

II. “EL DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL COMO IDEA DE ORDEN”^(*)

Sobre la base de estos presupuestos parece especialmente oportuno reflexionar acerca del “Derecho administrativo general desde una perspectiva europea”. De lo que se trata es de analizar los elementos básicos y los institutos centrales en los que se concreta la cultura administrativa tradicional, en el marco de un proceso de reflexión de dimensión europea. El Derecho general no debe concebirse como un conjunto de dogmas inmutable, sino como una “idea de orden” (*Ordnungsidee*) capaz de dar cuenta de procesos a largo plazo, de identificar las líneas maestras de su desarrollo, así como de analizar y comparar la funcionalidad de diversos modelos¹⁵. Esta labor corresponde en buena parte a la investigación académica en el ámbito de la ciencia del Derecho administrativo. La ciencia jurídica no debe limitarse a analizar las resoluciones judiciales y a interpretar los preceptos legales. Por mucha que sea su relevancia, los comentarios legales y de jurisprudencia no agotan su tarea, sino que aquélla debe representar también una contribución a la transparencia del control social y a la efectividad del Derecho.

El desarrollo de esta “idea de orden” constituye una empresa metodológicamente compleja, que no puede afrontarse a partir de sistemas cerrados, ni construirse *more geometrico*. No obstante, es posible ensayar una aproximación al problema a través de tres elementos, que podemos denominar “conceptos de intermediación” (*Vermittlungsbegriffe*), y que operan así como un marco de reflexión. Se trata, en particular, de las decisiones constitucionales básicas, los modelos y experiencias reguladoras presentes en los diversos sectores del Derecho administrativo especial, y ciertos planteamientos de las ciencias sociales.

En primer lugar, los presupuestos más relevantes del Derecho constitucional, que además se encuentran sometidos a una creciente influencia por parte del Derecho comunitario europeo, son los principios de libertad, democracia y Estado de Derecho (art. 6 del Tratado CE). Sin desconocer el significado de formas y estructuras —la estructuración de los procesos políticos constituye, precisamente, una tarea común del Estado de Derecho y de la democracia—, estos principios exigen la incorporación de una dimensión material al razonamiento jurídico.

En segundo lugar, el Derecho administrativo general asume las experiencias de los diversos sectores de referencia (*Referenzgebiete*) del Derecho administrativo especial, analiza su estructura y se plantea sus posibilidades de generalización. Un moderno sistema del Derecho administrativo exige la orientación hacia aquellos sectores de referencia que resulten característicos de la realidad jurídico-administrativa contemporánea. La nueva regulación de las telecomunicaciones y de la energía, y los nuevos instrumentos incorporados por

(*) Este epígrafe se corresponde con el título de una reciente e importante obra del autor, cuya referencia se encuentra en la nota siguiente (N. del T.)

(15) Sobre el contenido de este apartado vid. SCHMIDT-ABMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1998; así como los trabajos recogidos en *Die Verwaltung*, 1999, núm. 2, monográfico dedicado a “La ciencia del Derecho administrativo”.

ella a estos sectores, ponen de manifiesto que el Derecho comunitario merece en este sentido una mayor atención que la prestada hasta ahora¹⁶.

En tercer lugar, pueden obtenerse referencias útiles a estos efectos a partir de la discusión desarrollada en el ámbito de las ciencias sociales a propósito del concepto de *dirección* (*Steuerung*), que se concreta en el análisis de las condiciones de influencia, del contexto y de los fines de las regulaciones jurídicas. La ciencia del Derecho debe, no obstante, evitar asumir precipitada e incondicionalmente los llamados “cambios de paradigma”, tan frecuentes en el ámbito de las ciencias sociales. En la Administración y el Derecho administrativo pueden identificarse al tiempo diversos estadios o fases de desarrollo, y lo cierto es que los retos señalados *supra* no impiden que parcelas tan relevantes del segundo como el urbanismo, la seguridad social, el Derecho tributario o el de la función pública, puedan seguir siendo construidas eficazmente sobre la base del modelo tradicional. Una ciencia del Derecho administrativo que pretenda mantener su influencia sobre la práctica de los tribunales y de la Administración no puede por tanto hipotecarse con inercias o cambios de paradigma radicales.

III. DE LA EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO NACIONAL AL DERECHO ADMINISTRATIVO EUROPEO

Las reflexiones siguientes se proyectan sobre las relaciones jurídico-administrativas en la Comunidad Europea. Éstas se concretan en un primer momento en la influencia que el Derecho comunitario ejerce sobre el Derecho administrativo de los Estados miembros. En relación con este proceso, analizado con frecuencia en los últimos años bajo el rótulo de “europeización”, se ha llegado a afirmar que no existe parcela relevante alguna del Derecho administrativo general que no se encuentre en la actualidad intensamente influida por el Derecho comunitario¹⁷. La administración de intervención y la administración prestacional se encuentran en este sentido tan afectadas como la planificación o la organización administra-

**LA MAYOR ESCASEZ DE
RECURSOS,
LA TRANSFORMACIÓN DEL
CATÁLOGO DE TAREAS
ADMINISTRATIVAS, Y
EL DESARROLLO DE
ESTRUCTURAS QUE
RESPONDEN CADA VEZ
MÁS A UN MODELO
DE RED, CONSTITUYEN
LOS TRES RASGOS
CARACTERÍSTICOS MÁS
RELEVANTES DE
LA ACTUAL SITUACIÓN DE
LA ADMINISTRACIÓN
EN EUROPA**

(16) Vid. sobre esta cuestión EIFERT, *Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat*, 1998; SCHNEIDER, *Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation*, 1999, especialmente pp. 525 y ss.

(17) Vid. von DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, 1996, pp. 334 y ss.; sobre la situación en Austria, desde una perspectiva general, vid. EGGER, “Die Durchführung von EU-Recht durch die Bundesländer in Österreich”, en ZÖR, 1998, núm. 53, pp. 443 y ss.

tivas. En muchos ámbitos la europeización ha incorporado importantes innovaciones —así, la exigencia de control judicial de la actividad administrativa fiscal en la adjudicación de contratos públicos, o la unificación del estándar de protección de datos—. Sin embargo, una investigación de Derecho comparado desarrollada en 1995 en relación con los doce Estados miembros, puso igualmente de manifiesto cómo Estados con una reconocida tradición administrativa tienen dificultades en esa recepción. Éste es el caso, por ejemplo, de la transformación del derecho público subjetivo en Alemania, o de la tutela cautelar en Inglaterra¹⁸. Podría plantearse si, en el futuro, el Derecho administrativo interno quedará integrado por dos bloques¹⁹: una parte afectada por las transformaciones derivadas del Derecho comunitario, y otra parte que permanecería “autónoma”. En mi opinión, sin embargo, existen sólidos argumentos en favor de la idea de que en el futuro la europeización no sólo habrá alcanzado a aquellos ámbitos en relación con los cuales el Derecho comunitario exige modificaciones con carácter preceptivo, sino también a aquellos otros sobre los cuales el Derecho comunitario no se proyecta directamente, ya sea como fruto de una recepción voluntaria o de una inconsciente adecuación a sus presupuestos. Efectivamente, resulta difícil imaginar que, de manera estable y duradera, una determinada norma jurídica de Derecho interno, como por ejemplo la que actualiza el principio de confianza legítima en materia de anulación de actos administrativos, sea aplicada de manera diferente en función de que el caso presente o no una conexión con el Derecho comunitario. Este efecto de *spill-over*, que impulsa aun más la europeización²⁰, resulta a su vez estimulado por el Derecho administrativo general.

No es posible en esta sede analizar punto por punto las modificaciones incorporadas a los diferentes ámbitos del Derecho administrativo general. En su lugar nos aproximaremos a la europeización a través de tres perspectivas estructurales, que pueden identificarse con los conceptos de *instrumentalización*, *reorientación* y *reestructuración*²¹.

El término *instrumentalización* hace referencia a las transformaciones provocadas por la circunstancia de que el Derecho comunitario se actualiza a través de las fuentes del Derecho administrativo, y debe ser ejecutado por las Administraciones de los Estados miembros de modo tal que se garantice su efecto útil. Aun provocadas así por razones de tipo técnico-práctico, bajo ciertas condiciones estas influencias generan, no obstante, profundas modificaciones en el sistema del Derecho administrativo. Especialmente relevante a este respecto es el esfuerzo del Tribunal de Justicia por garantizar el “efecto útil” en la transposición y aplicación del Derecho comunitario en los Estados miembros. Esta cuestión se

(18) SCHWARZE (Hrsg.), *Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß*, 1996. Las conclusiones se encuentran en las pp. 789 y ss.

(19) En este sentido y con buenos argumentos, vid. KADELBACH, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischen Einfluß*, 1999, pp. 270 y ss., y 489.

(20) Cfr. LADEUR, “Supra- und transnationale Tendenzen in der Europäisierung des Verwaltungsrechts”, en *Europarecht*, 1995, pp. 227 y ss.

(21) Los dos primeros conceptos fueron acuñados por SCHEUING en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN (Hrsg.), *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, 1994, pp. 289 y ss. (298 y ss.)

desarrollará de la mano del ejemplo que proporciona el principio del sometimiento al Derecho de la Administración, apartado A).

El concepto de *reorientación* se refiere a los fenómenos vinculados a modificaciones sustantivas del Derecho administrativo. Aunque en este caso las manifestaciones se producen más bien en el ámbito del Derecho administrativo especial, tras un lento proceso de mutación de sus estructuras centrales terminan incorporándose a la parte general. Esta variante de la europeización, que constituye una tarea conjunta de la legislación comunitaria y de la elaboración teórica del Derecho administrativo, será posteriormente desarrollada a partir de las transformaciones operadas en el ámbito del procedimiento administrativo, apartado B).

El punto de partida de la *reestructuración* no lo constituyen tanto las normas jurídicas que resultan aplicables al caso, cuanto las prácticas administrativas que se producen en el “espacio comunitario” (*Gemeinschaftsraum*). Las Administraciones comunitaria y nacionales no se encuentran incomunicadas entre sí, sino que cooperan de manera permanente. Estas relaciones hacen surgir nuevas estructuras administrativas y problemas específicos de naturaleza jurídica, como, por ejemplo, los relativos a los flujos de información transfronterizos, que no pueden ser aprehendidos a través de la consideración aislada de los diversos ordenamientos. En tercer lugar se analizará este incipiente Derecho de la cooperación administrativa, apartado C).

Junto a las tres perspectivas señaladas, resulta por último relevante el *Derecho administrativo propio de la Administración comunitaria*, también denominado “Derecho de la ejecución directa”, que desempeña una suerte de función directiva en el desarrollo del Derecho administrativo europeo. La Administración comunitaria y las Administraciones nacionales de los Estados miembros responden a diversas tradiciones, estructuras y lógicas propias. En mi opinión, sin embargo, las exigencias básicas que se proyectan sobre la Administración, en tanto propias del modelo del Estado de Derecho, deben formularse para ambos casos en términos comparables (*tesis de la equiparación*). En la actualidad no puede hablarse de un sistema del Derecho administrativo europeo sin asumir esta perspectiva, y establecer una comunicación como la señalada entre ambos espacios, apartado D).

A) Europeización: el sometimiento de la Administración al Derecho

El sometimiento de la Administración al Derecho constituye un principio fundamental generalizado en los ordenamientos jurídicos²². A pesar de que el Derecho no es el único “parámetro normativo” (*normative Orientierung*) de la Administración, sí es desde luego el más relevante, al operar como una suerte de marco para el resto de parámetros de actuación –por ejemplo, el consenso, la proximidad al ciudadano o la eficacia–. Es precisamente en este punto donde se manifiestan las debilidades que, desde una perspectiva jurídica, presentan las teorías del *new public management*, ya que algunos planteamientos de este tipo promueven una superación del parámetro normativo que representa el Derecho a través del análisis económico de costes. La relativización de la vinculación al Derecho constitu-

(22) Vid. HOFFMANN-RIEM/MARKO/MERLI/WIEDERIN (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit in Europa*, 1996.

ye, no obstante, una tendencia general en el sistema jurídico-administrativo. La preservación a largo plazo de los elementos del principio de Estado de Derecho que configuran el régimen de la Administración pública, pasa por lograr someter jurídicamente y aplicar controles adecuados a los nuevos instrumentos utilizados por la Administración, especialmente en el caso de los acuerdos de suministro (*management* de contratos) y del *controlling* de la Administración.

En este sentido, la europeización constituye una segunda amenaza, puesto que la “doble lealtad”²³ que reclama a la Administración, respecto al Derecho nacional y al Derecho comunitario, puede terminar convirtiéndose en una “lealtad fragmentada”.

Por un lado, que las Administraciones de los Estados miembros no atienden tanto a las exigencias del *Derecho comunitario*, cuanto a intereses regionales o locales, es algo que, lamentablemente, no sólo puede observarse en el ámbito de las ayudas públicas o en el de la adjudicación de contratos públicos.

Pero, por otro lado, también se observan peligros en relación con la vinculación al *Derecho interno*. Paradójicamente, la ampliación de los parámetros vinculantes que se deriva del carácter inmediatamente aplicable de ciertas normas jurídico-comunitarias puede conducir a una extensión del margen de libre actuación de la Administración, creando con ello la oportunidad de relativizar aun más su vinculación a la Ley parlamentaria. La vinculación al Derecho comunitario inmediatamente aplicable se encuentra reconocida en los órdenes constitucionales de todos Estados miembros, y resulta en este sentido indisponible²⁴. Sin embargo, los casos de Directivas con efecto directo plantean problemas dogmáticos. Las Directivas, que en la actualidad se proyectan en mayor o menor medida prácticamente sobre todo sector de actividad administrativa, vinculan a todos los poderes públicos, incluidos los poderes locales y otras corporaciones territoriales²⁵. Más importante aun que el problema relativo a las dificultades que a menudo tienen los niveles territoriales inferiores para conocer las Directivas eventualmente aplicables, resulta el hecho de que el efecto directo se encuentre en función de presupuestos tan poco ciertos como que la transposición legislativa no se haya producido en plazo, o no se haya realizado de manera completa, y que el precepto correspondiente de la Directiva pueda calificarse como materialmente claro, preciso e incondicional. La seguridad jurídica se resiente y la situación se acerca a la anarquía jurídica si, tal y como exige la sentencia *Fratelli Constanzo*, todo órgano se encuentra obligado a inaplicar el Derecho nacional divergente. El que se haya producido o no una transposición completa es una cuestión especialmente abierta a la discusión, y, sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los tribunales, las Administraciones no tienen a su disposición un mecanismo de clarificación como el que representa la cuestión prejudicial del artículo

(23) Sobre este concepto y el fenómeno al que se refiere, vid. HATJE, *Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung*, op. cit., pp. 353 y ss.

(24) Cfr. KADELBACH, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischen Einflub*, op. cit., pp. 206 y ss.

(25) STJCE de 22 de junio de 1989, As. 103/88, *Fratelli Constanzo*, Rec. pp. 1839 y ss. (1871); JARASS, *Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts*, 1994, pp. 71 y ss.

234 CE (ex artículo 177 TCE). La Administración se encuentra así ante el peligro de incurrir en una suerte de doble responsabilidad alternativa: bien por no haber procedido a aplicar de manera completa e íntegramente el Derecho comunitario, bien por haber faltado precipitadamente a la lealtad a su Derecho nacional. Y, sin embargo, la seguridad jurídica no es sólo un bien jurídico protegido por las Constituciones nacionales, sino que constituye también uno de los principios del Derecho comunitario²⁶. La obligación impuesta por el TJCE a todo órgano administrativo, consistente en inaplicar eventualmente el Derecho nacional, resulta excesiva en tanto mecanismo de sanción de los déficits de transposición. Dicha obligación debería ser objeto de una nueva ponderación junto al principio de seguridad jurídica, que conduzca a una limitación de su alcance al vértice de la Administración, y, por tanto, como regla general, tan sólo a los ministerios. La ponderación con otros bienes jurídicos que también son reconocidos y actualizados por el Derecho comunitario permitiría mantener, más allá del principio de subsidiariedad, la funcionalidad de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros, que ha sido a menudo relativizada por la jurisprudencia comunitaria sobre el efecto útil²⁷. Procede aquí, por tanto, realizar una oportuna y moderada corrección del equilibrio adoptado (tesis de la ponderación). Una flexibilización como la señalada resulta en la actualidad tanto más procedente, toda vez que la jurisprudencia *Francovich* ha convertido el Derecho de la responsabilidad de los poderes públicos en un efectivo instrumento sancionador frente a los Estados miembros²⁸. La corrección jurisprudencial propuesta respeta más la autoridad del legislador en los casos dudosos, y traslada el riesgo de responsabilidad, en aquellos supuestos en los que efectivamente se haya producido una transposición deficiente, a quien materialmente corresponde, esto es, al legislador negligente, y no a la Administración de ejecución.

NO EXISTE PARCELA RELEVANTE ALGUNA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL QUE NO SE ENCUENTRE EN LA ACTUALIDAD INTENSAMENTE INFLUIDA POR EL DERECHO COMUNITARIO. ESTE PROCESO DE EUROPEIZACIÓN PUEDE ANALIZARSE A TRAVÉS DE TRES PERSPECTIVAS ESTRUCTURALES: INSTRUMENTALIZACIÓN, REORIENTACIÓN Y REESTRUCTURACIÓN

B) Europeización: modalidades procedimentales

La toma en consideración del Derecho del procedimiento administrativo se revela especialmente útil de cara al análisis

(26) SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. 2, 1988, pp. 911 y ss.

(27) Vid. una crítica a esta jurisprudencia en von DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, op. cit., pp. 144 y ss.

(28) Jurisprudencia constante tras la STJCE de 21 de noviembre de 1991, As. acumulados C-6 y 9/90, *Francovich*, Rec. pp. 5357 y ss. vid. von DANWITZ, *Verwaltungsrechtliches System und europäische Integration*, op. cit., pp. 310 y ss.; KADELBACH, *Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischen Einflub*, op. cit., pp. 162 y ss.; CORNILS, *Der gemeinschaftsrechtliche Staatshaftungsanspruch*, 1995.

jurídico del concepto general de sistema de Derecho administrativo²⁹. A partir de la identificación de modificaciones del régimen del procedimiento es posible pronosticar también transformaciones estructurales del sistema. Precisamente en el ámbito del procedimiento, el Derecho comunitario ha impulsado recientes reformas que pueden conducir a una reconstrucción del entero sistema jurídico-administrativo.

Como es conocido, de acuerdo con el modelo tradicional de Derecho administrativo, la administración se define, a partir del principio de separación de poderes, como aquella actividad del Estado que no es ni legislación ni jurisdicción. La Administración aparece como una entidad cerrada, jerárquicamente ordenada, y configurada sobre la base del dogma de la “unidad interna de la Administración”. La Ley la dirige a través de programas materiales lo más detallados posibles, que son actualizados por ella en forma de actos de ejecución mediante la aplicación de técnicas jurídicas de subsunción. El ciudadano se defiende frente a comportamientos antijurídicos acudiendo a los Tribunales, que, a su vez, controlan la validez de la actuación administrativa, y, en su caso, la corrigen³⁰.

El triángulo formado por la doctrina de la unidad, la teoría de la ejecución y la protección judicial individual deja un espacio muy reducido al procedimiento administrativo. Éste participa de la suerte que ha corrido el Derecho de la organización administrativa, cuyo potencial directivo tampoco se ha tenido en cuenta de manera suficiente hasta la fecha. Así, se entiende que el procedimiento despliega una función servicial respecto al Derecho material, y que debe facilitar a los ciudadanos la protección de sus derechos. Evidentemente, esta descripción del Derecho administrativo que hemos heredado es simplificadora. Por supuesto que antes también existían procedimientos con participación del público, especialmente en el ámbito del Derecho urbanístico y de la ordenación del territorio, pero lo cierto es que las leyes de procedimiento administrativo continúan todavía hoy descansando sobre la señalada “concepción reduccionista del procedimiento”. La función vicarial y de protección del ciudadano del Derecho del procedimiento administrativo continuará siendo relevante en el futuro, y el propio Derecho administrativo comunitario en el ámbito de la ejecución directa parece asumir este punto de partida —así lo demuestran, por ejemplo, los derechos de las partes en los procedimientos de ayudas, inspección y prácticas colusorias³¹. Sin embargo, ésta es sólo una de las caras del problema, puesto que, frente a la anterior, en el Derecho comunitario aparece una segunda modalidad procedimental, que subraya la función política del procedimiento. Esta tendencia procede de ciertos “sectores de referencia” (*Referenzgebiete*), y, en particular, del Derecho del medio ambiente, el Derecho de la técnica y el Derecho de la seguridad de los productos; sin embargo, en la actualidad constituye ya un objeto de reflexión desde

(29) SCHMIDT-ABMANN, en ISENSEE/KIRCHOF (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, op. cit., vol. 3, § 70; desde una perspectiva comparada, SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, op. cit., pp. 1.135 y ss.

(30) Vid. una reciente exposición y crítica de este modelo administrativo “clásico” en ROSSEN, *Vollzug und Verhandlung*, 1999. Vid. también HORN, *Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung*, 1999, pp. 62 y ss., que desarrolla una argumentación desde la ciencia del Derecho Constitucional en favor de una mayor autonomía del ejecutivo.

(31) Cfr. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, op. cit., pp. 1.146 y ss.

el propio Derecho general del procedimiento administrativo. A continuación se exponen dos manifestaciones de este fenómeno³². Dentro de los tipos de procedimiento administrativo, cada vez aparece con mayor claridad el vinculado al “equilibrio complejo de intereses” (*Verfahren zum komplexen Interessenabgleich*) (1.) Más allá del ámbito del procedimiento administrativo, las “disposiciones procedimentales” (*prozedurale Arrangements*) están adquiriendo una relevancia creciente como elementos de estructuración jurídica del ámbito en el que se desarrolla la interacción entre la regulación estatal y la “auto-dirección social” (*gesellschaftliche Selbststeuerung*) (2.)

1. El procedimiento vinculado a la armonización compleja de intereses

Los elementos procedimentales característicos de esta variante pueden identificarse en las Directivas de evaluación de impacto ambiental (1985), de información ambiental (1990) y de control integral de la contaminación (1996). “Los considerables impulsos que el Derecho comunitario imprime a la conformación del procedimiento administrativo se concretan en una intensificación de los elementos de planificación en los actos autorizatorios, en una ampliación de la participación de los ciudadanos, en una mayor transparencia de la actuación administrativa, y en una (todavía incipiente) tendencia hacia la privatización de elementos singulares del procedimiento”³³.

A los intereses ambientales se les otorga unas posibilidades especiales de identificación durante la tramitación del procedimiento, confiriéndoseles así una suerte de “privilegio de actualización” (*Artikulationsprivileg*). Las referencias a su “identificación”, “descripción”, “evaluación”, y “consideración”, contenidas en los artículos 3 y 8 de la Directiva de evaluación de impacto ambiental, implican el diseño de un *procedimiento interno* que debería conducir a una mayor transparencia y racionalidad de la actividad decisoria de la Administración.

La mayor participación del “espacio público” (*Öffentlichkeit*) no debería tan sólo servir a la Administración como fuente de información, sino también integrar un foro en el cual los diversos actores (promotores de proyectos, Administraciones, vecinos, asociaciones ambientales, etc.) puedan articular y gestionar sus intereses³⁴. Ésta es una perspectiva novedosa para el Derecho administrativo alemán, donde la Administración se concibe ante todo como el garante del interés general. El Derecho comunitario obliga a reconsiderar este planteamiento. Sin embargo, por mucha simpatía que se tenga por este fenómeno no pueden obviarse ciertos reparos. El “espacio público” no es una instancia comparable a los centros estatales organizados de toma de decisiones. De hecho, su funcionalidad trae causa, precisamente, de su espontaneidad y falta de organización, y esto presenta ventajas, pero también algunos inconvenientes: el interés de la opinión pública se proyecta sobre ámbitos políticos y asuntos concretos de manera más bien

(32) Vid. SCHMIDT-ABMANN/LADENBURGER, “Umweltverfahrensrecht”, en Rengeling (Hrsg.), *Handbuch zum deutschen und europäischen Umweltrecht* - EUDUR, vol. 1, 1998, § 18; HAGENAH, *Prozeduraler Umweltschutz*, 1996.

(33) PERNICE/KADELACH, “Verfahren und Sanktionen im Wirtschaftsverwaltungsrecht”, en DVBl, 1996, pp. 1.100 y ss. (1108).

(34) Vid. sobre esta cuestión SCHERZBERG, *Die Öffentlichkeit der Verwaltung*, 2000.

casual, y su constancia no resulta calculable *a priori*. De este modo, la incorporación del “espacio público”, en tanto elemento de conformación, a un modelo de procedimiento, exige tener en cuenta la presencia de “asimetrías estructurales”, así como, eventualmente, prever mecanismos de nivelación, puesto que en otro caso sólo tendrían oportunidad de actualizarse aquellos intereses que presenten una mayor facilidad de activación del espacio público. La participación en el procedimiento administrativo debe posibilitar una mejor identificación de los intereses relevantes, evitando al tiempo convertirse en el vehículo de una selección unilateral de los mismos.

2. Disposiciones procedimentales en el ámbito de la cooperación entre el Estado y la sociedad

El análisis de las Directivas sobre ecoauditoría (1993) y seguridad en los productos pone de manifiesto, incluso con mayor claridad, las transformaciones de los instrumentos de dirección jurídico-administrativos³⁵. Estas normas constituyen el producto de una tendencia hacia formas de dirección cooperativas, que descansan en planteamientos propios del *management* vinculados a la pretensión de lograr una adecuación entre el interés particular de la empresa y el interés general.

Normalmente, la Administración va a limitarse a actuar como un “control del control”. Conforme al planteamiento tradicional la autorregulación social queda al margen del Derecho administrativo. Sin embargo, ésta es una aproximación demasiado estrecha, porque la regulación y la autorregulación no son compartimentos estancos. El sistema del Derecho administrativo debe por tanto entrar a ocuparse también de mecanismos privados complementarios de garantía de la calidad de los productos (certificaciones), y de los instrumentos a través de los cuales el Estado contribuye indirectamente a asegurar su fiabilidad: los procedimientos de acreditación de los sistemas de certificación, la fijación de estándares de calidad aplicables a las entidades de certificación —como por ejemplo, los relativos a su profesionalidad, neutralidad u objetividad—, así como su control administrativo —*monitoring*, informes vinculantes, evaluación—. Las Directivas sobre seguridad de los productos, por ejemplo, contienen algunos elementos de un “Derecho procedimental privado” (*Privatsverfahrensrecht*) que está *de facto* desarrollándose³⁶. A pesar de que las implicaciones de esta forma de dirección a través del procedimiento no se proyectan tan sólo sobre el terreno dogmático³⁷, los manuales de Derecho administrativo todavía no han incorporado prácticamente nada de ello a sus contenidos.

Aún más deficitario resulta el tratamiento de la “regulación cooperativa” desde la teoría del procedimiento administrativo. Si este tipo de normas reclama para sí un carácter juri-

(35) Cfr. la exposición de FALK, en *Die EG-Umwelt-Audit-Verordnung und das deutsche Umwelthaftungsrecht*, 1998.

(36) Vid., recientemente y en profundidad, RÖHL, *Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht*, en prensa; en general vid. HOFFMANN-RIEM/SCHNEIDER (Hrsg.), *Verfahrensprivatisierung im Umweltrecht*, 1996; recientemente y con numerosas referencias, vid. TRUTE, en SCHUPPERT (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und “schlankem Staat”*, op. cit., pp. 26 y ss.

(37) Vid., en general, CALLIES, *Prozedurales Recht*, 1999, especialmente pp. 181 y ss., y 224 y ss.

dico-vinculante respecto a la adopción de decisiones administrativas —tal y como ocurre en el caso de la supervisión de la seguridad técnica de las instalaciones—, debe entonces garantizarse que en su procedimiento de elaboración se produce una adecuada representación de los intereses relevantes. Las consideraciones relativas al riesgo no pueden ser obviadas por el poder centralizado de los actores corporativos a través del recurso a la instancia del espacio público. Los procesos de toma de decisiones precisan una configuración transparente a través de un Derecho del procedimiento que garantice su accesibilidad general, y que responda a ciertas exigencias de publicidad³⁸. En la actualidad se denuncian carencias en este sentido, no sólo en relación con los organismos de normalización nacionales, sino también en el caso de las organizaciones europeas CEN y CENELEC³⁹.

C) El Derecho de la cooperación administrativa

Las Administraciones que actúan en el espacio comunitario mantienen múltiples relaciones de cooperación entre sí, que se desarrollan tanto vertical —entre la Administración comunitaria y las nacionales—, como horizontalmente —entre los diversos Estados miembros—. La necesidad de evitar la continua creación de órganos europeos centralizados para la asunción de nuevas tareas conduce a la exigencia de que la ejecución descentralizada del Derecho comunitario se organice sobre una estructura de red. Es a esta realidad, de la cual existen ya numerosos ejemplos en la práctica y en el Derecho administrativos⁴⁰, a la que se pretende aludir aquí con el concepto de Derecho de la cooperación administrativa. Un Derecho este que no constituye un espacio autónomo, a mitad de camino entre el Derecho comunitario y el administrativo nacional, sino que descansa más bien sobre ambos niveles, así como sobre los convenios administrativos que puedan eventualmente concluirse entre diversos Estados miembros. No obstante, a partir de este fundamento aparecen figuras y problemas jurídicos que justifican el tratamiento del Derecho de la cooperación

**LA NECESIDAD DE EVITAR
LA CONTINUA CREACIÓN
DE ÓRGANOS EUROPEOS
CENTRALIZADOS PARA
LA ASUNCIÓN DE NUEVAS
TAREAS CONDUCE A
LA EXIGENCIA DE QUE
LA EJECUCIÓN
DESCENTRALIZADA DEL
DERECHO COMUNITARIO SE
ORGANICE SOBRE UNA
ESTRUCTURA DE RED**

(38) Vid. LAMB, *Kooperative Gesetzeskonkretisierung*, 1995.

(39) SCHULTE, “Materielle Regelungen: Umweltnormung”, en EUDUR, vol. 1, § 17, números marginales 60 y ss.; RÖNK, *Technische Normen als Gestaltungsmittel des Europäischen Gemeinschaftsrechts*, 1995, especialmente pp. 170 y ss.

(40) SCHEUING, en HOFFMANN-RIEM/SCHMIDT-ABMANN, *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, op. cit., pp. 311 y ss.; HATJE, *Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung*, op. cit., pp. 134 y ss.

administrativa como una materia específica. En este sentido, procede señalar especialmente los tres problemas siguientes⁴¹.

En primer lugar, un tema central es el de la determinación del estándar de cooperación, esto es, aquellas normas jurídicas que disponen cómo deben actuar las diversas Administraciones que participan en una relación de cooperación. En esta tarea es preciso alcanzar un equilibrio entre diferentes obligaciones. Por una parte, el mandato de ejecución efectiva, en tanto regla de equivalencia, exige que en el ámbito de la cooperación las diversas Administraciones no procedan de manera distinta a la que se deriva de los presupuestos correspondientes a su propia actividad administrativa. Sin embargo, también resulta vinculante el mandato de “claridad en la responsabilidad” (*Verantwortungsklarheit*), en virtud del cual las relaciones de cooperación deben estructurarse de modo tal que se mantenga la sustantividad propia de las contribuciones de cada Administración participante^(*). Es preciso, en fin, reflexionar acerca de en qué medida puede reconocerse una reserva de orden público, que permita a uno de los sujetos cooperantes desvincularse de sus obligaciones para salvaguardar una posición fundada en intereses particulares.

En segundo lugar, un espinoso problema en el ámbito del procedimiento administrativo es el relativo al desarrollo de un nuevo sistema de formas de actuación en relación con los actos adoptados en el marco de las relaciones de cooperación. Pese al mandato de “claridad en la responsabilidad”, no puede desconocerse la necesidad de que el entramado de actividades desarrolladas sobre una base cooperativa presente una racionalidad unitaria. Las solicitudes de iniciación, los informes y dictámenes, y las regulaciones procedimentales adoptadas por órganos administrativos en el marco de un escenario de cooperación deben poder entenderse como “actuaciones integradas”. En este contexto se plantean nuevos problemas, como, por ejemplo, en el ámbito de la teoría de los vicios procedimentales, el relativo a la imputación del vicio del acto de trámite emanado de uno de los sujetos de la relación de cooperación, que, no obstante, se proyecta sobre el acto definitivo adoptado por otra Administración, sin que ésta haya podido influir sobre sus presupuestos.

Por último, se precisa una regulación de la firmeza de los actos administrativos transnacionales, esto es, de las decisiones adoptadas por una Administración nacional, a las que el Derecho comunitario otorga eficacia también en otros Estados miembros, normalmente, incluso, en todo el territorio de la Comunidad. La eficacia transnacional de los actos

(41) Vid. sobre esta cuestión SCHMIDT-ABMANN, “Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der Europäischen Gemeinschaft”, en *Europarecht*, 1996, pp. 270 y ss.; el mismo, en Winkler-FS, op. cit., pp. 1.001 y ss.

(*) El concepto de *Verantwortungsklarheit*, que ha sido desarrollado por el autor en anteriores trabajos (vid., por ejemplo, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, op. cit., pp. 330 y ss.), remite a uno de los elementos que, junto a la consecución de un determinado grado de legitimación democrática efectiva, integran el principio democrático: la exigencia de transparencia en la acción pública como presupuesto de la posibilidad de que los ciudadanos identifiquen los sujetos responsables y las consecuencias de las decisiones públicas; transparencia, pues, como condición de la existencia misma de un control democrático de las instituciones.

administrativos trae causa del principio de reconocimiento mutuo, que, no obstante, ha sido configurado técnicamente de manera diversa por el Derecho derivado⁴². Pues bien, ¿cuáles son las posibilidades de reacción y los poderes de impugnación de los que disponen los órganos administrativos del foro, cuando detectan vicios en el acto de origen, o cuando se produce una modificación del marco regulatorio tras su adopción? Puede afirmarse, en fin, que en este contexto la reflexión jurídica tiene planteado un buen número de retos.

D) El papel complementario del Derecho Administrativo propio de la Administración comunitaria

Las reflexiones siguientes remiten a la cuarta perspectiva señalada *supra* en relación con la elaboración de un sistema de Derecho administrativo de vocación europea: el papel complementario del Derecho de la Administración comunitaria.

Hasta la fecha han sido pocos los intentos de analizar de modo sistemático este Derecho⁴³ que, normalmente, no pasa de ser vinculado a unos pocos especialistas, como, por ejemplo, los abogados dedicados al Derecho internacional de la competencia. Además, su asunción como objeto autónomo de reflexión jurídica despierta inmediatamente ciertos reparos: la Comisión es titular de un exiguuo número de competencias administrativas, y dispone de un aparato administrativo ciertamente reducido; sus tareas se concretan más bien en la cooperación política con las Administraciones nacionales, que debe desenvolverse de manera flexible, y ser constreñida lo menos posible a través del Derecho. Podría así considerarse más oportuno que el jurista dedicado a la creación del sistema no entrara a desarrollar aquí su labor, a riesgo de terminar poniendo piedras en el camino a una práctica que, de hecho, funciona correctamente.

No procede entrar aquí a analizar en qué medida tras estos argumentos se esconde la intención de asegurar el mantenimiento de posiciones de poder, puesto que, aunque así no fuera, las críticas señaladas seguirían resultando inaceptables. La razón es que desconocen la misión fundamental del Derecho administrativo, que no es otra que la de fijar los límites de la actuación administrativa y asegurar los presupuestos fundamentales para su aceptación. Una tarea esta que resulta si cabe más necesaria en la actualidad, a la luz de la experiencia de la crisis de las “vacas locas” y de los casos que motivaron la dimisión del colegio de comisarios. Por mucho que la ejecución del Derecho comunitario corresponda fundamentalmente a las Administraciones nacionales, y que la propia Comunidad no se encuentre en condiciones, en atención a sus competencias y a sus recursos personales, de desarrollar una actividad administrativa generalizada en el espacio comunitario, no sería correcto subestimar por ello la relevancia del Derecho administrativo propio de la Administración comunitaria.

(42) Cfr. GROB, “Die administrative Föderalisierung der EG”, en JZ, 1994, pp. 596 y ss.; NEBLER, *Europäisches Richtlinienrecht wandelt deutsches Verwaltungsrecht*, 1994, pp. 5 y ss., y 76 y ss.; SCHLAG, *Grenzüberschreitende Verwaltungsbefugnisse im EG-Binnenmarkt*, 1998, pp. 44 y ss.

(43) Sobre las recientes manifestaciones de este proceso vid. PRIEBE, en SCHMIDT-ABMANN/HOFFMANN-RIEM, *Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns*, op. cit., pp. 71 y ss.

1. La diversificación de la actividad administrativa

A pesar del principio de subsidiariedad, las actividades administrativas de la Comunidad han crecido de manera constante en los últimos años. Un sector tradicional como el del control de las ayudas públicas ha dado muestras de su madurez regulatoria con el Reglamento de procedimiento de marzo de 1999 (DOCE L, núm. 83, pp. 1 y ss.) Otros sectores, como el Derecho de marcas o la política de tipos de cambio, han sido recientemente definidos como tareas de la Comunidad y dotados de una estructura organizativa propia. La cooperación con los organismos europeos de normalización ha supuesto igualmente un incremento de las actuaciones administrativas de la Comisión europea. Un sector especial, que hasta ahora no ha sido tenido suficientemente en cuenta, es el relativo al fomento de la investigación y, en general, el de la actividad contractual de la Comunidad. No nos encontramos aquí ante meras actividades auxiliares de carácter fiscal (*fiskalische Hilfsgeschäfte*), sino ante el desarrollo de verdaderas tareas administrativas, como, precisamente, la financiación de la investigación⁴⁴. En el desarrollo de esta actividad de adjudicación están a menudo presentes organizaciones intermedias de carácter privado, en relación con cuya designación, *status*, y responsabilidad podría plantearse la posibilidad de acudir a las figuras del *Beliehene* o del *Verwaltungshelfer*^(*). En la práctica resulta difícil imaginar un ámbito material que se encuentre ajeno al desarrollo, en alguna de sus posibles formas, de la actividad de la Administración comunitaria, normalmente en cooperación con las Administraciones de los Estados miembros. En la mayoría de los casos se trata de una colaboración informativa, pero en algunos supuestos las técnicas de cooperación pueden llegar a implicar la adopción centralizada de decisiones en el nivel comunitario, como por ejemplo ocurre en los Derechos farmacéutico y alimentario. El Derecho administrativo se hace también presente, en fin, en el desarrollo de la actividad de inspección. Cada vez son más numerosos los supuestos en los que los funcionarios

(44) Cfr. las reflexiones de GRUNWALD, en von der GROEBEN/THIESING/EHLERMANN, *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, vol. 3, 51999, Art. 130i, números marginales 40 y ss.

(*) Procede en este punto realizar alguna observación a propósito de las cuestiones siguientes. En primer lugar, la consideración del fomento de la investigación como una manifestación de la actividad contractual de la Administración debe entenderse en el contexto de la elaboración doctrinal alemana a propósito de las subvenciones, en relación con cuya naturaleza jurídica se ha acudido históricamente a la figura del contrato privado. Tras la segunda guerra mundial la llamada *teoría de los dos niveles* (*Zweistufentheorie*), todavía seguida en la actualidad por la jurisprudencia y un sector de la doctrina, matizó en parte esta construcción mediante la distinción de dos momentos en la operación subvencional: primero, la adopción de la decisión de estimar una solicitud, sometida al Derecho público a través de la ficción de un acto administrativo; y, segundo, la actualización del contenido de este último, operada a través de un contrato de Derecho privado. Razones históricas explican igualmente, en segundo lugar, la referencia a la teoría del Fiskus, que, si bien ha sido progresivamente superada, todavía tiene cierta influencia en la ciencia del Derecho alemana (vid. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, C. H. Beck, München 11, 1997, § 3, número marginal 7, y § 7, número marginal 31). Por último, las figuras del *Beliehene* y del *Verwaltungshelfer* remiten a sujetos privados que, de formas diversas, participan en el desarrollo de “tareas administrativas” (*Verwaltungsaufgaben*). Se ha preferido mantener las expresiones originales para evitar el peligro de una precipitada equiparación con instituciones que, como ocurre con la del concesionario, son más bien propias de otras tradiciones jurídicas, y ajenas a la centroeuropea. Por la mismas razones, se ha evitado utilizar otros conceptos como, señaladamente, el de servicio público (sobre esta cuestión, vid. HERMES, *Staatliche Infrastrukturverantwortung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998; desde una perspectiva comparada, PIELOW, *Grundstrukturen öffentlicher Versorgung*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001) (N. del T.).

comunitarios desarrollan inspecciones directas, por ejemplo en el sector veterinario o en la protección de los intereses financieros de la Comunidad. En general, las “crisis” se han revelado como una causa de asunción de nuevas tareas administrativas por parte de la Comunidad.

En el ámbito de la organización comunitaria también se observan tendencias hacia la diversificación y el establecimiento de estructuras desconcentradas. Junto a la Comisión han aparecido numerosos órganos y agencias⁴⁵. Una especial relevancia para el Derecho administrativo presenta la actividad de los innumerables comités que sirven a la Comisión⁴⁶. Cuáles sean los criterios de su composición, o cuál su influencia sobre las decisiones adoptadas por ésta última son sólo algunos de los problemas que plantean. Desde luego, todo esto nada tiene que ver con la gestación de una suerte de “superórgano” europeo, que, por otra parte, nadie desea. Sin embargo, la centralidad de la posición que la Administración comunitaria ocupa en las estructuras políticas de la Comunidad, así como la dimensión de sus competencias y de los recursos financieros de los que dispone, exigen una reflexión acerca de su estructura y límites jurídicos.

2. La actual situación de las normas jurídico-administrativas

Los Tratados constitutivos asumieron ya desde un principio el componente administrativo de la integración europea, así como sus implicaciones para el Derecho de la Administración. El Derecho originario contiene numerosos preceptos que materialmente corresponden al Derecho administrativo general, como, por ejemplo, las normas en relación con la motivación y la publicación de actos jurídicos, el deber de confidencialidad de la Administración, la responsabilidad y, especialmente, el sistema de protección jurisdiccional de los artículos 220 TCE y ss. (ex arts.164 y ss.)⁴⁷. El Tratado de Amsterdam ha incorporado normas en materia de protección de datos, de libre acceso a documentos y de estadística (artículos 255, 285 y 286 TCE). Por otro lado, numerosos Reglamentos sobre cárteles, agricultura y presupuesto han establecido un sólido cuerpo de Derecho administrativo, cuya exposición sistemática, sin embargo, no tiene una presencia

**ESPECIALMENTE DESTACABLE
ES EL PAPEL DEL
TRIBUNAL DE PRIMERA
INSTANCIA, QUE EN FUNCIÓN
DE SUS COMPETENCIAS SE
HA CONVERTIDO EN EL
“TRIBUNAL ADMINISTRATIVO”
PROPIO DE LA
COMUNIDAD, Y CUYA
JURISPRUDENCIA
HA CONTRIBUIDO A
DESARROLLAR LOS
PRINCIPIOS GENERALES
DEL DERECHO**

(45) Cfr. HILF, *Die Organisationsstruktur der Europäischen Gemeinschaften*, 1982; sobre la actual situación vid. HEUTERKES, *Rechtsfähige Organisationseinheiten in der Verwaltungsstruktur Frankreichs, Deutschlands und der Europäischen Gemeinschaften*, 1998.

(46) FALKE/WINTER, en WINTER (Hrsg.), *Sources and Categories of European Union Law*, 1996, pp. 541 y ss.

(47) SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, vol. 1, op. cit., pp. 38 y ss.

equiparable en los manuales de Derecho administrativo de los Estados miembros. Especialmente destacable es el papel que en los últimos tiempos ha adquirido el Tribunal de Primera Instancia, que en función de sus competencias se ha convertido en el “tribunal administrativo” propio de la Comunidad, y cuya jurisprudencia ha contribuido a desarrollar los principios generales del Derecho.

3. Las funciones del Derecho Administrativo propio de la Administración comunitaria

En el marco de un Derecho administrativo europeo construido sistemáticamente, al Derecho de la Administración comunitaria le corresponde asumir tres funciones.

En primer lugar, cumple una *función de garantía* respecto a la actividad administrativa de la Comunidad, que se proyecta en una doble dirección: asegurar su eficacia y someterla a los límites del Estado de Derecho. Procede destacar especialmente este segundo punto: las Administraciones de los Estados miembros no son las únicas que incurren en vicios de ejecución, o incluso en violaciones conscientes del Derecho comunitario, sino que, tal y como demuestran los informes del Tribunal de Cuentas, este fenómeno también se produce en el marco de la Administración comunitaria. Su adecuada identificación, y su corrección por la vía sancionadora constituyen el objeto de la función de garantía de un Derecho administrativo construido sistemáticamente.

En segundo lugar, desarrolla una *función de referencia* respecto a la aplicación y al desarrollo del Derecho interno. Debido a la centralidad de su posición, Bruselas merece una creciente atención desde esta perspectiva. A la hora de comentar los preceptos de Derecho interno será en el futuro cada vez más indicado acudir a las normas “paralelas” del Derecho comunitario. Este último representa en este sentido la cristalización del esfuerzo comparatista europeo en el ámbito del Derecho administrativo. De este modo, por ejemplo, la experiencia que proporciona el desarrollo colectivo de un modelo específico de función pública puede permitir la exportación de soluciones innovadoras al resto de los ordenamientos jurídicos europeos.

Por último, el Derecho de la Administración comunitaria tiene como *función* la de actuar como una suerte de *plataforma*, puesto que las normas jurídicas y los estándares comunes se fijan allí donde se desarrolla la cooperación administrativa con los Estados miembros. Muchos de los actos jurídicos señalados *supra* no sólo incorporan prescripciones dirigidas a la Administración comunitaria, sino también otras que se proyectan sobre las estructuras de la cooperación.

IV. REFLEXIÓN FINAL

En el futuro los Estados europeos seguirán siendo esencialmente Estados administrativos. A pesar de las transformaciones que están sufriendo los instrumentos y las formas de la regulación estatal —y que en la actualidad se manifiestan con especial intensidad en los

fenómenos de la privatización y de la cooperación entre el Estado y la sociedad—, lo cierto es que el Estado sigue siendo titular de una “responsabilidad general de garantía” (*grundlegende Gewährleistungsverantwortung*). El Derecho administrativo continuará manteniendo por ello una posición central en el sistema jurídico. Sin embargo, existen nuevos fenómenos que precisan una mejor integración que la lograda hasta la fecha, como ocurre con los contratos administrativos, la función de control de la opinión pública, o los mecanismos de autorregulación social. Todo ello hace aún más evidente la dimensión política del Derecho administrativo.

El proceso de integración europea presenta asimismo un fuerte componente administrativo. El Derecho comunitario tiene una importante influencia sobre las Administraciones nacionales y su Derecho. Por esta razón, el obligado proceso de europeización puede ser al tiempo entendido como una oportunidad para la modernización administrativa. Los procesos de privatización en los sectores de las telecomunicaciones, la energía y los transportes constituyen un ejemplo de innovaciones en los Derechos de los Estados miembros que difícilmente hubieran podido llevarse a cabo sin la presión originada desde el Derecho comunitario.

Existe por otro lado el peligro de que una europeización excesiva, producto de la exclusiva toma en consideración de la necesidad de garantizar una ejecución administrativa uniforme en todo el territorio de la Comunidad, conduzca a la alteración o, incluso, a la supresión de estructuras consolidadas en los Derechos administrativos de los Estados miembros. Frente a esta orientación parcial es preciso desarrollar un modelo para el Derecho administrativo europeo que, junto a la transformación de los Derechos administrativos nacionales, integre también al Derecho administrativo propio de la Administración comunitaria. Estas dos piezas integrantes del sistema desarrollan funciones diversas, pero descansan, no obstante, en principios jurídicos comunes, que no son sino los contenidos en el artículo 6 TUE: los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y Estado de Derecho. El Derecho administrativo europeo no debe orientarse de modo unilateral a la satisfacción de los intereses relativos a la ejecución, sino fundamentalmente a estos principios estructurales. La construcción de este Derecho constituye una empresa que no puede ser realizada exclusivamente por el legislador y los jueces: el análisis de fenómenos administrativos complejos y el desarrollo de nuevas estructuras comunes representan la tarea propia de una ciencia del Derecho administrativo que reclame para sí una dimensión europea.

El Impuesto de Castilla-La Mancha sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente en el marco de la financiación autonómica

JUAN ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN

Catedrático de Derecho
Financiero y Tributario
Universidad de Castilla-La Mancha

Sumario:

I. Introducción. II. Sistema tributario y protección del medio ambiente. III. El impuesto medioambiental de Castilla-La Mancha en el marco del sistema de financiación autonómica.

1. Características principales del impuesto medioambiental autonómico. 2. La configuración jurídica de los impuestos ambientales y la doctrina del TC expresada en su Sentencia 289/2000, de 30 de noviembre. 2.1. Justificación ante el cambio de criterio sobre la doble imposición. 2.2. La efectiva existencia de doble imposición entre IBI y el IBIAMA.

3. El impuesto de Castilla-La Mancha a la luz de la doctrina del TC. **IV. Los elementos estructurales del impuesto medioambiental de Castilla-La Mancha.**

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 26 de diciembre de 2000, las Cortes de Castilla-La Mancha aprobaron la Ley 11/2000, del impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el Medio Ambiente¹. Se trata de un tributo que se ha de calificar como un impuesto propio dentro del sistema de financiación autonómica y con una finalidad claramente medioambiental. Pero al margen de la importancia que pudiera tener el análisis del régimen jurídico de este nuevo gravamen autonómico, creo que los acontecimientos recientes a los que luego me referiré, han provocado que el interés gravite ahora en el estudio de los tributos propios medioambientales en el marco de la financiación autonómica, esto es, en el análisis de los impuestos que las distintas Comunidades Autónomas (CCAA) pueden

(1) BOE de 27 de febrero de 2001.

establecer como tributos propios en el ejercicio de su autonomía financiera y del desarrollo del sistema de financiación.

En efecto, la articulación o engarce de los impuestos medioambientales aprobados por diferentes CCAA en el sistema de financiación autonómica ha resultado, cuando menos, compleja y problemática a la vista de los conflictos surgidos entre los distintos entes territoriales —fundamentalmente entre el Estado y las CCAA—, y a la vista, también, de la “novedosa” doctrina del Tribunal Constitucional (TC) sobre tributos propios medioambientales. Téngase en cuenta que la práctica totalidad de los impuestos medioambientales aprobados por las diferentes CCAA han sido recurridos por el Gobierno central ante el TC, y éste, a su vez, ha ido estableciendo una doctrina clara y homogénea, hasta la reciente Sentencia 289/2000, de 30 de noviembre, que anuncia o supone el preludio de una caída en “dominó” de los diferentes impuestos medioambientales de las CCAA, siendo la última ficha de esta previsible caída el impuesto de Castilla-La Mancha sobre actividades que inciden en el Medio Ambiente.

De ahí que el presente estudio lo centre en el análisis del citado impuesto en el marco de la financiación autonómica, y todavía más en concreto, en el estudio del nuevo impuesto autonómico a la luz de aquella reciente doctrina del TC sobre tributos medioambientales. El recurso a la doctrina constitucional es obligado porque, como advertía, el impuesto autonómico se aprueba (diciembre de 2000) justo al tiempo en que el TC dicta la Sentencia modificando su doctrina (noviembre de 2000), de manera que ésta será la que previsiblemente se aplique cuando enjuicie en términos de constitucionalidad dicho gravamen.

No obstante, creo obligado hacer alguna reflexión sobre la instrumentación del sistema tributario para el logro de políticas medioambientales, es decir, nos debemos preguntar qué función puede cumplir el Derecho tributario en materia de medio ambiente; y debemos preguntárnoslo porque, como veremos en el análisis de la doctrina del TC, el problema que late en el fondo de toda esta cuestión es el del difícil engarce de los gravámenes medioambientales con los principios constitucionales materiales tributarios.

II. SISTEMA TRIBUTARIO Y PROTECCIÓN DEL MEDIO AMBIENTE

El Derecho financiero, en cuanto Derecho regulador de una actividad financiera, puede actuar en materia de medio ambiente —al igual que en cualquier otra materia económica, social, monetaria, etc.— por la vía del ingreso y/o del gasto. A través de ingresos se establecen y articulan las diferentes figuras tributarias (en mayor medida impuestos, y en menor las tasas y contribuciones especiales), para gravar la actividad contaminante, prevenirla o fomentar su reducción. Lo normal es que se establezcan impuestos progresivos que graven en mayor cuantía cuanto mayor sea la carga contaminante y, correlativamente, que el gravamen disminuya a medida que la contaminación es menor, pudiendo llegarse a una alicuota o cuota “cero” cuando no existe carga contaminante o cuando ésta

se sitúa en unos niveles que se consideran aceptables por no degradar el medio ambiente.

Por la vía del gasto se puede actuar directa o indirectamente. Un gasto directo sería el régimen subvencional o de ayudas: el Estado, las CCAA, Corporaciones locales, etc., *gastan directamente* para evitar o reducir la actividad contaminante (por ejemplo, las más usuales son las subvenciones para la instalación de infraestructuras para el tratamiento y depuración de aguas). Por el contrario, un *gasto indirecto* sería cualquier incentivo fiscal o desgravación: en este caso, el ente territorial deja de ingresar cantidades monetarias vía deducción, reducción, bonificación o exención. Un ejemplo sería el art. 35.4 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Ley 43/1995, de 29 de diciembre), en la medida en que establece una deducción en la cuota del 10 por ciento de “las inversiones realizadas en bienes del activo material destinadas a la protección del medio ambiente consistentes en instalaciones que eviten la contaminación atmosférica procedente de instalaciones industriales, contra la contaminación de aguas superficiales, subterráneas y marinas para la reducción, recuperación o tratamiento de residuos industriales para el cumplimiento o, en su caso, mejora de la normativa vigente en dichos ámbitos de actuación”².

Ninguna de estas medidas es intrínsecamente buena, ni siquiera creo que se pueda decir que una –la vía del ingreso o del gasto, o el gasto directo o indirecto– es mejor que otra. Pensemos, por ejemplo, en las ventajas económico-financieras, que desde el lado de las virtudes debemos situar el efectivo fomento que persiguen y consiguen de políticas medioambientales y de preservación de este entorno. Pero este mismo hecho deseable puede provocar negativamente otro indeseable: que la expectativa de conseguir beneficios fiscales, empuje a un buen número de empresas a que partan de niveles altos de contaminación para conseguir así mayores desgravaciones.

Evidentemente existen otras medidas que coadyuvan con el sistema tributario. De entre ellas debemos citar, al menos, tres: el sistema sancionador, las fianzas y los certificados de uso del ambiente³.

EL HECHO IMPONIBLE DEL IMPUESTO SE REFIERE A LAS ACTIVIDADES QUE CONTAMINEN EL MEDIO AMBIENTE, LAS CUALES SE CIRCUNSCRIBEN TODAVÍA A TRES: LA EMISIÓN A LA ATMÓSFERA DE DIÓXIDO DE AZUFRE O NITRÓGENO, LA PRODUCCIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA POR CENTRALES NUCLEARES Y EL ALMACENAMIENTO DE RESIDUOS RADIOACTIVOS

(2) En su redacción dada por el art. 3.Cuatro de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

(3) Para un estudio más detallado, me permito remitir a mi estudio *Régimen fiscal de las aguas*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 44 a 46.

Las multas e indemnizaciones. El régimen de infracciones y sanciones es, desde luego, compatible con cualquier política medioambiental arbitrada por medio de ingresos o gastos. Lo que ocurre es que el procedimiento sancionador, como único sistema para el control de la calidad del medio ambiente, es insuficiente. El tiempo ha demostrado que este sistema, por sí solo, es injusto e inoperante, en la medida en que económicamente puede resultar más rentable pagar las sanciones, que reciclar o modificar los sistemas de depuración o vertidos o emisiones de las actividades contaminantes.

Fianzas. El sistema de fianzas es práctica habitual como sistema complementario de otras medidas protectoras del medio ambiente. La fianza consiste en la garantía prestada para el cumplimiento de la obligación concesional o de autorización. Así ocurre, por ejemplo, en las Leyes de Aguas y Costas en la medida en que las fianzas suponen garantías en materia de prevención. Mientras la primera contempla un supuesto muy concreto de constitución de fianzas⁴, la Ley de Costas lo regula con mayor detenimiento⁵.

Certificados de uso del ambiente. Aunque se trata de instrumentos de control de la contaminación poco habituales en las legislaciones de los países de nuestro entorno, se deben señalar sus rasgos más distintivos, aunque sea simplemente porque hubo un intento de adoptarlo parcialmente en el año 1997 en nuestra legislación de aguas. La Administración estudia cuál es el nivel óptimo de contaminación en cada tramo de costa, río, ambiente atmosférico, etc. y en virtud de este análisis, emite “certificados de uso del ambiente”. Estos títulos al portador dan derecho a contaminar por la cantidad reseñada en cada título, que se mide por “unidades de contaminación”. Los títulos son negociables y dan derecho a contaminar por la cantidad y en la zona, cuenca, o tramo de costa que establezca el título.

En cualquier caso, y al margen de estas medidas coadyuvantes con el sistema tributario, el recurso más común para el logro de políticas medioambientales es instrumentando el sistema de ingresos, esto es, utilizar la vía de ingresos, y más concretamente, de ingresos tributarios, y tanto por el Estado como por las CCAA. Incluso habría que hablar de las Corporaciones Locales en la medida en que existen ya propuestas para que estos entes establezcan tributos (tasas) para prevenir el deterioro del medio ambiente sufrido por la afluencia de turismo (la llamada *ecotasa*).

(4) En el art. 100 de la Ley 25/1985, de 2 de agosto, de Aguas, y art. 270 de su Reglamento (Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del dominio público hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar, I, IV, V, VI y VII de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas).

(5) En el art. 88 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. El régimen de fianzas de la Ley de Costas es similar al regulado en los arts. 35 a 47 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, en adelante LCAP) ya que, como en ésta, la Ley de Costas exige una fianza provisional de 2 por ciento del presupuesto de las obras o instalaciones en el momento de la petición de la ocupación del dominio público o del vertido de que se trate (en la LCAP—que se llaman garantías y no fianzas— es en el momento de la licitación,—art. 35.1—) y ésta deviene definitiva elevándose al 5 por ciento cuando se otorga la concesión o autorización (en la LCAP es, en cambio, del 4 por ciento,—art. 36.1—). En ambas leyes se prevé la posibilidad de exigir una fianza complementaria, si bien, en la Ley de Costas no se fija la cantidad porcentual a la que puede ascender esta fianza complementaria, mientras que en la LCAP, tiene el tope del 6 por ciento (art. 36.3). En cualquier caso, la finalidad de la fianza complementaria es dotar de una mayor garantía al cumplimiento de obligaciones en materia de prevención.

Y es en este marco en el que debemos situar el nuevo impuesto de Castilla-La Mancha sobre determinadas actividades que inciden en el medio ambiente, porque este gravamen no es más que una prueba de esa instrumentación del sistema tributario, sumándose así esa Comunidad Autónoma al conjunto de CCAA que ya han establecido tributos de esta naturaleza. No se debe olvidar que todas las CCAA (excepto País Vasco y Castilla y León) tienen aprobados tributos que persiguen preservar el medio ambiente⁶.

III. EL IMPUESTO MEDIOAMBIENTAL DE CASTILLA-LA MANCHA EN EL MARCO DEL SISTEMA DE FINANCIACIÓN AUTONÓMICA

1. Características principales del impuesto medioambiental autonómico

La Ley 11/2000, de 26 de diciembre, del impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el Medio Ambiente, (en adelante, IDAMA), regula dicho gravamen presentándolo como un tributo medioambiental. Expresamente se señala en la Exposición de Motivos que el impuesto se fundamenta en la necesidad de “dotar a los poderes públicos de un nuevo instrumento que, por su acción continuada en el tiempo, tenga simultáneamente efectos preventivos y disuasorios sobre los principales agentes causantes de la contaminación, y en consecuencia contribuya, por ambas vías, a mejorar la calidad de nuestro entorno natural (...) Con su establecimiento se pretende revertir a los ciudadanos de Castilla-La Mancha una parte de los costes que soportan como consecuencia del ejercicio de actividades contaminantes o generadoras de riesgos para el entorno natural, al mismo tiempo que introducir un nuevo instrumento con el que contribuir a frenar el deterioro medioambiental”.

Se trata de un tributo propio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, ya que se ha establecido en el ejercicio de su potestad tributaria y lo hace sobre una materia que tiene asumida la competencia: la “protección del medio ambiente” reconocida en el art. 32.7 de su Estatuto de Autonomía.

(6) Aunque no es éste el lugar para realizar un pormenorizado estudio de los tributos medioambientales aprobados por las CCAA, debemos citar, al menos, los que en la actualidad rigen en las diferentes CCAA: **Cataluña** tiene 5 (el Canon de saneamiento de aguas e incremento de la tarifa, el Canon de aguas, el Canon de infraestructuras hidráulicas, las tasas del departamento del medio ambiente, y el recién aprobado Impuesto sobre grandes superficies); **Baleares** tiene 3 (el Canon de saneamiento de aguas, el recién declarado inconstitucional Impuesto sobre Instalaciones que inciden en el medio ambiente, y la aún más reciente “ecotasa” que grava a las personas físicas que pernecten en “empresas turísticas de alojamiento” de las Islas Baleares, Ley 7/2001, de 23 de abril, del Impuesto sobre las Estancias en Empresas Turísticas de Alojamiento, destinado a la dotación del Fondo para la Mejora de la Actividad Turística y la Preservación del Medio Ambiente, BOE de 25 de mayo); **Galicia** ha aprobado también 3 (el Impuesto sobre la contaminación atmosférica, el Canon de saneamiento de aguas, y las tasas por actuaciones en materia de residuos); **Canarias** tiene 2 (el Impuesto sobre combustibles derivados del petróleo, y el Canon de vertidos); **Aragón, Asturias, La Rioja, Navarra y Valencia** tienen 1 (el canon de saneamiento de aguas); e igualmente tienen sólo un tributo medio ambiental las CCAA de **Extremadura** (el Impuesto sobre instalaciones que inciden sobre el medio ambiente), **Madrid** (las Tarifas de depuración de aguas residuales), **Murcia** (las Tasas por actuaciones en materia de protección medioambiental y control de actividades potencialmente contaminantes) y **Andalucía** (el Canon de Vertidos), si bien esta última tiene en proyecto aprobar un tributo similar al de Castilla-La Mancha y a la ecotasa de Baleares. Restarían, por tanto, las CCAA de **Castilla y León y País Vasco**, ya que **Castilla-La Mancha** se ha sumado a la política tributaria medioambiental con la aprobación del Impuesto sobre determinadas actividades que inciden en el Medio Ambiente. Un análisis reciente de los distintos tributos autonómicos medioambientales lo ha realizado BOKOBO MOHÍCHE, S., *Gravámenes e incentivos fiscales ambientales*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 171 a 226.

Es, además, un impuesto y no una tasa o una contribución especial; y lo es, no porque así se califique en la propia Ley —pues no es extraño encontrar en nuestra legislación calificaciones impropias (por ejemplo, cánones que son unas veces tasas y otras contribuciones especiales⁷) o directamente incorrectas (por ejemplo, la tasa sobre el juego que el TC calificó como impuesto)—, sino porque su estructura jurídica, su regulación, responde fielmente a la naturaleza del impuesto.

Se trata, por tanto, de un impuesto, con las notas añadidas de ser directo, objetivo y real. Es *directo*, o tiene un método de imposición directa, porque grava directamente al que realiza la actividad que incide en el medio ambiente, no cabiendo, en ningún caso, trasladar la cuota a un tercero. Como advierte el art. 4.2 de la Ley “el importe del impuesto no podrá ser objeto de repercusión sobre terceras personas, sin que esta posición del sujeto pasivo pueda ser alterada por actos o acuerdos en contrario entre los particulares”. Es *objetivo* porque no se tienen en cuenta las circunstancias de tipo personal para cuantificar o modular la cuota; y es *real* porque grava “determinadas actividades” que inciden en el medio ambiente, con independencia de quién sea el titular.

Estas notas características se desprenden del art. 1 cuando señala que “el impuesto sobre actividades que inciden en el medio ambiente es un tributo que grava directamente la contaminación y los riesgos que sobre el medio ambiente ocasiona la realización de determinadas actividades, con el fin de contribuir a compensar a la sociedad el coste que soporta y a frenar el deterioro del entorno natural”.

Pero, ¿qué grava exactamente el impuesto?, ¿cuál es su hecho imponible? La Ley establece en su art. 2 que “constituye el hecho imponible del impuesto la contaminación”, aunque, evidentemente, esto no es decir nada pues casi toda por no decir toda actividad humana es susceptible de contaminar o degradar el medio ambiente. Por ello precisamente se delimita el presupuesto normativo concretando qué tipo de actividades se consideran contaminantes y, por tanto, sujetas al impuesto. La Ley se refiere, no a cualquier tipo de “actividades”, sino sólo a “determinadas actividades”, en concreto, aquellas que “contaminen” o puedan contaminar, o en terminología de la Ley, las actividades que “contaminen” o que provoquen “riesgos en el medio ambiente”. Y tales actividades real o potencialmente contaminantes se circunscriben todavía a tres: la emisión a la atmósfera de dióxido de azufre o nitrógeno, la producción de energía eléctrica por centrales nucleares y el almacenamiento de residuos radioactivos⁸.

(7) Por ejemplo, los cánones de vertidos o de aprovechamiento del dominio público hidráulico o marítimo terrestre (arts. 104 y 105 de la Ley Aguas y arts. 84 y 85 de la Ley de Costas) son tasas, mientras que el canon de regulación del art. 106.1 de la Ley de Aguas es una contribución especial. Y no creo que sea necesario advertir de las importantes consecuencias que se derivan de calificar una figura de una u otra manera ya que su régimen jurídico y los principios varían sustancialmente.

(8) En concreto señala el art. 2 de la Ley del IDAMA que “1. Constituye el hecho imponible del impuesto la contaminación y los riesgos que en el medio ambiente son ocasionados por la realización en el territorio de Castilla-La Mancha de cualquiera de las actividades siguientes: a) Actividades cuyas instalaciones emiten a la atmósfera dióxido de azufre, dióxido de nitrógeno o cualquier otro compuesto oxigenado del azufre o del nitrógeno. b) Producción termonuclear de energía eléctrica. c) Almacenamiento de residuos radioactivos”.

El IDAMA está gravando, por tanto, “actividades” y no “instalaciones” que contaminan o provocan riesgos de contaminación. Y gravar la actividad y no la instalación —el elemento patrimonial— es una diferencia fundamental a la vista de la reciente doctrina del TC sobre esta materia. Analicemos, por tanto, esta “novedosa” doctrina porque ella nos permitirá verificar la adecuación de la Ley del IDAMA al texto constitucional.

2. La configuración jurídica de los impuestos ambientales y la doctrina del TC expresada en su Sentencia 289/2000, de 30 de noviembre

La citada Sentencia del TC 289/2000, resuelve un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Presidente del Gobierno contra la Ley del Parlamento de las Islas Baleares 12/1991, de 20 de diciembre, reguladora del impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente (en adelante, IBIAMA). Conviene advertir que la Comunidad Autónoma Extremeña aprobó años más tarde, en 1997, un impuesto similar “sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente” (Ley 7/1997, de 29 de mayo, de medidas fiscales sobre la producción y transporte de energía que incidan en el medio ambiente). Ambos impuestos son sobre “instalaciones” que incidan en el medio ambiente y, por tanto, gravan los elementos patrimoniales que contaminan o puedan contaminar. En concreto, el hecho imponible del IBIAMA recae sobre la titularidad de los elementos patrimoniales situados en el territorio de la Comunidad Autónoma que se destinen a las actividades de producción, almacenaje, transformación, transporte efectuado por elementos fijos y suministro de energía eléctrica y de carburantes y combustibles sólidos, líquidos o gaseosos, así como a las comunicaciones telefónicas o telemáticas (art. 1.2 de la Ley 12/1991)⁹.

Por su parte, el hecho imponible del impuesto extremeño recae sobre “elementos patrimoniales”, en concreto, sobre “los bienes muebles o inmuebles por naturaleza, afectación o destino, los derechos reales sobre los mismos y demás derechos de uso”, que estén “radicados en el territorio de la Comunidad Autónoma de Extremadura, afectos o causalmente

EN LA STC 289/2000, DE 30 DE NOVIEMBRE, SE DECLARA INCONSTITUCIONAL LA LEY BALEAR REGULADORA DEL IMPUESTO SOBRE INSTALACIONES QUE INCIDEN EN EL MEDIO AMBIENTE, PUESTO QUE EL HECHO IMPONIBLE DE ESTE IMPUESTO RECAE SOBRE LA RIQUEZA GRAVADA POR EL IBI, DE MANERA QUE SE PRODUCE UN SUPUESTO DE DOBLE IMPOSICIÓN PROSCRITO POR LA CONSTITUCIÓN

(9) Para un estudio más detallado de este Impuesto, vid. GUERVÓS MAÍLLO, M.^a A., *El Impuesto Balear sobre Instalaciones que inciden en el Medio Ambiente*, Marcial Pons, Madrid, 2000. Un análisis de esta obra lo realiza MARTÍNEZ LAGO, M. A., en la *Revista de Centro de Estudios Financieros*, CEF, núm. 217, abril, 2001, pp. 209 a 212. También sobre el IBIAMA, GÓMEZ VERDESOTO, M., y MARTÍNEZ LAGO, M. A., “Acerca del Impuesto Balear sobre Instalaciones que inciden en el medio ambiente”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 134, 1996, pp. 83 y ss.

vinculados directamente o mediante su cesión de uso a la realización de actividades (procesos productivos, prestaciones de servicios o ejecuciones de obras) que incidan sobre el medio ambiente o comporten potenciales riesgos para su territorio” (arts. 1.1 y 2 de la Ley 7/1997)¹⁰.

Aunque ambos impuestos han sido recurridos ante el TC, éste hasta la fecha sólo se ha pronunciado sobre la Ley balear, y lo ha hecho diciendo, en síntesis, que el objeto imponible del impuesto balear recae sobre la riqueza gravada por el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI), de manera que se produce un supuesto de doble imposición proscrito por la Constitución (CE) y la LOFCA (la Ley 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas). Dicho de otra forma, como el IBI grava los bienes inmuebles, y el IBIAMA las instalaciones, se está gravando doblemente una misma manifestación de riqueza y de capacidad económica, por lo que resulta que el impuesto balear es inconstitucional.

Evidentemente, la cuestión debatida y los argumentos esgrimidos son más complejos y presentan matices importantes en los que debemos detenernos para llegar a conclusiones válidas y trasladables al impuesto de Castilla-La Mancha.

En efecto, como es sabido, la LOFCA, que es la norma que establece un sistema de financiación de las CCAA coordinado con el Estado y las Corporaciones Locales (CCLL) fruto de la estructura territorial compleja de nuestro Estado, establece en su art. 6 dos limitaciones a las CCAA para establecer tributos propios: que no recaigan sobre hechos imponderables ya gravados por el Estado, y que no recaigan sobre materia imponible reservada a las entidades locales (apartados 2 y 3, respectivamente)¹¹. Se habla, por tanto, de hecho imponible (entre el Estado y las CCAA) y de materia imponible (entre las CCAA y las CCLL); hecho imponible entendido como presupuesto normativo que establece la manifestación concreta de materia imponible que queda gravada, y materia imponible como fuente de la riqueza o fuerza económica gravable. Esta clásica distinción es la que ha permitido que sobre una misma materia imponible (pensemos, por ejemplo, en los bienes inmuebles) coexistan diferentes gravámenes (en el IBI la titularidad del inmueble, en el Impuesto sobre el Patrimonio el patrimonio inmobiliario, en el IRPF la imputación de rentas inmobiliarias y las rentas del capital inmobiliario, en el IVA e ITP la transmisión onerosa de inmuebles, en el ISyD la transmisión gratuita de inmuebles, etc.) Y esta distinción —por lo demás lógica e imprescindible para hacer practicable el principio de autonomía financiera—, la observó prontamente el TC haciéndola suya para amparar distintos gravámenes que, recayendo sobre una misma materia imponible, presentaban presupuestos normativos o hechos imponderables distintos.

(10) Sobre este gravamen, por todos, BORRERO MORO, C.J., “El Impuesto sobre instalaciones que inciden en el medio de Extremadura: un tributo con algunos síntomas de inconstitucionalidad, *Impuestos*”, núm. 18, septiembre, 1998, pp. 98 a 123.

(11) Más específicamente, el apartado 3 del art. 6 señala que “las CCAA podrán establecer y gestionar tributos sobre las materias que la legislación de Régimen Local reserve a las Corporaciones Locales, en los supuestos en que dicha legislación lo prevea y en los términos que la misma contemple”.

Esto es lo que ocurrió en la conocida Sentencia del TC 37/1987, de 26 de marzo, sobre el impuesto andaluz de tierras infrautilizadas, y en la 186/1993, de 7 de junio, sobre el impuesto extremeño sobre dehesas calificadas en deficiente aprovechamiento, que establecían ambas un gravamen mayor cuanto menor era la utilización productiva de la finca, y menor gravamen cuanto mayor era el uso productivo de la misma, llegando, incluso, a una cuota cero si la utilización de la tierra alcanzaba niveles normales o aceptable de producción. En ambos casos, igualmente, se alegó doble imposición entre los impuestos autonómicos y el Impuesto sobre el Patrimonio (IP) y el IBI (o la Contribución Territorial Rústica en el caso de la Ley andaluza), en la medida en que ambos tributos gravan el mismo elemento patrimonial y la misma manifestación de capacidad económica. Pero haciendo uso de dicha diferenciación, el TC entendió que no existía tal duplicidad impositiva porque los hechos imponible son distintos aunque la materia imponible sobre la que recaen ambos sea la misma, esto es, que siendo la materia imponible idéntica (la finca o tierra), el hecho imponible difiere (en el IP se grava el patrimonio inmobiliario, y en el impuesto andaluz se grava la infrautilización de ese patrimonio). Expresamente advirtió el TC en su Sentencia 37/1987, que “el art. 6.2 de la LOFCA no tiene por objeto impedir a las CCAA que establezcan tributos propios sobre objetos materiales o fuentes impositivas ya gravadas por el Estado, porque, habida cuenta de que la realidad económica en sus diferentes manifestaciones está toda ella virtualmente cubierta por tributos estatales, ello conduciría (...) a negar en la práctica la posibilidad de que se creen, al menos por el momento, nuevos impuestos autonómicos. Lo que el art. 6.2 prohíbe, en sus propios términos, es la duplicidad de hechos imponible, estrictamente” (FJ 14º).

Esta clara doctrina constitucional ha sufrido, como decíamos, un cambio de dirección cualitativo, o mejor decir, ha sido superada al forzarse la construcción dando una vuelta más —y excesiva— a la tuerca. Ahora, en la STC 289/2000, se dice que las CCAA no pueden establecer tributos sobre *objetos imponible* reservados por ley a las CCLL. El Tribunal entiende que *materia imponible* equivale a *objeto imponible* (“fuente de riqueza gravada”) y añade que el *objeto imponible* del IBIAMA (“el valor de los elementos patrimoniales calculado mediante la capitalización del promedio de los ingresos brutos de explotación de los tres últimos ejercicios”) recae sobre la riqueza gravada por el IBI. Pero también precisa aquella doctrina basándose en la definición clásica de *objeto imponible* elaborada a partir de los tributos fiscales: “la manifestación de riqueza efectivamente gravada, esto es, el elemento de la realidad que soportará la carga tributaria configurada a través del hecho imponible exponente de la verdadera riqueza sometida a tributación como expresión de la capacidad económica de un sujeto” (FJ 4º). El Tribunal cierra el argumento aplicando esta definición al impuesto balear: la verdadera riqueza gravada como expresión de la capacidad económica es la titularidad de las instalaciones, de modo que se produce una superposición con el *objeto imponible* del IBI. Otra cosa sucedería si el *objeto imponible* del IBIAMA fuese la capacidad de contaminar¹².

Pero todavía justifica aún más esta conclusión diciendo que aunque sea “cierto que el IBI se refiere a ‘bienes inmuebles’ y el IBIAMA a ‘instalaciones’ (...) dada la amplitud con la

(12) Cfr. HERRERA MOLINA, P.M., “Inconstitucionalidad del Impuesto balear sobre instalaciones que inciden en el medio ambiente”, *Revista El Fisco*, núm.50, febrero, 2001, pp. 28 y 29.

que la LHL (Ley 39/1988, de 28 de diciembre, Reguladora de las Haciendas Locales) define los bienes inmuebles y el IBIAMA las instalaciones, no cabe duda de que el solapamiento en cuanto a la materia imponible entre ambos impuestos se produce en la absoluta generalidad de los supuestos imaginables (...) y el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes debe hacerse ‘tomando en consideración el caso normal, esto es, el que se da en la generalidad de los casos del supuesto normativo, y no las posibles excepciones a la regla.’” Dicho esto, la conclusión se desprende por sí sola: como la materia imponible del IBIAMA recae sobre la riqueza gravada por el IBI, y como la LOFCA impide establecer tributos autonómicos sobre *materia imponible* reservada a las CCLL, el impuesto balear es inconstitucional.

Esta doctrina suscita dos interrogantes a los que se ha de dar respuesta; primero, ver cómo justifica el TC el hecho de que en el impuesto extremeño o andaluz sobre tierras infrautilizadas rechazara la alegación de doble imposición con el IP o el IBI (la pretérita Contribución Territorial Rústica) y no lo rechace, en cambio, entre el IBI y el impuesto balear; segundo, ver si efectivamente se produce doble imposición entre el IBIAMA y el IBI.

2.1. Justificación ante el cambio de criterio sobre la doble imposición

El TC justifica el cambio de criterio aduciendo, en síntesis, que el impuesto balear, a diferencia del impuesto andaluz o extremeño, no es ecológico. En concreto argumenta lo siguiente: “a diferencia del Impuesto extremeño sobre dehesas calificadas en deficiente aprovechamiento y del Impuesto andaluz sobre tierras infrautilizadas, respecto de los que este Tribunal tuvo ocasión de declarar que no gravan la titularidad de los bienes afectados, sino algo distinto cual es la ‘infrautilización’ de los mismos (SSTC 186/1993, de 7 de junio, y 37/1987, de 26 de marzo, respectivamente), ya que fueron creados con la intención, no de establecer una nueva fuente de ingresos públicos con fines fiscales, sino de coadyuvar, en sentido negativo, a disuadir a los titulares de esas propiedades (dehesas y tierras infrautilizadas) del incumplimiento de las obligaciones inherentes a la función social de la propiedad de la tierra, y en sentido positivo, a estimularles para que obtuviesen de sus propiedades los rendimientos económicos y sociales que les eran legalmente exigibles, el IBIAMA, bajo la aparente finalidad protectora del medio ambiente, no arbitra instrumento alguno que se dirija a la consecución de este fin (...) En efecto, el tributo cuestionado no se dirige, en sentido negativo, a disuadir el incumplimiento de ninguna obligación, pero tampoco busca, en sentido positivo, estimular actuaciones protectoras del medio ambiente (...), con lo que, a la postre, no grava la capacidad económica pretendidamente sometida a imposición, como una forma de contribuir al sostenimiento del gasto público que genera la indebida, o incluso debida, utilización del medio ambiente (manifestación concreta del principio de ‘quien contamina paga’)” (FJ 5°).

Si se lee detenidamente este Fundamento se pueden observar dos sorprendentes argumentos o afirmaciones que no son fácilmente asumibles sin ningún comentario; primera, la extraña asociación que hace entre el principio de capacidad económica y el princi-

pio “quien contamina paga”, y segunda, la afirmación de que el impuesto balear no es ecológico.

En relación a la **primera** de ellas, debo decir que sorprende la conjunción de dos principios tan indisociables como ellos. La Sentencia viene a decir que la determinación del gravamen basado en la capacidad de contaminar es una modalidad del principio de capacidad económica. E inmediatamente nos debemos preguntar qué tiene que ver un principio con otro, porque, sinceramente, no es fácil apreciar esa relación de subsidiariedad. Lo cierto es que, en mi opinión, no cabe relación posible entre ambos principios cuando uno establece como parámetro de pago la “cantidad de riqueza” o “fuerza” económica, y el otro la “cantidad de carga contaminante”. Por supuesto que se pueden relacionar artificiosamente argumentando que el pago por contaminar se deduce de la capacidad económica, pero este argumento es más formal que material ya que el fundamento de cualquier tributo medioambiental y el quantum del mismo se basa en criterios de contaminación y no de capacidad de pago. Dicho de otra manera, el principio “quien contamina paga” y no el de capacidad económica es el que justifica y cuantifica los impuestos medioambientales.

Es cierto que la lucha contra la contaminación provocada por el sujeto contaminante supone un incremento del gasto público que ha de ser soportado parcial o totalmente por él mismo señalándole como contribuyente del tributo, ya que al tratarse de un gasto individualizable provocado por su actividad, el Estado no tiene por qué soportar ni financiar por vía contributiva tal gasto, pues eso supondría un perjuicio económico excesivo para la comunidad. Ese gasto público se puede atender, bien exclusivamente por estos mismos sujetos mediante tasas, o bien por la generalidad de los sujetos mediante impuestos, considerándose, en tal caso, dicho gasto como parte del gasto público general. Pero se trate de un impuesto o una tasa, lo que fundamenta ese tributo es la finalidad medioambiental; y, además, el parámetro que permite cuantificar el gravamen es la carga contaminante y no la capacidad económica. El tributo existe porque se persigue preservar el medio ambiente, y la cuota se modula en función de la mayor o menor contaminación y no de la mayor o menor capacidad económica (se paga más cuanto más se contamine). De modo que el principio de capacidad económica, en ninguna de sus dos proyecciones o significados –como fundamento para contribuir y como medida o proporción para la contribución–, tiene especial sentido cuando de tributos medioambientales

**UNO DE LOS INTERROGANTES
QUE PLANTEA
LA STC 289/2000 ES EL DE
LA EFECTIVA DUPLICIDAD
IMPOSITIVA ENTRE EL IBI Y
EL IMPUESTO BALEAR,
PUESTO QUE NO CONCURREN
TODAS LAS IDENTIDADES
REQUERIDAS YA QUE NI
LOS HECHOS IMPONIBLES
NI EL SUJETO ACTIVO SON
COINCIDENTES**

hablamos. Si la capacidad económica es la medida del reparto de los tributos fiscales, la “capacidad” de contaminar (el principio “quien contamina paga”) es, a su vez, la razón o proporción de los tributos medioambientales. Evidentemente, los tributos de esta naturaleza, en cuanto tributos extrafiscales, se alejan del principio de capacidad económica porque se acercan a otros fines constitucionalmente amparados (protección del medio ambiente), y en persecución de tales fines, la medida para contribuir se vincula al fin extrafiscal que se persigue. Por eso mismo cae el TC en cierta confusión al relacionar, con excesivo voluntarismo, ambos principios, pero en ese deseo de vincular tales principios logra, en realidad, confundir los fines extrafiscales con la propia capacidad económica.

De este pequeño *excursus* se destila, todavía, un problema de mayor calado y aún más grave, y es que los tributos ambientales no tienen soporte constitucional en el art. 31.1 de la CE sino en el art. 45 que es el que establece el Derecho a disfrutar del medio ambiente y el deber de conservarlo. Como el único artículo de nuestra CE referido al tributo está en el art. 31 señalando que *todos deben contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica*, los tributos ambientales tienen escasa cabida en este deber ya que, ni se establecen prioritariamente para el sostenimiento de los gastos públicos (sino para prevenir y proteger el espacio natural), ni se pueden inspirar en el principio de capacidad económica (sino en el de “capacidad de contaminar”)¹³. Lo que pone de manifiesto, en definitiva, es que los principios constitucionales materiales tributarios son difícilmente aplicables a los tributos medioambientales. Nuestro legislador constituyente, cuando redactó el art. 31, estaba pensando en los fines fiscales de los tributos y no en los extrafiscales cuyo fundamento se ha de buscar fuera de dicho precepto. No es necesario recordar que los tributos extrafiscales están claramente admitidos por la doctrina constitucional y científica, pero eso no impide que sigamos encontrándonos con enormes dificultades al confrontarlos con dicho art. 31 de la CE¹⁴.

Afortunadamente, esta idea –la ausencia de una verdadera construcción normativa de los impuestos medioambientales y la dificultad de que los principios tributarios materiales se apliquen sin fisuras en gravámenes medioambientales– ha sido implícitamente apuntada en el voto particular formulado por el Magistrado García Manzano y al que se adherieron González Campos y Casas Baamonde, cuando afirman que el objeto imponible de ambos impuestos es distinto, pues si el IBI grava todos los inmuebles, el IBIAMA grava

(13) En este sentido se pronuncia, ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, C., “Hacia la configuración jurídica de los impuestos ambientales”, *Revista de Centro de Estudios Financieros*, CEF, núm. 216, marzo, 2001, pp. 123 y 124.

(14) Sobre la necesidad de superar la visión fragmentada de los fines fiscales y extrafiscales en relación con las normas desgravatorias, me remito a mi estudio *Técnicas desgravatorias y deber de contribuir*, McGraw-Hill, Madrid, 1999. En él abogaba por un replanteamiento de la cuestión en el sentido de contemplar las técnicas desgravatorias desde la perspectiva del deber de contribuir y entendido éste como algo superior a la mera imposición de una prestación patrimonial que debe satisfacer el particular, esto es, como normas que, en cualquier caso, *mediatamente*, sirven a valores y principios superiores de justicia o de igualdad. Desde el momento en que el fenómeno se contempla desde esta óptica, las técnicas de desgravación utilizadas con los fines que se quiera (medio ambiente, monetarios, económicos, sociales, etc.) sirven para la consecución de aquellos principios superiores que se consagran constitucionalmente. De este modo, lo instrumental no es sólo la norma tributaria desgravatoria que logra un fin no fiscal, sino toda la actividad financiera –ingresos y gastos– en la búsqueda de la justicia y de igualdad.

sólo las instalaciones y estructuras destinadas a determinadas actividades, y, además, “por lo que respecta a la base imponible, la diversa forma de determinación o cuantificación de este elemento de la relación jurídico-tributaria pone de manifiesto la inexistencia de identidad sustancial de materia imponible sometida a gravamen en uno y otro tributo”.

En cualquier caso, creo que éste debe ser el camino que se ha de seguir, es decir, el de avanzar hacia la configuración jurídica de tributos ambientales (o extrafiscales) y abandonar la concepción tradicional del tributo como instrumento dirigido únicamente a allegar ingresos.

La **segunda** de las afirmaciones de la Sentencia que requieren de algún comentario es la relativa a que el impuesto balear no es ecológico. Y sorprende esta afirmación, no por la veracidad o no de la misma, sino por su irrelevancia. En efecto, la Sentencia argumenta con razón que el IBIAMA grava *de facto* el “patrimonio inmobiliario”, sin discriminar la obligación tributaria en función de la mayor o menor carga contaminante.

Pero debemos preguntarnos si eso es relevante, porque la inconstitucionalidad del gravamen no se puede basar en el nombre del impuesto o en el fundamento ambiental que justifica el establecimiento del tributo. Un impuesto es o no constitucional porque se adecua o no a la CE, o una vez analizada su estructura jurídico-interna, y no, desde luego, porque se llame “medioambiental” y no lo sea. No es extraño sino habitual encontrarse con leyes que se justifican a sí mismas en la Exposición de Motivos en la necesidad de preservar el medio ambiente cuando la finalidad principal no es ésa sino la recaudatoria. Desde luego es socialmente más asumible la defensa de un impuesto “ecológico” que un impuesto con finalidad recaudatoria, de ahí el recurso a esta etiqueta en muchos de los gravámenes de nuestro sistema tributario. Pensemos, por ejemplo, en el impuesto especial sobre determinados medios de transporte (arts. 65 a 74 de la Ley 38/1992, de 28 de diciembre, de Impuestos Especiales) que, si bien se justificó en las implicaciones que el uso del automóvil genera “en la producción de costes sociales específicos en el medio ambiente” y su “afectación intensa en el medio ambiente”, en realidad, no vino más que a compensar la obligada reducción del tipo de gravamen del IVA por la armonización de nuestra legislación a la Unión Europea; o pensemos en un caso más reciente todavía, el del llamado impuesto catalán sobre los “Hipermercados” (Ley 16/2000, de 29 de diciembre, del Parlamento de Cataluña por la que se aprueba el Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales)¹⁵, que se justifica, según señala el Preámbulo, “en las externalidades negativas que la implantación de los mismos produce (...) en la ordenación del territorio y en el medio ambiente (...). La finalidad del impuesto sobre grandes establecimientos comerciales tiende a la corrección y a la compensación del impacto territorial y medioambiental que puede ocasionar este fenómeno de concentración de grandes superficies comerciales”. Un impuesto que a pesar de esta explícita fundamentación, no creo deba reputarse como ecológico, ya que quedan fuera del mismo las grandes superficies colectivas, e incluso están exenta de la aplicación del impuesto las grandes superficies que se estima no afectan al consumo de masas, en concreto, “la utilización de grandes superficies llevada a cabo por grandes establecimientos comerciales indivi-

(15) BOE de 23 de enero de 2001.

duales dedicados a la jardinería y a la venta de vehículos, materiales para la construcción, maquinaria y suministros industriales” (art. 5), de manera que cabe entender que lo que justifica el gravamen es una mayor recaudación o una protección del pequeño comercio, pero no una preservación o compensación por el impacto sufrido en el medio ambiente, pues éste se deteriora igualmente si esas grandes superficies son colectivas o si se dedican a tales actividades específicas de venta de materiales, vehículos, construcción, etc. Como se ha señalado, fundamentar el impuesto en el “impacto que puede ocasionar sobre el medio ambiente”, es, en realidad, una fórmula puramente retórica que no es congruente con los elementos configuradores del impuesto, ya que se dejan fuera del mismo instalaciones industriales y de transporte que, incluso siendo de dimensiones más reducidas, pueden causar un impacto aún mayor sobre el medio ambiente; y se dejan fuera igualmente instalaciones comerciales colectivas lo que, desde la perspectiva del medio ambiente (si fuera realmente ésta la política a la que se enfoca el impuesto), no tendría tampoco sentido alguno, pues un establecimiento comercial colectivo puede provocar el mismo o mayor impacto en el medio ambiente que una gran superficie individual”¹⁶.

En cualquier caso, y esto es lo relevante, el hecho de que este gravamen o el impuesto especial sobre determinados medios de transporte no sea efectivamente un tributo “medioambiental”, no puede ser un argumento válido para considerarlo inconstitucional pues, como decíamos, un impuesto es o no constitucional porque se adecua o no a la CE, o una vez analizada su estructura jurídico-interna.

2.2. La efectiva existencia de doble imposición entre IBI y el IBIAMA

El segundo de los interrogantes que nos suscitaba la doctrina del TC en su Sentencia del IBIAMA era el referido al de la efectiva doble imposición entre este impuesto y el IBI. Y debemos estudiarlo porque, a primera vista, no parece que se produzca duplicidad impositiva ya que ésta se ocasiona cuando existe una triple y concurrente identidad objetiva (se grava lo mismo), subjetiva (grava el mismo sujeto activo y se grava al mismo sujeto pasivo), y temporal (se grava el mismo período impositivo). Y no apreciamos que se produzca en el supuesto que se examina identidad objetiva ni subjetiva, ya que, *objetivamente*, los hechos imponible son distintos, el IBI grava todos los inmuebles y el IBIAMA las instalaciones; y *subjetivamente*, el sujeto pasivo puede coincidir, pero no el activo ya que en el IBI éste es una Corporación Local y en el IBIAMA es una Comunidad Autónoma. Dándose, por tanto, únicamente un supuesto de identidad temporal y no existiendo coincidencia material y subjetiva, no podemos apreciar aquella doble imposición.

Además, precisamente esa no identidad subjetiva entre sujetos activos es lo que justifica la convivencia de tributos que gravan una misma capacidad económica. Pensemos, por

(16) Así se expresa FALCÓN Y TELLA, R., “La inconstitucionalidad declarada del impuesto balear sobre instalaciones que incidan en el medio ambiente y la previsible inconstitucionalidad del impuesto catalán sobre grandes superficies y del proyectado impuesto extremeño sobre el ahorro”, *Quincena Fiscal*, núm. 5, marzo, 2001, p. 8.

ejemplo, en el IP y el IBI, pues el primero grava el patrimonio de las personas físicas (“el conjunto de bienes y derechos”), y entre ellos están, desde luego, los bienes inmuebles, y el IBI grava, igualmente, el patrimonio inmobiliario, los bienes inmuebles. De manera que, conforme a la nueva doctrina del TC, habrá que concluir que existe doble imposición entre ambas figuras tributarias –IBI e IP–, o entre el Impuesto sobre Sociedades y el Impuesto de Actividades Económicas (IAE), pues ambos gravan el beneficio o renta empresarial.

3. El impuesto de Castilla-La Mancha a la luz de la doctrina del TC

Todo el análisis realizado hasta ahora ha sido necesario para confrontar la nueva Ley de impuesto de Castilla-La Mancha con la estudiada doctrina del TC. Decía al inicio que el impuesto Castellano-Manchego (IDAMA) grava “actividades” que contaminen o puedan contaminar, algo sustancialmente distinto al impuesto balear o extremeño que grava las “instalaciones” que contaminen o puedan contaminar. La conclusión inmediata y rápida sería decir que como el IDAMA no grava la misma manifestación de riqueza (objeto imponible) que el IBI, no se produce doble imposición entre ambos gravámenes. Ahora bien, una conclusión más meditada sería la contraria en relación a otras figuras tributarias de nuestro sistema.

En efecto, como el TC dice que el objeto imponible de los impuestos de las CCAA no pueden recaer sobre la riqueza gravada por tributos locales, habrá que estudiar si el IDAMA –que grava las “actividades” contaminantes– recae sobre algún tributo local que grave igualmente las “actividades”. Y, evidentemente, existe ya un impuesto, el IAE, que grava esa misma riqueza, por lo que se produciría –conforme a la doctrina del TC– un supuesto de doble imposición entre el IDAMA y el IAE. Éste ha sido, precisamente, el argumento utilizado en el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Presidente del Gobierno y admitido a trámite por providencia de 24 de abril de 2001¹⁷.

Existe, probablemente, un único argumento posible para defender la constitucionalidad del IDAMA, y es, utilizando, precisamente, el mismo razonamiento del TC. En efecto, si el IAE grava todo tipo de actividades (reales y potenciales) de empresarios, industriales y profesionales, y el IDAMA grava sólo la actividad (real o potencial) contaminante, habrá que con-

EL NUEVO IMPUESTO DE CASTILLA-LA MANCHA SOBRE DETERMINADAS ACTIVIDADES QUE INCIDEN EN EL MEDIO AMBIENTE ES UN GRAVAMEN QUE ESTÁ BIEN CONFIGURADO, GRAVA SÓLO UNAS ESPECÍFICAS Y CONCRETAS ACTIVIDADES, Y MARCA EL PUNTO DE PARTIDA EN ESTA COMUNIDAD AUTÓNOMA AL GRAVAR MEDIANTE TRIBUTOS PROPIOS ACTIVIDADES QUE INCIDEN EN EL MEDIO AMBIENTE

(17) En igual fecha y por idénticos motivos se admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad contra la comentada Ley 16/2000, del Parlamento Catalán, de 29 de diciembre, del Impuesto sobre Grandes Establecimientos Comerciales.

cluir que el solapamiento o duplicidad en cuanto a la materia imponible entre ambos tributos no se produce en la mayoría o generalidad de los supuestos sino sólo en la actividad empresarial, industrial o profesional que contamine o pueda contaminar.

Recuérdese que el TC advertía que era cierto que el IBI se refiere a “bienes inmuebles” y el IBIAMA a “instalaciones”, pero añadía a continuación que “dada la amplitud con la que la LHL define los bienes inmuebles y el IBIAMA las instalaciones, no cabe duda de que el solapamiento en cuanto a la materia imponible entre ambos impuestos se produce en la absoluta generalidad de los supuestos imaginables (...) y el enjuiciamiento de la constitucionalidad de las leyes debe hacerse ‘tomando en consideración el caso normal, esto es, el que se da en la generalidad de los casos del supuesto normativo, y no las posibles excepciones a la regla (...) Las leyes, en su pretensión de racionalidad se proyectan sobre la normalidad de los casos, sin que baste la aparición de un supuesto no previsto para determinar su inconstitucionalidad’.” De manera que como en la generalidad de los supuestos no existe duplicidad impositiva porque la gran mayoría de actividades gravadas por el IAE no son contaminantes y no están, por tanto, gravadas por el IDAMA, la conclusión última es rechazar la tacha de inconstitucional por doble imposición.

Pero nótese que, en última instancia, el criterio final para enjuiciar la constitucionalidad de la Ley es puramente *cuantitativo* o referido al número de veces que coinciden gravámenes sobre una misma materia imponible, en vez de *cualitativo* o de efectivas identidades de los regímenes jurídicos de ambos gravámenes, esto es, el de identidad objetiva, subjetiva y temporal. Por eso mismo hay que ser enormemente críticos con la doctrina sentada en la Sentencia del TC 289/2000, de 30 de noviembre.

Pero además de este hecho criticable, debemos advertir de los efectos perversos que provoca la misma, en la medida en que viene a dejar en peor situación el poder tributario, o si se prefiere, la autonomía financiera de las CCAA que la de las CCLL, ya que, en la actualidad, las CCAA no pueden, ni establecer tributos sobre hechos imponibles gravados por el Estado (una limitación lógica como ya dijimos), ni establecer tributos sobre materia imponible reservada a las CCLL. Y si se repara en que la materia imponible reservada a éstas alcanza prácticamente toda la materia susceptible de imposición posible (renta real y potencial empresarial, industrial y profesional, bienes inmuebles, plusvalías, actividades de construcción, instalación y obras, circulación de vehículos, ...), habrá que preguntarse qué materia imponible queda en manos de las CCAA para que puedan establecer sus tributos propios. Y me temo que la respuesta es desalentadora porque nada o prácticamente nada queda liberado por las CCLL para que pueda ser gravado por las CCAA.

Sorprende, además, doblemente esta solución cuando se aprecia que, en la actualidad, se camina hacia una mayor corresponsabilidad fiscal entre las distintas haciendas territoriales, al menos, entre la del Estado y las CCAA. Sin duda se avanza hacia un modelo de financiación autonómica *cuasifederal*, en el que las CCAA necesitan potentes sistemas tributarios propios, suficientes financieramente a fin de facilitar una cobertura financiera ordinaria estable para atender sus políticas públicas. Por eso, si ésta es la senda que guía el modo de

financiar las Haciendas autonómicas, deberá hacerse permitiendo que las mismas desarrollen su autonomía financiera, autonomía que pasa inevitablemente por la asunción del compromiso por parte de la Hacienda del Estado de aceptar la aprobación de cada sistema financiero —de ingresos y gastos— por parte de las CCAA. La realidad demuestra que cada vez que una CA aprueba un tributo propio o un recargo sobre un tributo del Estado, éste se recurre ante el TC, demostrándose así una innata desconfianza que preside de siempre las relaciones entre el estado y las CCAA y cuyo efecto pernicioso es el de condicionar —precisamente por parte de los mismos que demandan dicha coparticipación financiera— el ejercicio de la autonomía financiera y de corresponsabilidad fiscal.

En cualquier caso, y aunque los efectos de la nueva doctrina del TC son impredecibles, se puede aventurar diciendo que la ley del IDAMA presenta más visos de constitucionalidad que la de Baleares o la extremeña, en la medida en que revela una regulación más contenida, más afecta o vinculada la recaudación a la protección del medio ambiente, y, también, más acorde con la naturaleza de los gravámenes medioambientales. Esta idea o aventurada conclusión se extrae tras el análisis del régimen jurídico de los elementos estructurales del gravamen, y que pasamos brevemente a analizar a continuación.

IV. LOS ELEMENTOS ESTRUCTURALES DEL IMPUESTO MEDIOAMBIENTAL DE CASTILLA-LA MANCHA

Para analizar los elementos estructurales del IDAMA, debemos comenzar diciendo que la Ley del impuesto los regula en apenas 11 artículos y con encomiable claridad y sencillez.

En relación al **hecho imponible** (art. 2), como ya vimos, el impuesto grava “la contaminación” efectiva o potencial que se derive de la realización de tres tipos de actividades: la emisión a la atmósfera de dióxido de azufre o nitrógeno, la producción de energía eléctrica por centrales nucleares, y el almacenamiento de residuos radioactivos. No obstante, y en relación a esta última actividad, el art. 2.3 declara la no sujeción si el almacenamiento se realiza para actividades médicas o científicas. Al margen de este supuesto, también se prevén una serie de **exenciones** subjetivas, en concreto (art. 3), las actividades que realice directamente el Estado, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, las CCLL o los Organismos Autónomos administrativos de cualquiera de los anteriores.

Los **sujetos pasivos** del impuesto lo son en calidad de contribuyentes, pudiendo ser éstos tanto personas físicas como jurídicas. En cualquier caso, y como también señalamos antes, se trata de un impuesto directo o con un método de imposición directa, porque grava directamente al que realiza la actividad que incide en el medio ambiente, no cabiendo, en ningún caso, trasladar la cuota a un tercero. Como advierte el art. 4.2 de la Ley, “El importe del impuesto no podrá ser objeto de repercusión sobre terceras personas, sin que esta posición del sujeto pasivo pueda ser alterada por actos o acuerdos en contrario entre los particulares”.

La **base imponible** se regula en el art. 5 de la Ley del IDAMA, y en la medida en que aquélla debe cuantificar materialmente el presupuesto normativo, la Ley se ve obligada a dife-

reñir las bases para cuantificar las tres actividades que se definen en el hecho imponible. En concreto señala que la base imponible del impuesto está constituida, en el caso de la emisión a la atmósfera de dióxido de azufre o nitrógeno, por la suma de todas las emisiones de cada instalación expresadas en toneladas métricas; en la producción termonuclear, por la producción bruta de electricidad expresada en kilovatios hora; y en el caso de almacenamiento de residuos radioactivos, por los metros cúbicos de residuos almacenados.

La determinación de la base imponible para los dos últimos supuestos es bien sencilla, ya que ésta se cuantifica fácil y directamente midiendo los kilovatios hora producidos o los metros cúbicos almacenados. Sin embargo, en el primer supuesto —la emisión de gases a la atmósfera—, la determinación directa de la base imponible no es tan sencilla cuando no exista instrumental de medición de las emisiones. Por eso mismo la Ley prevé dos situaciones distintas: que las empresas (contribuyentes) dispongan de sistemas de medición y registro de emisiones de dióxido de azufre o nitrógeno, en cuyo caso la base imponible se determina directamente (en estimación directa) siendo dicha base el total de toneladas métricas registradas o medidas; o que no dispongan de tales sistemas de medición, en cuyo caso la base imponible se debe determinar en estimación indirecta, en concreto, utilizando la última medición oficial como base imponible del impuesto en el período impositivo¹⁸.

Como este régimen indirecto de determinación de la base puede provocar distorsiones (pensemos, por ejemplo, en el caso de que la última medición se haya realizado hace años y la actividad de emisión se ha reducido considerablemente), la propia Ley prevé la medición de las emisiones por la Administración a solicitud del interesado. La Disposición Adicional de la Ley señala que “los sujetos pasivos podrán solicitar, durante el período impositivo, al centro directivo competente en materia de calidad ambiental, la realización de una nueva inspección oficial por un organismo de control autorizado, adicional a las obligatorias, cuando por los cambios tecnológicos realizados en la instalación les interese, a efectos del impuesto, la realización de una nueva medición”.

Respecto a la **cuota tributaria**, la Ley igualmente distingue en su art. 6 en función de la actividad de que se trate. En concreto señala que la cuota tributaria será el resultado de multiplicar la base imponible por los siguientes tipos impositivos: en el caso de la emisiones a la atmósfera de dióxido de azufre o nitrógeno, se aplica una tarifa con tres tramos que se sitúa entre las 0 pesetas (para emisiones que no superen las 1.000 toneladas) y las 3.500 pesetas por tonelada (para emisiones que superen las 50.000 toneladas); en la producción termonuclear, se aplica un tipo de 0,2 pesetas por kilovatio hora producido; y en el caso de almacenamiento de residuos radioactivos, el tipo se fija en 100.000 pesetas por metro cúbico de residuo almacenado.

(18) Expresamente advierte el art. 5.2.b) de la Ley que “(...) la base imponible se determinará de forma indirecta, por las cantidades emitidas por hora resultantes de la última medición oficial realizada por un organismo de control autorizado. Para calcular las cantidades emitidas en el período de imposición se considerará que el tiempo de emisión es de seis mil horas en el año natural”.

El art. 7 establece que el **período impositivo** será el año natural, salvo que éste se reduzca por inicio o cese de la actividad, y que el **devengo** es el 31 de diciembre o cuando cese dicha actividad. Es un impuesto que se **gestiona** en régimen de autoliquidación (declaración-liquidación), existiendo, además, pagos fraccionados y a cuenta de la obligación tributaria principal. Y respecto al resto de las cuestiones reguladas en la Ley (normas de gestión, revisión de los actos de gestión, y las infracciones y sanciones, arts. 8 a 11), no presentan novedades o singularidades relevantes que requieran mayores comentarios.

En cualquier caso, el nuevo impuesto de Castilla-La Mancha sobre determinadas actividades que inciden en el Medio Ambiente, es un gravamen que, a mi juicio, está bien configurado, es netamente un tributo medioambiental, grava sólo unas específicas y concretas —existen muchas más— actividades que degradan o son susceptibles de degradar el medio ambiente, y que, como advertía al principio, marca el punto de partida en esta Comunidad Autónoma al gravar mediante tributos propios actividades que inciden en el medio ambiente.

No obstante, todas las virtudes de esta Ley están condicionadas a que aquella nueva y criticable doctrina del TC no incida o afecte de lleno en el recién estrenado impuesto sobre el medio ambiente de Castilla-La Mancha.

I. DERECHO COMUNITARIO**Sumario:**

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

1. INTRODUCCIÓN

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

2. PRINCIPIOS GENERALES

Tanto las relaciones de las instituciones comunitarias con los sujetos del ordenamiento europeo como la ejecución de las políticas comunitarias están cada vez más impregnadas por los principios generales del derecho reconocidos por la Corte de Justicia. Buena muestra de ello la tenemos en la importante **Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de mayo de 2001**, en la que el Tribunal anuló varias Decisiones de la Comisión en las que se había declarado que no estaba justificada la condonación de derechos de importación. El litigio versaba sobre la importación a la Comunidad de televisores en color montados en Turquía. Dichos televisores eran fabricados por distintas sociedades turcas, que utilizaban para su fabricación piezas de origen turco, pero también piezas originarias de la Comunidad, así como piezas originarias de terceros países (generalmente procedentes de Corea, del Japón, de Hong Kong y de Singapur). La Comisión requirió a los Estados miembros interesados para que reclamaran a las sociedades que hubieran importado televisores procedentes de Turquía durante el período controvertido el pago de los derechos de aduana previstos en el Arancel Aduanero Común.

Pues bien, en la citada STPI, se comienza refiriendo el Tribunal al respeto del derecho de defensa en todo procedimiento incoado contra una persona y que pueda terminar en un acto que le sea lesivo, respeto que constituye un principio fundamental del Derecho comunitario y debe garantizarse aun cuando no exista ninguna normativa reguladora del procedimiento de que se trata (esta doctrina ya estaba recogida en las Sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de febrero de 1992, Países Bajos y otros/Comisión, asuntos acumulados C-48/90 y C-66/90, Rec. p. I-565, apartado 44; de 29 de junio de 1994, Fiskano/Comisión, C-135/92, Rec. p. I-2885, apartados 39 y 40, y de 24 de octubre de 1996, Comisión/Lisrestal y otros, C-32/95 P, Rec. p. I-5373, apartado 21). El principio del respeto de los derechos de defensa exige que toda persona contra la que se pueda adoptar una decisión que lesione sus intereses tenga ocasión de dar a conocer eficazmente su punto de vista, por lo menos, sobre los elementos que la Comisión haya tenido en cuenta contra ella para basar su decisión. Y, para el TPI, “es patente que, en los presentes asuntos, a ninguna de las demandantes se le dio la oportunidad de pronunciarse y de dar a conocer adecuadamente su punto de vista, antes de adoptarse las Decisiones impugnadas, acerca de los datos considerados por la Comisión para afirmar que no estaba justificada la condonación”, lo que resulta más grave todavía por cuanto que la Comisión pensaba separarse del punto de vista de las autoridades nacionales por lo que atañe al cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 13, apartado 1, del Reglamento 1430/1979. Como recuerda el Tribunal, la confianza legítima del sujeto pasivo tan sólo es digna de la protección cuando sean las “mismas” autoridades competentes las que hayan dado base a la confianza del sujeto pasivo. De este modo, únicamente aquellos errores que sean imputables a una conducta activa de las autoridades competentes y que razonablemente no pudieron ser conocidos por el sujeto pasivo le darán derecho a que no se efectúe la recaudación *a posteriori* de los derechos de aduana. No puede considerarse que se dé este requisito cuando se induce a las autoridades competentes a error, particularmente sobre el origen de la mercancía, mediante declaraciones inexactas del sujeto pasivo cuya validez no tengan por qué examinar o comprobar. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, en semejante supuesto es el sujeto pasivo quien soporta el riesgo que entraña un documento comercial que resulta falso con ocasión de un control posterior.

Por otra parte, en relación con el artículo 7 del Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía (“las Partes Contratantes tomarán todas las medidas generales o particulares adecuadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del Acuerdo y se abstendrán de adoptar cualquier medida que pueda poner en peligro la realización de los fines de éste”), el Tribunal señaló que esta disposición es la expresión del principio *pacta sunt servanda*, así como del principio de buena fe que debe inspirar el comportamiento de las partes en un acuerdo de Derecho internacional público.

En fin, en su Sentencia de 10 de mayo de 2001, también señaló el TPI que, en virtud del artículo 155 del Tratado CE (actualmente artículo 211 CE) y del principio de buena administración, la Comisión estaba obligada a aplicar correctamente el Acuerdo de

Asociación y el Protocolo Adicional, lo que no hizo. Dichos incumplimientos contribuyeron a que se produjeran irregularidades por lo que atañe a la importación de televisores en color procedentes de Turquía durante el período controvertido.

Sobre el alcance del principio de confianza legítima se pronunció el TJCE en su **Sentencia de 18 de enero de 2001**, Comisión contra España (asunto C-83/99). En efecto, la Comisión interpuso un recurso en virtud del artículo 226 TCE con el fin de que se declarase que el Reino de España había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 12 de la Sexta Directiva en materia de armonización de las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, al aplicar un tipo reducido del “IVA” a la prestación de servicios consistente en permitir a los usuarios la utilización de una infraestructura viaria. Para justificar el incumplimiento de las obligaciones que la Sexta Directiva le impone, el Gobierno español alegaba que la duración de los procedimientos incoados por la Comisión contra aquellos Estados miembros en los que la utilización de las infraestructuras viarias no está sujeta al IVA creó en el Reino de España una confianza legítima en que la Sexta Directiva no imponía necesariamente la obligación de aplicar el tipo normal del IVA a dicha actividad.

Sin embargo, como destacó el Tribunal, el principio de confianza legítima, que es el corolario del principio de seguridad jurídica, es invocado generalmente por los particulares (agentes económicos) que se encuentran en una situación de confianza legítima creada por los poderes públicos y no puede ser invocado por un gobierno para eludir las consecuencias de una resolución del Tribunal de Justicia por la que se declare la invalidez de un acto comunitario (Sentencia de 19 de septiembre de 2000, Ampafrance y Sanofi, asuntos acumulados C-177/99 y C-181/99). Un Estado miembro no puede invocar el principio de confianza legítima para oponerse a la declaración objetiva del incumplimiento por su parte de las obligaciones que le imponen el Tratado o un acto de Derecho derivado, ya que la admisión de dicha justificación sería contraria al objetivo del procedimiento previsto en el artículo 226 del Tratado.

3. FUENTES

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

4. RECURSOS

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

Durante el tiempo al cual se circunscribe la presente crónica continúa el número creciente de sentencias recaídas en recursos de omisión y de anulación. Por ejemplo, en la STJCE de 17 de mayo de 2001, asunto C-449/98 P, el Tribunal en su fundamento jurídico 87º recordó cómo en el marco de un recurso de anulación la legalidad de un acto comunitario debe apreciarse en función de los elementos de hecho y de Derecho exis-

tentes en la fecha en que se adoptó el acto y no puede depender, en particular, de consideraciones retrospectivas sobre su grado de eficacia. De idéntico tenor es la Sentencia del TJPI de 5 de junio de 2001, asunto T-6/99, en la cual el Tribunal afirmó respecto a un recurso de anulación basado en el artículo 33 del Tratado CECA, la legalidad del acto comunitario de que se trate debe apreciarse en función de los elementos de hecho y de Derecho existentes en la fecha en que dicho acto fue adoptado; de tal forma que las apreciaciones complejas hechas por la Comisión deben examinarse únicamente en función de los elementos de que disponía en el momento en que efectuó dichas apreciaciones.

Goza de importancia la STJCE de 10 de mayo de 2001, asunto C-345/00 P, en la cual el Tribunal de Justicia afirmaría, en razón de la legitimidad para interponer un recurso de anulación, que “la gravedad de la supuesta infracción por parte de la institución afectada o la importancia de la vulneración que ésta supone de los derechos fundamentales no puede en ningún caso permitir que se excluya la aplicación de criterios de admisibilidad establecidos expresamente en el Tratado (FJ 40º). Además, si bien, como los recurrentes han recordado, el Tribunal de Justicia subrayó en su Sentencia de 13 de junio de 1958, Meroni/Alta Autoridad (9/56, Rec, págs 9 y ss., especialmente pág. 44), que el equilibrio de facultades, característico de la estructura institucional de la Comunidad, constituye una garantía fundamental concedida por el Tratado, en particular a las empresas y asociaciones a los que se aplique, dicha apreciación no puede ser interpretada en el sentido de permitir el acceso a la vía jurisdiccional a toda persona física o jurídica que considere que un acto de una institución comunitaria ha sido adoptado contrariamente al principio de equilibrio institucional, con independencia de si el acto de que se trate la afecta directa o individualmente (FJ 41º)”. Igualmente, el TJPI en la Sentencia de 10 de mayo de 2001, asuntos acumulados T-186/97, T-187/97, T-190/97 a T-192/97, T-210/97, T-211/97, T-216/97 a T-218/97, T-279/97, T-280/97, T-293/97 y T-147/99, Kaufring e.a./Comisión, recordó la jurisprudencia reiterada relativa a que el respeto del derecho de defensa en todo procedimiento incoado contra una persona y que pueda terminar en un acto que le sea lesivo constituye un principio fundamental del Derecho comunitario y debe garantizarse aun cuando no exista ninguna normativa reguladora del procedimiento de que se trata. El Tribunal enjuició que la Comisión vulneró los derechos de defensa de las demandantes al adoptar dichas decisiones sin haber dado previamente a las demandantes la posibilidad de manifestar adecuadamente su postura con respecto a las imputaciones formuladas; así como también afirmó que constituye una grave violación de derechos de defensa la exclusión del procedimiento administrativo, por parte de la Comisión, de documentos que le sean eventualmente perjudiciales ya que los documentos considerados irrelevantes por la Comisión pueden ser de interés para la demandante. Una de las cuestiones relativas a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y sus peculiaridades, en relación con la petición prejudicial que se puede solicitar al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 234 CE, puede encontrarse en la STJCE de 14 de junio de 2001, asunto C-178/99, en la cual sostuvo que el *Bezirksgericht Bregenz* cuando actúa en calidad de autoridad administrativa, sin que deba al mismo tiempo resolver un litigio no se puede considerar que ejerce una función jurisdiccional. Así sucede cuando se pronuncia sobre una solicitud de inscripción en el Registro de la Propiedad de un

contrato de compraventa de un bien inmueble, no resuelve sobre un litigio sino que debe únicamente pronunciarse sobre la conformidad de la solicitud con los requisitos que establece la normativa para inscribir derechos de propiedad en el registro de la Propiedad. Una vez más vamos a traer unas conclusiones presentadas por el abogado general Dámaso Ruíz-Jarabo, en este supuesto al asunto C-120/99, República Italiana contra Consejo de la Unión Europea, en las que con su prosa galante afirmó 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”. Igualmente hay que recordar sus conclusiones presentadas el 28 de junio de 2001 en el asunto C-17/00, relativa a la normativa municipal que establece un impuesto anual sobre las antenas parabólicas. Otra sentencia importante es la que resuelve los recursos de casación C-122/99 P y C-125/99 P, en la cual el Tribunal de Justicia, en un tema tan complejo como el de las parejas de hecho, sostuvo que “la equiparación, por lo demás incompleta, de la pareja inscrita con el matrimonio en un número limitado de Estados miembros no puede tener por consecuencia, mediante una mera interpretación, que se incluya en el concepto estatutario de “funcionario casado” a personas sometidas a una normativa distinta de la aplicable al matrimonio” (FJ 39°), y así como en relación “a la vulneración de la igualdad de trato entre los funcionarios en razón de su orientación sexual, debe señalarse que tampoco el sexo del compañero constituye el requisito de concesión de la asignación familiar, sino la naturaleza jurídica de los vínculos que le unen al funcionario” (FJ 47°).

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

Con relación a las **cuestiones prejudiciales**, dos son las sentencias del TJCE que han despertado nuestro interés. Se trata de la **Sentencia de 14 de junio de 2001, Kvaerner, As. C-191/99** y, de la misma fecha, la **Sentencia Salzmam (née Greif), As. C-178/99**. Sin embargo, los argumentos que en ellas se abordan no nos son, en absoluto, desconocidos.

Así es, en la **Sentencia Kvaerner, As. C-191/99**, el TJCE nos recuerda que la interpretación de las normas comunitarias tiene que ser una interpretación sistemática, contextual, en la que no se debe perder de vista, ni la norma en la que el precepto queda integrado, ni el objeto de la misma. En este sentido, el apartado 30 de la sentencia resulta suficientemente explícito:

“(…) para la interpretación de una disposición de Derecho comunitario procede tener en cuenta no sólo el tenor de ésta, sino también su contexto y los objetivos que pretende alcanzar la normativa de que forma parte (…)”

Aunque pueda parecer extraño, lo cierto es que los pronunciamientos del TJCE, en los que se alude a la forma en la que el Tribunal desarrolla su labor de intérprete del Derecho comunitario, no son demasiado frecuentes.

En la **Sentencia Salzmam (née Greif)**, As. C-178/99, el argumento tratado no es otro que la noción de “órgano jurisdiccional de un Estado miembro”, que aparece recogida en el art. 234 del Tratado. A ella nos hemos referido ya en innumerables ocasiones, pero no por ello deja de tener interés.

Como es de sobra conocido, la noción de “órgano jurisdiccional” es una noción de Derecho Comunitario y no de Derecho interno. Sabemos además, que de acuerdo a la jurisprudencia del TJCE, para que un órgano interno merezca tal calificación deben concurrir en él los siguientes elementos: haber sido creado por ley; tener carácter permanente; competencia obligatoria; su actuación estará sujeta a procedimiento contradictorio, y ejercerá su función a través de la aplicación de normas jurídicas. Pues bien, a pesar de todo lo dicho con anterioridad, el concepto de órgano jurisdiccional sigue suscitando dudas.

Para algunos autores (por todos BACIGALUPO SAGGESE), y debido a la vacilante jurisprudencia del TJCE en esta materia, no queda claro si los elementos aludidos deben comparecer de forma simultánea, o bastaría la presencia de uno solo, o varios de ellos, para poder predicar de un órgano interno el carácter de “órgano jurisdiccional”. Del mismo modo, el TJCE ha aludido a un sexto requisito: la independencia, que sin embargo, no siempre ha sido exigido por el propio Tribunal. La sentencia Salzmam parece ofrecernos algunas respuestas a ambos interrogantes.

Al hilo del análisis sobre la naturaleza de órgano jurisdiccional del *Bezirksgericht Bregenz*, (Tribunal encargado de la llevanza del Registro de la Propiedad en Austria), el TJCE tiene la ocasión de pronunciarse, una vez más, sobre la noción de “órgano jurisdiccional”. En primer lugar, reitera la naturaleza comunitaria de este concepto en el apartado 13 de la sentencia:

“A este respecto, para apreciar si el órgano remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 177 del Tratado, cuestión que pertenece únicamente al ámbito del Derecho comunitario (...)”

A continuación, en el mismo apartado, repasa todos y cada uno de los requisitos o elementos, que deben hacerse presentes en un órgano interno para ser merecedor de tal calificación, y es aquí, donde reside la importancia de esta sentencia:

“(...) el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción, el carácter contradictorio del procedimiento, la aplicación por parte del órgano de normas jurídicas, así como su independencia (...)”

Si nos fijamos con atención en este último inciso, nos daremos cuenta de que el TJCE alude, expresamente, al requisito de la independencia. No es la primera vez que el TJCE hace mención a este elemento o cualidad del órgano interno, de hecho, a lo largo de este año, hemos tenido oportunidad de verlo recogido en numerosas sentencias, pero nunca de forma tan clara. Con todas las precauciones que se derivan de la inconstante jurisprudencia del TJCE en esta materia, podemos afirmar que la independencia se ha convertido en un elemento integrante de la noción de “órgano jurisdiccional” comunitario.

En otro orden de cosas, el apartado 15 de la misma sentencia tiene, a nuestro juicio, un gran interés. En efecto, en este apartado 15 el TJCE afirma:

“Así pues, cuando actúa en calidad de autoridad administrativa, sin que deba al mismo tiempo resolver un litigio, no se puede considerar que el órgano remitente ejerce una función jurisdiccional, aunque cumpla los demás requisitos citados en el apartado 13 de la presente sentencia. (...)”

En este apartado, se contiene una puntualización que no debe pasar inadvertida: “(...) aunque cumpla los demás requisitos citados en el apartado 13 (...)”, esto es, los elementos integrantes del concepto de “órgano jurisdiccional”. De la sentencia se puede inferir que los requisitos integrantes de la noción de “órgano jurisdiccional”, deben concurrir de forma simultánea, no siendo suficiente la presencia de uno, o varios de ellos, para poder hablar de “órgano jurisdiccional”. Se resolvería, de esta forma, el segundo de los interrogantes a los que antes hacíamos mención.

Durante el período 1998-2001, es la primera vez que el TJCE formula tal precisión en términos tan rotundos.

Volviendo ahora al contenido de la sentencia, y visto lo anterior, la conclusión a la que llega el TJCE resulta obvia (apartado 22):

“De lo anterior se deriva que el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por el Bezirksgericht Bregenz en el marco del procedimiento de inscripción de los derechos de propiedad en el Registro de la Propiedad.”

Para finalizar, y con relación a las **medidas cautelares**, ninguna sentencia del TJCE en este período resulta digna de mención.

5. MERCADO INTERIOR

A) Libre circulación de mercancías

Entre las sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia durante el período contemplado en la presente crónica destacan las de **14 de junio de 2001, As. C-84/00, Comisión c. Francia**, y de **21 de junio de 2001, As. 30/99, Comisión c. Irlanda**, referidas ambas a normas nacionales en materia de comercialización de objetos elaborados con metales

preciosos. El Tribunal mantiene su tradicional interpretación del concepto de medida de efecto equivalente, en el sentido del art. 28 CE, en virtud de la cual por tales hay que entender los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados, a falta de una armonización de las legislaciones, de la aplicación a mercancías procedentes de otros Estados miembros, donde se fabrican y comercializan legalmente, de normas relativas a los requisitos que deben cumplir dichas mercancías (como los relativos a su denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, acondicionamiento), aunque dichas normas sean indistintamente aplicables a todos los productos, siempre que esta aplicación no pueda verse justificada por un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías (**STJCE de 21 de junio de 2001, As. 30/99, Comisión c. Irlanda**, apartado 26). La primera sentencia citada entiende comprendida en esta definición una norma que prohíbe la comercialización en territorio francés de objetos elaborados con metales preciosos con expresión de leyes de “999 milésimas”, procedentes de otros Estados miembros donde son legalmente fabricados y comercializados. En opinión de la Comisión, una restricción de esta naturaleza no podría justificarse en base a la exigencia imperativa de la lealtad de las transacciones comerciales, toda vez que la ley señalada resulta comúnmente utilizada en el comercio, no supone perjuicio alguno para la protección de los consumidores y la lealtad de las transacciones comerciales, y se encuentra recogida, además, en el Anexo correspondiente de la propuesta de Directiva 93/C-318/06 del Consejo relativa a los objetos fabricados con metales preciosos (DOCE 1993, C-318, p. 5). Sin embargo, el Tribunal no se pronuncia sobre esta cuestión por cuanto el Gobierno francés no había alegado la posibilidad de dicha justificación.

La norma controvertida en la segunda sentencia citada es la Ley irlandesa de contrastes de objetos elaborados con metales preciosos. El Tribunal entiende que ésta infringe el precepto señalado por tres razones (apartado 76). En primer lugar, al prohibir la comercialización de dichos objetos, manufacturados y comercializados legalmente en otros Estados miembros, pero que no se atienen a las normas irlandesas relativas a la ley, salvo que los contrastes con los que se hayan marcado los productos importados se sustituyan por los correspondientes a la inferior ley oficial irlandesa. En segundo lugar, al exigir que lleven un contraste de identificación de origen, que indique el fabricante, el artesano o el distribuidor de tales artículos, registrado por la corporación de orfebres de la ciudad de Dublín que designa al Assay Master que ha de marcar dichos artículos con el contraste aprobado, cuando esos objetos ya llevan un contraste de identificación de origen de conformidad con la legislación del Estado miembro de origen. Y, en tercer lugar, al exigir que, además, lleven un contraste aprobado por el Assay Master designado por la corporación de orfebres de la ciudad de Dublín o un contraste internacional notificado con arreglo al Convenio sobre el control y el contraste de los objetos elaborados con metales preciosos, con independencia de que ya cuenten con un contraste estampado por una institución que ofrezca garantías de independencia e información adecuada a los consumidores. En todos estos casos, la aplicación de la norma francesa hace más difíciles y costosas las importaciones de mercancías de este tipo legalmente producidas y comercializadas en otros Estados miembros, al someterlas a forma-

lidades adicionales, y con independencia de que éstas sean relativamente fáciles de efectuar y poco onerosas.

Por otro lado, ninguna de estas tres previsiones se encuentra en condiciones de resultar justificada en base a la doctrina de las exigencias imperativas, y, por lo que aquí respecta, mediante el recurso a su vinculación al objetivo de garantizar una protección eficaz de los consumidores y promover la lealtad de las operaciones comerciales. En relación con la primera disposición cuestionada, el Tribunal señala que del criterio relativo a la expectativa que se presume en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, se deriva que un consumidor familiarizado con el sistema irlandés de indicación de las leyes de los objetos elaborados con metales preciosos dispone de una información equivalente y comprensible cuando se encuentra con un contraste estampado en un objeto elaborado con metales preciosos procedente de otro Estado miembro y que indica la ley en milésimas (apartado 32). En cuanto a la segunda, la sentencia citada entiende que la exigencia de registro en Irlanda del contraste de origen no puede considerarse justificada, toda vez que (i) este último permite igualmente alcanzar el mismo objetivo, es decir, en el presente caso, identificar a un responsable (apartados 50 y siguientes); (ii) al excluir en todo caso la comercialización de objetos fabricados en Estados miembros que no sean partes del Convenio va más allá de lo necesario (apartado 54), y (iii) existen otras medidas alternativas —como, por ejemplo, un sistema de intercambio de información— que resultan menos restrictivas para los intercambios (apartado 54). Por lo que hace a la tercera previsión, el Tribunal señala que la exigencia de un contraste que se ajuste a la normativa nacional no está justificada si las indicaciones que figuran en un contraste estampado por una institución independiente en otro Estado miembro equivalen a las exigidas en el Estado miembro de importación y son comprensibles para los consumidores de dicho Estado. Pues bien, al reconocer tan sólo los contrastes estampados conforme a la legislación de aquellos Estados miembros que son partes en el Convenio, y excluir por ello sistemáticamente tal reconocimiento en el caso de otros Estados miembros, la normativa irlandesa no puede considerarse justificada (apartados 68 y siguientes).

Por último, la Ley irlandesa contiene una previsión añadida, cual es la de permitir el establecimiento reglamentario de diferencias entre los contrastes aprobados estampados en objetos elaborados con metales preciosos fabricados en Irlanda, y los contrastes del mismo tipo marcados en objetos elaborados con metales preciosos importados de otros Estados miembros. De este modo, al incorporar un tratamiento diferente para mercancías nacionales y procedentes de otros Estados miembros, la norma controvertida constituye una medida de efecto equivalente que no puede justificarse siquiera a través de la doctrina de las exigencias imperativas (apartado 74).

B) Libre prestación de servicios y libertad de establecimiento

En relación con esta materia merece ser destacada la **STJCE de 31 de mayo de 2001, As. C-283/99, Comisión c. Italia**, en la que se cuestionan diversos preceptos del Texto Refundido de las Leyes de seguridad Privada, de 1931, y, por lo que aquí interesa, su art. 134, en virtud del cual las actividades de prestación de servicios de vigilancia o custodia,

de realización de investigaciones o averiguaciones y de recogida de información por cuenta de particulares, quedan sometidas a la exigencia de obtener una licencia, que en ningún caso podrá ser otorgada “a aquellas personas que no tengan la nacionalidad italiana”, ni para actividades “que supongan el ejercicio de funciones públicas o la facultad de restringir la libertad individual”.

El Tribunal comienza señalando que las disposiciones controvertidas constituyen restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, ya que impiden a los nacionales y empresas de otros Estados miembros ejercer las actividades en cuestión en el territorio italiano, bien sea estableciéndose en Italia o a partir de otro Estado miembro (apartados 17 y siguientes). El problema que se plantea a continuación es el de si una restricción tal puede estar amparada por el art. 45 CE, en virtud del cual “las disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público”. El Gobierno italiano sostiene que de la configuración normativa de las citadas actividades se deriva que éstas suponen el ejercicio del poder público, ya que: (i) están sujetas a un control estricto por parte de la autoridad pública con ocasión de la expedición o de la eventual revocación de la licencia; (ii) los guardias jurados de seguridad privada deben prestar un juramento ante la autoridad judicial, que incluye tanto el compromiso de desempeñar sus funciones en interés de la colectividad como el de fidelidad hacia la República, y (iii) desempeñan funciones de policía judicial para la prevención y la represión de los delitos, que les son propias y que no constituyen una simple asistencia a las fuerzas de orden público, y que, especialmente, incorporan la facultad de detener a quienes sorprendan en flagrante delito, la habilitación para levantar actas que tienen valor probatorio, así como la obligación de colaborar con las autoridades de policía (apartados 9 y siguientes). Por su parte, la Comisión señala que la imposibilidad de considerar aplicable el art. 45 CE se deriva sin más del propio art. 134 del Texto Refundido, al excluir éste la posibilidad de conceder la licencia para desarrollar actividades que supongan el ejercicio de funciones públicas (apartado 8).

Sin embargo, y a pesar de la aparente consistencia de alguno de los argumentos esgrimidos por el Gobierno italiano, especialmente del relativo a la facultad de practicar detenciones, el Tribunal se limita a recordar que, según su jurisprudencia anterior, la excepción del art. 45 CE debe constreñirse a las actividades que, consideradas en sí mismas, estén relacionadas directa y específicamente con el ejercicio del poder público, así como que, por lo general, la actividad de las empresas de vigilancia o de seguridad no está relacionada directa y específicamente con el ejercicio del poder público (apartados 20 y siguientes). De este modo, el Tribunal termina declarando que la República Italiana ha incumplido las normas del Tratado, sin entrar siquiera a analizar las alegaciones de las partes (apartado 28).

C) Libre circulación de trabajadores

1. Igualdad de trato

El único pronunciamiento de interés en este ámbito es el constituido por la **STJCE de 26 de junio de 2001, Comisión/Italia, As. C-212/99**, cuyo origen es un recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra la República Italiana. En dicho procedimiento, el Tribunal se enfrenta con el examen de la compatibilidad con el Tratado de la práctica administrativa y contractual de determinadas Universidades italianas de no reconocer los derechos adquiridos por los antiguos lectores de lengua extranjera. Esta sentencia es la secuela de dos sentencias anteriores (SSTJCE de 30 de mayo de 1989, Allúe y Connan, As. 33/88, de 2 de agosto de 1993, Allúe y otros, As. Acumulados C-259/91, C-331/91 y C- 32/91) que llevaron a la República Italiana a adoptar la Ley número 236, de 21 de junio de 1995, que, en esencia, sustituye la función de lector de lengua extranjera por la de “colaborador lingüístico”, figura que se rige por Derecho privado y de duración indefinida, a la que se accede mediante un procedimiento de selección pública. Además, en esta norma se establece que las personas que hayan ejercido con anterioridad la función de lector de lengua extranjera mantienen los derechos adquiridos en sus relaciones laborales anteriores.

Pues bien, la Comisión constata que en el proceso de transición al nuevo régimen normativo determinadas Universidades no reconocen, a efectos de la retribución económica y del régimen de seguridad social, la antigüedad en el servicio adquirida por los colaboradores lingüísticos en su calidad de lectores de lengua extranjera antes de la entrada en vigor de la Ley 236. El Tribunal considera que ello constituye una violación del artículo 39 CE, en la medida que existe una Ley, la Ley 230 de 18 de abril de 1962, aplicable a todos los trabajadores nacionales, que establece que cuando se reconoce a un trabajador cuya relación laboral se rige por el Derecho privado la conversión de su contrato de trabajo de duración determinada en contrato de trabajo por tiempo indefinido, todos sus derechos adquiridos están garantizados desde la fecha de su primera contratación. El hecho de que únicamente el 25 por ciento de los lectores de lengua extranjera tenga ciudadanía italiana implica que la medida adoptada en relación con los lectores se refiera esencialmente a trabajadores nacionales de otros Estados miembros, lo que constituye una forma indirecta de discriminación (en relación con la discriminación indirecta, *vid.* crónicas anteriores).

El hecho de que la Ley 236 prevea un nuevo proceso de selección pública para los antiguos lectores de lengua extranjera, no resta pertinencia a la referencia a la Ley número 230, que establece la conversión de oficio de los contratos. En efecto, el TJCE considera (apartado 28) que más que su forma y el procedimiento que establecen, deben tenerse en cuenta el contenido y los objetivos de ambos regímenes legales. Y, en este sentido, ambas Leyes contemplan, con objeto de tener en cuenta el pasado profesional de los trabajadores, la sustitución de los contratos de trabajo de duración determinada por contratos de trabajo por tiempo indefinido, garantizando la conservación de los derechos adquiridos en sus relaciones laborales anteriores (apartado 29).

2. Prestaciones de Seguridad Social

En este ámbito, cabe destacar la **STJCE de 31 de mayo de 2001, Leclere, As. C-43/99**, de la que se pueden extraer una serie de pronunciamientos de interés. En primer lugar, declara inválido el anexo II bis del Reglamento 1408/71, en la medida en que incluye, en su parte I (Luxemburgo), letra b), el subsidio de maternidad luxemburgués. Ello es así porque debido a las características del subsidio luxemburgués de maternidad —que se abona a toda mujer embarazada y a toda mujer que haya dado a luz, sin otro requisito que el de que ésta tuviera su domicilio legal en Luxemburgo en el momento en que nació el derecho— no puede considerarse que dicho subsidio tenga la naturaleza de un subsidio especial con respecto a las prestaciones contempladas en el artículo 4, apartado 1, del Reglamento 1408/71. Al no constituir una prestación especial de carácter no contributivo, a dicho subsidio no es, por tanto, aplicable el régimen excepcional que establece el artículo 10 bis del citado Reglamento (apartado 37).

En segundo lugar, se plantea la cuestión de si el titular de una pensión de invalidez que reside en un Estado miembro distinto del que garantiza el abono de su pensión disfruta de los derechos inherentes a la condición de trabajador en el sentido del artículo 7 del Reglamento 1612/68. En este sentido, si bien la condición de trabajador se pierde, en principio, al concluir la relación laboral, el Tribunal de Justicia había reconocido en varios supuestos que el interesado tiene garantizados determinados derechos vinculados a dicha condición con posterioridad a la extinción de la relación laboral (SSTJCE de 27 de noviembre de 1997, Meints, C-57/96 y de 24 de septiembre de 1998, Comisión/Francia, C-35/97). El Tribunal de Justicia pone de manifiesto en la sentencia que ahora reseñamos (apartados 56 a 61) que aquellos supuestos responden a prestaciones cuya concesión depende de la existencia previa de una relación laboral ya concluida y está intrínsecamente relacionada con la condición objetiva de trabajadores que tienen los beneficiarios, de lo que no se deduce que un antiguo trabajador que percibe una pensión de invalidez abonada por la institución competente de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio reside, continúe teniendo la condición de trabajador en el sentido del Reglamento 1612/68 por el hecho de percibir dicha pensión. Una persona que se encuentra en esta situación está protegida por el artículo 48 del Tratado y por el Reglamento 1612/68 contra toda discriminación que afecte a los derechos que adquirió con ocasión de su antigua relación laboral, pero, al no participar en la actualidad en una relación laboral, no puede aspirar sobre esta base a adquirir nuevos derechos.

Por otro lado, mediante una decisión prejudicial el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de pronunciarse de nuevo sobre la interpretación del artículo 95 bis del Reglamento 1408/71, que establece que los interesados que hayan obtenido, antes del 1 de junio de 1992, la liquidación de una pensión podrán solicitar que sus derechos sean revisados, teniendo en cuenta las disposiciones del Reglamento (CEE) número 1248/92. Como es sabido, dicho Reglamento incorpora la jurisprudencia del TJCE según la cual el interesado tiene derecho a percibir de la institución competente de cada Estado miembro la cuantía más elevada calculada, sin perjuicio de la aplicación del conjunto de cláusulas de

reducción, suspensión o supresión previstas por la legislación nacional. Pues bien, en la STJCE de 28 de junio de 2001, Larsy, As. C-118/00, se constata, no sólo que el artículo 95 bis, apartados 4 a 6, del Reglamento 1408/71 no se aplica a las solicitudes de revisión de pensiones cuando dichas solicitudes de revisión se basan en normas que no son las del Reglamento número 1248/92, sino que el hecho de que el organismo competente de un Estado miembro aplique dicha disposición a una solicitud de revisión en perjuicio del interesado, cuando esta aplicación no sea pertinente, constituye una violación caracterizada del Derecho comunitario.

D) Libre circulación de capitales

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

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

II. JUSTICIA CONSTITUCIONAL

Sumario:

1. Introducción. 2. Procesos constitucionales. A) Recurso de amparo constitucional.

a) Agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) de la LOTC]: no es exigible recurrir en amparo la diligencia de ordenación por la que se declara concluido el período probatorio. b) Agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) de la LOTC]: necesidad de interponer incidente de nulidad de actuaciones (art. 240.3 de la LOPJ) por incongruencia de la resolución judicial. B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley. a) Cuestión de inconstitucionalidad: el Auto de remisión debe proceder del órgano judicial competente, no cabe formalizarlo por una reunión de Magistrados de distintas Secciones de la Sala (art. 35.1 de la LOTC en relación con el art. 264 de la LOPJ). b) Cuestión de inconstitucionalidad: debe haber identidad entre los preceptos constitucionales citados en la providencia que abre el incidente y en el ulterior Auto de planteamiento (art. 35.2 de la LOTC). c) Cuestión de inconstitucionalidad: preceptos que transcriben otros y juicio de relevancia (art. 35.2 de la LOTC). d) Cuestión de inconstitucionalidad: su objeto puede versar sobre las reglas de competencias de los órganos judiciales. C) Controversias competenciales. a) Conflicto positivo de competencia y contestación al requerimiento de incompetencia (art. 63 de la LOTC): una imprecisa aceptación parcial del requerido no impide una posterior demanda.

3. Criterios de distribución de competencias. A) La aplicación de las competencias estatales sobre ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE) reclama una incidencia directa y significativa de las medidas en la economía general. B) La articulación administrativa de la Asistencia Jurídica Gratuita no puede considerarse Administración de Justicia (art. 149.1.5 CE) en sentido amplio. C) Subvenciones: su territorialización respecto de fondos europeos y planes de fomento del cambio de actividades ganaderas en el sector lácteo. D) Subvenciones: las competencias estatales de subvención alcanzan sólo hasta donde lleguen las competencias sustantivas: aplicación a las bases del régimen energético (art. 149.1.25 CE). E) Normas básicas en Órdenes Ministeriales.

1. INTRODUCCIÓN

Se analizan las sentencias aprobadas en el segundo trimestre del año 2001. Son las comprendidas entre las STC 86/2001, de 2 de abril, a la STC 149/2001, de 27 de junio. La principal noticia es la ausencia de noticias: no existen novedades de relevancia ni en materia de procesos constitucionales ni de criterios de distribución de competencias. Salvo la decisión de que la regulación de las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita no está contenida en la materia Administración de Justicia en sentido amplio sino dentro del régimen jurídico de las Administraciones públicas y, en consecuencia, puede ser disciplinada en sus aspectos no básicos por las Comunidades Autónomas.

2. PROCESOS CONSTITUCIONALES

A) Recurso de amparo constitucional

a) Agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) en relación con el art. 50.1.a) de la LOTC]: no es exigible recurrir en amparo la diligencia de ordenación por la que se declara concluido el período probatorio

La STC 104/2001, de 23 de abril, rechaza (FJ 2º) un supuesto motivo de inadmisión esgrimido por el Abogado del Estado, quien pretendía que la sociedad actora no había agotado convenientemente la vía judicial previa al amparo [art. 44.1.a) en relación con el art. 50.1.a) de la LOTC], por no haber solicitado la revisión de una diligencia de ordenación por la que se declaraba concluso el período probatorio y se concedía a la entonces demandante un plazo para formular escrito de conclusiones. Entre otras razones más concretas y pegadas al caso, el Tribunal estima que no era exigible esa impugnación, una vez acreditado que denunció la omisión de la prueba en varios momentos ulteriores.

b) Agotamiento de la vía judicial previa [art. 44.1.a) en relación con el art. 50.1.a) de la LOTC]: necesidad de interponer incidente de nulidad de actuaciones (art. 240.3 de la LOPJ) por incongruencia de la resolución judicial

La STC 105/2001, de 23 de abril, advierte (FJ 3º) que, pese a la apariencia de vulneración del principio de igualdad, se trata de una resolución judicial incongruente por dejar incontestadas parte de las pretensiones de la actora, su alegato de falta de motivación, y que, a tal fin, la incongruencia *ex silentio*, resultaba procedente el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 240.3 LOPJ.

II. Justicia Constitucional

B) Control de constitucionalidad de normas con rango de ley

a) Cuestión de inconstitucionalidad: el Auto de remisión debe proceder del órgano judicial competente, no cabe formalizarlo por una reunión de Magistrados de distintas Secciones de la Sala (art. 35.1 de la LOTC en relación con el art. 264 de la LOPJ)

La STC 96/2001, de 5 de abril, analiza un supuesto en el que el litigio se conocía por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y, sin embargo, el Auto de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad contra la Ley de Presupuestos de Andalucía para 1992 se formalizó por una reunión de Magistrados que no eran sólo de esa Sección.

El Tribunal Constitucional inadmite la cuestión por incumplirse el requisito procesal de que el órgano judicial sea el competente en el proceso *a quo* (art. 35.1 de la LOTC). Y asevera que no es ésa la finalidad y el sentido jurídico del art. 264.1 de la LOPJ: un pretendido respaldo que alegó el órgano judicial. Este precepto prevé la reunión de Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala para “la reunificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales”. Pero debe tenerse en cuenta que el propio apartado 2º establece que en todo caso quedará a salvo la independencia de las Secciones “para el enjuiciamiento y la resolución de los distintos procesos de que conozcan” (FJ 3º).

b) Cuestión de inconstitucionalidad: debe haber identidad entre los preceptos constitucionales citados en la providencia que abre el incidente y en el ulterior Auto de planteamiento (art. 35.2 de la LOTC)

La misma STC 96/2001, de 5 de abril, reitera (FJ 4º) una conocida jurisprudencia, pero cuyo incumplimiento sigue sin ser insólito, según la cual es precisa una identidad entre los preceptos constitucionales que se contienen en la providencia que abre el incidente de constitucionalidad y da audiencia a las partes y en el ulterior Auto de planteamiento de la cuestión (art. 35.2 de la LOTC).

c) Cuestión de inconstitucionalidad: preceptos que transcriben otros y presencia de un suficiente juicio de relevancia (art. 35.2 de la LOTC)

La importante STC 109/2001, de 26 de abril, resuelve una cuestión de inconstitucionalidad que vuelve a suscitar el problema del contenido eventual de sendas Leyes de Presupuestos para 1988 y 1990 al modificar la Ley de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social. Se analiza y admite la presencia de un suficiente juicio de relevancia (FJ 3º) en un caso en el que la modificación operada por la Ley de Presupuestos de 1990 se califica de mínima, la sustitución del término “débitos” por “créditos”, circunstancia que llevó al Abogado del Estado a esgrimir su falta de trascendencia, pero se tiene en cuenta que recoge y reproduce la totalidad de la disposición regulada en la citada Ley de 1988 que modificó el orden de prelación de créditos previsto tanto en el Código Civil como en el de Comercio.

d) Cuestión de inconstitucionalidad: su objeto puede versar sobre las reglas de competencias de los órganos judiciales

La STC 131/2001, de 7 de junio, precisa que esa cuestión de inconstitucionalidad “versa sobre una regla de competencia jurisdiccional que, como cualquier otra de este carácter, resulta, en sí misma, susceptible de enjuiciamiento y control a través del presente cauce procesal” (FJ2º, con invocación de las SSTC 55/1990, 224/1993 y 114/1994).

C) Controversias competenciales

a) Conflicto positivo de competencia y contestación al requerimiento de incompetencia (art. 63 de la LOTC): una imprecisa aceptación parcial del requerido no impide una posterior demanda

La STC 98/2001, de 5 de abril, sostiene (FJ 2º) que la aceptación parcial por el Gobierno de la Nación de un requerimiento de incompetencia formulado por la Generalidad de Cataluña no es un obstáculo que impida formalizar la demanda de un ulterior conflicto positivo de competencia, si aquella aceptación fue imprecisa y desprovista de detalles “por lo que la Generalidad careció de criterio definitivo y cierto acerca de lo aceptado por aquél”.

3. CRITERIOS DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

En este período tan sólo se han dictado tres sentencias que resuelvan conflictos de competencias, las SSTC 95, 97 y 98/2001, todas ellas de 5 de abril. No existen verdaderas novedades dignas de resaltar.

A) La aplicación de las competencias estatales sobre ordenación general de la economía (art. 149.1.13 CE) reclama una incidencia directa y significativa de las medidas en la economía general

En la STC 95/2001, de 5 de abril, referida a las competencias autonómicas en materia de ganadería, se recuerda que el título competencial del Estado contenido en el art. 149.1.13 CE no incluye cualquier acción de naturaleza económica si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general (SSTC 186/1998, 13/1997, 21/1991 y en especial STC 14/1989).

B) La articulación administrativa de la Asistencia Jurídica Gratuita no puede considerarse Administración de Justicia (art. 149.1.5 CE) ni siquiera en sentido amplio

En la STC 97/2001, de 5 de abril, se enjuicia la constitucionalidad de algunos incisos de los artículos 9 y 10 y de la Disposición Adicional Primera de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita. En concreto se impugna la exigencia de que se cree una sola Comisión de

II. Justicia Constitucional

Asistencia Jurídica Gratuita en cada Provincia y de que actué en ese ámbito territorial. Igualmente se discute la constitucionalidad de la fijación de los cargos de Presidente y Secretario de las citadas Comisiones.

El Tribunal Constitucional se plantea la posibilidad de la aplicación del título competencial relativo a la Administración de Justicia y, en consecuencia, recuerda su jurisprudencia respecto de la distinción entre el concepto estricto y amplio de Administración de justicia. Sin embargo, concluye que estas Comisiones no pueden englobarse en ninguno de ambos conceptos, porque la asistencia jurídica gratuita, aun siendo instrumental o complementaria de aquélla y una premisa del derecho a la tutela judicial, mantiene una relación con el concepto de Administración de Justicia mediata e indirecta que lleva a que no pueda considerarse incluida en ella so pena de desfigurar totalmente el concepto de Administración de Justicia. Se trata, pues, de un órgano administrativo que desarrolla una función administrativa “conceptualmente plena y sustancialmente autónoma respecto de la función jurisdiccional” (FJ 6º).

Por tanto, el título competencial aplicable es el referido a las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18 CE). Desde esta cobertura, no se encuentra razón alguna que avale que la existencia de una única Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita en cada Provincia vaya a asegurar la igualdad en el acceso a dicha asistencia, extremo que justificaría su carácter básico. Y que la provincia sea una de las demarcaciones judiciales, así como que la sede de las Audiencias Provinciales se encuentre en su capital no condiciona realmente el ámbito territorial de actuación de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. No puede, en definitiva, considerarse una norma básica.

A idéntica conclusión se llega al analizar el art. 10.1 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita donde se establece quiénes deben ocupar los cargos de Presidente y Secretario en cada Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita. Ni de la garantía de los derechos de los ciudadanos en todo el territorio ni de la igualdad básica de los ciudadanos en todo el territorio cabe deducir que deba ser el Estado quien descienda a una regulación tan detallada. Dichas garantías ya vienen aseguradas por la presencia del Ministerio Fiscal en tales órganos, la disciplina detallada y uniforme del derecho a la asistencia gratuita contenida en la Ley, y la posibilidad de impugnación y revisión judicial de las decisiones de las citadas comisiones.

C) Subvenciones: su territorialización respecto de fondos europeos y planes de fomento del cambio de actividades ganaderas en el sector lácteo

En esa misma STC 95/2001, de 5 de abril, sobre asignación y reasignación de cantidades de referencia en el sector lácteo, se reitera, como ya se sostuvo en la STC 45/2001, que no cabe hoy sostener la necesidad de la centralización de este tipo de subvenciones, resultando más acorde con el sistema vigente de distribución de competencias su territorialización. Por todo ello, se considera que corresponde a la Comunidad Autónoma la designación de los destinatarios de las cantidades liberadas de los fondos de referencia como consecuencia de la puesta en marcha de un plan regional (y con cargo a los presu-

puestos de la Comunidad Autónoma) de fomento de abandono de la producción láctea en territorios de montaña.

D) Subvenciones: las competencias estatales de subvención alcanzan sólo hasta donde lleguen las competencias sustantivas: aplicación a las bases del régimen energético (art. 149.1.25 CE)

En la STC 98/2001, de 5 de abril, el Tribunal Constitucional enjuicia diversas normas relativas al procedimiento para la concesión de determinadas subvenciones para lograr un uso más racional de la energía en el marco del Plan de Ahorro y Eficiencia Energética incluido en el PEN.

El Tribunal rechaza, en primer lugar, la aplicación de otros títulos competenciales como son medio ambiente o investigación científica y técnica por no resultar materias prioritariamente incentivadas con tales subvenciones a tenor del objeto y finalidad de las normas impugnadas. La materia realmente afectada es la de régimen energético (art. 149.1.25 CE). Recuerda igualmente la jurisprudencia sentada, a partir de la STC 13/1992, respecto a la inexistencia de una competencia subvencional diferenciada resultante de la potestad financiera del Estado. En aquellos supuestos, como éste, en los que en la concreta materia subvencionada concurre una competencia normativa básica estatal con las competencias de desarrollo y ejecución de la Comunidad Autónoma es necesaria una territorialización de las subvenciones, permitiéndose su centralización sólo en la medida en que la regulación de la actividad subvencional pueda considerarse norma básica.

Se discute también si confluye el título relativo a las normas básicas del régimen jurídico de las Administraciones públicas (art. 149.1.18 CE) en la medida en que el Estado trata de justificar su competencia en su potestad de regular el procedimiento de resolución de las peticiones de subvención. El Tribunal recuerda que la regulación de procedimientos administrativos especiales no puede considerarse norma básica. Sólo la exigencia de una documentación común en todo el territorio, así como la imposición de un único plazo para la presentación de las solicitudes pueden considerarse normas básicas en materia de régimen energético. Sin embargo, han de considerarse actividades de competencia autonómica cuestiones como son: la instrucción de los expedientes, la creación de las comisiones de valoración técnica, la regulación del trámite de audiencia a los interesados, la resolución de las solicitudes, la tramitación del pago de las ayudas, el pago anticipado, el control de la realización de la actividad subvencionada y el régimen administrativo sancionador.

En conclusión, las normas reguladoras de los programas subvencionales correspondientes a cada área (aplicaciones, criterios de evaluación y subvención máxima) resultan –a juicio del Tribunal Constitucional– imprescindibles para obtener los fines del Plan y, dado su carácter no detallado, se consideran normas básicas, pues no agotan las posibilidades de desarrollo autonómico.

II. Justicia Constitucional

E) Normas básicas en Órdenes Ministeriales: una excepción a la supuesta regla formal de las bases cada vez menos excepcional

En la ya citada STC 98/2001 de 5 de abril, se vuelve a inutilizar el teórico criterio formal en la determinación de las normas básicas. En esta decisión se examina la constitucionalidad de unas normas contenidas en una Orden Ministerial del Ministerio de Industria y Energía. Tras recordarse la reiterada jurisprudencia respecto a la necesidad de que las normas básicas sean formuladas en instrumentos normativos con rango de ley o de Real Decreto, se reitera que estas reglas presentan excepciones especialmente cuando hay una intervención parlamentaria y media la aprobación del ejecutivo en alguno de sus órganos colegiados (STC 242/1999).

Como ya apuntamos al comentar esta última Sentencia en números anteriores de esta revista, parece que no ha llegado todavía el momento de que el Tribunal Constitucional se decida, por fin, a comenzar a utilizar realmente el criterio formal en la determinación de las normas básicas.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

ISABEL PERELLÓ

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

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

Humanos. A) Introducción. B) Derecho a la vida (art. 2). C) Tratos inhumanos y degradantes. (art. 3). a) Desaparición de familiares (cambio en la línea jurisprudencial).

b) Ausencia de protección de las autoridades locales a menores maltratados por sus padres. D) Vida familiar (art. 8). Vulneración en adopción de medidas de tutela.

E) Libertad de expresión (art. 10). **3. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.**

A) Tutela judicial efectiva. a) Complejidad de causas penales por delitos económicos, principio acusatorio e inversión de la carga de la prueba. b) Apreciación de falta de jurisdicción no contraria al 24 CE. c) Emplazamiento edictal, emplazamiento personal y prohibición de indefensión. B) Igualdad. C) Contenido ambiental del derecho a la integridad física y moral y del derecho a la intimidad (arts. 10.2, 15 y 18.1 y 2 CE).

D) Ausencia de vulneración del derecho a la libertad religiosa. Relación laboral con entidad religiosa (art. 16 CE). E) Libertad de expresión. a) Libertad de expresión y derecho de defensa en el ámbito militar [arts. 20.1. a) y 24.2 CE]. b) Injurias a Secretario

Ayuntamiento proferidas en el Pleno por Concejal no cubiertas por libertad de expresión. F) Derecho a la propia imagen. Divulgación in consentida de fotografías no íntimas pero privadas. G) Control en la Mesa de la Cámara de las iniciativas parlamentarias (art. 23.2 CE). H) Inmunidad Parlamentaria. Momento de presentación del suplicatorio (arts. 23.2 y 71.2 CE). I) Principio de legalidad. a) Alcance del principio de taxatividad (art. 25.1 CE). b) Recargos tributarios, sanción y garantías constitucionales ex artículos 25.1 y 24.2 CE. J) Autonomía universitaria y homologación de planes de estudios (art. 27.10 CE). K) Libertad sindical, igualdad de trato y sindicato más representativo (art. 28).

4. Jurisprudencia del Tribunal Supremo. A) Derecho de asilo (art.13 CE). a) Carácter personal de la persecución. b) Suspensión de la ejecutividad del acto. B) Derecho a la intimidad y prueba biológica de paternidad. C) Libertad de información. Límite por

ausencia de veracidad. D) Libertad de expresión. Inexistencia del “derecho al insulto”.

E) Derecho a participar en asuntos públicos: cargos públicos representativos. Limitación inconstitucional tiempos de debate.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

En esta crónica se analiza la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictada entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2001, la dictada por el Tribunal Constitucional entre el 1 de abril y el 30 de junio de 2001 (desde la STC 86/2001, de 2 de abril, a la STC 149/2001, de 27 de junio), y diversas Sentencias de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo, dictadas entre diciembre de 2000 y marzo de 2001. Subrayaremos la STC 119/2001, de 24 de mayo, que construye un nuevo derecho fundamental de la vida privada referido a la tutela frente a ruidos intensos.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A) Introducción

Entre el 1 de abril y el 30 de junio el TEDH ha dictado un total de 170 sentencias, de las que 113 son de fondo, aplicándose en las demás algún tipo de excepción preliminar. Hay sin embargo un importante grupo (45) que corresponden a condenas a Turquía por violación del derecho de propiedad (art. 1 del Protocolo 1º) idénticas a las producidas en el trimestre pasado. Así mismo se ha vuelto a repetir un importante número de condenas (32) por dilaciones indebidas, que han afectado en esta ocasión a Eslovaquia, Francia, Grecia, Luxemburgo, Polonia y Portugal, aunque una vez más destaca de manera especial Italia, con 20 decisiones en contra, así como el hecho de que sigan sin producirse condenas contra España.

Del resto, las más importantes son las siguientes:

Cuatro casos muy similares **Shanaghan, Hugh Jordan, McKerr y Kelly y otros**, todos ellos **contra el Reino Unido, de 4 de mayo de 2001**, centrados en las exigencias del artículo 2 con relación a las investigaciones que debe realizar la policía en el supuesto de alegación de complicidad de las fuerzas del orden en la muerte de militantes del IRA.

Un caso de tratos inhumanos y degradantes, contrarios al artículo 2, de familiares de desaparecidos **Akdeniz y otros contra Turquía, de 31 de mayo de 2001**, en el que, aparentemente, se produce una importante corrección de la línea jurisprudencial del Tribunal.

Un supuesto de vulneración del artículo 3 producido por la no protección de las autoridades a menores que estaban sometidos a malos tratos por sus padres: **Z y otros contra el Reino Unido, de 10 de mayo de 2001**.

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

Muy relacionado con el anterior, pero en sentido contrario, una vulneración del artículo 8 producida por el internamiento bajo tutela de un menor adoptado por las autoridades locales sobre la base de un vídeo no mostrado a la madre **T.P. y K.M. contra el Reino Unido** de 10 de mayo de 2001.

Un claro supuesto de vulneración del artículo 10 derivado de la condena por la publicación de una carta en un periódico: **Marõnek v. Eslovaquia**, de 19 de abril de 2001, que resulta interesante sobre todo para constatar los diferentes estándares de protección de los derechos en el seno de los países parte del Convenio.

B) Derecho a la vida (art. 2)

Investigación insuficiente complicidad policía en asesinato miembros del IRA. Artículo 2.

Son cuatro sentencias muy similares Shanaghan, Hugh Jordan, McKerr y Kelly y otros, todas ellas contra el Reino Unido, de 4 de mayo de 2001, en las que familiares de miembros del IRA asesinados por paramilitares lealistas alegan que la policía no ha realizado una investigación efectiva de las circunstancias de su muerte con vulneración del artículo 2 de la Convención, y en particular sobre su participación o complicidad, teniendo en cuenta por ejemplo (en el caso Shanaghan) que las fotografías que lo identificaban habían sido perdidas por las fuerzas del orden en circunstancias sospechosas.

La Corte recuerda su doctrina sobre la necesidad de someter a la más cuidadosa investigación cualquier alegación de vulneración de este precepto y, teniendo en cuenta una serie de circunstancias presentes en el caso como el hecho de que no se realizaran tempestivas y eficaces investigaciones en torno a la alegación de complicidad de las fuerzas policiales, y que cuando finalmente se realizaron no se llevaron a cabo por investigadores independientes, considera que ha existido vulneración del artículo 2.

C) Tratos inhumanos degradantes (art. 3)

a) Desaparición de familiares (cambio en la línea jurisprudencial)

Akdeniz y otros contra Turquía, de 31 de mayo: Se trata de un grupo de familiares de desaparecidos en el contexto de la lucha contra los Kurdos en octubre de 1993. Contiene, aparentemente, una importante corrección a la doctrina fijada a partir de Kurt contra Turquía de 25 de mayo de 1998, en la que se considera que la desaparición de familiares puede representar tratos inhumanos y degradantes para sus familiares, dependiendo de una serie de factores delimitados en los casos Cakici, Timurtas y Tas, todos ellos contra Turquía, como la proximidad de los lazos familiares, las circunstancias de su relación, su presencia directa en los hechos que ocasionaron la desaparición y su actitud a efectos de obtener información... Pues bien, en esta ocasión la Corte, de manera un tanto sorprendente y apodíctica establece que:

“En el presente caso, los recurrentes son respectivamente padres, hermanos, hijos y tíos de los desaparecidos (...) Sólo uno de ellos fue testigo directo de los hechos (...) los recurrentes intentaron sin éxito obtener información de las autoridades (...) aunque hay que hacer notar que algunos fueron más activos que otros en este sentido (...) por lo que aunque no puede discutirse que sufrieron y continúan sufriendo por la desaparición de sus familiares (...) La Corte no considera que en el presente caso se den las circunstancias especiales referidas en el caso Cakıcı y por tanto que los recurrentes no pueden ser considerados víctimas hasta el extremo de que se haya producido una vulneración del art. 3 de la Convención.”

No hay en nuestra opinión explicación alguna para este cambio de criterio, pues aun admitiendo que, sorpresiva e inmotivadamente se dé una importancia sustancial al hecho relativamente casual de encontrarse presente en el momento inicial de la desaparición, esa circunstancia concurriría al menos en uno de los recurrentes, por lo que al menos con respecto a él debería haberse apreciado la vulneración del artículo 3 de la Convención.

b) Ausencia de protección de las autoridades locales a menores maltratados por sus padres

Se trata del caso **Z y otros contra el Reino Unido, de 10 de mayo de 2001**, en el que los recurrentes son un grupo de cuatro hermanos que alegan que las autoridades locales no habían adoptado medidas adecuadas para protegerlos de las negligencias y abusos cometidos por sus padres, lo que implica vulneración del artículo 3 de la Convención.

La corte comienza por recordar que este artículo consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas, y que prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas inhumanas y degradantes, de manera que impone a las Altas partes adoptar las medidas oportunas para impedir que las personas bajo su jurisdicción sean sometidas a este tipo de tratamientos, incluso aunque sean realizadas por particulares (A contra el Reino Unido, de 23 de septiembre de 1998). Añade que las disposiciones que adopte el Estado deben permitir una protección eficaz de manera especial para los niños y otras personas vulnerables, e incluir medidas razonables para evitar los malos tratos de los que las autoridades tengan conocimiento (Osman contra el Reino Unido, de 28 de octubre de 1998), y constata que las negligencias y abusos sufridos pueden ser calificados de tratamientos inhumanos y degradantes, y que habían sido puestos en conocimiento de la autoridad local que tenía la obligación de protegerlos y los medios para hacerlo, incluido el sacarlos de su domicilio (...) pero permitió que vivieran durante más de cuatro años y medio en unas condiciones de negligencia extrema y actos de violencia, por lo que existe vulneración del artículo 3 de la Convención.

D) Vida familiar (art. 8). Vulneración en adopción de medidas de tutela

Inevitablemente ligada a la sentencia anterior, hay que hacer referencia a **T.P. y K.M. contra el Reino Unido de 10 de mayo de 2001**, en la que las recurrentes son una madre y

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

su hija que había permanecido un año bajo la tutela de la autoridad local como consecuencia de la existencia de abusos sexuales atribuidos erróneamente al compañero de la madre. El error proviene de una entrevista con la niña grabada en vídeo que no había sido mostrado a la madre. Ambas alegan que los hechos suponen una vulneración de su derecho a una vida familiar protegida por el artículo 8.

El TEDH establece la doctrina de que los padres pueden tener acceso a las informaciones invocadas por las autoridades para adoptar las medidas de internamiento, de manera que puede reivindicar un interés en ser informado de la naturaleza y alcance de las alegaciones de los abusos formulados por sus hijos (...) aunque admite que puede haber ejemplos en los que la divulgación de las declaraciones del niño pueden implicar peligro para él (...) y considera que la obligación positiva que tienen los Estados de proteger los intereses de la familia exige que esos elementos sean puestos a disposición de los padres implicados, y que si existían dudas sobre si tal comunicación comportaba riesgo para el bienestar de la niña, la autoridad local hubiera debido someter la cuestión al juez (...) por lo que ha existido vulneración del artículo 8 de la Convención.

E) Libertad de expresión (art. 10)

Por último, entre la jurisprudencia correspondiente a este trimestre hay que hacer referencia a **Marõnek contra Eslovaquia, de 19 de abril**, que es un claro supuesto de vulneración del artículo 10 derivado de la imposición de una multa por difamación al recurrente, equivalente a 25 meses de salario medio en Eslovaquia, como consecuencia de la publicación de una carta abierta en un periódico en la que hacía referencia a los problemas que estaba teniendo para comenzar a habitar una vivienda que le había sido alquilada por la municipalidad, denunciando en general la gestión pública de las viviendas, que resulta interesante para constatar los diferentes estándares de protección de los derechos fundamentales entre los Estados parte del Convenio que debe afrontar el TEDH en especial desde la apertura al este.

3. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

A) Tutela judicial efectiva

a) Complejidad de causas penales por delitos económicos, principio acusatorio e inversión de la carga de la prueba

La **STC 87/2001, de 2 de abril**, Sala Primera, dictada en el caso Juan Guerra, desestima el recurso de amparo frente a Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla, confirmatoria en apelación de la dictada por el Juzgado de lo Penal por delitos contra la hacienda pública.

De las numerosas vulneraciones de derechos procesales alegados destaca la referente al derecho a un proceso con todas las garantías y la prohibición de indefensión por haberse llevado a cabo en la instrucción penal una *inquisitio generalis*. El Tribunal no admite esta

alegación haciendo referencia a la complejidad de las investigaciones relacionadas con los delitos económicos, si bien el Magistrado Jiménez de Parga dicta un Voto particular en el que estima que se ha producido la inquisición general contraria a la Constitución señalando que “se trata de una tramitación judicial de características cuasi demoníacas”.

Destaca también la alegación de la vulneración del principio de legalidad por haberse utilizado una norma tributaria (art. 20 LIRPF sobre incrementos patrimoniales no justificados) no aplicable al proceso penal al originar una inversión en la carga de la prueba, lo que conllevaría a su vez una vulneración de la presunción de inocencia. El TC (FJ 10º) considera que la carga de la prueba que compete a la acusación se proyecta sobre los elementos típicos de la infracción penal, pero no se requiere que las partes acusadoras aporten prueba en cada caso de la no concurrencia de causas de atipicidad, justificación, exculpación o de la prescripción.

b) La apreciación de falta de jurisdicción no supone en sí misma infracción del artículo 24 CE

La STC 120/2001, de 4 de junio, Sala Primera, desestima un amparo interpuesto por el Colegio de Médicos de Zaragoza contra Sentencias de la Audiencia Provincial de Zaragoza que consideró que el orden jurisdiccional civil no era competente para entra a conocer del impago de cuotas de colegiados de una Corporación de derecho público, que encuentra su fundamento en las normas administrativas, apreciando la excepción de incompetencia de jurisdicción.

Para los recurrentes esta apreciación de la falta de jurisdicción habría impedido de forma errónea e irrazonable una resolución sobre el fondo del litigio, lo que no es compartido por el TC (FJ 5º) que considera que no existe infracción del art. 24.1 CE ya que la denegación de un juicio de fondo en el orden jurisdiccional civil no ha impedido por sí al colegio recurrente acudir al contencioso-administrativo. En su Voto particular, el Magistrado García Manzano considera que el fallo debió ser estimatorio, ya que las actuaciones administrativas como son las sanciones disciplinarias por impago de cuotas en absoluto son causa para residenciar en la jurisdicción contencioso-administrativa la reclamación de las cantidades impagadas.

c) Emplazamiento edictal, emplazamiento personal y prohibición de indefensión (art. 24.1 CE)

La STC 91/2001, de 2 de abril, vuelve a aplicar la conocida doctrina (recientemente sintetizada por la STC 3000/2000 a la que se remite) sobre el emplazamiento edictal, según la cual la falta de emplazamiento personal de los demandantes de amparo en el proceso contencioso-administrativo en el que se impugnó una resolución administrativa de la que se derivaban derechos para ellos constituye una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva con proscripción de indefensión (art. 24.1 CE); siempre y cuando fueran identificables por el órgano judicial y se ocasionara realmente una situación real de indefensión (FJ 4º).

B) Igualdad

a) Tutela judicial e igualdad: prohibición de que los militares ejerzan la acusación particular y la acción civil por condición militar y relación jerárquica de subordinación

La STC 115/2001, de 10 de mayo, Pleno, estima el amparo y plantea al Pleno cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 108.2 de la LO 4/1987, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y 127.1 de la LO 2/1989 Procesal Militar por su contradicción con los arts. 14 y 24.1 CE, en relación con el inciso final del art. 117.5 de la Constitución.

El demandante, Cabo de la Guardia Civil, denunció ante el Juzgado de Instrucción núm. 33 de Madrid a un Teniente de su unidad, por vejaciones e insultos. Dicho juzgado se inhibió a favor del Juzgado Togado Militar de Madrid, el cual, mediante Auto, inadmitió la acción, ratificando dicho razonamiento el posterior Auto del Tribunal Militar Territorial, en el sentido de que el ejercicio de la acción penal puede sufrir una excepción cuando existan intereses constitucionalmente relevantes como la propia naturaleza de la profesión castrense.

Para el TC, en su FJ 8º, se debe valorar si este régimen desfavorable para los vinculados entre sí por relaciones de subordinación encuentra o no razonable justificación en la necesidad de salvaguardar la disciplina y la jerarquía de la institución militar concluyendo que no existe justificación razonable y objetiva que legitime constitucionalmente la exclusión pues no se pone en entredicho el principio de disciplina y jerarquía militar, pues la jurisdicción castrense es, en cierto modo, el instrumento más adecuado para la defensa de esa disciplina (FJ 10º). Igualmente (FJ 12º), en el derecho al ejercicio de la acción civil se da el mismo razonamiento ya que “al impedirse al agraviado y perjudicado por el delito o falta militar que, actuando su interés legítimo, se constituya como actor civil en la causa penal militar, ejercitando al efecto la adecuada pretensión resarcitoria, se está obstaculizando la obtención y efectividad del deber de reparación (...) sin que para ello ofrezca justificación suficiente el principio de jerarquía (...) ni esté concernida la disciplina propia de la institución militar. Discrepan del criterio de la mayoría mediante sendos **Votos particulares**, los Magistrados Jiménez de Parga y Conde Martín de Hijas.

b) No existe vulneración del principio de igualdad por apartamiento de una Sección de la jurisprudencia consolidada por otra, lo que no ocurre cuando dicha Sección es de refuerzo

La STC 122/2001, de 4 de junio, Sala Segunda, desestima un amparo interpuesto contra Sentencia dictada por la Audiencia Nacional que desestimó recurso contencioso-administrativo frente a Resolución del Ministerio de Defensa que concedía a diferentes personas grados militares distintos. A pesar de que en el caso concreto no se otorga el amparo, la sentencia es interesante, determina que una Sección de refuerzo no es un juzgador independiente, sino un mero desdoblamiento funcional de la que procede, por lo que no puede apartarse de la jurisprudencia consolidada de ésta.

C) Contenido ambiental del derecho a la integridad física y moral y del derecho a la intimidad (arts. 10.2, 15 y 18.1 y 2 CE)

STC 119/2001, de 24 de mayo, Pleno. En esta importante sentencia, dictada por el Pleno aunque resuelva un recurso de amparo, el TC da un giro decisivo a su jurisprudencia: Consagra como posibilidad la afectación de derechos fundamentales como consecuencia de los ruidos y otros elementos contaminantes. Acoge así, en lo que constituye sin duda una importante aplicación del artículo 10.2 de la CE, la jurisprudencia del TEDH sentada en el célebre asunto López Ostra, de 9 de diciembre de 1994. En este caso el TEDH condenó al Reino de España por una vulneración del derecho a la vida privada y familiar (art. 8.1 del Convenio de Roma), en contra del criterio del Tribunal Constitucional que lo había inadmitido a trámite el 26 de febrero de 1990. En la sentencia ahora comentada se produce el cambio de criterio y acepta entrar en el análisis de:

“(…) la posible incidencia que el ruido tiene sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales” (FJ 5º).

Surge sin embargo de manera inmediata el problema en qué precepto constitucional “colgar” esta infracción. La recurrente alegaba lesión de sus derechos a la integridad física y moral (art. 15 CE), a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE) y a la inviolabilidad de domicilio (art. 18.2 CE). El TC acepta, acoge formalmente la doctrina del TEDH, y aunque en el caso concreto termina por determinar que no se ha producido el nivel de ruidos suficiente para que se produzca vulneración de derechos fundamentales, entrar a valorar la posible incidencia del ruido en el disfrute de los derechos señalados. Afirmar, respecto del derecho a la integridad física y moral:

“Habremos de convenir en que, cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15.1 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de la acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE” (FJ 6º).

Respecto de la protección de los derechos contemplados en los apartados 1 y 2 del art. 18 CE que preservan el ámbito del libre desarrollo de la personalidad el TC argumenta:

“(…) podemos concluir que una exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida” (FJ 6º).

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

La dificultad para encasillar esa vulneración de derechos se refleja también en los **Votos particulares**, así Jiménez de Parga reprocha al fallo el haber omitido toda mención a la vertiente subjetiva del art. 45.1 CE, y Garrido Falla considera que se debería haber hecho referencia también al artículo 19 CE que resultaría vulnerado si los trastornos ocasionados por el ruido obligan al afectado a cambiar de domicilio.

D) Ausencia de vulneración del derecho a la libertad religiosa. Relación laboral con entidad religiosa (art. 16 CE)

STC 128/2001, de 4 de junio, Sala Segunda. Recurso de amparo interpuesto por la Unión de Iglesias Cristianas Adventistas del Séptimo Día en España contra sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, desestimatoria del recurso interpuesto contra resolución del Director General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social. Esta resolución formalizó el acta de liquidación por diferencias en la cotización efectuada por la Iglesia ahora recurrente a una señora que trabajaba como ayudante de cocina en un seminario de la citada confesión religiosa. Según la Administración, la citada señora debió cotizar por el tipo general y no por el tipo reducido (régimen reservado a quienes de forma estable y exclusiva se dedican a las funciones de culto, asistencia religiosa y formación religiosa). Según la recurrente en amparo la ayudante de cocina cotizó en calidad de asimilada a trabajador por cuenta ajena como ministro de culto, pues tenía la condición de misionera autorizada. La calificación como laboral de la relación que la unía a la Iglesia vulnera, a juicio de la actora, el derecho a la autonomía organizativa de la entidad ahora recurrente, pues a ésta corresponde la determinación de quiénes son sus ministros de culto, teniendo la referida señora la calificación de misionera autorizada. Para el TC el acta de liquidación no vulneró el derecho a la autonomía organizativa, y la inaplicación del régimen especial de cotización de asimilados está perfectamente justificada.

E) Libertad de expresión

a) Libertad de expresión y derecho de defensa en el ámbito militar [arts. 20.1.a) y 24.2 CE]

STC 102/2001, de 23 de abril, Sala Primera. El TC otorga el amparo a un militar a quien se impuso una sanción por falta leve; contra esta primera sanción interpuso recurso disciplinario militar en el que incluyó algunas manifestaciones que la autoridad militar consideró contrarias a la disciplina militar y sancionó con arresto. El TC recuerda su conocida doctrina acerca de los límites de la libertad de expresión de aquellos individuos sometidos a relaciones de sujeción especial. En el caso de los militares las limitaciones a los derechos fundamentales provienen de la naturaleza misma de las Fuerzas Armadas. Lo anterior no significa, empero, sacrificio absoluto de la libertad de expresión, sobre todo, si, como en este caso, sirve al derecho de defensa que presupone una defensa libremente expresada. Atendiendo además a las circunstancias del caso (no se incluían expresiones injuriosas ni las manifestaciones tuvieron difusión porque sólo se recogieron en el expediente sancionador) el TC ampara al recurrente.

b) Injurias a Secretario de Ayuntamiento proferidas en el Pleno por Concejal no cubiertas por libertad de expresión

Se trata de la **STC 148/2001, de 27 de junio de 2001**, Sala Primera, en la que el Tribunal Constitucional enjuicia un recurso de amparo derivado de la condena por el TS por la comisión de un delito continuado de calumnias (arts. 453 y ss. CP de 1973) al concejal de un Ayuntamiento con ocasión de las intervenciones orales del ahora demandante en este proceso constitucional en diversos Plenos acusando al Secretario de la Corporación de comisión de falsedades en un expediente de segregación.

El asunto es especialmente interesante por el hecho de que las expresiones se realizaron en el seno de un debate político en el Pleno del ayuntamiento, lo que, a juicio del Tribunal Constitucional “no justifican su actuación en la medida en que dicho debate, en cuanto político, se sostuvo en esa ocasión entre los diversos grupos políticos en los que se integran los concejales del Ayuntamiento en cuestión, pero no con el Secretario de Ayuntamiento quien está presente en los Plenos en su condición de funcionario público para velar por la legalidad del acto y levantar acta de lo sucedido en él”, de manera que, a pesar de que el Tribunal Constitucional cita expresamente la sentencia del TEDH dictada en el caso Tammer, de 6 de febrero de 2001 (comentada en el número anterior de esta revista), considera sin embargo que no es de aplicación en este supuesto.

F) Derecho a la propia imagen. Divulgación in consentida de fotografías no íntimas pero privadas

La **STC 139/2001, de 18 de junio**, Sala Primera, resuelve un recurso de amparo promovido por don Alberto Cortina, contra la Sentencia de 21 de octubre de 1997 de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, que declaró haber lugar al recurso de casación frente a la Sentencia de 12 de julio de 1993 de la Audiencia Provincial de Madrid, la cual había resuelto recurso de apelación interpuesto contra la dictada el 22 de enero de 1992 por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Madrid en los Autos núm. 1135/1990, de juicio de protección jurisdiccional de derechos fundamentales.

El pleito se centra en determinar si la publicación en una revista de unas fotografías en las que aparece el recurrente, realizadas durante un viaje constituye una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE). El TC comienza por recordar la doctrina sentada en las SSTC 99/1994, de 11 de abril, 117/1994, de 17 de abril, y 81/2001, de 26 de marzo y parte de que no estamos ante un documento estrictamente privado y familiar, recordando al respecto que no se ha alegado vulneración de la intimidad, pero sí que pertenece a la esfera personal del recurrente, obtenidas por un pariente y que han salido a la luz pública sin el consentimiento del interesado y mediante una operación de terceros ajena a su voluntad, por lo que considera la publicación de las fotografías privadas del recurrente, sin su consentimiento, constituyó una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE) que, en este caso, no puede encontrar protección en el derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20.1.d)

CE], el cual se encuentra constitucionalmente limitado de forma expresa por aquel derecho (art. 20.4 CE).

G) Control en la Mesa de la Cámara de las iniciativas parlamentarias (art. 23.2 CE)

STC 107/2001, de 23 de abril, Sala Segunda. Recurso de amparo interpuesto por el diputado y portavoz del grupo de Izquierda Unida en la Asamblea Regional de Murcia contra dos acuerdos de la Mesa del citado Parlamento; el primero rechazó una pregunta parlamentaria y el segundo confirmó el rechazo. La pregunta, formulada por el ahora recurrente, iba dirigida al Gobierno de la Comunidad y en ella se inquiría acerca de las medidas que el Gobierno autonómico tenía previsto adoptar por sí o en colaboración con el Gobierno de la Nación, para la implantación de la Enseñanza Secundaria Obligatoria (ESO) en la CA.

La Mesa de la Asamblea fundó la inadmisión a trámite por versar la pregunta sobre cuestiones “entera y manifiestamente ajenas a las atribuciones de la Cámara”. El TC trae a colación su doctrina acerca del derecho reconocido en el art. 23.2 CE en relación con el proclamado en el art. 23.1 CE. Recuerda que los derechos y facultades establecidos en la ley o en los reglamentos parlamentarios quedan integrados en el *status* propio de cada cargo y permiten a su titular defender ante el TC el *ius in officium*. Pero no cualquier acto de órgano parlamentario que infrinja la legalidad del *ius in officium* lesiona el derecho fundamental sino sólo aquellos que afecten al núcleo de su función representativa parlamentaria (legislativa y de control al Gobierno). Ello obliga a los órganos parlamentarios a interpretar restrictivamente las normas que supongan limitación de aquellos derechos y facultades. Aplicando la doctrina al caso concreto el Tribunal afirma que sería posible que la Mesa rechazara una pregunta cuyo contenido resultase manifiesta e inequívocamente ajeno a la acción del gobierno o a los intereses de la CA, pero que es claro que tal ajenidad no se da pues la CA era ya titular de la competencia en materia de enseñanza, por lo que ni había cobertura legal para inadmitir como se hizo ni la CA carecía de interés en la materia. Se vulneraron, por tanto, los derechos reconocidos en los apartados 1 y 2 del art. 23 CE.

H) Inmunidad Parlamentaria. Momento de presentación del suplicatorio (arts. 23.2 y 71.2 CE)

STC 123/2001 y STC 124/2001, ambas de 4 de junio y de la Sala Segunda. Se trata del famoso asunto FILESA. El núcleo del caso es la posible vulneración del art. 23.2 CE, derivada de la incorrecta interpretación por la Sala Segunda del TS de la prerrogativa parlamentaria de la inmunidad.

El núcleo central del conflicto es que los demandantes en amparo consideran que el suplicatorio debió elevarse con anterioridad a la práctica de las diligencias de identificación. EL Tribunal Constitucional considera que la interpretación de la legalidad vigente protagonizada por el TS consiente una previa investigación judicial para determinar la relevancia penal de los hechos y determinar la participación en ellos de las personas afo-

radas, dándoles traslado de la querella o denuncia para que puedan defenderse. La condición de inculpado, a efectos del art. 71.2 CE, no se adquiere con la admisión de la querella sino que requiere un juicio judicial de inculpación por la existencia de indicios racionales o sospechas fundadas de la participación en los hechos. Antes de la formalización de ese juicio de inculpación es cuando debe presentarse el suplicatorio (FJ 5º), de manera que la exigencia de indicios racionales de criminalidad o sospechas fundadas de la participación del aforado es congruente con la finalidad institucional de la prerrogativa, y en nada afecta al mandato representativo del parlamentario. La prerrogativa, así interpretada, no impide al juez investigar pero veda los actos que sujeten al parlamentario a un procedimiento penal, pues para dictarse tales actos es precisa la autorización de la Cámara (FJ 6º), por lo que en definitiva no se ha infringido el art. 23.2 de la CE en relación con el 71.2.

1) Principio de legalidad

a) Alcance del principio de taxatividad (art. 25.1 CE)

Las SSTC 123/2001, 125/2001, 126/2001 y 127/2001, todas de 4 de junio y todas de la Sala Segunda, todas relacionadas con el asunto FILESA, presentan otro aspecto de interés. Los recurrentes consideran que el Tribunal Supremo había realizado una interpretación extensiva de los preceptos penales para sancionar una conducta (la falsedad ideológica) que había sido despenalizada en 1995. Alegan que la primera calificación de los hechos, durante la instrucción, fue la de falsedad ideológica y que, despenalizada ésta, se los calificó como simulación (penada tanto en el Código de 1973 como en el de 1995). El TC recuerda lo limitado de su control, pues no le corresponde fijar la interpretación de la legalidad ordinaria ni menos aún imponer aquella que mejor proyecte los contenidos constitucionales. Conforme al art. 25.1 CE, el TC sólo puede proscribir interpretaciones extensivas (aplicación analógica *in mala parte*m, vulneradora del principio de legalidad) lo que en este caso no ocurre pues, sin entrar a valorar su mayor o menor corrección, la interpretación de la legalidad efectuada por el TS no es contraria al principio de legalidad. Todo se reduce entonces a una discrepancia entre los recurrentes y el TS a propósito de la interpretación de la legalidad. Para los recurrentes simular un documento es confeccionarlo de modo que induzca a error sobre su contenido, mientras que para el TS basta con emitir un documento totalmente falso. Los recurrentes entienden por inauténtico el documento no genuino, es decir, el que carece del origen que dice tener; por el contrario para el TS lo que denomina falsedad total (los documentos del caso) determina también la inautenticidad.

b) Recargos tributarios, sanción y garantías constitucionales ex artículos 25.1 y 24.2 CE

La STC 93/2001, de 2 de abril, analiza sendos recargos tributarios del 50 por ciento y del 10 por ciento —en aplicación del art. 61.2 de la LGT en sus redacciones respectivamente de 1991 y 1985— por haber ingresado fuera de plazo en 1994 las autoliquidaciones del Impuesto sobre Valor Añadido. Se estima que el segundo no constituye una san-

III. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas

ción en sentido propio o estricto ni tiene una finalidad represiva sino que constituye un estímulo para el cumplimiento de las obligaciones tributarias (invoca la STC 164/1995). El primero, en cambio, vuelve a declararse (vid. STC 276/2000) que desempeña una función de castigo o sanción y que no se aplicaba con las garantías que se deducen de los artículos 25.1 y 24.2 CE. Se otorga el amparo. La Sentencia tiene un Voto Particular concurrente en el fallo y disidente de la argumentación.

J) Autonomía universitaria y homologación de planes de estudios (art. 27.10 CE)

STC 103/2001, de 23 de abril, Sala Segunda. Amparo interpuesto por la Universidad Politécnica de Madrid contra varios arts. del Real Decreto 1267/11994 (que modificaba el Real Decreto 2508/1987 de directrices generales comunes), contra resoluciones del Consejo de Universidades que aplicaron el decreto modificado y contra las sentencias contencioso-administrativas que desestimaron las pretensiones de la Universidad actora. Es un caso claro de amparo contra reglamento administrativo.

El TC parte de su jurisprudencia anterior para rechazar el amparo. Recuerda que la autonomía universitaria es compatible con las facultades del Gobierno para fijar la estructura de los planes de estudios que después las Universidades elaboran. La función gubernamental se proyecta sobre los títulos oficiales con respecto a los cuales puede imponer los contenidos que considere imprescindibles y comunes. Además las normas impugnadas afectan sólo a la estructura formal de los planes (máximo de créditos, porcentajes de distintos tipos de asignaturas, carga máxima de los ciclos) y deja margen de discrecionalidad suficiente a las Universidades. No afectan por tanto a la autonomía universitaria. Tampoco hay afectación por el empleo de conceptos jurídicos indeterminados: la imposición de “coherencia formativa” o el recurso a la “excepcionalidad” para eximir del cumplimiento de determinados requisitos. Por lo demás, la función reservada al Consejo de Universidades para apreciar las excepciones o el cumplimiento del requisito de coherencia no presupone arbitrariedad.

K) Libertad sindical, igualdad de trato y sindicato más representativo (art. 28)

STC 147/2001, de 27 de junio, Sala Primera, en la que el Tribunal considera compatible la igualdad de trato entre centrales sindicales y el derecho a la libertad sindical con el hecho de que se establezcan subvenciones sindicales que en algunos de sus programas se reserven exclusivamente a los sindicatos más representativos.

4. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A) Derecho de asilo (art. 13 CE)

a) Carácter personal de la persecución

En la STS de 13 de marzo de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, (Ponente Nicolás Maurandi Guillén) el TS recuerda su reiterada doctrina que sostiene que para la conce-

sión de asilo no basta con la existencia en el país de nacionalidad del solicitante de una situación objetiva y generalizada de inseguridad, sino que es preciso que se haya proyectado sobre una persona de manera particular, que consten, al menos indiciariamente, datos que hagan aparecer como razonable el temor del solicitante de asilo de poder ser perseguido por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, extremos que no se justifican en el caso de autos, razón por la que se rechaza el recurso de casación.

b) Suspensión de la ejecutividad del acto

En la **STS de 6 de febrero de 2001**, Sala Tercera, Sección Sexta (Ponente Pedro Antonio Mateos García), se analiza la solicitud de suspensión de la Resolución del Ministerio del Interior que denegó la petición de asilo deducida por el recurrente, con obligación de salida del territorio nacional. El TS afirma que la denegación de la suspensión interesada, so pretexto de que el acto recurrido es de carácter negativo, vulnera la reiterada jurisprudencia al respecto y estima que dada la conmoción política y social existente en los países africanos, asolados por muy graves conflictos, procede acceder a la solicitud de suspensión mientras se sustancia el proceso “ya que los intereses públicos o generales no resultan singularmente comprometidos ni afectados por la permanencia del recurrente en España, y sin embargo, sí se verían altamente comprometidos los del recurrente, ante la susceptibilidad de que se irrogaran a éste daños de reparación imposible o difícil”.

B) Derecho a la intimidad y prueba biológica de paternidad

En la **STS de 24 de enero de 2001**, Sala de lo Civil (Ponente José Manuel Martínez-Pereda), se recuerda la doctrina sobre la obligación de someterse a la prueba biológica cuando es ordenada razonadamente dentro del proceso por la autoridad judicial, por prevalecer el interés social y el orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, no infringiéndose con ello ni el derecho a la integridad física ni a la intimidad.

C) Libertad de información. Límite por ausencia de veracidad

La **STS de 10 de enero de 2001**, Sala de lo Civil (Ponente Martínez-Calcerrada y Gómez), analiza la publicación en un periódico de una información que involucraba al demandante en una reunión en la que se había fraguado el asesinato de un parlamentario, se le relacionaba con círculos de contrabando, implicándole asimismo con el GAL. Tras resumir la doctrina constitucional en supuestos de colisión del derecho al honor y la libertad de información, el TS concluye que no cabe otorgar prevalencia a este último derecho, ya que “no cabe derivar de un posible interés periodístico de la noticia la imputación de hechos tan graves a la persona del actor, y además, no se cumple con la mínima veracidad de que los hechos fueran ciertos y, menos aun, que esas fuentes de procedencia avalen cualquier impunidad en su divulgación”.

D) Libertad de expresión. Inexistencia del “derecho al insulto”

La STS de 30 de enero de 2001, Sala Primera (Ponente Romero Lorenzo), analiza la publicación en un periódico de difusión regional de un conjunto de artículos que contiene calificativos como “zángano”, “parásito ridículo y pretencioso”, “pobre artículo de bromas”, “catástrofe natural”, “parto imperfecto”, “estropicio genérico” referidos al demandante. El TS estima incontestable el carácter vejatorio y peyorativo de tales vocablos, sin que del contexto en el que tienen lugar tales expresiones se deduzca que puedan guardar relación con el enjuiciamiento crítico de las actividades públicas —políticas o profesionales— que desarrolla o haya desarrollado el demandante, a ninguna de las cuales se menciona, por lo que la utilización de tales epítetos ha de considerarse absolutamente innecesaria, y, por ende, injustificable. Se trata de una serie de graves improperios, carentes de todo valor noticiable, tendentes a denigrar al actor en tanto que ciudadano particular, con total falta de respeto a su dignidad personal que ha de verse reflejado en su consideración a los demás. Incumbía al periodista demandado la demostración de que los términos despectivos e injuriosos con los que se alude al actor resultaban necesarios e imprescindibles para la labor que lleva a cabo a través de la prensa, y en el caso de autos no respondía a ninguna posible finalidad formativa de la opinión pública.

E) Derecho a participar en asuntos públicos: cargos públicos representativos. Limitación inconstitucional tiempos de debate

En la STS de 4 de diciembre de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima (Ponente Manuel Goded Miranda), se estudia la impugnación de un acuerdo del Pleno de un Ayuntamiento que dispuso que el tiempo máximo de intervención de los debates de cada Grupo municipal sería de un minuto, estableciéndose únicamente dos turnos de debate para cada orden del día de la misma duración. La limitación del tiempo máximo de intervención, de forma genérica y cualquiera que sea la materia a tratar, implica necesariamente constreñir a los Concejales a que, en la mayor parte de los casos realicen un ejercicio imposible de síntesis, dejando vacío de contenido y reducido a un puro formalismo el derecho a participar en los debates a los diversos Grupos políticos. Además, a través de los debates, los Concejales ejercen su función de control y fiscalización de los órganos de gobierno del Ayuntamiento, así como el derecho de crítica. La ordenada exposición de la opinión de las minorías es esencial al sistema democrático de gobierno que no consiste en que la mayoría gobierne, sin más, sino que lo haga teniendo presente las legítimas razones que en cada materia pueda poner de manifiesto la minoría.

JAVIER GARCÍA ROCA

PABLO SANTOLAYA

ISABEL PERELLÓ

RAÚL CANOSA

ALFREDO ALLUÉ

RAFAEL BUSTOS

IV. FUENTES DEL DERECHO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Ley. A) Reserva de Ley en materia sancionadora (art. 25.1 CE) y Ordenanza Municipal: la colaboración normativa es más flexible en este caso que en el de la relación Ley-Reglamento. B) Reserva de Ley en materia de derechos de configuración legal. a) El legislador debe respetar el contenido esencial de estos derechos (art. 24.1 CE). b) La Ley que define el juez competente debe tener una justificación objetiva (art. 24.2 CE). C) Ley de Presupuestos: criterios para definir el límite material de su contenido eventual. **3. Reglamento.** A) Distinción entre acto y norma: criterios jurisprudenciales; la forma jurídica de Acuerdo no es adecuada para aprobar un reglamento. B) Límites de la potestad reglamentaria. a) Jerarquía normativa: vulneración de este principio por preceptos de reglamentos de desarrollo de la Ley Hipotecaria; el carácter técnico del Reglamento Hipotecario no excluye su vinculación a la Ley y a los principios generales del Derecho o de naturaleza constitucional. b) Relación del Reglamento orgánico de un Ayuntamiento con los reglamentos estatales o autonómicos. c) Las disposiciones generales pueden establecer interpretaciones no auténticas de la Ley que desarrollen. C) Procedimiento de elaboración de los reglamentos. a) Interpretación del artículo 24 de la Ley del Gobierno en relación con el informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas, audiencia a las entidades interesadas y la memoria económica y justificativa sobre el contenido de la norma. b) Omisión del Dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de reglamentos autonómicos. D) Ordenanzas municipales. a) En materia de normalización del uso del euskera. b) Omisión de la memoria económica-financiera en el expediente aprobatorio de una Ordenanza. E) Circulares: naturaleza reglamentaria de las que son publicadas. F) Control judicial. a) Efectos de la impugnación indirecta: la anulación de los actos impugnados no determina automáticamente la nulidad de la disposición. b) La impugnación indirecta no está sujeta a plazo ni depende de que la disposición haya sido impugnada directamente. c) Acción de nulidad. No prescribe. **4. Principios constitu-**

cionales. A) Principio de irretroactividad de las leyes restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE): no resulta aplicable en relación con derechos cuya titularidad corresponde a entidades públicas. B) Principio de igualdad (art. 14 CE): se vulnera al no existir justificación razonable para un trato diferenciado; no ampara la discriminación por indiferenciación. C) Principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE): no se infringe en aquellos casos en que la falta de previsibilidad afecta a situaciones patrimoniales no consolidadas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca, por lo que se refiere a la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo hasta la referencia Ar. 1800 y respecto de las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, hasta la referencia Ar. 2516. La jurisprudencia constitucional ha sido analizada hasta la STC 132/2001 (BOE, de 3 de julio).

Tiene un especial interés en este ámbito la última de las Sentencias publicadas del Tribunal Constitucional, la citada STC 132/2001 que analiza la aplicación del principio de reserva de Ley en materia sancionadora (art. 25.1 CE) en relación con las Ordenanzas Municipales.

En la STC 109/2001, de 26 de abril, el Tribunal Constitucional continúa precisando los límites materiales del contenido eventual de la Ley de Presupuestos a través de una serie de criterios cuya aplicación no está exenta de problemas como muestra el Voto Particular que suscriben cuatro magistrados en relación con la citada Sentencia.

Sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria tiene especial interés la STS de 13 de noviembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Cuarta, Ar. 65, que introduce un planteamiento general en relación con la regulación en el art. 24 de la Ley del Gobierno (LG) del procedimiento de elaboración de los reglamentos y la trascendencia de la omisión de sus trámites. El Tribunal distingue en este contexto la función del procedimiento de elaboración como garantía *ad extra* “en la que se inscriben tanto la audiencia de los ciudadanos, directa o a través de organizaciones o asociaciones reconocidas por la Ley, prevista en el art. 24.1.c) LG, como la necesidad de una motivación de la regulación que se adopta” en la medida necesaria para evidenciar que el contenido discrecional que incorpora la norma no supone un ejercicio arbitrario de la potestad reglamentaria”, y, por otro lado, “otro de garantía interna encaminada a asegurar no sólo la legalidad sino también el acierto de la regulación reglamentaria, en la que se inscriben los informes y dictámenes preceptivos a que se refiere el artículo 24.1.b) LG”.

2. LEY

A) Reserva de Ley en materia sancionadora (art. 25.1 CE) y Ordenanza Municipal: la colaboración normativa es más flexible en este caso que en el de la relación Ley-Reglamento

La STC 132/2001, de 8 de junio de 2001 (BOE de 3 de julio) resuelve el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia que confirmó la sanción de suspensión de una licencia de autotaxi por tres meses impuesta por el Ayuntamiento de Madrid con base en el art. 54.B).1 de la Ordenanza Municipal reguladora del servicio de vehículos de alquiler con aparato taxímetro, de 28 de diciembre de 1979. En esta Sentencia el Tribunal Constitucional analiza la aplicación de la reserva de ley en materia sancionadora en relación con las Ordenanzas municipales.

El Tribunal admite que en el ámbito de las relaciones de “especial sujeción” o “de poder especial” la Constitución o la ley de acuerdo con la Constitución permiten modular determinados derechos constitucionales de los ciudadanos entre los que se cuenta el derecho a la legalidad sancionadora del art. 25.1 CE como muestra la jurisprudencia constitucional. Esta posible modulación no permite sin embargo admitir, ni en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción, una sanción carente de toda base normativa legal. En relación con el caso que resuelve la Sentencia, el Tribunal precisa que “ningún precepto constitucional prevé, ni explícita ni implícitamente la limitación de derechos constitucionales en un ámbito de actividad económica privada, aunque esté intervenida y reglamentada, como es la prestación de servicios de transporte en auto-taxi” y que “ninguna Ley vigente al tiempo de la infracción sancionada modulaba el disfrute de los derechos fundamentales de quien hoy pide nuestro amparo”. En conclusión “con independencia de cómo se denomine la relación que une al titular de la licencia de auto-taxi con su Ayuntamiento, no hay fundamento alguno para que la sanción impuesta al recurrente carezca de la cobertura legal que, con carácter general, exige el art. 25.1 CE” (FJ 4º).

El art. 25.1 CE exige que la Ley tipifique los elementos esenciales de las infracciones administrativas y de sus correspondientes sanciones, correspondiendo al Reglamento, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley. La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al ámbito de las Ordenanzas municipales requiere formular algunas precisiones, dado que, por ejemplo, el ámbito de la colaboración normativa de los Municipios en relación con los tributos locales es mayor que el que corresponde a la normativa reglamentaria estatal. Esta declaración la apoya el Tribunal en dos datos que considera relevantes: “que las Ordenanzas municipales se aprueban por un órgano —el pleno del Ayuntamiento— de carácter representativo [art. 22.2.d) de la Ley reguladora de las bases del régimen local de 1985]; y que la garantía constitucional de la autonomía local (arts. 137 y 140 CE) impide que la Ley contenga una regulación agotadora de una materia (...) donde está claramente presente el interés local” (FJ 5º).

Esta doctrina jurisprudencial, formulada inicialmente en relación con los tributos locales (STC 233/1999) se aplica con una mayor o menor flexibilidad según el alcance de la reser-

va de ley aplicable puesto que, como reiteradamente ha declarado el Tribunal, “la reserva de Ley sancionadora del art. 25.1 CE es más estricta que la del art. 133.1 CE” (FJ 5°).

El Tribunal concluye destacando las dos exigencias mínimas que exige la aplicación del art. 25.1 CE en este ámbito de las Ordenanzas locales. Así, precisa que “en primer término y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la Ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de los tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal– sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción”. A continuación el Tribunal añade que “en segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica” (FJ 6°). En definitiva, “no hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza Municipal puede o debe ser castigada”; “la flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la Ley, pero no permite la inhibición del legislador” (FJ 6°).

En el caso que resuelve la Sentencia 132/2001 el Tribunal entiende vulnerado el derecho regulado en el art 25.1 CE por falta de cobertura legal (estatal o autonómica) de la sanción de suspensión de licencia de autotaxi prevista en el art. 54.B).1 de la Ordenanza Municipal del Ayuntamiento de Madrid citada.

B) Reserva de Ley en materia de derechos de configuración legal

a) El legislador debe respetar el contenido esencial de estos derechos (art. 24.1 CE)

La STC 115/2001, de 10 de mayo (BOE de 8 de junio) resuelve la cuestión interna de inconstitucionalidad suscitada en relación con los arts. 108.2 de la Ley Orgánica 4/1987 de la competencia y organización de la jurisdicción militar y 127.1 de la Ley Orgánica 2/1989 procesal militar, que prohíben el ejercicio de la acción penal en calidad de acusador particular en el ámbito de la jurisdicción castrense cuando ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación. Esta regulación infringe a juicio del Tribunal Constitucional el art. 24.1 de la Constitución, “ya que aunque el derecho a la tutela judicial efectiva es de configuración legal, el legislador ha de respetar siempre su contenido esencial (art. 53.1 CE) de suerte que no son constitucionalmente admisibles obstáculos (...) que sean innecesarios y excesivos y carezcan de razonabilidad y proporcionalidad respecto de las finalidades para las que se establecen” (FJ 11°).

b) La Ley que define el juez competente debe tener una justificación objetiva (art. 24.2 CE)

La STC 131/2001, de 7 de junio (BOE de 3 de julio) resuelve la cuestión de inconstitucionalidad suscitada en relación con los arts 11.1 y 10.1.c) de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 (modificada por la Ley 10/1973) en cuanto atribuyen a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid la competencia para conocer de los actos de Ministros, autoridades y órganos centrales de inferior jerarquía resolutorios de recursos administrativos que confirmaren el acto recurrido, por su posible contradicción con el art. 24 CE. Esta regulación no vulnera el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE) pues el Tribunal Superior de Justicia de Madrid es un órgano judicial ordinario cuya competencia, por disposición legal, se extiende a los recursos contra determinados actos de la Administración estatal.

La Constitución no otorga un derecho al Juez natural en el sentido entendido por la Sala como Juez más próximo al justiciable, sino el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24.2 CE). En este sentido los arts 11.1 en relación con el 10.1.c) LJCA de 1956 cuestionados establecen una regla que tiene una justificación objetiva como es la de atribuir la competencia a un órgano jurisdiccional radicado en el lugar del que procede el acto recurrido, por lo que el Tribunal declara su conformidad con la Constitución.

C) Ley de Presupuestos: criterios para definir el límite material de su contenido eventual

En la STC 109/2001, de 26 de abril (BOE de 29 de mayo) el Tribunal Constitucional reitera su doctrina relativa al límite material del contenido eventual de la Ley de Presupuestos, definido por el art. 134.2 CE. En la citada Sentencia, el Tribunal resuelve las cuestiones de inconstitucionalidad suscitadas en relación con el art. 15 de la Ley 40/1980, de 5 de julio, de Inspección y Recaudación de la Seguridad Social en la redacción que le dieron tanto el art. 26 de la Ley 33/1987, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1988, como la Disposición Adicional Novena de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990 por posible vulneración de los arts. 66.2 y 134.2 CE. A través de estos preceptos se modifica el régimen general de prelación de los créditos previsto con carácter general en los arts. 1924 CC y 913 CCom atribuyendo a los créditos de la Seguridad Social un grado de preferencia absoluta para su cobro.

El Tribunal afirma la estrecha relación de la norma impugnada con la previsión de ingresos, ya que la concesión de una mejor posición en el orden de prelación de los créditos pendientes tiene una incidencia efectiva en los ingresos de la Seguridad Social, lo que justifica su inclusión en la Ley de Presupuestos. Además esta regulación en cuanto tiende a reforzar las posibilidades recaudatorias del sistema de la Seguridad Social constituye un objetivo de política económica y financiera del sector público estatal tendente a hacer efectiva esa previsión de ingresos.

Finalmente, el Tribunal concluye que ninguno de estos argumentos queda desvirtuado porque la norma en cuestión tenga vocación de permanencia y por tanto su sede normativa natural técnicamente más correcta sea la legislación general relativa a esta cuestión, ya que el control de constitucionalidad no es un juicio sobre la cualidad técnica del ordenamiento jurídico ni sobre la oportunidad de las opciones adoptadas por el legislador.

En el Voto Particular que se formula en relación con esta Sentencia, suscrito por cuatro magistrados entre los que se cuenta el ponente, se rechaza la conclusión del Pleno al entender que el precepto discutido no cumple los requisitos que el Tribunal ha precisado en relación con el contenido eventual de la Ley de Presupuestos, ya que sólo tiene una repercusión circunstancial en los ingresos del Estado, carece de relación con ninguna medida dirigida a la mayor inteligencia o mejor ejecución del presupuesto y además resulta ajeno a ninguna concreta política económica del Gobierno. Junto a estos argumentos en el Voto Particular se expone que el precepto en cuestión al alterar el régimen común de la prelación de los créditos previsto con carácter general en los arts. 1924 CC y 913 CCom para colocar a los créditos de la Seguridad Social en un grado de preferencia absoluta constituye una norma típica de derecho codificado, con vocación de permanencia, cuya exclusión del ámbito material de la Ley de Presupuestos no deriva desde este punto de vista de que ésta sólo admita normas de eficacia temporal limitada, sino de la quiebra que dicha incorporación pueda determinar del principio de seguridad jurídica entendido como certeza en el Derecho.

La STC 109/2001, de 26 de abril, y su Voto Particular manifiestan la dificultad e imprecisión de la aplicación de los criterios que definen el contenido eventual de las Leyes de Presupuestos, esto es, el conjunto de normas que pueden integrar el contenido de las mismas y que no constituyen directamente una previsión de ingresos o una habilitación de gastos.

3. REGLAMENTO

A) Distinción acto-norma: criterios jurisprudenciales; la forma jurídica de Acuerdo no es adecuada para aprobar un reglamento

En la STS de 18 de diciembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Cuarta, Ar. 79, el Tribunal afirma que el Acuerdo impugnado del Pleno del Ayuntamiento de Santander por el que se fijan las indemnizaciones y retribuciones de los miembros de la Corporación tiene naturaleza y condición de disposición reglamentaria porque no se consume con un cumplimiento singular y porque innova el ordenamiento jurídico.

El Acuerdo del Consell de la Generalitat Valenciana de 11 de mayo de 1992 por el que se dispone la adaptación de las retribuciones de los facultativos especialistas de cupo que no hubieran ejercido la opción de integración como facultativos especialistas de distrito,

tiene naturaleza reglamentaria. El Tribunal Supremo considera que este Acuerdo es innovador del ordenamiento jurídico y que, por lo tanto, la forma de Acuerdo que adopta es inadecuada a su contenido, dado que no sólo regula las cuestiones retributivas sino también el ámbito de actuación y asistencia de los facultativos, su dedicación, horario o jornada, modificando la normativa existente con anterioridad (STS de 9 de marzo de 2001, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Séptima, Ar. 1708).

La STSJ del País Vasco de 7 de septiembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Tercera, Ar. 2285, considera que el Acuerdo del Ayuntamiento de Bilbao de 16 de junio de 1997, por el que se acuerda no proceder a autorizar ni tampoco al reconocer nuevas compatibilidades a su personal, es un acto administrativo, porque no innova el ordenamiento jurídico, sino que únicamente lo aplica con base en la potestad de autoorganización municipal, no obstante afectar a todos los funcionarios del Ayuntamiento.

B) Límites de la potestad reglamentaria

a) Jerarquía normativa: vulneración de este principio por preceptos de reglamentos de desarrollo de la Ley Hipotecaria; el carácter técnico del Reglamento Hipotecario no excluye su vinculación a la Ley y a los principios generales del Derecho o de naturaleza constitucional

El art. 332.6 del Reglamento Hipotecario impone a los Registradores el deber de exigir el cumplimiento de las normas vigentes sobre protección de datos de carácter personal e impide que atiendan las solicitudes de publicidad en masa o indiscriminadas. El citado precepto vulnera el art. 222.6 de la Ley Hipotecaria ya que reproduce la formulación inicial de aquel precepto legal que fue eliminada en el trámite parlamentario “lo que justifica la denuncia de la Asociación demandante acerca de que por vía reglamentaria se ha pretendido establecer un régimen jurídico repudiado por el legislador” (STS de 12 de diciembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Sexta, Ar. 552).

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 31 de enero de 2001, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Sexta, Ar. 1083, declara que el carácter técnico del ejercicio de la potestad reglamentaria en materia inmobiliaria-registral, “no presupone laxitud en el estricto respeto de los aludidos principios básicos del sistema jurídico”. En este sentido, el Tribunal aclara que “aun cuando la reforma del Reglamento Hipotecario pretenda dar respuesta a las necesidades del tráfico inmobiliario actual y a otras realidades extrarregistrales, lo cierto es que no puede efectuarse en contra o al margen de la Ley Hipotecaria, el Código Civil o cualquier otra disposición con rango de ley, pues el cometido de desarrollo y colaboración propio del Reglamento no puede alcanzarse a costa de aquellos principios a pesar de que la Ley pueda contener elementos alógicos insalvables mediante la interpretación, lo que, en tal caso, justificaría su sustitución por vía parlamentaria y no reglamentaria”.

b) Relación del Reglamento orgánico de un Ayuntamiento con los reglamentos estatales y autonómicos

La relación entre los Reglamentos orgánicos de los Ayuntamientos y las normas reglamentarias estatales y autonómicas no puede describirse en términos de primacía o de subordinación, sino que partiendo del modelo organizativo común delineado por las Entidades Locales por la normativa estatal, es innegable la facultad de que gozan estas últimas para dotarse de una organización complementaria que les permita añadir nuevas reglas que desarrollen el modelo citado pero sin alterarlo ni contradecirlo (STS de 13 de diciembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Cuarta, Ar. 77).

c) Las disposiciones generales pueden establecer interpretaciones no auténticas de la Ley que desarrollen

Según la STSJ de Navarra de 3 de junio de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Única, Ar. 2249, “las disposiciones administrativas pueden sin duda establecer interpretaciones de la Ley que desarrollan, ahora bien, debe subrayarse que no es posible otorgar a los Reglamentos el valor de interpretación auténtica de las Leyes que desarrollan, por la sencilla razón de que la Administración no es el legislador. El juez no está, pues, vinculado por la interpretación que de una Ley haga el Reglamento. Las normas interpretativas o aclaratorias que en base a autorizaciones legales (...) puedan dictarse son simples normas reglamentarias y la interpretación que en ellas pueda darse a la Ley tienen desde luego, todo el valor que corresponda a su rango normativo, pero no constituir interpretación auténtica de la Ley”.

C) Procedimiento de elaboración de los reglamentos**a) Interpretación del artículo 24 de la Ley del Gobierno en relación con el informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas, la audiencia a las entidades interesadas y la memoria económica y justificativa sobre el contenido de la norma**

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 13 de noviembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Cuarta, Ar. 65, estima el recurso interpuesto por la Coordinadora de Organizaciones de Agricultores y Ganaderos contra el RD 2033/1998, de 25 de septiembre, por el que se establecía la normativa específica del régimen de apoyo a los productores de trigo en España.

La ausencia de informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas en una materia que por requerir la determinación de la normativa básica estatal incide en la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas (art. 24.3 Ley Gobierno) determina la nulidad de la disposición.

La audiencia a las entidades interesadas en el procedimiento de elaboración de un reglamento no se entiende cumplida por la mera participación en reuniones sino que en vir-

IV. Fuentes del Derecho

tud de lo previsto en el art. 24.1.d) de la Ley del Gobierno es preciso que se concrete en informes y consulta en el proceso de elaboración.

La existencia de una memoria económica y de una memoria justificativa genérica sobre el contenido de la norma cubre formalmente el trámite previsto en el art. 24.1.b) de la Ley del Gobierno pero “funcional y teleológicamente no sirve para motivar un aspecto material del RD 2033/1998 (...) como es (...) la exclusión del suplemento del pago compensatorio a las superficies de regadío”. Para el Tribunal Supremo “el cumplimiento efectivo de las exigencias derivadas del art. 24.1.b) requiere alguna motivación explícita sobre tal extremo, de manera que resulte del propio expediente seguido que no se ha hecho un uso arbitrario de la potestad reglamentaria”.

En el mismo sentido, la STS de 15 de noviembre de 2000, (Sala de lo Cont.-Adm., Sección Cuarta, Ar. 66.

b) Omisión del Dictamen del Consejo de Estado en la elaboración de reglamentos autonómicos

La STSJ del País Vasco de 28 de septiembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Segunda, Ar. 2284, reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 30 de septiembre de 1999, Ar. 7121, 15 de diciembre de 1999, Ar. 9463, o de 17 de enero de 2000, Ar. 263) según la cual el Dictamen del Consejo de Estado es obligatorio incluso en la elaboración de las disposiciones reglamentarias autonómicas que desarrollen Leyes de esta misma naturaleza, cuando la Comunidad Autónoma no esté dotada de un Órgano Consultivo semejante al Consejo de Estado.

D) Ordenanzas municipales

a) En materia de normalización del uso del euskera

En la Sentencia de 9 de octubre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Cuarta, Ar. 434, se reitera la jurisprudencia reseñada en el número anterior de esta Revista sobre Ordenanzas de normalización del uso del euskera que reproducen —en este caso en relación con el municipio de Alegia— la Ordenanza tipo que circula en el País Vasco sobre la materia.

b) Omisión de la memoria económico-financiera en el expediente aprobatorio de una Ordenanza

La omisión de la memoria económico-financiera en el expediente aprobatorio de la Ordenanza reguladora del estacionamiento vigilado de vehículos del Ayuntamiento de Ávila determina su nulidad al vulnerar el art. 26.2 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos. El Tribunal Supremo no admite la sustitución de la citada memoria económico-financiera por el estudio presentado por la empresa que ejecuta la Ordenanza (STS de 25 de octubre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Cuarta, Ar. 443).

E) Circulares: naturaleza reglamentaria de las que son publicadas

En el Auto de 27 de noviembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Primera, Ar. 110 de 2001, el Tribunal Supremo admite la impugnación indirecta de la Circular de 29 de junio de 1990 de la Delegación de Gobierno de Madrid que fija los horarios de cierre de establecimientos, ya que si bien las circulares “constituyen resoluciones administrativas que se engarzan en el ámbito propio de la organización administrativa con base al principio de jerarquía que gobierna su estructura”, “al haber sido debidamente publicada ha de concedérsele el valor de una norma reglamentaria que afecta territorialmente al ámbito de la Comunidad de Madrid”. (En el mismo sentido, Auto de 18 de diciembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Primera, Ar. 576 de 2001.)

F) Control judicial**a) Efectos de la impugnación indirecta: la anulación de los actos impugnados no determina automáticamente la nulidad de la disposición**

La anulación por la Audiencia Nacional de una serie de liquidaciones dictadas en aplicación del RD 2950/1979 por entender que dicha disposición era nula por falta de dictamen del Consejo de Estado no implica la nulidad del citado Real Decreto ya que la Audiencia no era competente para anular dicha disposición (STS de 13 de diciembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Segunda, Ar. 973).

b) La impugnación indirecta no está sujeta a plazo ni depende de que la disposición haya sido impugnada directamente

Sea cual sea el tiempo transcurrido es posible la impugnación de los actos de aplicación del reglamento ilegal y la consiguiente denuncia del vicio que invalide aquél: “Esta posibilidad, ilimitada en el tiempo, no está condicionada tampoco ni por la falta de utilización dentro de plazo del recurso directo ni por la suerte que haya podido correr, de forma que es perfectamente posible que, aunque el recurso directo hubiera llegado a desestimarse por entender el Tribunal que el Reglamento impugnado no estaba afectado de vicio alguno, pueda obtenerse más adelante una declaración distinta mediante la estimación de un recurso indirecto” (STSJ de Cantabria de 2 de noviembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Única, Ar. 2312).

c) Acción de nulidad: no prescribe

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 22 de diciembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Sección Séptima, Ar. 1698., rechaza la causa de inadmisibilidad declarada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que consideró firme el Decreto Foral 275/1989, de 20 de diciembre, por el que se desarrollaba el art. 5, apartado 2, del Decreto Foral 144/1989, de 16 de junio, al no haberse

IV. Fuentes del Derecho

interpuesto contra el mismo los recursos procedentes. El art. 5 del Decreto 144/1989 aprobaba la plantilla orgánica provisional del personal funcionario y el Decreto 275/1989 en desarrollo del anterior adscribía a determinados funcionarios a la ejecución o supervisión del Plan Trienal de inversiones, lo que suponía la percepción de un complemento retributivo de dedicación exclusiva.

La Sentencia, partiendo del carácter normativo de ambos Decretos admite la interposición de la acción de nulidad en relación con el Decreto 275/1989, ya que la misma no prescribe y puede ejercerse “en cualquier momento”.

4. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) Principio de irretroactividad de las Leyes restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE): no resulta aplicable en relación con derechos cuya titularidad corresponde a entidades públicas

El principio de irretroactividad de las Leyes recogido en el art. 9.3 CE se refiere a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, refiriéndose este último supuesto a limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona. En consecuencia, no cabe aplicar este precepto en aquellos casos en que la titularidad de los derechos afectados corresponde a entidades públicas como las Corporaciones Locales (STC 131/2001, de 7 de junio, FJ 5º, BOE de 3 de julio).

B) Principio de igualdad (art. 14 CE): se vulnera al no existir justificación razonable para un trato diferenciado; no ampara la discriminación por indiferenciación

La exclusión del régimen reconocido de manera general para el ejercicio de la acusación particular en el proceso penal militar en los casos en que ofendido e inculpado sean militares y exista entre ellos relación jerárquica de subordinación que regulan los arts. 108.2 de la Ley Orgánica 4/1987 de la competencia y organización de la jurisdicción militar y 127.1 de la Ley Orgánica 2/1989 procesal militar es inconstitucional por vulneración del principio de igualdad regulado en el art. 14 CE (STC 115/2001, de 10 de mayo, BOE de 8 de junio). A juicio del Tribunal Constitucional, la citada regulación viene a establecer dos grupos diversos de personas respecto del ejercicio de la acción penal en su condición de ofendidos por un delito de naturaleza militar, de modo que se introduce un régimen desfavorable para los militares vinculados entre sí por relación de subordinación, que implica un trato discriminatorio dado que no cabe justificarlo en el principio de disciplina y jerarquía propio de la institución militar en que aparece inspirado. La disciplina militar se refiere a la organización y funcionamiento de la Administración militar pero carece de aplicación en el ámbito jurisdiccional, ya que la jurisdicción militar está sometida a los principios constitucionales de independencia del órgano judicial y a las garantías sustanciales del proceso y de los derechos de defensa.

En consecuencia, al no existir justificación razonable y objetiva que legitime constitucionalmente la exclusión o prohibición de ser parte en el procedimiento penal militar en el supuesto analizado, el Tribunal Constitucional declara que se vulnera el principio de igualdad en la ley garantizado por el art. 14 de la Constitución.

El art. 14 CE no ampara la denominada discriminación por indiferenciación (SSTC 86/1985 y 19/1988), esto es, la falta de distinción en la regulación normativa cuando los supuestos son desiguales; la Constitución no garantiza el derecho a imponer o a exigir diferencias de trato cuando los casos regulados por la norma presentan diferencias (STS de 12 de enero de 2001, Sala de lo Cont.-Adm., Secc. Séptima, Ar. 1635).

Esta doctrina jurisprudencial se reproduce en la STS de 22 de diciembre de 2000, Sala de lo Cont.-Adm., Secc. Séptima, Ar. 1699, que rechaza la vulneración del principio de igualdad por la existencia de un tratamiento igual a efectos fiscales de propietarios de fincas urbanas en general y aquellas otras que están sujetas a arrendamientos.

C) Principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE): no se infringe en aquellos casos en que la falta de previsibilidad afecta a situaciones patrimoniales no consolidadas

En su Sentencia 131/2001, de 7 de junio (BOE de 3 de julio) el Tribunal Constitucional resuelve la cuestión de inconstitucionalidad suscitada en relación con el art. 1 de la Ley 5/1993, de 16 de abril, sobre liquidación definitiva de la participación de las Corporaciones locales en los tributos del Estado correspondiente al ejercicio de 1990. El órgano promotor de la cuestión entendía que este precepto fijaba un índice de evolución de la financiación de las Corporaciones locales para 1990 inferior al señalado en la Ley 39/1988 para el quinquenio 1989-1993, lo cual implicaría una aplicación de la Ley 5/1993 a situaciones de hecho producidas y desarrolladas con anterioridad a ella, afectando a derechos adquiridos y consolidados por la legislación anterior, con infracción del principio de seguridad jurídica. Esta Sentencia se refiere al mismo supuesto que la STC 104/2000, de 13 de abril, reseñada en el núm. 9 de esta Revista.

JORGE AGUDO GONZÁLEZ
ANA DE MARCOS FERNÁNDEZ

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

Actos y Procedimiento Administrativos

Sumario:

1. Consideración preliminar. **2. Clases de actos.** A) Actos de ejecución y derecho a la tutela judicial efectiva. **3. Discrecionalidad.** A) Distinción entre potestades discrecionales y regladas. Los conceptos jurídicos indeterminados. B) Modulaciones en el control por parte de los Tribunales de actos producidos en el ámbito de la llamada “discrecionalidad técnica”. **4. Procedimiento Administrativo.** A) Cumplimiento del trámite de audiencia. **5. Requisitos del acto administrativo.** A) Cuando se exige la motivación, ésta es un requisito de fondo e indispensable. **6. Eficacia y ejecución forzosa.** A) La negativa a recibir una notificación no genera indefensión en su destinatario. **7. Invalidez del acto administrativo.** A) La invalidez de un acto implica la de los sucesivos dependientes del declarado nulo. **8. Eliminación del acto administrativo.** A) Para rectificarse una nota atribuida a un alumno con el consiguiente efecto declarativo de derechos, debe impugnarse el acto calificador ante los Tribunales Contencioso-Administrativos previa declaración de lesividad.

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 marzo a abril de 2001 (marginales 2200 a 49) respecto de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia, no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

2. CLASES DE ACTOS

A) Actos de ejecución y derecho a la tutela judicial efectiva

La STS de 2 de enero de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 3º, Ar. 1144, distingue entre ejecutividad y actividad de ejecución. Afirma que la ejecutividad expresa una cua-

lidad de la resolución administrativa “consistente en la posibilidad que le permite ser llevada a la práctica mediante actos materiales de ejecución”, mientras que la actividad de ejecución consiste en “esos propios actos materiales por los que se lleva a la práctica la resolución, y que son algo distinto de esta última, aunque arranquen de ella”.

Una vez precisado lo anterior el Tribunal establece que en el procedimiento sancionador “(...) el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface (...) cuando antes de la ejecución, se permite someter a la decisión de un Tribunal la ejecutividad, para que éste resuelva sobre la suspensión. Y, por tanto se vulnera ese derecho fundamental, no cuando se dictan actos que gozan de ejecutividad, sino cuando en relación a los mismos se inician actos materiales de ejecución, sin ofrecer al interesado la posibilidad de instar la suspensión de esa ejecutividad”. En consecuencia, “(...) La ejecutividad de los actos administrativos sancionadores no es en principio contraria al derecho reconocido en el art. 24 CE, y lo decisivo para que tal ejecutividad pueda ser considerada procedente, desde la perspectiva de dicho precepto constitucional, será su posibilidad de control jurisdiccional”. Es más, señala el Alto Tribunal que la Sentencia del TC 66/1984, de 6 de junio, “que abordó la anterior cuestión, afirmó que la efectividad de las sanciones no entra en colisión con la presunción de inocencia; y, por lo que hace a su ejecutividad, dijo asimismo que el derecho a la tutela judicial se satisface facilitando que dicha ejecutividad pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal, y que éste, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión (...)”.

3. DISCRECIONALIDAD

A) Distinción entre potestades discrecionales y regladas. Los conceptos jurídicos indeterminados

La STS de 12 de diciembre de 2000, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 5º, Ar. 522, se adentra en la distinción entre potestades discrecionales y regladas y entiende que los preceptos reguladores del nombramiento de fiscales del Tribunal Supremo, contenidos en la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, otorgan al Gobierno una potestad reglada para elegir el candidato a fiscal del Tribunal Supremo. Concretamente la sentencia sostiene que la expresión “candidato más adecuado” es un concepto jurídico indeterminado que define el único contenido posible de esa competencia de nombramiento que tiene atribuida el Gobierno. De esta forma, “la libertad reconocida al Gobierno no es propiamente una manifestación de discrecionalidad administrativa, sino una habilitación para que desarrolle el margen de apreciación que resulta inevitable en la tarea de individualización de ese ‘candidato más adecuado’.

Para llegar a esta conclusión, el Tribunal parte de las siguientes premisas conceptuales:

“(...) 1. La discrecionalidad administrativa es una figura cuyos perfiles teóricos no son claros, como lo demuestran los enormes esfuerzos doctrinales que se le vienen dedicando, y la preocupación de los últimos estudios por diversificarla en una amplia tipología y no reducirla a un único modelo.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

2. No obstante lo anterior, suele haber coincidencia en aceptar que, dentro de la proposición jurídica, la discrecionalidad opera respecto de la consecuencia jurídica y no sobre el supuesto de hecho (de ahí que una de las principales formas de su control vaya referida a los hechos determinantes).

3. Es usual también aceptar que la potestad propiamente discrecional encarna, frente a los mismos hechos, la posibilidad de optar entre necesidades diferentes y todas de interés general; y la consiguiente libertad de elegir entre las distintas actuaciones administrativas que específicamente reclaman cada una de esas singulares modalidades de interés general.

Y es dentro de este planteamiento donde cobra significación esa exigencia formal que se impone a los actos discrecionales de incluir su motivación: ésta es la exteriorización del específico interés público por el que se opta para legitimar la actuación administrativa elegida entre varias posibles; y su finalidad es asegurar más la inexistencia de desviación de poder que la ausencia de irracionalidad.

4. Suele asimismo admitirse la diferenciación entre potestades discrecionales y potestades regladas a través de elementos constitutivos de conceptos jurídicos indeterminados.

En estas últimas hay un solo interés público, y la libertad de que goza la Administración aparece referida al margen de apreciación que necesariamente conlleva la individualización de la única actuación legalmente autorizada para atender aquel interés, y que sólo genéricamente ha sido definida. Y para ese margen de apreciación suele aceptarse la amplia extensión que existe hasta el límite que representa la irracionalidad o la ostensible equivocación.

Ello es lo que explica que en la mayoría de sus manifestaciones no esté establecida la exigencia formal de la motivación. El control ha de ser realizado, pero no desde la averiguación de cuál pudo haber sido el interés público legitimador de la actuación administrativa, sino desde el diferente parámetro de la racionalidad de esta última (...)

B) Modulaciones en el control por parte de los Tribunales de actos producidos en el ámbito de la llamada “discrecionalidad técnica”

La STS de 16 de enero de 2001, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 3º, Ar. 611, en lo concerniente al control por los Tribunales de la llamada “discrecionalidad técnica” de la Administración, reitera la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo en esta materia y, concretamente, de forma literal, la contenida en la STS de 22 de junio de 1998, Ar. 5676, y sienta que el control por parte de los Tribunales del ejercicio de potestades discrecionales de carácter técnico cuenta con modulaciones que “(...) se justifican en una presunción de certeza o de razonabilidad de la actuación administrativa, apoyada en la especialización y la imparcialidad de los órganos establecidos para realizar informes. Ciertamente es una presunción *iuris tantum* que (...) puede ser desvirtuada si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume en el órgano calificador (...) bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda justifica-

ción del criterio adoptado, entre otros motivos por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega (...)”.

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

A) Cumplimiento del trámite de audiencia

La corrección formal en el cumplimiento del trámite de audiencia exige que al interesado se le ponga de manifiesto la totalidad del expediente administrativo, por lo que, como correctamente señala la **STS de 12 de febrero de 2001**, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 3º, Ar. 628, dicho trámite no podrá tenerse por cumplido si únicamente se pone “ (...) de manifiesto una parte del expediente que omite o no comprende otras que, no siendo reservadas o de no acceso para el interesado, si son objetivamente de conocimiento oportuno o conveniente para el ejercicio del derecho de alegación (...)”

5. REQUISITOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Cuando se exige la motivación, ésta es un requisito de fondo e indispensable

La **STS de 30 de enero de 2001**, Sala Tercera, Sección Séptima, FD 3º, Ar. 1147, a diferencia de la doctrina mayoritaria del Tribunal Supremo que conceptualiza la motivación como requisito de forma, considera el requisito de motivar los actos administrativos como un requisito material o de fondo y no simplemente formal. La sentencia afirma que la exigencia de motivación contenida en el art. 54.1 LRJPAC, significa que dicha motivación debe consistir:

“(...) en un razonamiento, en una explicación, o en una expresión racional del juicio, tras la fijación de los hechos y fundamentos de derecho de que se parte y tras la inclusión de éstos en una norma jurídica, y no sólo en una ‘elemental cortesía’, como expresaba ya una Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1981 (...), ni un simple requisito de carácter meramente formal, sino que lo es de fondo e indispensable, cuando se exige, porque sólo a través de los motivos pueden los interesados conocer las razones que “justifican” el acto, porque son necesarios para que la jurisdicción contencioso-administrativa pueda controlar la actividad de la Administración, y porque sólo expresándolos puede el interesado dirigir contra el acto las alegaciones y pruebas que correspondan según resulte de dicha motivación que, si se omite, puede generar indefensión prohibida por el art. 24.1 de la Constitución.

La motivación ha de ser suficientemente indicativa, lo que significa que su extensión estará en función de la mayor o menor complejidad de lo que se cuestione o de la mayor o menor dificultad del razonamiento que se requiera, lo que implica que pueda ser sucinta o escueta, sin necesidad de amplias consideraciones, cuando no son precisas ante la simplicidad de la cuestión que se plantea y que se resuelve (...)”

6. EFICACIA Y EJECUCIÓN FORZOSA

A) La negativa a recibir una notificación no genera indefensión en su destinatario

Si no consta la identidad ni el DNI del sujeto, distinto del interesado, que recibe la notificación de la resolución administrativa, ésta debe reputarse incorrectamente realizada, siendo ineficaz, como reitera la STS de 20 de diciembre de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, FD 3º, Ar. 1137. Por su parte, la STS de 2 de noviembre de 2000, Sala Tercera, Sección Segunda, FD 3º, Ar. 943, rechaza que la falta de constancia en la copia entregada al sujeto interesado de la fecha en la que la misma se practica determine su ineficacia, puesto que ello es imputable en exclusiva al mismo.

7. INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) La invalidez de un acto implica la de los sucesivos dependientes del declarado nulo

La STS de 19 de enero de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, FFDD 2º y 3º, Ar.1644, afirma que a contrario sensu de lo establecido en el art. 64 de la Ley 30/1992 (modificada por Ley 4/1999) la invalidez del acto implicará la de los sucesivos que sean dependientes del primero. Dicho criterio jurisprudencial se reitera en las SSTs de 12 de marzo de 1982, Ar. 1697, de 7 de diciembre de 1982, Ar. 256, y de 3 de octubre de 1984, Ar. 4692.

8. ELIMINACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

A) Para rectificarse una nota atribuida a un alumno con el consiguiente efecto declarativo de derechos, debe impugnarse el acto calificador ante los Tribunales Contencioso-Administrativos previa declaración de lesividad

La STS de 9 de noviembre de 2000, Sala Tercera, Sección Tercera, FFDD 1º a 4º, Ar.10692, reitera la doctrina contenida en las SSTs de 19 de mayo de 1999, Ar. 4497 y de 9 de diciembre de 1999, Ar. 8824, y establece que “en caso de rectificar una nota atribuida a un alumno con el consiguiente efecto declarativo de derechos”, debe impugnarse el acto calificador ante los Tribunales Contencioso-Administrativos previa declaración de lesividad. La sentencia tiene por origen el supuesto en el que un profesor publicó una “pre-acta” en la que figuraba el alumno recurrente con la calificación de aprobado. Posteriormente, al advertir dicho profesor que el alumno había copiado una de las preguntas del examen de una compañera, publicó otra acta en la que corregía la primera “preacta” y suspendía a dicho alumno.

BLANCA RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO
JUAN ANTONIO CHINCHILLA PEINADO

Contratos de las Administraciones Públicas

Sumario:

1. Consideración preliminar. 2. Ámbito de aplicación: negocios y contratos excluidos.

A) Un acuerdo entre un Ayuntamiento y una empresa municipal de otro Ayuntamiento no constituye un convenio interadministrativo. 3. Contratos administrativos y contratos priva-

dos. A) Carácter privado de los contratos celebrados por RTVE, aunque con aplicación de la doctrina de los actos separables. 4. Actos preparatorios y requisitos de los contratos.

A) Capacidad de los contratistas. a) Incompatibilidad para contratar. Aplicación de la normativa local. b) La prohibición de contratar por declaración o solicitud judicial de quiebra debe ser interpretada en sentido estricto. B) Pliego de Cláusulas Administrativas

Particulares. a) Reajuste y nuevo cálculo de las ofertas por indeterminación del pliego.

b) Nulidad de cláusula del pliego que incluye criterios de valoración subjetivos. c) Nulidad de baremo de concurso que se basa, de forma desproporcionada, en el arraigo territorial.

5. Formas de adjudicación. A) Contratación directa. a) Contratación directa sin justificación

suficiente. B) Concurso. a) Incorrecta actuación de la Mesa de Contratación al aceptar las renuncias de los dos mejores licitadores y proponer la adjudicación a favor del tercer mejor postor. b) Improcedencia de declaración de concurso desierto por transcurso del plazo para adjudicar el contrato. 6. Régimen jurídico de los contratos administrativos. A) Prerrogativas

de la Administración. a) Facultad de interpretar los contratos. B) Técnicas de garantía del equilibrio financiero. a) La revisión de precios no procede cuando se trata de una subida

salarial de los trabajadores del contratista, que estaba prevista y era ya conocida en el momento de concursar. b) Las cláusulas contractuales de revisión de precios tienen carácter

excepcional y han de ser interpretadas con carácter restrictivo. c) Enriquecimiento sin causa. C) Ejecución de los Contratos. a) Incumplimiento de Convenio urbanístico imputa-

ble a la Administración: reconocimiento de indemnización a favor de los particulares y determinación del resarcimiento conforme a las reglas generales aplicables al incumpli-

miento de las obligaciones. D) Resolución de los Contratos. a) Por incumplimiento del contratista: "no es precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento para proceder a la resolución contractual". b) La gravedad de los incumplimientos acreditados justifica la

resolución del contrato sin necesidad de previas amonestaciones o requerimientos.

c) No procede la resolución de un contrato adjudicado a una Unión de Empresas por la declaración judicial de quiebra de una de ellas que se solicita y realiza con posterioridad a la adjudicación. **7. Contratos administrativos típicos.** A) Contrato de servicio público.

a) La responsabilidad de asegurar la prestación de un concreto servicio impuesta obligatoriamente a un municipio no le exime, cuando opte por contratar la gestión del servicio con un tercero, de la observancia de las exigencias legalmente establecidas para adjudicar esa contratación.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica abarca el período comprendido entre los meses de octubre de 2000 a marzo de 2001, en el caso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y de octubre de 2000 a junio de 2000, para la de los Tribunales Superiores de Justicia, no habiéndose detectado ninguna novedad reseñable.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN: NEGOCIOS Y CONTRATOS EXCLUIDOS

A) Un acuerdo entre un Ayuntamiento y una empresa municipal de otro Ayuntamiento no constituye un convenio interadministrativo

La STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2000, Ar. 2309, anula un convenio celebrado entre un Ayuntamiento y una empresa municipal de otro Ayuntamiento, para la gestión y prestación del servicio público de agua potable en el primer municipio. Considera el Tribunal que el convenio encubre una auténtica concesión o cesión de la gestión del servicio público por un tercero distinto a la Administración local titular del servicio. En realidad se está ante la transferencia de potestades administrativas para la gestión de un servicio público municipal a una persona jurídica privada que actúa en el tráfico jurídico como una sociedad mercantil, aunque se haya constituido por una entidad local diferente.

Esta actuación no tiene cobertura ni en el art. 57 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, ni en la encomienda de gestión del art. 15 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. En este caso debía haberse acudido a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

3. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS PRIVADOS

A) Carácter privado de los contratos celebrados por RTVE, aunque con aplicación de la doctrina de los actos separables

Así lo declara la STS de 16 de enero de 2001, Ar. 1639, reiterando doctrina de este Tribunal.

4. ACTOS PREPARATORIOS Y REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

A) Capacidad de los contratistas

a) Incompatibilidad para contratar. Aplicación de la normativa local

Sostiene el TS, en su Sentencia de 19 de diciembre de 2000, Ar. 10690, que las prohibiciones para contratar con la Administración local en este concurso no son sólo las establecidas en el art. 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, sino que habría de estarse a lo establecido en el art. 9 LCE, que se remitía a las Leyes 25/1983, sobre incompatibilidad de altos cargos y 53/1984, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

El Tribunal considera incluida a la empresa en la incompatibilidad para contratar con el Ayuntamiento de Barcelona derivada de la aplicación del art. 12.1.c) de la citada Ley 53/1984.

La STS de 9 de febrero de 2001, Ar. 216, reitera la decisión de la sentencia de instancia de anular un concurso para la prestación de servicios funerarios fundada en la existencia de parentesco directo entre un consejero y secretario del consejo de administración de la empresa adjudicataria y un concejal del Ayuntamiento contratante.

Al final del FD 3º, el TS sostiene que en la regulación de las incompatibilidades para ser contratista de las Entidades Locales, el art. 5.2 y 4 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales se mantiene dentro del margen de desarrollo y adaptación a las peculiaridades de las Entidades Locales, que permite el carácter de legislación básica, en los términos del art. 149.1.18 de la Constitución, atribuible al art. 9.6 LCE. De modo que ha de entenderse que no hay derogación, por ese precepto de la LCE, del citado Reglamento, sino complementariedad entre ambos.

b) La prohibición de contratar por declaración o solicitud judicial de quiebra debe ser interpretada en un sentido estricto

Esto se afirma en la STSJ de Baleares de 3 de octubre de 2000, Ar. 2420, en la que en aplicación de esta doctrina, se declara que la quiebra no debe conducir necesariamente a

la declaración de inadmisibilidad de la adjudicación de un contrato por la Administración. Se trataba de un supuesto en el que la adjudicataria era una Unión Temporal de Empresas y la solicitud y declaración judicial de quiebra, que sólo afectaba a una de las empresas integrantes de dicha Unión, eran posteriores a la adjudicación del contrato. Concretamente el Tribunal razona con los siguientes argumentos:

“La prohibición de contratar con empresa declarada en quiebra pretende salvaguardar la solvencia económica financiera puesto que es razonable presumir la dificultad para cumplir el contrato, pero el escaso peso que en el caso representaba C. A. (...), unido a la solidaridad que en el cumplimiento de las obligaciones impone la ley, conduce a concluir que, como ya resulta de propia Ley y así se contempla expresamente en el Pliego de Condiciones, la declaración de quiebra que comportaría la resolución del contrato no es la de cualquiera de las empresas integrantes de la Unión Temporal sino la del adjudicatario, esto es, la de todas las empresas que forman parte de dicha Unión.”

B) Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares

a) Reajuste y nuevo cálculo de las ofertas por indeterminación del pliego

La STSJ de Castilla-La Mancha de 17 de junio de 2000, Ar. 2202, anula un acuerdo municipal por el que se adjudica un contrato de gestión de servicio público. Ante la existencia de diferencias muy grandes entre las ofertas presentadas por los licitadores, la Comisión de Contratación del Ayuntamiento propone a los técnicos municipales un nuevo cálculo del coste anual que supondrían para el Ayuntamiento cada una de las ofertas seleccionadas, teniendo en cuenta datos que no obraban ni en los pliegos ni en lugar alguno que hubiera permitido la publicidad y conocimiento previos, a efectos de concurrencia, por parte de posibles licitadores.

En opinión del Tribunal, el Ayuntamiento es el único responsable de que la indeterminación de las bases propiciaran una disparidad en las ofertas, por lo que, no puede pretender definir *a posteriori* lo que desea contratar y alterar en consecuencia las ofertas en un uso claramente fraudulento y desviado del *ius variandi* del art. 102 LCAP, con vulneración de los principios de publicidad y concurrencia.

b) Nulidad de cláusula del pliego que incluye criterios de valoración subjetivos

La STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2000, Ar. 2205, considera nula una cláusula del pliego que incluye como criterio de valoración el grado de cumplimiento en la ejecución de contratos análogos y otra que valora negativamente el hecho de que una empresa ya sea adjudicataria de otro contrato. Sostiene el Tribunal que la LCAP admite condiciones de tipo exclusivamente objetivo y relativas al proyecto, y no requisitos de naturaleza subjetiva y relativos a los concursantes, no al proyecto.

c) Nulidad de baremo de concurso que se basa, de forma desproporcionada, en el arraigo territorial

La STS de 12 de enero de 2001, Ar. 1635, afirma que, en el caso analizado, los méritos basados en la implantación territorial, provincial o autonómica y en la experiencia en contratos anteriores suscritos con la misma Administración, adquieren un carácter determinante para la selección y adjudicación, con clara discriminación de las empresas que pudiendo acceder a la selección por su solvencia económica, financiera y técnica, no pueden puntuar por carecer del arraigo territorial local o autonómico. Concluye la Sentencia estimando que la puntuación que se concede a estos criterios resulta irrazonable y desproporcionada, lo que vulnera la exigencia de igualdad en la contratación pública.

5. FORMAS DE ADJUDICACIÓN

A) Contratación directa

a) Contratación directa sin justificación suficiente

La STS de 11 de diciembre de 2000, Ar. 1462, reitera la decisión de la sala de instancia por la que se anula la adjudicación por el sistema de contratación directa de un contrato de asistencia técnica.

El Tribunal considera que el acuerdo de aplicar el sistema de contratación directa se adoptó por el Ayuntamiento sin justificar en el expediente las circunstancias técnicas o excepcionales que constituían su causa, por lo que se ha infringido el art. 117 del Reglamento General de Contratación.

En el mismo sentido, STS de 25 de octubre de 1999, Ar. 10673, que sostiene que, en este caso, no se ha justificado en el expediente el presupuesto legal que hace viable la contratación directa por reconocida urgencia.

B) Concurso

a) Incorrecta actuación de la Mesa de Contratación al aceptar las renunciaciones de los dos mejores licitadores y proponer la adjudicación a favor del tercer mejor postor

Así lo afirma la STS de 2 de enero de 2001, Ar. 212, en un caso en el que la Mesa de contratación admitió la renuncia de los dos mejores postores y acordó realizar la adjudicación provisional a favor del tercer mejor postor. Por su parte, el órgano de contratación decidió hacer la adjudicación definitiva a favor del mejor postor y, en consecuencia, dejó sin efecto la renuncia realizada por él.

La sentencia de instancia anuló la adjudicación definitiva y declaró desierta la subasta.

Por su parte, el Tribunal Supremo sostiene que el órgano de contratación actuó conforme a derecho cuando decidió realizar la adjudicación definitiva a favor de la mejor postura y, en consecuencia, dejó sin efecto la renuncia realizada por el licitador que realizó la mejor oferta.

b) Improcedencia de declaración de concurso desierto por transcurso del plazo para adjudicar el contrato

La STS de 19 de enero de 2001, Ar. 1642, declara la ilegalidad de la declaración de desierto del concurso que realiza la Corporación por el transcurso del plazo de noventa días que establece el art. 44 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales sin haberse dictado acto expreso de adjudicación. Afirma el TS que “este precepto no supone el establecimiento de un plazo de caducidad que pudiera ser invocado a su conveniencia por la Administración que anunció el concurso” y que este actuar constituye una infracción de los principios de buena fe y confianza legítima.

6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A) Prerogativas de la Administración

a) Facultad de interpretar los contratos

Conforme a reiterada jurisprudencia, la STS de 5 de marzo de 2001, Ar. 1464, sostiene que 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 esta facultad no sean revisables en vía jurisdiccional, siendo procedente su anulación cuando no sean conformes a derecho, como ocurría en el caso enjuiciado, en el que con arreglo a las cláusulas contractuales no era posible que la Administración municipal acordase la revisión de precios.

B) Técnicas de garantía del equilibrio financiero

a) La revisión de precios no procede cuando se trata de una subida salarial de los trabajadores del contratista, que estaba prevista y era ya conocida en el momento de concursar

En la STS de 5 de marzo de 2001, Ar. 1464, el Tribunal considera que no procede la revisión de precios en la medida que el mantenimiento del equilibrio económico del contrato exige, por lo que en el caso enjuiciado interesa, “que la Administración haya introducido modificaciones en la prestación del servicio o que hayan concurrido circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que hayan provocado el indicado desequili-

brio”. Ninguno de estos requisitos se cumple en el caso concreto, en el que tienen lugar unos incrementos de costes de personal totalmente conocidos por la entidad contratista en el momento de concursar y de proponer su oferta económica, en cuanto derivados de un convenio colectivo, anteriormente pactado y en el que se subrogó conscientemente, que preveía una subida salarial perfectamente clara y calculada, que, a juicio del Tribunal, la empresa debió considerar en el momento de elaborar la oferta y a la hora de incluir en ella la fórmula de revisión de precios.

b) Las cláusulas contractuales de revisión de precios tienen carácter excepcional y han de ser interpretadas con carácter restrictivo

Esta afirmación se contiene en la **STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2000**, Ar. 2205, relativa a una concesión del servicio de abastecimiento de agua y alcantarillado. En esta misma sentencia, FD 2º, el Tribunal sienta la siguiente doctrina relativa al mantenimiento del equilibrio económico de la concesión:

“(…) es una técnica dirigida a satisfacer el interés público, esto es, a garantizar la continuidad del servicio público puesta en peligro por la onerosidad sobrevenida, bien por hechos imputables a la Administración o bien por eventos imprevisibles, radicando su fundamento en el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas de la concesión, esto es, la remuneración del concesionario y el coste del servicio.

Sin embargo la jurisprudencia ha puesto de manifiesto que la obligación legal de la Administración de mantener el equilibrio financiero de la concesión no puede interpretarse de modo absoluto sino que es una fórmula excepcional que debe combinarse con el principio de riesgo y ventura al objeto de impedir que esa excepcionalidad se convierta en una garantía ordinaria de los intereses del concesionario a modo de seguro gratuito que cubra todos los riesgos de la empresa trasladándolos íntegros a la *res publica* en contra de lo que constituye la esencia misma de la institución y sus límites naturales”.

c) Enriquecimiento sin causa

La jurisprudencia admite indemnizaciones y abonos, que tiendan a lograr un resultado equitativo, cuando se deriven de las obras realizadas, cuando sean necesarias y realmente se hayan ejecutado, y determinen un beneficio para la Administración, correlativo al perjuicio del promotor de tales obras. En este sentido, la **STS de 15 de noviembre de 2000**, Ar. 10266, basándose en la doctrina del enriquecimiento injusto o sin causa, reconoce una indemnización al contratista, que había efectuado obras de urbanización a instancia de la Administración pero sin haberse aprobado el proyecto de urbanización correspondiente, y sin haberse iniciado ningún expediente de contratación. A este resultado llega el Tribunal pese a que reconoce que tanto el Ayuntamiento, como la empresa contratista conocían perfectamente que la realización de tales obras no podía verificarse sin la previa aprobación de los instrumentos urbanísticos correspondientes.

Para que concurra la apreciación del enriquecimiento sin causa la **STS de 10 de octubre de 2000**, Ar. 10679, sostiene que son necesarios los siguientes requisitos: a) aumento del

patrimonio del enriquecido; b) correlativo empobrecimiento del actor; c) falta de causa que justifique el enriquecimiento y d) inexistencia de precepto legal que excluya la aplicación del principio.

En esta misma sentencia se hace referencia a que, conforme a reiterada jurisprudencia tanto civil como contencioso-administrativa, no puede aplicarse el principio prohibitivo del enriquecimiento cuando éste tiene su base en un contrato, en la Ley, o en una sentencia.

C) Ejecución de los Contratos

a) Incumplimiento de Convenio urbanístico imputable a la Administración: reconocimiento de indemnización a favor de los particulares y determinación del resarcimiento conforme a las reglas generales aplicables al incumplimiento de las obligaciones

En la STS de 13 de diciembre de 2000, Ar. 10525, el Tribunal Supremo reconoce que la Administración municipal ha incumplido el convenio urbanístico, pues aunque la ejecución de éste dependía en última instancia de una modificación del Plan General de Ordenación Urbana de dicho término municipal, lo cierto es que en la aprobación definitiva de este instrumento urbanístico no se alteraron sus determinaciones, que provenían de los acuerdos de aprobación inicial y provisional, actos de competencia exclusivamente municipal, en los que sí se desconocía la edificabilidad previamente pactada con los particulares por el municipio en el referido Convenio urbanístico. Asimismo entiende el Tribunal que el incumplimiento imputable al Ayuntamiento excluye la aplicación del convenio en lo relativo a la determinación de la indemnización, por lo que somete su cuantificación a las reglas generales aplicables al incumplimiento de las obligaciones.

D) Resolución de los Contratos

a) Por incumplimiento del contratista: “no es precisa una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento para proceder a la resolución contractual”

La STS de 16 de enero de 2001, Ar. 213, reitera la doctrina sentada por el propio Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de octubre de 1999, Ar. 1393, en la que se asume la jurisprudencia civil que “resalta el abandono del matiz subjetivista, y la suficiencia para aceptar producido el incumplimiento contractual que se haya producido un hecho obstaculizador al fin normal del contrato, frustrante de las legítimas expectativas de alcanzar el fin perseguido por el vínculo contractual; y también señala que no es preciso una tenaz y persistente resistencia al cumplimiento, bastando que al incumplidor pueda atribuírsele una conducta voluntaria obstativa del incumplimiento del contrato en los términos que se pactó”.

V. Actos, Procedimiento y Contratos

b) La gravedad de los incumplimientos acreditados justifica la resolución del contrato sin necesidad de previas amonestaciones o requerimientos

En este sentido la STS de 4 de diciembre de 2000, Ar. 346/2001, sostiene que no cabe considerar que la previsión contenida en la cláusula contractual autorizando a la Administración para decretar la resolución del contrato en determinados supuestos (por ejemplo, cuando el adjudicatario haya sido amonestado tres veces con motivo de retrasos en la realización de los trabajos) limite sólo a éstos las facultades resolutorias de la Administración contratante, ya que se trata simplemente de una cláusula resolutoria al margen de la facultad genérica regulada legal y reglamentariamente.

c) No procede la resolución de un contrato adjudicado a una Unión de Empresas por la declaración judicial de quiebra de una de ellas que se solicita y realiza con posterioridad a la adjudicación

A esta conclusión llega la STSJ de Baleares de 3 de octubre de 2000, Ar. 2420, que reitera los argumentos ya referidos *supra* en el epígrafe 4.A.c).

7. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS TÍPICOS

A) Contrato de servicio público

a) La responsabilidad de asegurar la prestación de un concreto servicio impuesta obligatoriamente a un municipio no le exime, cuando opte por contratar la gestión del servicio con un tercero, de la observancia de las exigencias legalmente establecidas para adjudicar esa contratación

Esta afirmación se contiene en el FD 6º de la STS de 21 de diciembre de 2000, Ar. 524/2001, en la que se recuerda que “la opción de gestionar indirectamente un servicio público, a través de la contratación de su realización con un particular, y de adjudicar dicha contratación mediante concurso, comporta la exigencia de asegurar la libre concurrencia que es inherente a ese procedimiento de adjudicación”.

Además el Tribunal Supremo considera que lo acertado es, como ya razonara en su momento la sentencia de instancia, que, si se establece, de acuerdo con el art. 86.3 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, el régimen de monopolio para un servicio municipal, y simultáneamente su gestión indirecta, lo que debe hacerse es posponer la adjudicación del contrato para esa gestión indirecta del servicio monopolizado, al acto de aprobación del establecimiento del régimen de monopolio.

JULIA ORTEGA BERNARDO
MÓNICA DOMÍNGUEZ MARTÍN

VI. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Administración Local. A) Los derechos de los grupos políticos de las Entidades Locales: El artículo 27 del ROF. B) El Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales. a) Las indemnizaciones a los Concejales-Delegados de las Corporaciones Locales. b) Los derechos de información de los miembros de las corporaciones locales. c) La percepción de gastos de representación por parte de los Presidentes de las Diputaciones Provinciales. C) Servicios de las Corporaciones Locales. a) La obligatoriedad de prestar servicios básicos por parte de las Corporaciones Locales. b) Competencia de las Corporaciones Locales para el establecimiento de tarifas por la utilización de Estaciones de Autobuses. D) El Procedimiento de elaboración de los Reglamentos de Organización y Funcionamiento y Régimen Económico de los miembros de las Diputaciones Provinciales. **3. Colegios profesionales.** A) Delimitación de competencias entre aparejadores y arquitectos: Corresponde a la profesión de Arquitecto la elaboración de Proyectos para la construcción de naves industriales.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

De las Sentencias sobre organización administrativa dictadas por el Tribunal Supremo en los últimos meses hemos seleccionado algunas que introducen matices interesantes en la doctrina jurisprudencial consolidada sobre los derechos de los grupos políticos de las entidades locales, el estatuto de los miembros de las corporaciones locales, servicios de las mismas, procedimiento de elaboración de los Reglamentos de Organización y Funcionamiento de las Diputaciones Provinciales y Colegios profesionales.

2. ADMINISTRACIÓN LOCAL**A) Los derechos de los grupos políticos de las Entidades Locales: El artículo 27 del ROF**

La STS de 12 de diciembre de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 75, realiza una interpretación del artículo 27 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de las

Entidades Locales (ROF) en relación a un grupo político de un Ayuntamiento, que constituido con posterioridad al resto de los grupos de la Corporación, reclamaba su derecho a que se le dotara de los mismos medios materiales y personales que al resto de los grupos conforme a lo estipulado por el citado artículo.

El Tribunal Supremo, en virtud del mismo señaló en su Sentencia, que aunque en el momento de la constitución de los distintos grupos políticos de las corporaciones locales, los Ayuntamientos, tienen la obligación de dotarles de los medios materiales y personales que estimen pertinentes de acuerdo con esa situación y con sus posibilidades, la nueva situación creada como consecuencia del surgimiento de un nuevo grupo político, el mixto, no genera desde un principio un derecho inmediato a que se le asignen sin más los mismos derechos y medios que a los demás grupos, sino que exige una nueva valoración y distribución de los medios materiales a partir de los grupos existentes en tal momento y de las posibilidades de la Administración, ya que los grupos no tienen ningún derecho concreto a medios materiales o personales, sino el que les corresponda de acuerdo con las posibilidades funcionales de la organización administrativa de la entidad local.

B) El Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales

a) Las indemnizaciones a los Concejales-Delegados de las Corporaciones Locales

La STS de 13 de diciembre de 2000, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 77, analiza un Acuerdo Municipal por el que se establecía el régimen de dedicación e indemnización de los Concejales-Delegados sin dedicación exclusiva, realizando, en la línea jurisprudencial establecida por las SSTS de 18 de enero, 3 de abril y 10 de julio de 2000 (esta última ya comentada en el anterior número de la Revista), una interpretación del artículo 13 del ROF a la hora de establecer el régimen de indemnizaciones que corresponden a los miembros de las Corporaciones Locales.

Dicha línea jurisprudencial ha establecido una interpretación más amplia del concepto indemnizatorio respecto del configurado por la jurisprudencia anterior ya que considera que el sentido de las indemnizaciones al que se refiere el artículo 75 de la Ley de Bases de Régimen Local no se agota con las indemnizaciones contempladas en el citado artículo 13 del ROF, pues mientras la Ley habla de indemnizaciones con generalidad y sin limitación, el precepto reglamentario se refiere a indemnizaciones por gastos, poniendo de relieve que la noción jurídica del concepto utilizado corresponde al resarcimiento de cualquier daño o perjuicio, tanto por gasto realizado, como por ganancia dejada de obtener a consecuencia del trabajo o dedicación que impida la obtención de otro ingreso durante el tiempo que se dedica al desempeño del cargo de la Corporación.

Pues bien, volviendo al caso que nos ocupa, el citado Acuerdo municipal establecía que los concejales delegados sin dedicación exclusiva, percibirían con carácter indemnizato-

rio 2.100 pesetas por cada hora, con un máximo de 60 horas mensuales de dedicación acreditada, lo que según la parte recurrente supone una vulneración de los artículos 75.2 de la LBRL, y 13.5 del ROF sobre la base de que el derecho a recibir la citada indemnización ha de estar condicionada en todo caso a que se acredite la realidad del daño emergente o lucro cesante en cada supuesto concreto debiendo anularse el Acuerdo en cuestión por cuanto supone otorgar una asignación fija y periódica en su vencimiento, desde el momento en que basta para su percibo acreditar el número de horas dedicadas y no la existencia del daño emergente o lucro cesante. En definitiva lo que afirma la parte recurrente es que el citado acuerdo supone el otorgar a estos Concejales-Delegados una retribución fija en su cuantía y periódica en su vencimiento que es precisamente lo que prohíben los citados artículos.

En contra de esta argumentación, la Sentencia del Supremo en consonancia con la jurisprudencia citada, establece la legitimidad de aquellas compensaciones económicas percibidas por la mayor dedicación y asunción de responsabilidades que supone el desempeño de actividades de gestión sobreañadidas al simple cargo de concejal, ya que entonces su abono obedece a la realización de esas actividades extraordinarias y a la compensación de las eventuales pérdidas económicas que podrían reportar la realización de otras actividades particulares sin que ello signifique que haya de dejar de ponderarse la cuantía de la compensación otorgada.

Ahora bien, es indudable que la cuantificación del beneficio económico dejado de percibir no puede fijarse con la deseada exactitud en la mayoría de las ocasiones, comportando con ello la posibilidad, y aún la conveniencia, de fijar una cifra concreta que sirva de módulo indemnizatorio, por lo que si ese módulo es razonable como en el caso presente, requiriéndose además la previa justificación del número de horas de dedicación a remunerar por el concepto correspondiente, el acuerdo impugnado, se puede afirmar que es conforme a derecho y se ajusta a las previsiones del artículo 75 de la LBRL por cuanto fija la indemnización a los Concejales-Delegados en consideración a la mayor dedicación que supone el ejercicio de su cargo.

b) Los derechos de información de los miembros de las corporaciones locales

La STS de 8 de marzo de 2001, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1104, se pronuncia sobre la conformidad a Derecho del Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Económico de los miembros de una Diputación Provincial.

Unos de los puntos analizados por esta Sentencia es el relativo al derecho de acceso a la información por parte de los miembros de las corporaciones locales. En este sentido, la Sentencia declara no conforme a derecho los artículos 31 y 49 del Reglamento aprobado por cuanto establecen una regulación del acceso de los Concejales a la información que es más restrictiva que la que se establece en los artículos 16.1 y 84 del ROF, a cuyo tenor los Concejales pueden obtener copia de los documentos que les interesen, posibilidad esta que no resulta admitida por los preceptos del Reglamento Provincial que se impugnan, que aunque les permite examinar la información antes de las sesiones de los órganos colegiados y realizar anotaciones en la propia dependencia administrativa en la que se les

ponga de manifiesto la misma, disminuye los derechos de los miembros representativos del ente local.

c) La percepción de gastos de representación por parte de los Presidentes de las Diputaciones Provinciales

Otro de los puntos analizados por la Sentencia del apartado anterior (STS de 8 de marzo de 2001), es el relativo a la percepción de gastos de representación por parte de los Presidentes de las Diputaciones Provinciales.

En este sentido, la citada Sentencia declara no conformes a derecho los artículos 51, apartados 1.b) y 2.b), por cuanto reconocen el derecho del Presidente de la Diputación a percibir gastos de representación sin justificar, pues este precepto infringe el artículo 13.5 del ROF sobre indemnizaciones por gastos, que ha de ser efectivos y con justificación documentada, norma esta del Reglamento que acaba de citarse que es acorde con lo dispuesto en el artículo 75.2 de la Ley 7/1985 de Régimen Local (LBRL).

C) Servicios de las Corporaciones Locales

a) La obligatoriedad de prestar servicios básicos por parte de las Corporaciones Locales

La STS de 22 de diciembre de 2000, Sala Tercera, Sección Quinta, Ar. 321, en la misma línea que la STS de 17 de julio de 2000, Ar. 7791 (comentada en el número 11 de esta Revista), determina la obligatoriedad de prestar por parte de los Ayuntamientos un servicio básico como es el abastecimiento de aguas con independencia de que nos encontremos ante urbanizaciones que no se ajustan a las previsiones del planeamiento.

En efecto, en ambas Sentencias nos encontramos ante supuestos de hecho similares, en la primera, el Ayuntamiento deniega el suministro por construirse una edificación en suelo urbanizable no programado sin haberse aprobado el instrumento de actuación urbanística correspondiente, mientras que en la segunda, el Ayuntamiento deniega la solicitud presentada por una Comunidad de Propietarios por tratarse de un grupo de viviendas surgidas ilegalmente pero consolidadas en el tiempo al no haber adoptado el Ayuntamiento las medidas de restauración que le reconoce la legislación urbanística. Por ello, concluye el Tribunal Supremo en su Sentencia, que el Ayuntamiento no puede pretender ahora denegar el derecho de los propietarios a estos servicios sobre la base de la ilegalidad de la urbanización, pues como señala la Sentencia del Tribunal de Instancia, no ejerció cuando le correspondía las potestades de disciplina urbanística que le reconoce la legislación urbanística.

b) Competencia de las Corporaciones Locales para el establecimiento de tarifas por la utilización de Estaciones de Autobuses

La STS de 23 de febrero de 2001, Sala Tercera, Ar. 1028, analiza la competencia en materia de aprobación de tarifas para la utilización de estaciones de autobuses, con objeto de determinar si ésta corresponde a las Corporaciones Locales o a las Comunidades Autónomas.

Existe una copiosa legislación local y sectorial que atribuye competencia al municipio en materia de transporte público de viajeros, así debemos de tener en cuenta a este respecto, el artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local, que dispone que el Municipio ejercerá, en todo caso, competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas en una serie de materias entre las que se encuentra el “Transporte público de viajeros”, y el artículo 117.1 de la Ley 16/1987 que afirma que “la autoridad local competente establecerá, con sujeción a la normativa general de precios, el régimen tarifario de los transportes urbanos de viajeros, con consideración, en su caso, de la parte del coste de los mismos, que deba ser financiado con recursos diferentes a las aportaciones de los usuarios”.

Asimismo la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de Transporte por Carretera, dispone en su artículo 113.1 que “los Municipios serán competentes con carácter general para la gestión y ordenación de los servicios urbanos de transporte (...)”, precisando en el artículo 115.1 que “el otorgamiento de los títulos habilitantes para la realización de transportes urbanos de viajeros, corresponderá a los órganos municipales competentes”, añadiendo en su artículo 117.1 que “la autoridad local competente establecerá con sujeción a la normativa general de precios, el régimen tarifario de los transportes urbanos de viajeros, con consideración en su caso, de la parte del coste de los mismos que deba ser financiado con recursos diferentes a las aportaciones de los usuarios”.

Dentro de la competencia municipal en la gestión y ordenación del transporte urbano de viajeros se incluyen con claridad las estaciones de autobuses, a las que el legislador considera una actividad auxiliar y complementaria del transporte disponiendo en el artículo 128.1 de la citada Ley 16/1987 que “el establecimiento de estaciones deberá ser previamente aprobado por la Comunidad Autónoma en la que las mismas hayan de estar ubicadas o, en su caso, por el Estado cuando fuere competente. Para el otorgamiento de dicha aprobación deberá presentarse por el correspondiente Ayuntamiento, de oficio o a instancia de los particulares, un proyecto elaborado con arreglo a las prescripciones que reglamentariamente se determinen”. Por su parte, en el párrafo segundo del mismo artículo se dice que “la construcción y explotación de las estaciones se realizarán normalmente por los Ayuntamientos a través de gestión indirecta, mediante concesión administrativa otorgada por concurso a entidades o empresas interesadas en la misma (...)”, asimismo el número 3 de este mismo artículo dispone que “cuando no se siga el procedimiento de gestión indirecta previsto en el punto anterior, por existir motivos económicos o sociales para ello, o cuando haya quedado desierto el correspondiente concurso, los Ayuntamientos podrán construir o explotar directamente la construcción, pero no la explotación, regirán respecto a la gestión indirecta de ésta, idénticas reglas a las establecidas en el punto anterior”.

En consecuencia, es patente que el Ayuntamiento tiene competencia para asumir la gestión directa o la indirecta de las Estaciones de Autobuses, por lo que la Sentencia analizada concluye que es contrario al principio de autonomía municipal el que la Comunidad Autónoma ejerza el control de oportunidad y decida la aprobación o no de las tarifas, pudiendo únicamente desaprobado las tarifas en el marco de la política de precios, caso este distinto al planteado.

D) El Procedimiento de elaboración de los Reglamentos de Organización y Funcionamiento y Régimen Económico de los miembros de las Diputaciones Provinciales

De nuevo es necesario hacer referencia a la STS de 8 de marzo de 2001, a la que ya nos hemos referido en el apartado B), letras b) y c), al hablar del Estatuto de los miembros de las Corporaciones Locales, pero esta vez en relación al procedimiento de elaboración del citado Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen Económico de los miembros de las Diputaciones Provinciales.

A este respecto el Tribunal considera que se ha infringido el artículo 82.2 del ROF, pues el artículo citado exige que los asuntos o proyectos antes de ser sometidos al Pleno deben ser objeto de consulta por la Comisión informativa competente del ente local, lo que según se afirma no sucedió con carácter previo a la aprobación del Reglamento impugnado, declarando además, que el informe de la Comisión es preceptivo aunque no vinculante.

Por otra parte en su Sentencia, el Tribunal Supremo desestima también la pretensión de la Diputación que afirmaba que según el artículo 32.2 de la LBRL los entes locales pueden regular mediante sus propios reglamentos los órganos complementarios de la organización administrativa de los municipios y las provincias, a lo que responde que dicha alegación es inadmisibles pues sea cual sea la competencia de las corporaciones locales para aprobar su organización interna, ello es cosa distinta de que al aprobar un Reglamento se prescinda por completo de la norma de procedimiento que se contiene en el ROF, la cual garantiza mediante el funcionamiento de las Comisiones Informativas los derechos de los Concejales.

3. COLEGIOS PROFESIONALES

A) Delimitación de competencias entre aparejadores y arquitectos: Corresponde a la profesión de Arquitecto la elaboración de Proyectos para la construcción de naves industriales

La STS de 20 de febrero de 2001, Sala Tercera, Ar. 1754, determina la incompetencia de los Arquitectos Técnicos para realizar naves industriales de nueva planta con carácter general.

En este sentido, reiterada jurisprudencia de la Sala, ha venido sosteniendo al respecto, que la facultad que tienen los Arquitectos Técnicos de elaborar proyectos se limita primero, a

VI. Organización Administrativa

los proyectos referentes a aquellas obras y construcciones que con arreglo a la legislación del sector de la edificación no precisen de proyecto arquitectónico, segundo, a las intervenciones parciales en edificios construidos que no alteren su configuración arquitectónica, tercero, a los de demolición, y cuarto, a los de organización, seguridad, control y economía de obras de edificación de cualquier naturaleza.

Por ello, el TS, ha declarado, siempre en relación con el caso concreto contemplado, la incompetencia de los Arquitectos Técnicos en algunos supuestos como los siguientes: La construcción de una nueva planta de una nave con finalidad agropecuaria que requiera obras de cimentación y forjado; la construcción de una nave almacén de nueva planta ya que los Arquitectos Técnicos carecen de la facultad de elaboración de proyectos de obra relativos a la construcción de edificios, sea cual fuere su destino que implique la cimentación con hormigón; la construcción de una nave industrial de una superficie de 300 metros cuadrados de estructura prefabricada a base de pórticos de hormigón armado y cerramiento de fábrica de bloque de hormigón.

En definitiva, la Sentencia de Instancia infringía la jurisprudencia vertida por el TS en esta materia, ya que la nave proyectada tenía dos plantas de altura y dos zonas de uso, y alcanzaba los 700 metros cuadrados de superficie construida.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

PEDRO ANTONIO MARTÍN PÉREZ

LUIS CESTEROS DAPENA

VII. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Concepto de sanción. A) Actos que constituyen sanción. B) Actos que no constituyen sanción. **3. Reserva de ley.** A) Reserva de ley y Ordenanzas municipales. B) Reserva de Ley y relaciones de sujeción especial. C) Principio de igualdad y ejercicio de la potestad sancionadora: inactividad sancionadora de la Administración en supuestos similares. **4. La antijuridicidad como elemento necesario de la infracción.** A) Necesidad de lesión del bien jurídico protegido. B) Ejercicio legítimo de un derecho. **5. Retroactividad de la norma sancionadora más favorable.** **6. Elementos subjetivos de las infracciones.** A) Principio de personalidad de la pena. B) Sujeto responsable: rechazo de la solidaridad. Es responsable la Administración contratante y no el contratista que realiza obras sin autorización. C) La ignorancia de una decisión administrativa publicada no exime de culpa. D) Cúmulo de circunstancias que originan una ausencia de culpabilidad. E) No es necesaria intencionalidad pero sí negligencia. F) No se sanciona si hubo una interpretación razonable de las normas tributarias: ¿distintos niveles de exigencia según las cualidades del sujeto que realiza la interpretación? **7. Concurrencia de infracciones frente a la prohibición de doble sanción.** A) Se mantiene una sanción penal posterior a una sanción administrativa, concurriendo las identidades de sujeto, hechos y fundamento. B) Un mismo hecho valorado como infracción y criterio de graduación. **8. Procedimiento sancionador.** A) Denunciantes e interesados. B) Alcance de las irregularidades en la denuncia. C) Actas de inspección: no es necesaria la intervención de quien tenga formalmente la representación del inspeccionado. D) Iniciación por denuncia de los agentes de la autoridad, no por las “denuncias voluntarias” de los controladores de estacionamiento. E) La omisión de trámites esenciales del procedimiento o su notificación defectuosa genera indefensión. F) Notificaciones a quien no ostentaba representación en un concreto procedimiento sancionador. G) Alteración de la calificación de la infracción y vulneración del derecho de defensa. **9. La prueba y la presunción de inocencia.** A) Diferencia entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo*. B) Carga de la prueba y

presunción de legalidad de los actos administrativos. C) Las circunstancias que exoneran de responsabilidad debe probarlas quien las alega. D) El momento de la prueba. E) Valor probatorio de las actas de inspección. F) Consecuencias de no practicar las pruebas pertinentes. G) Práctica de la prueba: supuestos no determinantes de invalidez.

10. Extensión de la sanción procedente en cada caso. A) La falta de motivación de la sanción provoca indefensión. B) Reducciones legales en la cuantía de las sanciones tributarias. **11. Extinción de la responsabilidad.** A) Caducidad del expediente sancionador: no basta el simple transcurso del tiempo. B) Aplicación del art. 6.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador aunque la Comunidad Autónoma haya regulado los plazos máximos de los procedimientos sancionadores. **12. Ejecución de las sanciones: no procede la suspensión de la sanción de inhabilitación recurrida en vía jurisdiccional.** **13. Control contencioso-administrativo: el juez puede cambiar la infracción por la que sancionó la administración.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el período analizado se mantiene la tendencia a una progresiva disminución cuantitativa de las sentencias del Tribunal Supremo relativas a cuestiones de Derecho Administrativo Sancionador, frente al crecimiento de las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, a causa de las reformas operadas en esta jurisdicción —especialmente, la cuantía casacional y la creación de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo—.

De esta crónica son especialmente significativas dos sentencias del TC: la número 132/2001, que se ocupa de la capacidad de los Ayuntamientos de regular tipos y sanciones a través de Ordenanzas municipales, y la 152/2001, que, ante un supuesto muy particular, admite una sanción penal posterior a una administrativa, concurriendo las conocidas tres identidades. Igualmente, resulta de gran interés dogmático la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 25 de octubre de 2000, por la proclamación que hace del elemento de la anti-juridicidad como uno de los necesarios en toda infracción administrativa.

2. CONCEPTO DE SANCIÓN

A) Actos que constituyen sanción

La STC 132/2001, de 8 de junio, recurso de amparo, entiende que la suspensión temporal de la licencia de auto-taxi por tres meses por portar en la guantera un talonario de

VII. Derecho Administrativo Sancionador

facturas falsas es una sanción administrativa, pues “se trata, con claridad, de una decisión administrativa con finalidad represiva, limitativa de derechos, basada en una previa valoración negativa de la conducta del titular de la licencia”.

B) Actos que no constituyen sanción

– Las medidas de restauración de la legalidad urbanística (STSJ de Madrid de 13 de octubre de 2000, Ar. 2498).

– El reintegro de subvenciones por incumplimiento de las condiciones (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 2 de noviembre de 2000, Ar. 25 de 2001): “como tales subvenciones que son, están sujetas para su concesión al cumplimiento de una serie de requisitos, condiciones y justificaciones sobre el destino de las ayudas percibidas que, si no se cumplen, pueden dar lugar a la obligación de reintegro de las cantidades percibidas anticipadamente, previas las comprobaciones oportunas, y también a la denegación de las ayudas interesadas”. Igualmente, la STSJ de Castilla-La Mancha de 6 de junio de 2000, Ar. 2194.

3. RESERVA DE LEY

A) Reserva de ley y Ordenanzas municipales

A propósito de la sanción impuesta a un taxista sobre la base del régimen sancionador regulado en una Ordenanza municipal, la STC 132/2001, de 8 de junio, tiene la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de la reserva de ley en materia sancionadora respecto de las ordenanzas municipales:

“la exigencia de ley para la tipificación de infracciones y sanciones ha de ser flexible en materias donde, por estar presente el interés local, existe un amplio campo para la regulación municipal y siempre que la regulación local la apruebe el Pleno del Ayuntamiento. Esta flexibilidad no sirve, con todo, para excluir de forma tajante la exigencia de ley. Y ello porque la mera atribución por ley de competencias a las Municipios (...) no contiene en sí la autorización para que cada Municipio tipifique por completo y según su propio criterio las infracciones y sanciones administrativas en aquellas materias atribuidas a su competencia. No hay correspondencia, por tanto, entre la facultad de regulación de un ámbito material de interés local y el poder para establecer cuándo y cómo el incumplimiento de una obligación impuesta por Ordenanza Municipal puede o debe ser castigada. La flexibilidad alcanza al punto de no ser exigible una definición de cada tipo de ilícito y sanción en la ley, pero no permite la inhibición del legislador”.

Y añade:

“Del art. 25.1 CE derivan dos exigencias mínimas, que se exponen a continuación. En primer término, y por lo que se refiere a la tipificación de infracciones, corresponde a la ley la fijación de los criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada

Ayuntamiento puede establecer tipos de infracciones; no se trata de la definición de tipos –ni siquiera de la fijación de tipos genéricos de infracciones luego completables por medio de Ordenanza Municipal– sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada Municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. En segundo lugar, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25.1 CE deriva la exigencia, al menos, de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza Municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica.”

En el caso concreto, no se aprecia que concurra esa mínima cobertura legal.

B) Reserva de Ley y relaciones de sujeción especial

La STS de 11 de diciembre de 2000, Sección Séptima, Ar. 1331, establece que “la reserva de Ley que se deriva del artículo 25.1 de la Constitución no tiene en el seno de las relaciones de sujeción especial el mismo alcance que respecto a la potestad sancionadora general de la Administración, en cuanto en las relaciones de sujeción especial la potestad sancionadora no es la expresión del *ius puniendi* del Estado, sino manifestación de la capacidad propia de autoordenación correspondiente”. Por ello, vulnerará el art. 25.1 CE la sanción carente de toda base normativa legal, pero ésta existirá cuando la Ley se remita, en la especificación de infracciones y sanciones, al reglamento, aunque la Ley remitante esté prácticamente vacía de todo contenido sancionador material propio, lo que sería en cambio manifiestamente contrario a las exigencias del artículo 25.1 cuando se trate de relaciones de sujeción general.

C) Principio de igualdad y ejercicio de la potestad sancionadora: inactividad sancionadora de la Administración en supuestos similares

La muchas veces reiterada doctrina según la cual no se vulnera el derecho a la igualdad por el hecho de que conductas iguales a la sancionada no fueran objeto de represión administrativa se argumenta, citando la STS de 4 de noviembre de 1996 (Ar. 7887), con esta afirmación: “existe una justificación para un posible tratamiento desigual” pues “el respeto a las garantías procedimentales y procesales y la necesidad de una prueba de cargo impide que pueda afirmarse que necesariamente todas las conductas objetivamente punibles puedan ser sancionadas”. Y todavía, invocando la STC 78/1984, se añade: “el juez (...) no posee ninguna otra regla vinculante que la Ley, por lo que no podrá alegarse como fuente vinculante la desviación del criterio seguido en otros casos” (SAN de 5 de abril de 2000, Ar. 2159).

4. LA ANTIJURIDICIDAD COMO ELEMENTO NECESARIO DE LA INFRACCIÓN

A) Necesidad de lesión del bien jurídico protegido

Una profesora de enseñanza secundaria había sido sancionada por una falta leve consistente en no haber justificado su ausencia durante tres horas en su centro de destino. Queda probado que en esas tres horas la profesora acompañó a sus alumnos en una manifestación, promovida por la Asociación de Padres de Alumnos, ante la sede de la Delegación Provincial de la Consejería de Educación. “Y llegado a este punto no cabe imputar a la actora la falta leve por la que fue sancionada, pues si ninguno de los alumnos asistió a clase en el contexto de las circunstancias descritas, no tenía sentido que el profesor permaneciera en el aula, lo que traducido a la técnica del Derecho Sancionador implica la falta de antijuridicidad de la conducta por ausencia de lesión o riesgo para el bien jurídico protegido por la norma, cual es el correcto funcionamiento del servicio público” (STSJ de Andalucía, Sevilla, de 25 de octubre de 2000, Ar. 22).

B) Ejercicio legítimo de un derecho

Se sanciona disciplinariamente a un militar por “hacer manifestaciones contrarias a la disciplina” en el recurso de alzada que formuló contra otra sanción disciplinaria. La **STC 102/2001, de 23 de abril**, concede el amparo al considerar que el texto del mencionado recurso no contiene expresiones insultantes, vejatorias o difamatorias ni “consideraciones críticas referidas a la autoridad o a la institución militar”, sino que “las manifestaciones por las que fue sancionado el demandante de amparo se emitieron en el ejercicio legítimo de su derecho a la libertad de expresión, en este caso, proyectada sobre el derecho fundamental de defensa (art. 24.2 CE)”.

5. RETROACTIVIDAD DE LA NORMA SANCIONADORA MÁS FAVORABLE

En el período analizado, se defiende la retroactividad de la Ley de Extranjería de 2000, que no prevé la sanción de expulsión del territorio español sí recogida en la de 1985, con formulaciones variadas, tales como una “pérdida sobrevenida de ejecutoriedad” de una sanción plenamente válida (STSJ del País Vasco de 29 de junio de 2000, Ar. 2112); o una consecuencia de una interpretación *sensu contrario* del art. 9.3 CE: puesto que establece el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, “las normas sancionadoras posteriores serán de aplicación siempre que resulten más favorables para el inculcado, no siendo óbice para la aplicación de la norma más beneficiosa que el procedimiento sancionador se encuentre en fase de impugnación jurisdiccional” (SSTSJ de Madrid de 9 y de 13 de junio de 2000, Ar. 2239 y 2240).

6. ELEMENTOS SUBJETIVOS DE LAS INFRACCIONES

A) Principio de personalidad de la pena

La STSJ de Cantabria de 1 de diciembre de 2000, Ar. 13 de 2001, ante una sanción impuesta al patrón de un buque y subsidiariamente al armador, declara que este principio de personalidad, de aplicación no matizada en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, da lugar a que la responsabilidad haya de ser consecuencia de la participación en los hechos constitutivos de la infracción: “no resulta viable sancionar a quien no ha cometido la infracción”.

B) Sujeto responsable: rechazo de la solidaridad. Es responsable la Administración contratante y no el contratista que realiza obras sin autorización

STSJ de Asturias de 22 de junio de 2000, Ar. 2140: Un Ayuntamiento contrata con una empresa privada la realización de una obra en la zona de servidumbre de un río alterando su cauce, lo que se realiza por la adjudicataria sin obtener previamente la preceptiva autorización (que sí obtuvo el propio Ayuntamiento con posterioridad). La Confederación Hidrográfica impone una multa solidariamente al Ayuntamiento y al contratista. Ésta recurre alegando que, como mera adjudicataria y ejecutora de las obras, no estaba obligada a solicitar la autorización y, además, que la responsabilidad solidaria vulnera el principio de responsabilidad personal. Según la sentencia, en el caso concreto era efectivamente el Ayuntamiento el que se había comprometido a obtener la autorización. Pero, además, respecto a la solidaridad contiene dos afirmaciones en parte contradictorias: de un lado que, en efecto, la solidaridad de las sanciones choca con el principio de individualización de las sanciones y, por ello, es opuesta al art. 25 CE; de otro lado, reconoce que en el art. 130 de la Ley 30/1992 hay previstos supuestos de responsabilidad solidaria en sanciones pero para un supuesto de hecho (cuando la infracción consista en el incumplimiento de obligaciones que las normas hayan impuesto a varias personas conjuntamente) que no concurre en el caso. Cabría pensar que si realmente la solidaridad es contraria al art. 25 CE, el art. 130 de la Ley 30/1992, en cuanto la establece, es inconstitucional. Mas no dice eso la sentencia, como tampoco lo han dicho otras recogidas en crónicas anteriores que también expresaban el rechazo de la solidaridad de las sanciones que, por otra parte, fue aceptada por el TC. En cualquier caso, no deja de causar extrañeza que el fallo anule la sanción sólo en cuanto a la parte recurrente, manteniendo, por tanto, la sanción íntegra y ahora en exclusiva para la otra parte que no estaba presente en el proceso.

Además, en esta sentencia, al igual que en la STSJ de Madrid de 29 de mayo de 2000, Ar. 2100, no se plantea siquiera si es aceptable en abstracto que una Administración sea sancionada por otra.

C) La ignorancia de una decisión administrativa publicada no exime de culpa

Se había sancionado a un particular por la realización de construcciones no autorizadas en una zona que un expediente provisional de deslinde encuadraba en el dominio público marítimo-terrestre. A juicio de la **STSJ de Baleares de 6 de octubre de 2000**, Ar. 2423, el cumplimiento de las exigencias de publicidad de la incoación de tal expediente provisional en el Boletín Oficial de la Provincia, en el tabón de anuncios y en un diario de los de mayor difusión, excluye la invocada ausencia de culpabilidad.

D) Cúmulo de circunstancias que originan una ausencia de culpabilidad

Se sanciona al dueño de un bar por la venta de tabaco al por menor sin disponer de la preceptiva autorización de la Delegación del Gobierno. La **STSJ de Extremadura de 14 de febrero de 2001**, Ar. 67, entiende que:

“aunque la conducta enjuiciada encaja en el tipo, la resolución recurrida debe ser anulada puesto que el actor no es culpable, ya que estaba en la creencia, equivocada, de que su autorización seguía teniendo validez, y, por eso siguió pagando el IAE, creencia que, en cierta forma, se vio confirmada por el hecho de que en la visita de inspección realizada a su establecimiento unos meses antes, no se le advirtió de que estaba incumpliendo la legislación vigente y que tenía que renovar la autorización”.

E) No es necesaria intencionalidad pero sí negligencia

La **SAN de 5 de abril de 2000**, Ar. 2159, ante una infracción por mezcla de aceites, dice que:

“la comisión de la infracción examinada no requiere intencionalidad y menos aún voluntad defraudadora, sino que basta que se compruebe infringido (...) alguno de los límites impuestos (...) aunque dicho resultado se derive de una conducta meramente negligente”.

F) No se sanciona si hubo una interpretación razonable de las normas tributarias: ¿distintos niveles de exigencia según las cualidades del sujeto que realiza la interpretación?

La **SAN de 8 de noviembre de 2000**, Ar. 1905, responde negativamente a esa pregunta: hay que decidir si la interpretación es razonable “con independencia de circunstancias subjetivas tales como la importancia económica del sujeto pasivo o el asesoramiento fiscal que recibe”. Por el contrario, según la **STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de septiembre de 2000**, Ar. 1946, “la complejidad en la interpretación ha de ir referida, especialmente, a las personas físicas, a los particulares que por su desconocimiento de la materia tributaria y la posible falta de costumbre en la tramitación de asuntos con trascendencia jurídico-tributaria, pueden verse superados por la complicación de preceptos similares al que hoy nos ocupa”.

7. CONCURRENCIA DE INFRACCIONES FRENTE A LA PROHIBICIÓN DE DOBLE SANCIÓN

A) Se mantiene una sanción penal posterior a una sanción administrativa, concurriendo las identidades de sujeto, hechos y fundamento

Se recurre en amparo una sanción penal impuesta a un conductor por los mismos hechos por los que ya había sido sancionado administrativamente. En la resolución del recurso, el argumento definitivo de la **STC 152/2001, de 2 de julio**, es la falta de buena fe en el comportamiento procesal del recurrente, que teniendo perfecto conocimiento de la tramitación simultánea de ambos procedimientos sancionadores, “eludió hacerlo valer ante la Administración sancionadora, pudiendo haberlo hecho”, de tal manera que “la sanción administrativa más exigua, incorrectamente impuesta y tolerada con su pasiva actuación, le serviría de escudo frente a la correcta imposición de la sanción penal más grave”. A esto se añade el dato de que “la pena impuesta en la Sentencia penal recurrida tuvo en cuenta la precedente sanción administrativa, según se dice en ella, por razones de equidad, para rebajar la pena impuesta por el Juzgado de lo Penal en la medida de la sanción administrativa”.

Sobre esta base, la Sala falla la inadmisión del recurso de amparo por no concurrir uno de los requisitos de éste: “Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello” [art. 44.1.c) LOTC]. Tenía que haber sido en el conocido inicio simultáneo de ambos procedimientos, “momento, en el que inequívocamente la vulneración ya se había producido en la vertiente procedimental, cuando el demandante pudo, y por tanto debió, invocar el derecho vulnerado para procurar el remedio de la violación. El silencio del actor en el proceso penal durante el tiempo en el que la vulneración estaba teniendo lugar, y podía ser remediada, y el aplazamiento de la reacción defensiva al momento en que la sanción administrativa se había impuesto, puede encontrar explicación, que no justificación, en una táctica defensiva, consistente en tolerar la vulneración actual del principio *non bis in idem* para utilizar la sanción administrativa como defensa frente a la condena penal; pero una explicación tal lo que evidencia es una manipulación de la funcionalidad del principio *non bis in idem* en vez de una atendible reclamación de su respeto”.

B) Un mismo hecho valorado como infracción y criterio de graduación

Un contribuyente es sancionado por el incumplimiento de los deberes de suministrar datos con trascendencia tributaria, en concreto, por el suministro de datos falsos. Además, se le aplica la agravante de obstrucción a la inspección, producida por los mismos hechos constitutivos de la infracción. Al respecto, la **SAN de 16 de octubre de 2000**, Ar. 1911, entiende que “resulta evidente que en este caso la misma conducta que se tipifica como constitutiva de infracción tributaria simple se tiene en cuenta para apreciar una circunstancia agravatoria de la sanción, dando lugar en la práctica a la doble sanción de una conducta”.

8. PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

A) Denunciantes e interesados

La STS de 6 de marzo de 2000, Sección Tercera. Ar. 1811, parte de aclarar que “conceptualmente, no son situaciones equiparables la del denunciante y la del interesado, pues cabe que quien facilita la *notitia infractionis* a la Administración carezca de interés legítimo concreto en el caso”. Pero admite la figura del “denunciante portador o titular de un interés legítimo” supuesto en el que “estaría legitimado para exigir el control jurisdiccional de una resolución como la impugnada” que acordó no iniciar procedimiento sancionador. La sentencia aclara que “es atendiendo a las circunstancias de cada caso en concreto como ha de decidirse si el denunciante es o no portador o titular de un interés legítimo en obtener una respuesta sancionadora”. Se trataba de una resolución que, ante la denuncia de un corredor de comercio contra otros corredores, decidió, tras información reservada, no abrir expediente disciplinario a los corredores de comercio denunciados por no encontrar causas para ello. En este caso se considera que no había interés legítimo porque el recurrente “ningún beneficio legítimo puede obtener de la incoación del expediente y de la eventual sanción”. No hay datos para comprobar si así era o si se trata de una manifestación de la jurisprudencia que, tras admitir teóricamente la posibilidad de interés legítimo en la sanción, hace casi imposible detectarlo en la práctica.

La STSJ de Madrid de 29 de noviembre de 2000, Ar. 37, admite la legitimación como interesada de una Asociación de Defensa del Medio Ambiente en un procedimiento sancionador incoado a un particular por infracción de la Ley de Caza (cazar un corzo con arma en terreno común, estando en época de veda, con niebla y el suelo cubierto de nieve). Señala la sentencia que si se conecta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto con el art. 32.1 LAP, “ha de concluirse que en la medida que la infracción perseguida en el procedimiento sancionador en el que pretende personarse como interesada afecta al medioambiente del Valle de Lozoya, cuya defensa es uno de los fines estatutarios de la Asociación recurrente, su intervención como interesada en dicho procedimiento sancionador es uno de los instrumentos con que cuenta para el cumplimiento de dichos fines”.

Mucho más restrictiva es la STSJ de Andalucía (Granada) de 5 de febrero de 2001, Ar. 10, que parece negar con carácter absoluto la posibilidad de legitimados en los expedientes disciplinarios, pues en ellos “no se trata de velar intereses personales privados o particulares y directos, sino de tutelar por la propia Corporación los deberes profesionales y normas éticas de conducta que afectan a la profesión”.

B) Alcance de las irregularidades en la denuncia

La normativa sectorial reguladora de la denuncia establecía que en ésta debía estamparse la firma del denunciado o los motivos de dicha ausencia. Sin embargo, en el caso de autos, ninguno de estos datos aparecía. A pesar de ello, la STSJ de Asturias de 15 de septiembre de 2000, Ar. 2321, estima que esas irregularidades no conllevan la nulidad del expediente sancionador, “puesto que los requisitos formales de las denuncias formuladas

por los agentes de la autoridad se establecen por razones de seguridad jurídica que en este supuesto ha quedado suficiente salvaguardada por el hecho de habersele comunicado el boletín de denuncia (...) y porque, en segundo lugar, tal acto es sólo una de las formas de iniciación del expediente que no impide, pese a tales irregularidades, la continuación de su curso de oficio”. Aunque —añade— dicha irregularidad priva a esta denuncia de toda presunción de veracidad. En la misma línea, también se le niega esta presunción a un acta de inspección con ciertas dudas de legitimidad en cuanto a la firma estampada por el inspeccionado (STSJ de Navarra de 16 de noviembre de 2000, Ar. 2402).

C) Actas de inspección: no es necesaria la intervención de quien tenga formalmente la representación del inspeccionado

El recurrente combatía la validez de las actas de inspección en que se había basado la sanción por haber sido suscritas por un administrativo de la empresa inspeccionada que no tenía representación alguna. La STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de mayo de 2000, Ar. 2085, razona que la norma aplicable permite también que las actas sean firmadas por quien sencillamente esté a cargo de la mercancía. Pero más allá de esa argumentación, afirma que quien atendió a los inspectores “actuó *de facto* en nombre de la empresa (...) y a cuyas manifestaciones en todo caso habría de darse el oportuno valor probatorio por su conocimiento y responsabilidad dentro del tráfico jurídico y económico de la mercantil inspeccionada como persona idónea para fijar los datos constatados en las citadas actas. La invocación de facultades de representación no deja de ser contraria a los propios actos de la empresa recurrente pues quien coloca a una determinada persona (...) en un establecimiento comercial o industrial, con un determinado cometido que incluye atender a la Inspección y responder a sus requerimientos, formulando sin reparo manifestaciones y suscribiendo las actuaciones que se levantan, está confiriendo por la vía de los *facta concludentia* (...) un apoderamiento similar al del factor mercantil, si bien en este caso limitado a las funciones derivadas de la actuación inspectora”. En parecidos términos, la STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de junio de 2000, Ar. 2200.

Quizá en los casos enjuiciados cabría realmente admitir la representación de la que habla el Tribunal, pero normalmente no será así y el acta, si acaso, será firmada por un simple trabajador presente en la inspección como mera acreditación de su presencia. Ocurre, sin embargo, que ello no obsta normalmente a la validez de las actas de inspección que son una declaración unilateral del inspector que vale por sí misma aunque nadie más la firme. De hecho, en muchos casos, los asistentes se niegan a firmarla o simplemente no hay nadie presente como sucede si se inspeccionan máquinas de expedición automática de productos. Existe a este respecto una gran confusión, de la que no se libra la sentencia citada, frente a la que hay que insistir en que el valor probatorio de las actas de inspección no depende de que el inspeccionado o sus representantes, formales o informales o de hecho, presten su conformidad o estampen su firma en ellas.

VII. Derecho Administrativo Sancionador

D) Iniciación por denuncia de los agentes de la autoridad, no por las “denuncias voluntarias” de los controladores de estacionamiento

El procedimiento sancionador en materia de tráfico presenta la particularidad de que la iniciación propiamente dicha puede hacerse por denuncia formulada por los agentes de la autoridad. Además, puede comenzar por un acto de incoación de la autoridad competente como consecuencia de denuncia formulada por cualquier persona que tenga conocimiento de los hechos (la llamada “denuncia voluntaria”). Es precisamente en este último supuesto donde la STSJ del País Vasco de 29 de junio de 2000, Ar. 2113, encuadra la denuncia de los controladores de las zonas sometidas a ORA que, además de no gozar de presunción de certeza, “no constituye un acto hábil de incoación del procedimiento sancionador”.

E) La omisión de trámites esenciales del procedimiento o su notificación defectuosa genera indefensión

La STSJ de Murcia de 2 de septiembre de 2000, Ar. 2215, entiende que “se observan en el procedimiento sancionador defectos formales susceptibles de originar la nulidad absoluta de los actos impugnados al haber prescindido la Administración de trámites esenciales del procedimiento; nulidad que es apreciable de oficio por el órgano judicial, ya que es a éste a quien corresponde velar por la correcta aplicación de las normas procesales, las cuales, además, por ser de orden público, vinculan tanto a la Administración como a los administrados”. En concreto, se observa haber prescindido el instructor tanto del trámite de la propuesta de resolución, a pesar de haber hecho el interesado alegaciones dentro de plazo frente a la denuncia, como del de audiencia posterior; (...) impidiendo con ello la segunda oportunidad que la Ley concede al interesado de hacer alegaciones frente a dicha propuesta de resolución y frente a las nuevas pruebas de cargo que hayan podido practicarse”. Por tanto, la omisión de la propuesta de resolución, que satisface normalmente en el procedimiento sancionador el derecho de ser informado de la acusación del art. 24.2 CE, es suficiente para determinar la invalidez de los actos impugnados por originar indefensión al interesado. En el mismo sentido se pronuncian las SSTSJ de Murcia de 5 de abril, 2 y 27 de septiembre de 2000, Ar. 704, 2216 y 2281.

F) Notificaciones a quien no ostentaba representación en un concreto procedimiento sancionador

La STS de 29 de enero de 2001, Sección Séptima, Ar. 1651, se ocupa de un supuesto en el que las notificaciones al expedientado se habían hecho al letrado que lo había representado en otras ocasiones pero sin que en ese procedimiento se le hubiera otorgado la representación. La STS anula la sanción por entender que en el procedimiento sancionador es imprescindible la notificación personal y ello pese a que de la sentencia se deduce que no se produjo indefensión real porque el sancionado pudo contestar al pliego de cargos y a la propuesta de resolución.

G) Alteración de la calificación de la infracción y vulneración del derecho de defensa

STSJ de Cantabria de 18 de julio de 2000, Ar. 2191:

“La anterior relación de hechos probados permite constatar el irregular proceder de la Administración en orden a la calificación jurídica de los hechos imputados, modificando de forma reiterada el título de imputación e imponiendo finalmente una sanción por infracción grave del artículo 105.2.b).15 de la Ley del Medicamento sin dar previa audiencia al interesado a los efectos de que pudiera realizar las alegaciones que a su derecho convinieran en relación a ese concreto título de imputación, con evidente vulneración del derecho de defensa (...) lo que determina la estimación del presente recurso.”

No se hace ninguna declaración sobre la retroacción del expediente para dar audiencia al interesado, sino que sencillamente se anula la sanción.

9. LA PRUEBA Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

A) Diferencia entre presunción de inocencia e *in dubio pro reo*

La STSJ de Extremadura de 12 de julio de 2000, Ar. 2137, con cita de varias SSTC, aplica al Derecho Administrativo Sancionador la diferencia entre uno y otro principio, aun poniendo de relieve su íntima relación y su tronco común en el más genérico *favor rei*. El primero, que es el que tiene trascendencia constitucional, sólo exige la “conurrencia de suficientes elementos de prueba, lícitamente obtenidos y razonablemente bastantes, como para fundar la resolución sancionadora” pues de ellos puede “derivarse razonablemente la culpabilidad del acusado”. Pero, con esa base probatoria, la presunción de inocencia respeta la libre valoración de la prueba. Por el contrario, el *in dubio pro reo*, que no tiene relevancia constitucional, parte de que ha habido prueba suficiente y se sitúa en el ámbito de la valoración o “apreciación de la prueba del órgano administrativo o judicial” de modo que este principio impone la absolucón “si no llegara al convencimiento más allá de toda duda”.

B) Carga de la prueba y presunción de legalidad de los actos administrativos

La STSJ de Murcia de 15 de diciembre de 2000, Ar. 3 de 2001, reitera la jurisprudencia conforme a la que “la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin que nadie esté obligado a probar su propia inocencia; de forma que cualquier insuficiencia en el resultado de las pruebas practicadas, libremente valorado por el órgano sancionador, debe traducirse en un pronunciamiento absolutorio (...); la presunción de legalidad de los actos administrativos no implica un desplazamiento de la carga de la prueba que normalmente a la misma corresponde, sino únicamente un desplazamiento de la carga de accionar o de impugnar para destruir tal presunción”.

C) Las circunstancias que exoneran de responsabilidad debe probarlas quien las alega

Alegada por la sancionada que el corte de suministro eléctrico en tres pueblos –que en ello consistía la infracción–, fue debido a fuerza mayor (vientos huracanados y lluvias torrenciales) la STSJ de Extremadura de 18 de julio de 2000, Ar. 2138, afirma que su prueba “es un deber de quien lo alega de tal forma que sólo en caso de tener éxito la prueba puede ampararse en ella (...) por cuanto la fuerza mayor actuaría como circunstancia de exoneración de la responsabilidad imputada y es regla general del Derecho Punitivo que la carga de la prueba de quien acusa se extiende a la concurrencia de los elementos constitutivos del tipo imputado, mas no de las circunstancias de exoneración que han de ser de cuenta del imputado”. La misma regla es aplicable a la prescripción (SSTSJ de Andalucía, Sevilla, de 4 y 8 de septiembre de 2000, Ar. 2288 y 2289).

D) El momento de la prueba

Las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 4 y 8 de septiembre de 2000, Ar. 2288 y 2289, consideran extemporánea la petición de pruebas al formular alegaciones a la propuesta de resolución.

E) Valor probatorio de las actas de inspección

Encontramos en el período analizado diversas sentencias que se insertan en una línea jurisprudencial que insiste en términos enérgicos en la presunción de veracidad de las actas que realicen funcionarios con la condición de autoridad, y ello a pesar de que la Ley 30/1992 sólo le confiere valor probatorio. Así, la STSJ de Cataluña de 12 de enero de 2001, Ar. 7, afirma que esta presunción hace que “entre en juego la inversión de carga de la prueba que exige al afectado por el acta demostrar la inexactitud de la misma (...), ya que el acta constituye por sí misma un documento de valor probatorio privilegiado por expresa disposición legal, cuando ha sido válidamente emitida”; y la STSJ de Castilla y León (Burgos) de 4 de abril de 2000, Ar. 696, la considera “esencial garantía de una acción administrativa eficaz”.

F) Consecuencias de no practicar pruebas pertinentes

La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 19 de mayo de 2000, Ar. 2286, tras considerar las pruebas propuestas en vía administrativa como pertinentes, procede a la anulación de la sanción impuesta por generar una indefensión en el actor “no subsanable en vía judicial dado el rigor predicable de un procedimiento sancionador”. Así mismo, la STSJ de Castilla-La Mancha de 20 de mayo de 2000, donde la Administración incluso aporta la prueba en el proceso judicial. Esta doctrina tiene ya algunas aplicaciones en el ámbito del Derecho administrativo sancionador pero es contraria a la general según la cual la indefensión ha de ser material o real y hay que valorarla en el conjunto de actuaciones de modo que no tiene valor invalidante si en el posterior recurso administrativo o contencioso-administrativo el administrado tuvo todas las posibilidades de defensa.

En la misma línea, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 21 de noviembre de 2000, Ar. 28, donde se denegaron inmotivadamente las pruebas propuestas. En definitiva, se vulnera el derecho a la defensa “cuando no se motiva debidamente la declaración de impertinencia de las pruebas propuestas y cuando sin hacerse pronunciamiento al respecto por el instructor aquellas pruebas no se practican” (SAN de 5 de abril de 2000, Ar. 2159).

Criterio distinto es el seguido por la STSJ de Madrid de 24 de abril de 2000, Ar. 2154, que falla la retroacción del procedimiento para la práctica de una determinada prueba que se considera pertinente, y que una vez realizada ésta, se dicte nueva resolución sancionadora.

G) Práctica de la prueba: supuestos no determinantes de invalidez

Las SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 4 y 8 de septiembre de 2000, Ar. 2288 y 2289, no ven ningún efecto invalidante, cuando el actor no propone medios concretos de prueba, sino que se limita a una genérica petición de recibimiento a prueba; o cuando se haya practicado la prueba esencial, aunque no alguna otra de las solicitadas (STSJ de Castilla y León, Burgos, de 4 de abril de 2000, Ar. 696).

10. EXTENSIÓN DE LA SANCIÓN PROCEDENTE EN CADA CASO

A) La falta de motivación de la sanción provoca indefensión

Según la STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de junio de 2000, Ar. 2204, la inexistencia de motivación expresa de la parte de la sanción relativa a la privación del permiso de conducir infringe lo establecido en el artículo 54.1.a) de la Ley 30/1992, provocando indefensión que motiva la nulidad del acto en dicho pronunciamiento.

B) Reducciones legales en la cuantía de las sanciones tributarias

La SAN de 8 de noviembre de 2000, Ar. 1905, a propósito de la reducción del 30 por ciento en la cuantía de las sanciones por infracciones tributarias graves, cuando el sujeto infractor o, en su caso, el responsable manifiesten su conformidad con la propuesta de regularización que se les formule, señala que “ha de bastar con que la conformidad vaya referida a la liquidación en sentido propio, esto es, a la fijación de la cuantía de la obligación nacida de la realización del hecho imponible, sin que forzosamente haya de alcanzar a las consecuencias punitivas que se añaden una vez que la Administración determina el montante de la cuantía derivada de la realización del hecho imponible”.

11. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

A) Caducidad del expediente sancionador: no basta el simple transcurso del tiempo

STSJ de Cantabria de 18 de julio de 2000, Ar. 2191: para que se produzca la caducidad “es preciso una total paralización del procedimiento y una detención de la actividad administrativa”, ello, además, “carente de toda justificación de modo que se revele una voluntad real y objetiva de abandonar el procedimiento sancionador”. Eso no se daba en el caso en cuestión donde la superación del plazo se debió a “las propias incidencias del expediente administrativo, así como por la declaración de nulidad decretada (por la propia Administración) y retroacción de las actuaciones para dictar nuevo pliego de cargos”.

B) Aplicación del art. 6.2 del Reglamento del Procedimiento Sancionador aunque la Comunidad Autónoma haya regulado los plazos máximos de los procedimientos sancionadores

El art. 6.2 del Real Decreto 1398/1993, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPS), establece que transcurridos dos meses desde que se inició el procedimiento sancionador sin haberse practicado la notificación se procederá al archivo de actuaciones. Frente a su aplicación a una infracción urbanística, la Administración murciana alegaba: la falta de cobertura legal del precepto reglamentario; y, en cualquier caso, su inaplicación porque la Comunidad de Murcia había regulado la caducidad de los procedimientos iniciados de oficio no susceptibles de producir actos favorables a los administrados estableciendo el plazo máximo. La STSJ de Murcia de 31 de marzo de 2000, Ar. 697, con argumentos débiles, rechaza ambas alegaciones y, en suma, sostiene la legalidad del art. 6.2 RPS y su aplicabilidad general pese a la regulación autonómica.

12. EJECUCIÓN DE LAS SANCIONES: NO PROCEDE LA SUSPENSIÓN DE LA SANCIÓN DE INHABILITACIÓN RECURRIDA EN VÍA JURISDICCIONAL

STS de 2 de febrero de 2001, Sección Tercera, Ar. 1601. Recurrida la resolución que impuso al directivo de una compañía de seguros multa e inhabilitación temporal para ejercer cargos de administración o dirección en entidades aseguradoras, se acordó la suspensión de la multa (aunque con caución) pero no la de inhabilitación. Se basa la sentencia para ello en los intereses públicos que se persiguen con la sanción —especialmente, el mantenimiento de la confianza en estas entidades— por “el riesgo que supondría mantener provisionalmente la continuidad como directivo de una entidad financiera de quien, a juicio de la Administración y tras el oportuno expediente sancionador, ha vulnerado muy gravemente las normas que, en garantía de la solvencia de este importante sector financiero, regulan las actuaciones de las compañías aseguradoras”.

13. CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO: EL JUEZ PUEDE CAMBIAR LA INFRACCIÓN POR LA QUE SANCIONÓ LA ADMINISTRACIÓN

Contra una sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo, el recurrente alega que “si la infracción por la que fue sancionado no procedía, el juzgador debió anular la sanción impuesta y no sustituirla por otra diferente”, pues ello supone incongruencia y vulneración del carácter revisor de esta jurisdicción. Para la **STSJ de Madrid de 29 de mayo de 2000**, Ar. 2100, no hubo incongruencia ni tampoco indefensión sino una estimación parcial del recurso ya que, al parecer, los argumentos del recurrente habían discurrido en esa línea de que no se daban los elementos de la infracción aplicada y, además, la infracción en la que la sentencia subsumió los hechos era “de idéntica naturaleza aunque de menor gravedad”. Y añade:

“Por otra parte, el carácter revisor de esta jurisdicción es un concepto que no se extiende más allá de la exigencia del acto o disposición administrativa previo, sin que afecte al hecho de que aquella y en virtud del principio de efectividad de la tutela judicial (art. 24.1 CE) puede sustituir a la Administración en sus pronunciamientos cuando existe ya base para ello en los autos y ya concretamente en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador, como tiene declarado reiteradamente el TS [sentencias de 11 de diciembre de 1989, 29 de mayo de 1990 y 21 de noviembre de 1990, entre otras], la jurisdicción contencioso-administrativa en desarrollo de su función revisora puede enjuiciar la tipificación efectuada por la Administración para ajustarla a los presupuestos fácticos resultantes del expediente e incluso acomodar la sanción a las infracciones cometidas.”

En otras sentencias correspondientes al período analizado se observa igualmente cómo los Tribunales cambian el tipo por el que la Administración había sancionado: **STSJ de Extremadura de 12 de julio de 2000**, Ar. 2137, o **STSJ de Baleares de 6 de octubre de 2000**, Ar. 2423.

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

MANUEL REBOLLO PUIG

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

VIII. EXPROPIACIÓN FORZOSA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Legitimación. A) Condición de interesado del primitivo dueño del bien expropiado que esgrime un interés económico directo sobre el mismo por haber sido transmitido mediante contrato de permuta sujeto a condición resolutoria. **3. Procedimiento expropiatorio.** A) Efectos de la demora u omisión en la presentación de la hoja de aprecio por la Administración expropiante. B) Ejecutividad del acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación e improcedencia de suspender la obligación de pago o consignación de la cantidad no discutida. **4. Expropiaciones urgentes.** A) La validez del acuerdo de urgente ocupación no decae en los supuestos en los que la actuación del órgano expropiante parezca desmentir *de facto* los motivos de excepcionalidad y urgencia que justificaron dicho acuerdo, cuando el órgano expropiante y el que apreció la urgencia pertenecen a distintas Administraciones. B) Nulidad del acuerdo de urgente ocupación por incumplimiento de los presupuestos de excepcionalidad y urgencia: efectos de la anulación. **5. Determinación y pago del justiprecio.** A) Insuficiencia del pago de los intereses legales como medida compensatoria en supuestos de gran inflación: violación del artículo 1 del Protocolo número 1 al CEDH y alcance de la “satisfacción equitativa” concedida por el TEDH.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica recoge la jurisprudencia recaída durante los dos últimos meses del año 2000 y los dos primeros de 2001. En el período contemplado no se han producido pronunciamientos novedosos en la materia. No obstante, es de reseñar la jurisprudencia relativa a la ejecutividad de los acuerdos del Jurado de Expropiación y a la no suspensión de las obligaciones legales que se asocian a la adopción de dicho acuerdo. Asimismo, merece destacarse, por su valor compilador, la jurisprudencia que se recoge en el apartado de las expropiaciones de urgencia, donde se sintetiza y comenta la doctrina general sobre los presupuestos que legitiman la apreciación de la urgencia y los efectos que acarrea la anulación de la declaración de urgente ocupación.

2. LEGITIMACIÓN

A) Condición de interesado del primitivo dueño del bien expropiado que esgrime un interés económico directo sobre el mismo por haber sido transmitido mediante contrato de permuta sujeto a condición resolutoria

La STS de 20 de diciembre de 2000, Ar. 1407 de 2001, analiza un supuesto en el que el Ayuntamiento expropiante había rechazado la condición de interesado en el procedimiento al antiguo propietario del bien que iba a ser expropiado. La razón es que tres años antes de la información pública a la que se sometió el proyecto expropiatorio para determinar los posibles interesados, el bien en cuestión había sido transmitido por el ahora recurrente mediante contrato de permuta sujeto a condición resolutoria. Al resolver el recurso contencioso-administrativo planteado por el antiguo propietario, el Tribunal *a quo* acoge la tesis del Ayuntamiento demandado argumentando que el anterior propietario de la cosa no es interesado a los efectos del art. 3 de la LEF, siendo tan sólo titular de una mera expectativa (que pudiera derivarse del incumplimiento de la condición resolutoria) que no le confiere derecho a justiprecio. El Tribunal *a quo* entiende, por ello, que la Administración expropiante actuó correctamente al considerar como único interesado a quien resultó propietario de los bienes en el momento de acordar el trámite de información pública, que además contaba con una licencia de obras concedida por el Ayuntamiento, cuya edificación proyectada debía ser reducida a consecuencia de la expropiación.

Al resolver el recurso de casación planteado por el antiguo propietario de los bienes, el Tribunal Supremo rechaza la interpretación de la Sala de instancia, afirmando que la legitimación del recurrente como sujeto interesado en el procedimiento expropiatorio subsiste a pesar de la permuta realizada. Pues como interesados hay que tener, en virtud del art. 4 de la LEF, a los titulares de “intereses económicos directos” sobre la cosa, cual es el caso del transmitente que se reserva la recuperación del dominio en caso de cumplirse la *conditio iuris* pactada (máxime cuando el acontecimiento futuro e incierto del que dependía la eficacia de dicha condición se produjo posteriormente). Sin que pueda olvidarse, por lo demás, que las licencias municipales de obra, como la que había sido otorgada a quien fue considerado propietario interesado en el trámite de información pública, se otorgan dejando a salvo el derecho de propiedad y sin perjuicio del derecho de terceros, como establecen los arts. 10 y 12.1 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales.

En consecuencia, el Tribunal Supremo anula los actos administrativos que denegaron la condición de interesado del recurrente, ordenando a la Administración demandada su inclusión en la relación de sujetos afectados por la expropiación y retrotrayendo las actuaciones administrativas al momento en que se produjo la omisión.

3. PROCEDIMIENTO EXPROPIATORIO

A) Efectos de la demora u omisión en la presentación de la hoja de aprecio por la Administración expropiante

En aplicación del principio según el cual los defectos de forma sólo determinan la anulabilidad de los actos cuando éstos carezcan de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o produzcan indefensión a los interesados (art. 63.2 LRJ y PAC), la jurisprudencia viene sosteniendo que la demora u omisión por parte de la Administración en la presentación de su hoja de aprecio a la que se refiere el art. 30.2 de la LEF no acarrea, en principio, efectos invalidantes. De un lado, el Tribunal Supremo ha descartado que puedan extraerse consecuencias sustantivas de la demora de la Administración en la formulación de dicha hoja de aprecio, rechazando que ello suponga la aceptación tácita de la valoración propuesta por el interesado. De otro lado, también ha negado que la omisión de dicha valoración por parte de la Administración pueda determinar la nulidad si no se acredita, además, que la no formulación del aprecio administrativo impidió al expropiado presentar las alegaciones que estimase pertinentes o aportar las pruebas que considere oportunas para fundar su propia valoración, que es la finalidad a la que se endereza el art. 30.2 de la LEF.

Recordando esta consolidada doctrina, la STS de 30 de enero de 2001, Ar. 648, señala, a su vez, que:

“cuando tiene lugar la remisión al Jurado de Expropiación, se produce de manera cierta y acorde con la doctrina de la formación de la voluntad tácita de la Administración mediante *facta concludentia* o actos propios inequívocos el rechazo de la hoja de aprecio de los expropiados por el Ayuntamiento afectado y la continuación del procedimiento expropiatorio mediante la intervención del órgano tasador”.

Debe entenderse, entonces, que cuando sin mediar hoja de aprecio de la Administración el expediente es remitido al Jurado de Expropiación se produce un rechazo tácito de la valoración propuesta por el interesado, sin que ello genere invalidez de las actuaciones, salvo en el supuesto en que dicha omisión impida efectivamente la formulación de alegaciones y la oportunidad de aportar pruebas por los expropiados en apoyo de su propuesta de valoración, en cuyo caso cabría apreciar un supuesto de anulabilidad por indefensión.

B) Ejecutividad del acuerdo del Jurado Provincial de Expropiación e improcedencia de suspender la obligación de pago o consignación de la cantidad no discutida

La fijación del justiprecio en vía administrativa por parte del Jurado de Expropiación es un acto definitivo y, por tanto, ejecutorio, sin perjuicio —claro está— del eventual recurso contencioso-administrativo que pudiera interponerse contra el mismo. Los efectos ejecutivos del acuerdo del Jurado son los que específicamente prevé la LEF: pago o consignación de la cantidad sobre la que no hay disconformidad (art. 50 LEF) y, en su momento, el abono de los intereses establecidos en los arts. 52, 56 y 57 de la LEF devengados sobre la cantidad que resulte definitivamente fijada en la vía jurisdiccional menos la que

haya sido efectivamente pagada o consignada. En caso de que el expropiado, la Administración o el beneficiario de la expropiación impugnen en sede jurisdiccional el acuerdo del Jurado, el Tribunal Supremo tiene declarado que la ejecutividad de dicho acuerdo no alcanza al pago total del justiprecio establecido por el Jurado, sino sólo a la cantidad no controvertida, salvo que el beneficiario lo abone o consigne de forma voluntaria a fin de liberarse del abono de los intereses que pudiera corresponderle.

En este orden de consideraciones, las SSTS de 25 de enero y 30 de enero de 2001, Ar. 644 y 646, respectivamente, han precisado que la interposición del recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo de fijación del justiprecio no suspende la obligación de pago de la cantidad sobre la que no haya discordia, pues la medida cautelar de suspensión prevista en la LJCA:

“no tiene como finalidad impedir o retrasar el cumplimiento de obligaciones legales (...) cuales son las establecidas por los artículos 48.1, 50, 51 y 57 de la Ley de Expropiación Forzosa, relativas al pago o consignación del justiprecio y al abono de intereses por demora en dicho pago (...). En consecuencia, es improcedente la suspensión de la ejecutividad de los acuerdos del Jurado sobre fijación del justiprecio (...), así como la adopción de cualquier otra medida cautelar que afecte al abono del justiprecio ajena al derecho del expropiado a la entrega provisional de la cantidad concurrente, que debe considerarse una medida cautelar específica prevista en la Ley, salvo cuando el litigio versa exclusivamente sobre el importe del justiprecio, en que la entrega tiene carácter definitivo” (STS de 30 de enero).

Obsérvese que la sentencia dice expresamente que el pago provisional —o la consignación— de la cantidad concurrente “debe considerarse como una medida cautelar específica”, con lo cual califica certeramente la naturaleza jurídica de la previsión contenida en el art. 50 de la LEF, corrigiendo algún pronunciamiento anterior en el que se negaba el carácter de medida cautelar a dicha previsión legal (por ejemplo, STS de 11 de marzo de 2000, Ar. 3054).

4. EXPROPIACIONES URGENTES

A) La validez del acuerdo de urgente ocupación no decae en los supuestos en los que la actuación del órgano expropiante parezca desmentir de facto los motivos de excepcionalidad y urgencia que justificaron dicho acuerdo, cuando el órgano expropiante y el que apreció la urgencia pertenecen a distintas Administraciones

Como ya hemos señalado en anteriores ocasiones (así, por ejemplo, en el núm. 1 de esta Revista, pág. 134) para poder declarar la urgente ocupación de los bienes afectados por una expropiación es preciso, en el sentido que recuerdan las SSTS de 14 de noviembre y de 5 de diciembre de 2000, Ar. 424 y 545 de 2001, respectivamente, que concurren las circunstancias de excepcionalidad que permiten acudir al procedimiento del art. 52

VIII. Expropiación Forzosa

de la LEF. Se trata, como manifiestan las citadas sentencias, de circunstancias de urgencia “real y constatada” que deben quedar “suficientemente justificadas para que puedan servir de base a una excepción tan importante al sistema general de previo pago del justiprecio”. Como consecuencia lógica de ello, la jurisprudencia exige la necesidad de motivar debidamente el acuerdo que declare la urgente ocupación, “con exposición de las circunstancias que lo justifican”.

Cabe reseñar, por otra parte, que la mencionada **STS de 5 de diciembre de 2000** circunscribe temporalmente la justificación de la urgencia al momento en el que el órgano competente acuerda la necesidad de la urgente ocupación. De forma que si las razones de urgencia y excepcionalidad que justificaron la medida decaen posteriormente, como parece demostrar el ulterior desarrollo de los acontecimientos, no tiene por qué derivarse necesariamente de ello la anulación del acuerdo de expropiación. En el supuesto examinado, el Tribunal Supremo estima que cuando, habiendo sido declarada la urgencia por el órgano autonómico, sobrevienen circunstancias que dificultan y retrasan el procedimiento de expropiación seguido por el Ayuntamiento expropiante, el Decreto autonómico que apreció la urgencia de dicha expropiación no deviene nulo, pues:

“no se puede anudar y por ende imputar a la Administración autónoma, a la hora de fiscalizar jurisdiccionalmente el acuerdo adoptado, los hechos futuros o venideros que con posterioridad a la apreciación de las circunstancias de carácter urgente y excepcional justificaron y fueron apreciados *ab initio* para acordar este especial procedimiento, ya que el retraso o la no ejecución de la obra que motivó la expropiación será siempre achacable a la Administración expropiante en cuyo caso, a través de la correspondiente acción de responsabilidad, quedarán siempre salvaguardados los derechos de los propietarios expropiados, contra el ente local que instó al correspondiente órgano ejecutivo la declaración de urgente ocupación”.

No debe perderse de vista, sin embargo, que la clave de este pronunciamiento radica en el hecho de que la Administración que declara la urgencia y la Administración expropiante son distintas, pues en caso de que fuera la misma (y se tratase, por ejemplo, de una expropiación autonómica) no creemos que fuera posible sostener la misma solución, al menos en los mismos términos (esto es, apelando a la responsabilidad patrimonial de quien debía ejecutar la expropiación), pues en dicho caso sería posible reclamar un control de fondo sobre la validez del acuerdo de urgente ocupación basado en el cumplimiento del presupuesto de hecho determinante de la declaración de la urgencia.

B) Nulidad del acuerdo de urgente ocupación por incumplimiento de los presupuestos de excepcionalidad y urgencia: efectos de la anulación

La **STS de 14 de noviembre de 2000**, antes citada, anula un Decreto autonómico por el cual se declaraba de manera genérica la urgente ocupación, a efectos expropiatorios, de todas las obras y servicios comprendidos en los Planes de Obras y Servicios de las Diputaciones Provinciales de la Comunidad Autónoma para un determinado año.

Aplicando la jurisprudencia sobre los requisitos que enmarcan la apreciación de la urgencia que anteriormente hemos reseñado, el Tribunal Supremo anula el Decreto en cuestión por incumplir:

“el requisito de atender a la urgencia real y constatada de la obra o servicio que en cada caso motive la expropiación, puesto que dicha declaración no se refiere a obra o servicio alguno en concreto, sino que se traduce en una enumeración genérica y no exhaustiva. Por otra parte, el Decreto no cumple con el requisito formal de motivar debidamente las circunstancias que justifican el acudir al excepcional procedimiento previsto en el art. 52 de la Ley, como manda hacer el art. 56 del Reglamento, con exposición de aquéllas, puesto que alude únicamente a la necesidad de atender a los servicios mínimos locales. Esta justificación, como es obvio, es por sí insuficiente –puesto que nada impide que los servicios mínimos, si no concurre alguna circunstancia excepcional que se añada a dicho carácter, puedan atenderse por los medios expropiatorios ordinarios–. Por otra parte, no comprende –en su misma formulación– las obras y servicios no incluidos en el concepto de mínimos que puedan haberse comprendido en los Planes de Obras y Servicios, entre las cuales se halla precisamente la que motiva este proceso”.

En consecuencia, la sentencia estima el recurso de casación interpuesto por el expropiado, declarando la nulidad del acuerdo de urgente ocupación y ordenando que, previa retroacción del procedimiento, éste se tramite como ordinario.

En relación con los efectos de la anulación del acuerdo de urgente ocupación debe tenerse en cuenta la **STS de 18 de enero de 2001**, Ar. 639, por cuanto añade que, en aplicación de los arts. 63 y 64 de la LRJAP y PAC, una vez anulado el Decreto de declaración de la urgencia “devienen anulables todos los actos dictados en el expediente expropiatorio que no resulten independientes del primero”. Ello incluye la determinación del justiprecio en aquellos supuestos en los que al anularse la declaración de la urgencia se anula también el acto por el que se iniciaba el expediente expropiatorio, ya que la declaración de la urgencia lleva implícita la de necesidad de la ocupación que, a su vez, constituye el inicio del expediente expropiatorio (ex arts. 52 y 21 de la LEF):

“de tal manera que al anularse el acuerdo inicial de iniciación del expediente expropiatorio todos los actos posteriores seguidos en el procedimiento expropiatorio carecen de fundamento legal, ya que todos ellos están directamente vinculados a aquel que inicia el procedimiento, máxime en el caso del acuerdo de fijación del justiprecio ya que éste no puede fijarse sin acuerdo expropiatorio previo”.

Además –sigue argumentando el Tribunal Supremo–, el acuerdo de justiprecio debe pronunciarse sobre los intereses de demora, y el cómputo de éstos es distinto según estemos en una expropiación ordinaria o en una urgente (véase, al respecto, el núm. 1 de esta Revista, págs. 139 a 141), con lo que tampoco es indiferente a estos efectos la anulación del acuerdo de urgente ocupación. En razón de lo expuesto, la sentencia comentada señala lo errado de la doctrina del Tribunal a quo que había declarado que el procedimiento

VIII. Expropiación Forzosa

expropiatorio seguido, ya fuese el ordinario o el de urgencia, resultaba irrelevante a la hora de fijar el justiprecio.

Sentada la anterior doctrina, la sentencia manifiesta, sin embargo, que en el caso examinado la cuestión se plantea en términos diferentes, ya que el Decreto autonómico que declaraba la urgencia no llevaba implícita la declaración de necesidad de la ocupación, que había sido acordada con anterioridad por el órgano expropiante (la Diputación Provincial). Por ello, la anulación del Decreto no alcanza a la de la necesidad de ocupación, que es un acto “independiente” de aquél, de modo que:

“tal anulación sólo afecta al procedimiento a seguir mas no a la expropiación en sí misma ya que ésta está válidamente acordada y debe continuar su tramitación si bien conforme a las normas del procedimiento ordinario y por tanto debe procederse a justipreciar los bienes respecto de los que se ha declarado la necesidad de ocupación, en consecuencia es evidente que sólo cabría anular el acuerdo de justiprecio en la medida en que éste no respondiese a los principios establecidos en los artículos de la Ley de expropiación que regulen la determinación del justiprecio en las expropiaciones ordinarias, artículos 24 y siguientes de aquélla, o infringiese los criterios de valoración aplicables al caso, mas no cabe entender sin más que el acuerdo de justiprecio devenga anulable, sin atender a ninguna otra consideración, por el mero hecho de haberse anulado la declaración de urgente ocupación efectuada independientemente de la necesidad de ocupación, tesis compatible con el principio de economía procesal contenido en la Ley de Régimen Jurídico 30/1992 que impone la conservación de los actos cuyo contenido sería el mismo de repetirse las actuaciones”.

5. DETERMINACIÓN Y PAGO DEL JUSTIPRECIO

A) Insuficiencia del pago de los intereses legales como medida compensatoria en supuestos de gran inflación: violación del artículo 1 del Protocolo número 1 al CEDH y alcance de la “satisfacción equitativa” concedida por el TEDH

En la interpretación del art. 1 del Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene sobradamente declarado que la expropiación forzosa, como fórmula de privación singular de la propiedad por causa de utilidad pública, requiere para su validez “un justo equilibrio entre las exigencias del interés general y los derechos fundamentales del individuo” (véanse nuestros comentarios al respecto en los núms. 7 y 12 de esta Revista).

En este contexto hermenéutico, la sentencia del TEDH de 27 de febrero de 2001, Ar. Const. 125, se plantea la naturaleza y el alcance compensatorio de los intereses de demora en una actuación expropiatoria acordada por la Administración de aguas de Turquía. En el caso examinado, la demanda fue planteada por unos nacionales turcos cuyos terrenos fueron expropiados para la construcción de una presa hidroeléctrica a cuyo efecto recibieron un justiprecio que posteriormente recurrieron ante los Tribunales de su país en reclamación de una mayor cuantía. El Tribunal nacional competente dictó sentencia a su favor, recono-

ciéndoles el derecho a percibir unas indemnizaciones complementarias de un justiprecio total que habría de ser incrementado, además, por unos intereses legales de demora de un 30 por ciento anual. Sin embargo, la Administración de aguas turca no abonó dichas cantidades e intereses hasta pasados dos años de la sentencia que los estableció. Habida cuenta de la enorme inflación y la depreciación monetaria que sufrió la economía turca durante el período que medió entre la citada resolución judicial y el pago de lo debido (la inflación alcanzó en dicho período una media del 90,87 por ciento anual y los tipos de demora aplicables a las deudas del Estado se incrementaron hasta el 84 por ciento), los expropiados formularon una demanda ante el TEDH por incumplimiento del “justo equilibrio” que debe mediar entre la medida expropiatoria y la compensación acordada.

Ante estas circunstancias, en las que el retraso en el pago del justiprecio y los intereses judicialmente acordados era exclusivamente imputable a la Administración expropiante, el TEDH considera que los demandantes tuvieron que soportar:

“una carga excesiva que rompió el equilibrio justo que debía reinar entre, por una parte, las exigencias del interés general y, por otra, la protección del derecho al respeto de los bienes”.

Declarada así la violación, el Tribunal se pronuncia sobre la aplicación del art. 41 del Convenio (“Si el Tribunal declara que ha habido violación del Convenio o de sus Protocolos y si el Derecho interno de la Alta Parte Contratante sólo permite de manera imperfecta reparar las consecuencias de dicha violación, el Tribunal concederá a la parte perjudicada, si así procede, una satisfacción equitativa”), considerando que el perjuicio sufrido por los demandantes equivale a la diferencia entre las cantidades efectivamente abonadas y las que les hubieran correspondido de aplicarse los intereses vigentes en el momento en que se produjo el pago. El Tribunal procede, en consecuencia, a la actualización del crédito, cifrando el mismo en dólares americanos y fijando un interés por demora del 6 por ciento.

No parece dudoso que el alcance que de este fallo sitúa al TEDH en una especie de cuarta instancia judicial –cosa ya nada extraña en la reciente jurisprudencia del TEDH–. Pese a lo criticable que pudiera ser la arrogación de esta función “supracasacional” (que excede a su originaria competencia para declarar si ha habido o no violación del derecho y acordar, en su caso, una “satisfacción equitativa”), lo cierto es que la resolución del caso responde a las exigencias de justicia material que éste demandaba, pues la indemnización acordada se antoja la única “satisfacción equitativa” que podía equilibrar la desproporción que se produjo entre el justiprecio percibido y las exigencias compensatorias que, como “justo equilibrio”, reclama la privación coactiva del derecho de propiedad.

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

EMILIO GUICHOT

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

IX. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA**Sumario:****1. Consideración preliminar 2. Imputabilidad 3. Causalidad y objetividad del sistema.**

A) Aplicación por el juez civil del principio de responsabilidad por culpa, y no del sistema objetivo de la LGDCU. B) Causalidad indirecta **4. Antijuridicidad y obligación de soportar el daño.** A) Contagio de virus por transfusiones antes de que haya podido ser detectado: consideración como un supuesto de ausencia de antijuridicidad del daño.

B) Deber de soportar el daño derivado de un acto ilegal posteriormente anulado: rechazo de la teoría del “margen de tolerancia”. **5. Acción y procedimiento.**

A) Prescripción de la acción: carga de la prueba. B) Posibilidades de impugnación de sentencias penales por parte de la Administración en tanto que responsable civil subsidiaria. C) Legitimación de los agentes públicos para reclamar contra la Administración a la que sirven. **6. Jurisdicción competente.** A) Concurrencia de Administración y particulares en la producción de un daño: competencia del orden contencioso-administrativo. B) Responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros, en tanto Entidad pública Empresarial: competencia del orden civil. C) Determinación de la fecha relevante a los efectos de establecer el orden jurisdiccional competente para conocer de demandas de indemnización: contraste de soluciones administrativas y civiles. **7. Responsabilidad del Estado legislador.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La jurisprudencia recogida en la presente crónica no ofrece pronunciamientos llamativos, aunque constituye un buen panel de aspectos diversos del sistema de responsabilidad en el que puede apreciarse la consolidación de líneas doctrinales que el Tribunal Supremo viene manteniendo y la incorporación de precisiones que contribuyen a perfilar los detalles secundarios y matices de esta siempre difícil institución, cuyo apego a la casuística, como bien se sabe, tampoco permite sentar excesivas declaraciones de alcance general.

Puestos a destacar algún pronunciamiento relevante, cabe señalar la prudente reducción que se hace de la expansividad de la responsabilidad objetiva cuando para los daños hos-

pitalarios se invoca por los reclamantes, cada vez con más frecuencia, la Ley de Consumidores y Usuarios; un conflicto normativo este que ya va siendo hora que los Tribunales definan y resuelvan con buen sentido y precisión, armonizando lo dispuesto en dicha Ley —tan voluntarista como huérfana de técnica en tantos aspectos— con el sistema general de responsabilidad de la Administración.

También es importante la doctrina que trata de fijar un punto de equilibrio, conciliando el antagonismo de la tesis que propugna la automaticidad de la responsabilidad en el caso de anulación de actos discrecionales con su contraria, es decir, la que postula que la Administración goce en estos casos del llamado “margen de apreciación” liberatorio de responsabilidad.

Por último, es de resaltar la consolidación de los llamados “riesgos del progreso” como situación a examinar en sede de la antijuridicidad, abandonando así felizmente —el Tribunal Supremo lo ha hecho con una rapidez digna de celebrar— el terreno en el que estaba situada la cuestión, es decir, en un polémico y estéril forcejeo entre el caso fortuito y la fuerza mayor, superado ya por lo que se ve. Toca ahora que el Tribunal Supremo postule con énfasis —ya hemos insistido en ello en estos comentarios— que la exoneración de la responsabilidad que la Ley ha configurado no viene referida a los “asuntos corrientes”, sino a aquellos supuestos en los que la ignorancia del daño que se infligió era absolutamente imposible de vencer según el estado de los conocimientos, de la ciencia y de la técnica existentes.

A esto se constriñe el beneficio de la exoneración que la Ley confiere a la Administración, y no cabe por tanto desorbitarlo.

2. IMPUTABILIDAD

La STS de 31 de enero de 2001, Sala de lo Penal, Ar. 491, aplica los principios de los que dimos cuenta en la crónica núm. 11. Aclara que, en los casos de fallecimiento de un recluso a manos de otro con falta de la vigilancia debida por parte de la Administración penitenciaria, la Administración responde en virtud del art. 120.3 CP, y no del 121 CP, que se refiere a la responsabilidad subsidiaria del Estado por actos de autoridades, agentes, contratados o funcionarios públicos. El 120.3 CP responde a una lógica diferente. Exige:

“a) Que se haya cometido un delito o falta; b) Que tal delito o falta haya tenido lugar en un establecimiento dirigido por la persona o entidad contra la cual se va a declarar la responsabilidad; c) Que tal persona o entidad, o alguno de sus dependientes, hayan cometido alguna infracción de los reglamentos generales o especiales de policía. Esta última expresión se debe interpretar como criterios de amplitud, abarcando cualquier violación de un deber impuesto por la ley o por cualquier norma positiva de rango inferior.”

3. CAUSALIDAD Y OBJETIVIDAD DEL SISTEMA

A) Aplicación por el juez civil del principio de responsabilidad por culpa, y no del sistema objetivo de la LGDCU

La STS de 5 de febrero de 2001, Sala de lo Civil, Ar. 541, enjuicia un supuesto de responsabilidad médica. En el caso de autos, un niño fallece por insuficiencia respiratoria tres días después de acudir a la consulta por encontrarse con “cierto malestar” y de ser diagnosticado de “simple catarro”. Figuran como codemandados el médico que atendió a un niño tres días antes de su muerte; el médico-pediatra titular al que sustituía; la directora del centro; el propio centro; la aseguradora de los médicos demandados, y la del servicio autonómico de salud.

El TS admite que cada vez son más las sentencias que aplican en este ámbito el art. 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, pero hace una defensa de la culpa como base del sistema. En efecto, las sentencias que aplican el régimen objetivo de la LGDCU se refieren normalmente a infecciones contraídas o reactivadas en el propio medio hospitalario; a consecuencia de transfusiones de sangre; fallos en determinados dispositivos de implante o en el instrumental quirúrgico de una intervención; o bien daños desproporcionados en relación con el escaso riesgo atribuible en principio a una determinada operación, como ilustra el propio TS con citas de su jurisprudencia. Fuera de estos casos, rige desde la perspectiva del juez civil el principio culpabilístico.

Aplicado dicho principio al asunto en cuestión, habiendo quedado probado que tanto el diagnóstico como el tratamiento prescrito fueron los adecuados en función de los síntomas que el paciente presentaba, se descarta la responsabilidad de todos los demandados, sin que el dato de no haber sido atendido por especialista obste a esta conclusión, una vez acreditado que obró diligentemente y que tenía la suficiente experiencia.

B) Causalidad indirecta

La STS de 6 de febrero de 2001, Ar. 653, examina un supuesto de responsabilidad de un Ayuntamiento por falta de vigilancia de un inmueble en estado ruinoso. El Ayuntamiento había acordado hacía tiempo la adopción de medidas de seguridad y salubridad sobre dicho inmueble, pero hasta el momento en que se produce el evento dañoso (desprendimiento de parte de la edificación con resultado de muerte de dos menores) no había realizado comprobación alguna sobre si se habían adoptado o no tales medidas, ni tampoco había practicado ninguna actuación para apreciar la evolución experimentada por el inmueble.

Al resolver el recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento contra la sentencia de instancia que reconoció la responsabilidad patrimonial de aquél, el Tribunal Supremo rechaza la alegación de falta de causalidad directa por intervención culposa de un tercero. En efecto, pese a reconocer el peso del criterio general de la causalidad directa, que

pudiera dar lugar a una eventual modulación de la responsabilidad administrativa cuando en el evento dañoso interviene una causa extraña al actuar administrativo (criterio especialmente aplicado por la jurisprudencia en los supuestos de funcionamiento anormal como el examinado) el Tribunal Supremo acaba argumentando que:

“Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen (...) aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (...) por lo que no son admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (...), pues el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, y se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final como presupuesto o *conditio sine qua non*, esto es, como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se produzca como consecuencia o efecto del primero, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso.”

Sentado lo anterior, la sentencia concluye que la omisión del Ayuntamiento en la comprobación efectiva del estado de la edificación y de la efectiva adopción o no de las medidas de seguridad acordadas constituye una *conditio sine qua non* del evento dañoso, un hecho relevante e idóneo para causar por sí mismo el evento dañoso.

4. ANTIJURIDICIDAD Y OBLIGACIÓN DE SOPORTAR EL DAÑO

A) Contagio de virus por transfusiones antes de que haya podido ser detectado: consideración como un supuesto de ausencia de antijuridicidad del daño

La STS de 25 de noviembre de 2000, Ar. 550, gira en torno a un tema al que hemos tenido oportunidad de referirnos en Crónicas anteriores: la calificación jurídica que, desde el punto de vista de la responsabilidad, merecen los supuestos de contagio de virus desconocidos en el tiempo de las transfusiones en hospitales públicos. Hay que aclarar que la propia sentencia parte de la inaplicabilidad por razón del tiempo de la regulación introducida por la Ley 4/1999, no obstante lo cual apunta que dicho régimen “ha de servir de orientación y pauta interpretativa para decidir si existe o no responsabilidad”.

La sentencia tiene pretensiones unificadoras de una jurisprudencia que se ha mostrado sinuosa y, en ocasiones, contradictoria, ya que las Salas de lo Social y de lo Contencioso han llegado al resultado chocante de que unos mismos hechos acaecidos en la misma fecha, pudieron y no pudieron ser conocidos en el estado de la ciencia médica, contradicción evidente contra la que se rebela la Sala, afirmando que:

IX. Responsabilidad Administrativa

“Cuando un Tribunal declara que el virus VHC fue aislado en un momento determinado, por lo que con anterioridad no existía la posibilidad de realizar comprobaciones en la sangre para detectarlo, otro Tribunal sólo puede sostener lo contrario si hay pruebas que lo demuestren, pues el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica no depende de una apreciación subjetiva sino que constituye un dato objetivo perfectamente cognoscible y que aparece con una rotundidad ajena a cualquier subjetivismo (...)”.

Sitúa en este caso la fecha del aislamiento en 1989, como había hecho la Sala de lo Social.

Por otra parte, lo fundamental de esta sentencia radica en que se despega voluntariamente de la discusión sobre si, por existir o no ajenidad o exterioridad al servicio, el supuesto ha de ser calificado de fuerza mayor o de caso fortuito, para centrar la argumentación del siguiente modo:

“(...) lo cierto es que resultaba imposible, según el estado de la ciencia y de la técnica, conocer al momento de la transfusión si la sangre estaba contaminada por el virus C de la hepatitis, de manera que su posible contagio era un riesgo que debía soportar el propio paciente sometido a la intervención quirúrgica, en la que fue necesario llevar a cabo tal transfusión, ya que nadie ha puesto en duda que aquella y ésta se realizasen para atender al restablecimiento de la salud del enfermo, razón por la que ese contagio no fue un daño antijurídico y, por consiguiente, no viene obligada la Administración a repararlo por no concurrir el indicado requisito (...)”

El TS enlaza esta conclusión con la solución hoy acogida en el art. 141.1 de la Ley 30/1992, tras su reforma por la Ley 4/1999, que sitúa estos supuestos en la lógica de la ausencia de antijuridicidad.

En consecuencia, y al haber tenido lugar la intervención en 1989, con anterioridad al desarrollo de técnicas de detección del virus, se descarta la responsabilidad administrativa.

B) Deber de soportar el daño derivado de un acto ilegal posteriormente anulado: rechazo de la teoría del “margen de tolerancia”

La STS de 18 de diciembre de 2000, Ar. 221, tiene como presupuesto el lucro cesante sufrido por el propietario de una discoteca y derivado de la imposición de sanción pecuniaria y suspensión temporal de licencia, como medida cautelar, y del cierre, como sanción. El tribunal de instancia anuló ambas medidas, pero desestimó la solicitud de indemnización por el lucro cesante derivado del cierre cautelar.

El TS interpreta la cláusula según la cual la mera anulación de un acto no presupone la existencia de responsabilidad administrativa. Esta regla ha de leerse del siguiente modo: la procedencia de indemnización depende, también en este supuesto, de la concurrencia efectiva de los requisitos de la responsabilidad administrativa. Es decir, ni se vinculan necesariamente anulación y responsabilidad, ni una excluye a la otra. En estos casos, se apunta, el único matiz diferencial puede encontrarse en que el examen de la concurren-

cia de los requisitos de la responsabilidad se hace más riguroso que en los de mero funcionamiento de los servicios públicos. En concreto, en los supuestos de ejercicio de potestades discrecionales, siempre que la Administración se mantenga dentro de los límites de su margen de apreciación, no podrá hablarse de lesión antijurídica. Ahora bien, ello no supone asumir la teoría del “margen de tolerancia”, que choca frontalmente con la objetividad del sistema.

Aplicado al caso de autos, el razonamiento conduce a declarar indemnizable no sólo el perjuicio derivado del cierre consecuencia de la ejecución de la sanción, sino también del previo ordenado como medida cautelar, pues:

“(…) anulada en sede jurisdiccional la sanción impuesta, resulta jurídicamente intrascendente que el cierre de la discoteca fuera acordado inicialmente como medida cautelar, ya que tales medidas no tienen un carácter autónomo respecto de la resolución que definitivamente se adopte en el expediente sancionatorio, sino que tienen un carácter accesorio en función de aquella resolución definitiva, con independencia de las causas determinantes de la medida cautelar adoptada y de la legitimidad de ésta en sí misma considerada, de modo que anulada la resolución definitiva recaída en el expediente administrativo, aquélla pierde también su justificación, y la Administración debe responder de los perjuicios ocasionados (...).”

Como puede notarse, el Tribunal Supremo argumenta en clave de responsabilidad objetiva pura, rechazando la posibilidad de enjuiciar la legitimidad de la medida cautelar a la vista de los datos conocidos en la fase inicial del procedimiento sancionador. Puede más el carácter accesorio de la medida cautelar, que un examen independiente de su legalidad. Esta concepción, manejada ya en sentencias anteriores, pone al descubierto, de este modo, las peculiaridades de nuestro sistema de responsabilidad administrativa, y también cómo, en realidad, las peculiaridades de la responsabilidad derivada de actos anulados no son tales en la práctica. En efecto, es indiferente que la Administración tuviera un margen de apreciación o de discrecionalidad a la hora de dictar el acto, pues se rechaza la teoría del “margen de tolerancia”. En consecuencia, sólo cabe considerar que, o bien la Administración se movió dentro de los límites que dicho margen le confiere, el acto es legal y, como regla general, no da derecho a indemnización, o bien se extralimitó, y, consiguientemente, el acto es ilegal y los perjuicios que de él deriven han de ser indemnizados.

5. ACCIÓN Y PROCEDIMIENTO

A) Prescripción de la acción: carga de la prueba

En el caso examinado por la STS de 6 de febrero de 2001 (comentada anteriormente en sede de causalidad) el Ayuntamiento recurrente esgrimía, entre otros argumentos, la prescripción de la acción de responsabilidad por transcurso del plazo de un año para

IX. Responsabilidad Administrativa

interponerla, añadiendo, además, que el reclamante no había probado la fecha de notificación del auto que puso fin al proceso penal iniciado con ocasión del evento dañoso y poder demostrar, con ello, que no se había producido la prescripción. En contra de la tesis del Ayuntamiento, el Tribunal Supremo recuerda su jurisprudencia según la cual:

“no puede computarse para el inicio del plazo de prescripción la fecha del auto de finalización de las actuaciones penales cuando no consta el momento o fecha de su notificación a los interesados, pues es obvio que la prescripción de la acción, como excepción que es, debe ser probada por la parte demandada”.

B) Posibilidades de impugnación de sentencias penales por parte de la Administración en tanto que responsable civil subsidiaria

La STC 48/2001, de 26 de febrero, Ar. 48, resuelve el recurso de amparo interpuesto por una Administración autonómica al entender que una sentencia penal había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y la igualdad de armas en el proceso. Dicha sentencia consideró que la Administración no estaba legitimada para impugnar la sentencia que condenó a un médico dependiente del servicio público de salud por falta de imprudencia simple, y a la propia Administración autonómica como responsable civil subsidiaria.

Para el TC, no concurren en estos supuestos las razones (menor entidad de los hechos controvertidos, necesidad de agilizar el proceso) que pueden justificar la limitación de las posibilidades de actuación en el proceso penal para las compañías aseguradoras privadas condenadas como responsables civiles directos en los casos de seguro obligatorio, o responsables subsidiarios, en los de seguros voluntarios. Las reglas aplicables son, por el contrario, las generales referidas a los responsables civiles subsidiarios, respecto a los cuales la Ley de Enjuiciamiento Criminal no contiene restricción expresa de su actuación en el proceso penal, ni respecto al recurso de apelación ni al de casación, y, por tanto, no cabe oponerla donde la Ley no lo hace.

C) Legitimación de los agentes públicos para reclamar contra la Administración a la que sirven

La STS de 14 de diciembre de 2000, Ar. 220, aclara que la referencia a los “particulares” como sujetos pasivos y receptores de los daños, inserta en los arts. 121 LEF, 133 REF y 106.2 CE, comprende tanto a los sujetos privados como a otras Administraciones o a los agentes de la propia Administración causante del daño.

6. JURISDICCIÓN COMPETENTE

A) Concurrencia de Administración y particulares en la producción de un daño: competencia del orden contencioso-administrativo

El ATS de 12 de julio de 2000, Sala de Conflictos de Competencia, Ar. 416, aclara que, a la vista de los arts. 2.e) LJCA de 1998 y 9.4 LOPJ, modificada en 1998, la competencia

de los tribunales contencioso-administrativos para conocer de acciones de responsabilidad se proyecta:

“(…) no sólo frente a las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, sino también sobre los sujetos privados, cuando en la producción del daño hubieran éstos intervenido”.

En el caso de autos, el accidente tiene como origen la invasión de una carretera por un animal procedente de un coto de caza colindante. La acción se ejercita contra la Administración titular de la carretera y contra el coto de caza, por lo que el conflicto se resuelve a favor del orden contencioso y en contra del civil.

B) Responsabilidad del Consorcio de Compensación de Seguros, en tanto Entidad pública Empresarial: competencia del orden civil

En el ATS de 12 de julio de 2000, Sala de Conflictos de Competencia, Ar. 417, reclama indemnización un particular cuyo automóvil hubo de ser explotado por las Fuerzas de Seguridad al haber sido utilizado por una banda terrorista; y acciona contra el Consorcio de Compensación de Seguros. El TS tiene en cuenta que el Consorcio es una entidad de derecho público, adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda, y tiene la condición de Entidad pública Empresarial de las previstas en el art. 43.1.b) LOFAGE y por el RD 370/1999, regida por el Derecho privado, excepto en los aspectos mencionados en dicha normativa, entre los que no se incluye la responsabilidad extracontractual. Por tanto:

“La sujeción al régimen jurídico del Derecho privado ha de entenderse, teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurren en la actividad del Consorcio, no sólo en cuanto al Derecho sustantivo, sino también al ordenamiento procesal civil, y tanto en lo que se refiere al aspecto orgánico –orden jurisdiccional y competencia– como al procesal strictu sensu.”

En consecuencia, el conflicto se resuelve a favor del orden civil y en contra del contencioso-administrativo.

C) Determinación de la fecha relevante a los efectos de establecer el orden jurisdiccional competente para conocer de demandas de indemnización: contraste de soluciones administrativas y civiles

En la STS de 8 de febrero de 2001, Ar. 521, la demanda de indemnización se presentó con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992 y del RD 429/1993, por lo que se declara aplicable esta normativa, la cual, en palabras del TS, ha unificado el procedimiento para la reclamación de indemnización, la jurisdicción y el régimen jurídico aplicable. Dicha unificación afecta tanto a los asuntos de que venía conociendo el orden

civil como el contencioso-administrativo, y, por tanto, incluye también la atribución exclusiva al orden contencioso de las reclamaciones indemnizatorias por daños derivados de actuaciones médicas en el sistema de salud público.

Esta sentencia puede contrastarse con la de **17 de enero de 2001**, Sala de lo Civil, Ar. 509, que no toma como dato para considerar vigente la atribución de todas las reclamaciones al orden contencioso que la demanda fuera presentada con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 30/1992, siempre que los hechos acaecieran antes de dicha fecha. En consecuencia, estima que prevalece la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, cuando son codemandados un particular y la Administración.

7. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO LEGISLADOR

En el período de esta Crónica, se han dictado numerosas sentencias que reiteran soluciones ya comentadas en números anteriores, en supuestos de responsabilidad derivada de Leyes que adelantan la edad de jubilación de funcionarios, declaran zonas como Parque Natural o imponen tasas de juego y que no procede ahora reiterar.

Destacamos, tan sólo, dos sentencias que tienen presupuestos diferentes.

En la **STS de 5 de diciembre de 2000**, Ar. 10683, la acción se ejercita por un Recaudador municipal contratado, figura desaparecida tras la implantación del sistema público de cobro de los ingresos locales previsto en la Ley de Haciendas Locales. Del conjunto normativo se derivaba que la relación de los Recaudadores con la Administración municipal estaba sujeta a los cambios legales en el sistema de recaudación, sin derecho a indemnización, por lo que no pueden esgrimir un derecho sino meras expectativas. Además, la normativa legal previó medidas transitorias (declarando los contratos vigentes hasta su extinción temporal) y compensatorias (pudiendo adscribirse los afectados a la propia organización administrativa). En consecuencia, se descarta la responsabilidad del legislador ya que, admitir lo contrario,

“(…) conduciría a una petrificación legislativa para evitar las importantes consecuencias económicas de modificaciones que pretendan adaptar la legislación anterior, dentro del marco constitucional, a las nuevas circunstancias políticas, económicas y sociales (...)”

En definitiva, la solución entronca con una de las líneas jurisprudenciales en materia de responsabilidad legislativa desarrolladas en el Derecho comunitario y en los países de nuestro entorno, y por el propio TS en los años noventa. Se trata de una aplicación diáfana del principio de responsabilidad por leyes constitucionales, según el cual sólo cuando el legislador frustra expectativas legítimas, sin prever medida transitoria ni compensatoria alguna, cabe estimar su responsabilidad, pues, de lo contrario, por temor a las posibles condenas indemnizatorias, se llegaría a un inmovilismo jurídico indeseable.

Por su parte, la **STS de 23 de noviembre de 2000**, Ar. 431, tiene un presupuesto complejo, que puede resumirse diciendo que el daño deriva de la declaración como no urba-

nizable de una zona que antes lo era. El TS descarta la responsabilidad administrativa, por falta de acreditación de un daño cierto y evaluable, pero, en lo que ahora interesa, finaliza su razonamiento con una afirmación discutible:

“Si el problema se planteara como responsabilidad de acto de legislador –lo que no es posible porque los hechos son anteriores a la Ley 30/1992, y así lo advierte la sentencia impugnada– tal vez cabría aceptar aquella interpretación [según la cual, cuando la ley impone estas limitaciones ha de indemnizar, por ser materialmente expropiatoria] (y aquí cobra sentido esa invocación a la expropiación que hace la sentencia). Pero en los términos en que hubo de plantear el debate, la interpretación propuesta por el recurrente no puede aceptarse.”

Esta afirmación es discutible, decíamos, porque la Ley 30/1992, precisamente trató de limitar las posibilidades de indemnización por actos del legislador a los casos en que así se previera expresamente, pero el TS ha venido desarrollando, al margen de dicha previsión, todo una sólida jurisprudencia que admite la indemnización cuando los particulares sufren daños derivados de leyes inconstitucionales, materialmente expropiatorias o, incluso, que, siendo constitucionales, frustran expectativas legítimas sin prever ningún género de transición o compensación. En consecuencia, descartar el propio análisis de la argumentación basada en la responsabilidad del legislador con base en el dato temporal no parece en línea con dicha jurisprudencia.

EMILIO GUICHOT

JUAN ANTONIO CARRILLO DONAIRE

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO

X. FUNCIÓN PÚBLICA**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Relaciones de puesto de trabajo. Participan de la naturaleza de las disposiciones generales. 3. Acceso. Desproporción en la valoración de los méritos por servicios prestados como interinos en la Administración convocante.

4. Carrera administrativa. Provisión de puestos de trabajo. A) Concurso. a) Valoración del mérito del conocimiento de lengua propia o Derecho civil especial autonómico en los concursos para la provisión de plazas de jueces o magistrados. b) La renuncia de los participantes en un concurso debe producirse con anterioridad a la resolución provisional del mismo. B) Libre designación. a) Puestos de especial responsabilidad. Justificación. b) Control jurisdiccional de los aspectos reglados. C) Grado personal. Consolidación en supuestos de adscripción provisional a un puesto de trabajo.

5. Derechos. A) Derechos colectivos. a) Los sindicatos son titulares de un interés legítimo para defender tanto sus intereses como los intereses de los funcionarios y trabajadores afectados por la negociación. b) La legitimación para negociar pactos y acuerdos corresponde a cada una de las entidades locales. c) La regulación de los permisos para asuntos propios no puede ser objeto de negociación. d) El derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en el ámbito de la Función Pública, aunque con la configuración que le dé su ley reguladora. B) Derechos económicos. a) Complemento específico: el abono de diferentes retribuciones cuando en la práctica se desarrollan las mismas funciones vulnera el principio de igualdad. b) Complemento específico: la mera concurrencia de un factor de penosidad no obliga a la Administración a su establecimiento. La previsión de ese complemento en la convocatoria para acceder al puesto de trabajo tampoco obliga a la Administración a su mantenimiento. c) Retribución del personal de refuerzo en Equipos de Atención Primaria: retribuciones que no son fines de semana o festivos. d) Complemento de guardería: condena de futuro al INSALUD. C) Otros derechos. Principio de igualdad y derecho adquirido al contenido de la función pública. Creación o adscripción a puesto específico. **6. Extinción de la relación funcionarial. La pérdida de la condición de funcionario a causa de la imposición de la**

pena de inhabilitación no constituye una sanción disciplinaria, sino la consecuencia lógica de la pérdida de la aptitud legal para el ejercicio de funciones públicas.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Esta crónica incluye una variada selección de sentencias del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Las sentencias comentadas contienen importantes pronunciamientos sobre diversos aspectos del régimen funcionarial. Entre otros, cabe destacar los relativos al acceso a la función pública, a la provisión de puestos de trabajo y a los derechos colectivos y económicos.

2. RELACIONES DE PUESTOS DE TRABAJO. PARTICIPAN DE LA NATURALEZA DE LAS DISPOSICIONES DE CARÁCTER GENERAL

Las SSTs de 12, 13, 20 y 21 de febrero de 2001, Sala Tercera, Sección Primera, Ar. 582, 583, 586, 587 y 588, aunque se ocupan fundamentalmente de dilucidar el órgano judicial competente para conocer de los recursos dirigidos contra las relaciones de puestos de trabajo de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, aprovechan para reiterar la doctrina de la Sala relativa a éstas. Conforme a dicha doctrina, las relaciones de puestos de trabajo, aunque encuadrables en materia de personal, participan de la naturaleza propia de las disposiciones de carácter general.

3. ACCESO. DESPROPORCIÓN EN LA VALORACIÓN DE LOS MÉRITOS POR SERVICIOS PRESTADOS COMO INTERINOS

La STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de octubre de 2000, Ar. 2307, enjuicia el recurso interpuesto contra la Orden por la que se convocó proceso selectivo para el ingreso por el sistema de acceso libre al Cuerpo Superior de la Administración de la Junta de Comunidades.

El recurso es desestimado en la invocación de vulneración del derecho de igualdad, que entendían producida los licenciados en Derecho por el hecho de tener que optar por la especialidad de administración general o la jurídica, cuando su titulación les permitiría presentarse a ambas. Entiende el Tribunal que es del todo lógico que se permita el acceso a través de una sola especialidad, pues, de lo contrario, se podría acceder dos veces al mismo cuerpo. Por lo demás, esta previsión afecta de igual modo a todos los aspirantes, con independencia de su titulación.

Cuestión distinta es la alegada por los actores sobre la desproporción en la valoración de los méritos por los servicios prestados como interinos en la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Según establece la Orden de convocatoria, superada la fase de oposición, dichos méritos podrán ser valorados hasta un máximo de 40 puntos, a razón de 0,55 por mes de servicio. Para determinar si ha existido vulneración del derecho a la igualdad en el acceso, el Tribunal parte de considerar que existe una fase de oposición previa a la de concurso, y de carácter eliminatorio, donde todos los aspirantes son tratados con igualdad. No se trata pues de una prueba restringida, limitada a los interinos, que podrían no superar la fase de oposición. En principio, existen posibilidades reales de que los aspirantes que no hayan prestado servicios como interinos en la Junta de Comunidades puedan acceder a las plazas.

No obstante, aunque la experiencia puede ser valorada como mérito si se opta por el sistema de concurso-oposición, el Tribunal debe examinar si la valoración otorgada al mérito por interinidad es razonable y proporcionada o, si por el contrario, vulnera los principios de mérito y capacidad. Si bien la fase de oposición es igual para todos, pudiendo ser superada con un mínimo de 47,50 puntos sobre un total de 100, el mérito de interinidad puede ser valorado, a razón de 0,55 puntos por año, hasta un máximo de 40 puntos sobre un total de 45 de la fase de concurso y un total de 145 puntos del total de las pruebas.

“Ello quiere decir que un interino (o laboral, en su caso) de la Junta que haya prestado servicios durante seis años y un mes alcanza el máximo de 40 puntos; y debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la prueba practicada, las plazas ofrecidas en la especialidad jurídica son 48 y los interinos de la Junta que suman ya los 40 puntos son 40, aparte de otros 94 que suman puntuaciones inferiores, algunas no desdeñables en absoluto. Lo anterior también quiere decir que la fase de concurso está acaparada en un 88,8 por ciento por la valoración de este mérito. Y significa, sobre todo, lo siguiente: que un opositor no interino de la Junta que en la fase de oposición obtuviese nada menos que un 87 sobre 100, puntuación que no cabe de calificar sino de sumamente brillante, quedaría desplazado por cualquiera de los cuarenta interinos mencionados que hubiera aprobado con un escueto 47,5, mínimo para hacerlo y que no supone ni siquiera la mitad de la puntuación posible en la fase de oposición. En la valoración de este último dato la Sala tiene en cuenta una circunstancia decisiva: la obtención de una puntuación como la mencionada en la fase de oposición resulta sumamente relevante, pues se habrá obtenido en una fase que contiene exigentes pruebas teóricas y prácticas, e incluso una complementaria de idioma (...)”.

En atención a lo expuesto, dado que un solo mérito sirve para salvar distancias tan abismales en cuanto a la capacidad demostrada en un complejo ejercicio teórico-práctico, el Tribunal estima que dicha valoración es desproporcionada y vulnera el principio de igualdad en el acceso.

A idéntica conclusión llega el Tribunal en relación con la desigual valoración atribuida a los méritos por servicios prestados en la Junta de Comunidades (0,55 puntos por mes) y la correspondiente a la experiencia como funcionarios interinos o de carrera en otras Administraciones (0,37 puntos por mes). Si bien la Administración castellano-manchega pretende justificar la mayor puntuación otorgada a sus interinos por el hecho de conocer

mejor la normativa autonómica, el Tribunal no admite dicha alegación, ya que el conocimiento de dicha normativa queda acreditado con la superación de la fase de oposición.

Por todo ello, el TSJ de Castilla-La Mancha concluye anulando las bases relativas a la valoración de los méritos por interinidad y ordenado la repetición de las pruebas de las especialidades de administración general y jurídica.

4. CARRERA ADMINISTRATIVA. PROVISIÓN DE PUESTOS DE TRABAJO

A) Concurso

a) Valoración del mérito del conocimiento de lengua propia o Derecho civil especial autonómico en los concursos para la provisión de plazas de jueces o magistrados

La STS de 30 de enero de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 215, desestima el recurso interpuesto por la Asociación Profesional de la Magistratura contra el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 25 de febrero de 1998. Dicho Acuerdo modificó el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial, en lo relativo a la valoración del idioma y del Derecho civil especial o foral como mérito preferente en los concursos para los órganos jurisdiccionales en las Comunidades Autónomas.

El recurso contra el citado Acuerdo se funda en tres motivos básicos. En primer lugar, falta de concreción del nivel de conocimientos suficiente para acreditar los méritos correspondientes al conocimiento de la lengua y del Derecho civil propios de las Comunidades Autónomas. En segundo lugar, estima que el contenido del Acuerdo vulnera el derecho del art. 23 CE por no establecer diferencias entre determinados jueces y magistrados. En tercer lugar, entiende que se establece una nueva modalidad de magistrado especialista, alterando el sistema de pruebas previsto en la LOPJ para adquirirla.

El primer motivo resulta rechazado por el TS. No cabe alegar falta de concreción en el citado Acuerdo cuando la Ley no la exige. Además, es preciso diferenciar entre la valoración de los conocimientos de idioma y de Derecho civil especial y la virtualidad que ha de darse a dichos méritos en los concursos de provisión de vacantes. La segunda tarea es la que tiene incidencia efectiva sobre el estatuto de juez o magistrado y es, por ello, realizada por el CGPJ. La primera de las tareas entraña una labor de valoración técnica, académica o científica cuya valoración es ajena a las competencias del CGPJ y es por ello remitida a la institución competente para expedir el título o certificación oficial correspondiente. Sobre este aspecto, no es posible fijar un criterio único aplicable a todas las Comunidades Autónomas, puesto que en cada una de ellas el proceso de normalización lingüística presenta características particulares.

También el segundo motivo es rechazado. La alegada infracción del derecho de igualdad pretende fundarse en la falta de distinciones entre los distintos supuestos: jueces y magis-

trados que lleven ya algún tiempo en las Comunidades Autónomas donde opera el mérito del conocimiento de la lengua o del Derecho civil especial, aquellos otros que vayan a ocupar órganos en los que no se conozca de pleitos sometidos al Derecho civil especial y los casos de Comunidades Autónomas donde se establece la implantación generalizada del mérito, sin distinguir entre los lugares del territorio en que no se aplica el Derecho civil (se cita el caso del País Vasco). Sobre el particular, el TS señala que los preceptos del Acuerdo controvertido han tratado de equilibrar las exigencias del proceso de normalización lingüística y las necesidades de quienes residan en el territorio autonómico. Ese equilibrio se ha plasmado de forma razonable, sin desconocer los intereses de jueces y magistrados. Pues los jueces y magistrados destinados en Comunidades Autónomas donde operan los citados méritos de conocimiento de idioma y Derecho civil especial, pueden mantener su destino. Además, dicho mérito tiene un valor relativo y no excluyente en los concursos de traslado. Por otra parte, no resulta injustificado que se fomente el conocimiento de la lengua y del Derecho civil especial en el caso de los jueces o magistrados que piensen permanecer durante largo tiempo en una determinada Comunidad Autónoma.

Idéntica suerte corre el tercer motivo indicado, dado que la valoración como mérito de los conocimientos de idioma y de Derecho civil especial es un mandato de la LOPJ. Por ello, el Acuerdo impugnado en nada innova dicha norma ni altera el modelo de pruebas establecidas para adquirir la condición de magistrado especialista.

b) La renuncia de los participantes en un concurso debe producirse con anterioridad a la resolución provisional del mismo

Conforme establece la correspondiente Orden de la Consejería de Hacienda y Administración Pública por la que se aprueban las bases generales que han de regir las convocatorias para la provisión de puestos de trabajo de la Administración Regional de Murcia por el sistema de concursos de méritos, las renunciaciones a la totalidad del concurso se podrán presentar por los interesados hasta que por la Comisión de Selección se dicte Resolución Provisional. Las renunciaciones deberán ser admitidas por Resolución de la Dirección General de la Función Pública.

En aplicación de la norma señalada, la STSJ de Murcia de 22 de noviembre de 2000, Ar. 2303, estima el recurso interpuesto y anula los actos impugnados en cuanto que aceptaron la renuncia extemporánea de uno de los concursantes. En este sentido, el factor determinante para la apreciación de la validez o no de la renuncia es el momento de la efectiva resolución provisional del concurso, con independencia de la fecha en que ésta se haga pública y al margen de las incidencias posteriores, incluida la consulta elevada sobre criterios de adjudicación, que ni pueden ni deben variar la previa resolución.

B) Libre designación

a) Puestos de especial responsabilidad. Justificación

La STS de 12 de marzo de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1712, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Canarias contra la STSJ de

dicha Comunidad Autónoma que anuló el Decreto 122/1995 del Gobierno canario. Por lo que aquí interesa, no resulta ajustado a Derecho que, en las relaciones de puestos de trabajo de las Consejerías de la Comunidad Autónoma de Canarias, la provisión de todas las Jefaturas de Servicios se reserve al sistema de libre designación. Y, ello, porque según deriva de los preceptos aplicables de la Ley 30/1984 y de la Ley Territorial 2/1987, de la Función Pública Canaria, el sistema de libre designación tienen carácter excepcional, se aplica a determinados puestos en atención a la naturaleza de sus funciones, entre los que sólo se incluyen los puestos directivos y de confianza que la Ley menciona (Subdirector General, Delegados y Directores regionales y provinciales, Secretarías de altos cargos y otros de especial responsabilidad). Y, en relación con los puestos de especial responsabilidad, las relaciones de puestos de trabajo deberán incluir en todo caso, la denominación y características esenciales de los puestos.

Pues bien, la Administración Canaria no ha exteriorizado una justificación suficiente por la que todas las Jefaturas de Servicios impliquen especial responsabilidad determinante de su provisión por el sistema de libre designación.

b) Control jurisdiccional de los aspectos reglados

La provisión de puestos de trabajo por el sistema de libre designación, en cuanto ejercicio de una potestad administrativa discrecional, está sujeta al control de los elementos reglados, entre los que se pueden aislar los de competencia, procedimiento y concurrencia de los requisitos exigidos a los aspirantes. Así, el procedimiento de elección requiere un doble trámite de informe, que no supone una motivación externa del acto sino que deja traslucir el proceso de formación de la voluntad del órgano decisor, de modo que resulte posible un control sobre el acierto, bondad y seriedad de la propuesta y sobre la razón de confianza o juicio de idoneidad que hagan decidir sobre la elección del aspirante. Dichos informes tienen carácter preceptivo y, si bien no son vinculantes *strictu sensu*, pueden llegar a ser determinantes para la resolución del procedimiento.

En el supuesto enjuiciado por la STSJ del País Vasco de 17 de octubre de 2000, Ar. 2282, las solicitudes del actor no fueron informadas tal como exige la norma aplicable (Reglamento de provisión de puestos de trabajo a desempeñar por miembros del Cuerpo Nacional de Policía), ya que el informe del jefe Superior de Policía carecía de la concreción necesaria en lo relativo a la idoneidad del candidato para ocupar los puestos solicitados, y además no fue puesto en conocimiento del interesado. El segundo informe o parecer del órgano del que dependía el puesto de trabajo, ni siquiera fue formulado. Por todo ello, la Sentencia comentada anula la Resolución recurrida por el actor.

C) Grado personal. Consolidación en supuestos de adscripción provisional a un puesto de trabajo

La STS de 6 de marzo de 2001, Sala Tercera, Sección Séptima, Ar. 1572, señala que las condiciones establecidas para la consolidación del grado personal en los supuestos de desempeño de un puesto de trabajo en comisión de servicios son aplicables también a

las situaciones de adscripción provisional a un puesto de trabajo. En este sentido, la sentencia comentada se remite a pronunciamientos anteriores conforme a los cuales el desempeño de un puesto de trabajo en comisión de servicios permite la consolidación del grado correspondiente al nivel del puesto de trabajo del que proviene el funcionario y, sólo excepcionalmente, se atenderá al nivel del puesto de trabajo desempeñado en comisión de servicios cuando éste se ocupe como destino definitivo obtenido a través de concurso o libre designación. De otro modo, la asignación de grados personales se realizaría al margen de los principios de mérito y capacidad.

5. DERECHOS

A) Derechos colectivos

a) Los sindicatos son titulares de un interés legítimo para defender tanto sus intereses como los intereses de los funcionarios y trabajadores afectados por la negociación

La Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional 84/2001, de 26 de marzo, dictada ante el recurso de amparo interpuesto por la Confederació Sindical de Comissions Obreres de les Illes Balears contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de las Islas Baleares, vuelve a reiterar la jurisprudencia recientemente consolidada por dicho Tribunal sobre la legitimación activa de los sindicatos en el Orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo, entre otras, en su Sentencias 101/1996, de 11 de junio, 7/2001, de 15 de enero y 24/2001, de 29 de enero. En el caso que nos ocupa, el sindicato había interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra un Acuerdo del Pleno del Ayuntamiento de Palma de Mallorca del año 1995 por el que se aprobaba la plantilla orgánica del personal para el año siguiente, al entender que dicho Acuerdo era ilegal por no haber sido previamente negociado con los sindicatos, tal como prevé el artículo 32 de la Ley 9/1987, con las reformas introducidas por la Ley 7/1990.

La Sala del TSJ de las Islas Baleares inadmitió dicho recurso basándose en la jurisprudencia del TS (20 de enero de 1995) y de la propia Sala sentenciadora (17 de junio de 1997) que previamente habían inadmitido recursos similares por falta de legitimación procesal del sindicato actor, conforme a los artículos 81.1.a) y 82.c) de la LJCA de 1956, afirmando que la referida ley no atribuye el derecho a la negociación colectiva a los sindicatos, sino a un órgano determinado: la Mesa de Negociación, de tal forma que sólo ella se hallaba legitimada para acudir a los tribunales. Efectivamente, según dicha línea jurisprudencial de la Ley 9/1987 se deduce que la titularidad del derecho a la negociación y, como consecuencia, la legitimación para impugnar, la ostenta, no los sindicatos, sino la Mesa de negociación: “La ley ha depositado el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos en la Mesa de Negociación. En consecuencia, tal derecho no se encuentra atribuido directamente a los sindicatos. Así las cosas, el sindicato carece de legitimación propia para la negociación colectiva. Su posición queda limitada a reclamar su participación en la Mesa. Sólo ésta puede reclamar la negociación colectiva y sólo ella también puede reclamar si la negociación colectiva se ha omitido; es decir, las eventua-

lidades de la negociación o de la no negociación se sitúan en el plano de actuación de la Mesa de negociación”.

Pues bien, ante dicha sentencia de inadmisión el sindicato interpuso el correspondiente recurso de amparo al entender que la misma suponía una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y de su libertad sindical. El TC entiende que la Sala no examinó si se daba o no en el caso concreto la legitimación activa conforme a los criterios procesales (la LJCA de 1956, entonces aún vigente), sino que confundiendo legitimación procesal y capacidad negocial, acogió una interpretación de la Ley 9/1987 según la cual los sindicatos, al no ser titulares del derecho a la negociación, quedan ajenos a la misma; fuera de su representación en la Mesa no pueden interponer recurso alguno en lo referente a la negociación, al quedar esta posibilidad en manos exclusivamente de la Mesa. Sin embargo, a juicio del TC es necesario sustituir las viejas reglas del art. 28.1 de la LJCA de 1956 sobre el interés directo por las nuevas sobre la noción del interés legítimo del artículo 24 de la Constitución. A partir de estas consideraciones estimará que:

“no es procedente atribuir la legitimación, de modo exclusivo, a la Mesa de negociación por varias razones: A) Por las dificultades técnicas inherentes a la atribución de legitimación para impugnar los actos resolutorios al órgano (no personificado y compuesto con la representación de las partes interesadas, esto es, empleador y empleados, en terminología laboral) que formuló la pertinente propuesta (vinculante o no, cuestión que sobre ser indiferente en este momento, es precisamente el objeto de la pretensión procesal hecha valer). B) Porque la tesis preconizada por la sentencia recurrida conduciría a hacer de peor condición al sindicato interviniente en la Mesa de negociación, que a aquel otro que, eventualmente, no se hallara representado en la citada Mesa, cuya legitimación no cabría excluir a raíz por la única razón de no haber formado parte del órgano encargado de canalizar las oportunas propuestas de determinación de condiciones de trabajo. C) Porque es una tesis no admitida por la doctrina sentada en la STC 70/1982, si bien su doctrina, vertida a propósito del alcance del derecho a la negociación colectiva en el ámbito estrictamente laboral, sea aquí traída a colación para defender la viabilidad de que por el sindicato recurrente fuera impugnado el acto administrativo que se entendía lesivo de la negociación desarrollada”.

Todos estos argumentos llevan al TC a reconocer que los sindicatos están en principio legitimados para intervenir en cualquier proceso jurisdiccional en el que estén en juego los intereses colectivos de los trabajadores y, en consecuencia, a otorgar el amparo solicitado por el sindicato recurrente.

b) La legitimación para negociar pactos y acuerdos corresponde a cada una de las entidades locales

La STS de 9 de enero de 2001, Ar. 1630, declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Consell Comarcal del Barcelonès contra la sentencia dictada de 2 de mayo de 1995, dictada por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Cataluña. Pero para

analizar los hechos es preciso remontarnos al año 1991, en el que se constituyó en la sede de la denominada “Área Metropolitana de Barcelona” una Comisión negociadora del convenio colectivo de todo el personal de las entidades que habían suscrito el denominado Convenio de Cooperación Institucional del Área metropolitana de Barcelona, entre las que figuraba, entre otras muchas instituciones públicas, el Consell Comarcal del Barcelonès.

Pues bien, Contra los acuerdos negociadores que finalmente se suscribieron la Generalidad de Cataluña interpuso un recurso contencioso-administrativo al entender que el Consell había hecho renuncia de sus propias competencias en materia de autoorganización del personal y financiación otorgadas por su ley de creación a favor de una denominada “Área Metropolitana de Barcelona”, que no había sido constituida por Ley del Parlamento de Cataluña y, por tanto, carecía de existencia legal. La sentencia de instancia anuló dichos acuerdos porque, entre otras circunstancias, una sentencia del TSJ de Cataluña de 30 de diciembre de 1991 –ratificada posteriormente por la STS de 18 de julio de 1997, Ar. 6123– había declarado la nulidad de los acuerdos en cuya virtud aquellas entidades habían aprobado el referido Convenio de Cooperación Institucional. A partir de ahí, señaló la sentencia que en el esquema diseñado por la Ley 7/1990, de 19 de julio:

“la legitimación para negociar corresponde a cada una de las entidades locales (arts. 30 y 31), que serán las únicas competentes para la negociación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos de su correspondiente ámbito (...) Por consiguiente, para concluir acuerdos y pactos para la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos, es preciso que en la constitución de las Mesas de negociación estén presentes los representantes de las Administraciones Públicas correspondientes y, además, que los pactos se celebren sobre materias que correspondan estrictamente con el ámbito competencial del órgano administrativo que lo suscriba, y que dichos acuerdos versen sobre materias de competencia de los órganos correspondientes de las entidades locales (art. 35)”.

Contra dicha sentencia el Consell Comarcal del Barcelonès interpuso un recurso de casación ante el TS basándose en dos motivos. En el primero de ellos se denuncia la infracción del art. 35 de la Ley 9/1987, modificada por la Ley 7/1990, en cuya virtud los acuerdos alcanzados en la Mesa de negociación deben ser expresa y formalmente aprobados por los órganos administrativos competentes. Por consiguiente, la parte legitimada como Administración no fueron las personas que como directivos del Área Metropolitana de Barcelona negociaron en la Mesa, sino el propio Consell, cuyo pleno fue el que, en definitiva, dio validez y eficacia a lo pactado y cuya competencia para la negociación es indudable. Ahora bien, el TS rechaza este argumento al entender que los representantes de la Administración en la Mesa actuaron en todo momento, no como representantes del Consell, sino como directivos de una entidad independiente, el “Área Metropolitana de Barcelona”, que carecía de existencia legal y alcanzaron acuerdos en nombre de esa irreal entidad, produciéndose, pues, una clara cesión de competencias irrenunciables por parte de las entidades que conformaban el Área metropolitana a favor de la misma. Por otra parte, añade el TS, el hecho de que:

“la aprobación definitiva de lo acordado no tenga eficacia jurídica si no es aprobado por el órgano competente de la entidad local concernida, no excluye que en la fase de nego-

ciación previa, la Ley 9/1987, de 12 de junio, en su artículo 31, imponga una Mesa de Negociación ‘en cada una de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales’, de modo que sea éste el marco ineludible y no traspasable en que el legislador ha querido que se contenga el ámbito de los intereses laborales y funcionariales a negociar entre los representantes sindicales y los de la respectiva Administración Pública, sin que sea, por eso, admisible que se traspase el marco legal establecido, mezclando las situaciones de varias entidades en una negociación común y menos cuando se hace por razón de un Convenio de Cooperación que ha sido declarado ilegal”.

El segundo motivo de la impugnación se basa en la infracción de los distintos preceptos del Código Civil y del Estatuto de los Trabajadores que permiten a las partes legitimadas para negociar un convenio adherirse al convenio colectivo de otra, lo que guardaría analogía con la cuestión planteada en este caso. Este argumento, no obstante, es de nuevo rechazado por el TS al entender que:

“al ser una Administración Pública, su voluntad tiene que configurarse siguiendo el procedimiento legalmente establecido, que le obligaba a no ceder sus indelegables competencias negociadoras a favor de un conjunto de representantes de varios entes y organismos, que pretendían representar a los partícipes en una organización que carecía de existencia legal”.

c) La regulación de los permisos para asuntos propios no puede ser objeto de negociación

La STSJ de Castilla-La Mancha de 30 de noviembre de 2000, Ar. 2414, se ha pronunciado sobre la validez de la negociación colectiva que versa sobre materias sujetas a reserva de ley, recogiendo expresamente la jurisprudencia ya consolidada por el TS, entre otras muchas, en su sentencia de 30 de octubre de 1995, Ar. 7907. En este caso concreto, un funcionario del Ayuntamiento de Toledo había interpuesto un recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ayuntamiento desestimatoria de su petición de disfrutar de un día de permiso para asuntos propios retribuido, que resulta estimada por la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 1 de Toledo, de 29 de abril de 2000. Ante dicha sentencia, el Ayuntamiento interpone un recurso de apelación que finalmente es estimado por la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de Castilla-La Mancha, quedando la sentencia revocada y declarando no haber lugar al disfrute del día de permiso solicitado por el funcionario.

La pretensión del funcionario se basaba en la aplicación de la Orden de la Consejería de Administraciones Públicas de 2 de junio de 1999, dictada aprobando el acuerdo alcanzado entre la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus funcionarios. En dicha orden se fijaba para los funcionarios de la Junta, como días anuales de permiso por asuntos particulares, retribuidos, el número de siete más los días 24 y 31 de diciembre, esto es, un día más respecto a lo previsto en la legislación estatal. La parte recurrente consideraba que dicha Orden resultaba perfectamente aplicable, toda vez

que el artículo 142 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, del Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen Local señala que “los funcionarios de la Administración local tendrán derecho a las recompensas, permisos, licencias y vacaciones retribuidas previstas en la legislación sobre función pública de la Comunidad Autónoma respectiva y, supletoriamente, en la aplicable a los funcionarios de la Administración del Estado”. La sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo había estimado la pretensión del funcionario al entender que el término “legislación” empleado en dicho precepto no se refiere estrictamente a una norma con rango de ley formal, sino que es empleado en el sentido más general de normativa aplicable.

El TSJ, partiendo del análisis del artículo 103.3 de la Constitución que, recordemos, establece que:

“la ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos” y de la interpretación realizada por el TC en su Sentencia 99/1987, de 11 de junio, sobre el contenido del régimen estatutario, llega a la conclusión de que la materia relativa a los permisos se integra dentro de dicho estatuto y, en consecuencia, está sometida a reserva de ley, aunque dicha ley no necesariamente habrá de ser la estatal, pues esta materia no es básica (artículo 1.3 en relación con el 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto). Asimismo, recogiendo la jurisprudencia del TS recién citada, recordará la Sala que “los derechos reconocidos por las leyes a los funcionarios públicos, no tienen, como sí sucede en el caso de los trabajadores, carácter de mínimos mejorables, sino de condiciones legales o reglamentarias fijas (reforzadas en muchas ocasiones por el carácter básico de la normativa) no alterables por medio de la negociación colectiva, sin perjuicio de que legalmente pueda establecerse la necesidad de la misma como requisito previo a la elaboración de disposiciones de rango legal o reglamentario (según los casos) que regulen estas cuestiones”.

Tras todas estas consideraciones estima la Sala que ha de prosperar el recurso de apelación presentado por el Ayuntamiento de Toledo porque:

“1º) el art. 142 del Texto Refundido de las Disposiciones Vigentes en Materia de Régimen Local cuando se refiere a la legislación, necesariamente se tiene que estar refiriendo, por los motivos ya dichos, y como dice la STS de 30 de octubre de 1995, antes citada, a las normas emanadas de los órganos legislativos de las Comunidades Autónomas, de modo que no cabe incluir el caso de una Orden; y 2º) porque dicha Orden no respeta la reserva legal en la materia, siendo ilegal y no pudiendo por tanto ser aplicada por esta Sala como fundamento para estimar la pretensión del actor.”

d) El derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en el ámbito de la Función Pública, aunque con la configuración que le dé su ley reguladora

En el presente caso se trataba de dilucidar si la Junta de Personal de un Ayuntamiento estaba legitimada para solicitar el inicio de un proceso negociador en relación con la jornada y los horarios de trabajo del personal funcional, dándose la circunstancia de que dicha materia ya estaba siendo discutida en la Mesa de Negociación en la que estaba representado el propio sindicato recurrente. En concreto, la Confederación Sindical de

Comisions Obreres de les Illes Balears interpuso un recurso de amparo contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJ de las Islas Baleares al entender que se había producido una vulneración del derecho a la libertad sindical, toda vez que había estimado conforme a derecho la previa negativa del Alcalde a entablar un cauce paralelo de negociación no previsto en la Ley 9/1987.

La **Sentencia** de la Sala Segunda del **Tribunal Constitucional 85/2001, de 26 de marzo**, deniega finalmente el amparo solicitado al entender que la negociación reclamada no corresponde a la Junta de Personal regulada en el art. 9 de la Ley 9/1987, ya que éste no es un órgano de negociación colectiva sino un órgano de representación, consulta e información. Para motivar dicha resolución vuelve a reiterar su consolidada jurisprudencia al respecto, recogida, entre otras, en el FJ 6º de la STC 80/2000, de 27 de marzo, según la cual:

“Aunque en el ámbito funcional tengamos dicho (STC 57/1982, de 27 de julio, FJ 9º) que, por las peculiaridades del derecho de sindicación de los funcionarios públicos (art. 28.1 CE), no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que una ley (en este caso de la Ley 9/1987, modificada por la Ley 7/1990) establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito, tal derecho se integra como contenido adicional del de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de éste, bien que con la configuración que le dé la ley reguladora del derecho de negociación colectiva [art. 6.3.b) y c) LOIS], siendo en ese plano de la legalidad donde pueden establecerse las diferencias entre la negociación colectiva en el ámbito laboral y funcional y el derecho a ella de los sindicatos, no así en el de la genérica integración del referido derecho en el contenido del de libertad sindical.”

El hecho de tratarse de un derecho esencialmente de configuración legal implica, entre otras cosas, que los funcionarios y los sindicatos titulares del mismo, así como las Administraciones Públicas en las que éste se desarrolla, no son libres para ejercerlo de modo incondicionado, pues “La Ley 9/1987, modificada por la Ley 7/1990, no deja la configuración de la negociación colectiva a la plena libertad de los sindicatos y de las Administraciones Públicas concernidas, sino que establece por sí misma los órganos de negociación, el objeto de ésta y las líneas generales del procedimiento”.

B) Derechos económicos

a) Complemento específico: el abono de diferentes retribuciones cuando en la práctica se desarrollan las mismas funciones vulnera el principio de igualdad

La STS de 20 de diciembre de 2000, Ar. 348/2001, reitera la doctrina ya establecida en las SSTS de 7 de noviembre de 1997, Ar. 8153, 17 de diciembre de 1999, Ar. 10054, y 11 y 21 de febrero de 2000, Ar. 2648, conforme a la cual la Administración vulnera el principio de igualdad consagrado en el art.14 CE cuando prevé puestos de trabajo con distintos niveles y complementos retributivos sin que tengan, sin embargo, asignados

diferentes tareas. En el presente caso, el TS confirma el derecho de los Subinspectores adscritos clase “B” con destino en la Oficina Nacional de Inspección de la Agencia Estatal de Administración Tributaria a los mismos complementos específicos y de productividad correspondientes a los Subinspectores adscritos clase “A”, dado que realizan las mismas funciones y conocen los mismos asuntos que estos últimos.

b) Complemento específico: la mera concurrencia de un factor de penosidad no obliga a la Administración a su establecimiento. La previsión de ese complemento en la convocatoria para acceder al puesto de trabajo tampoco obliga a la Administración a su mantenimiento

La STS de 4 de enero de 2001, Ar. 840, casa la STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de mayo de 1996 que había reconocido el derecho del recurrente a la percepción de un complemento específico como consecuencia de la incompatibilidad absoluta prevista para su plaza en el catálogo de puestos de trabajo. El TS recuerda que existe ya una doctrina jurisprudencial consolidada sobre esta cuestión (STS de 25 de junio de 1996, Ar. 5352, 28 de octubre de 1996, Ar. 7789, y 18 de febrero de 1997, Ar. 1491, que rechaza que el mero hecho de que un puesto de trabajo esté definido en el catálogo correspondiente como incompatible determine necesariamente la asignación de un complemento específico. El art. 23.3.b) de la Ley 30/1984, que recoge la incompatibilidad como uno de los factores determinantes del complemento específico, no contiene en sí mismo un contenido dispositivo, sino que se limita a establecer los elementos precisos sobre los que pueden asentarse otras normas ulteriores para su reconocimiento. No puede deducirse, por tanto, del art. 23.3.b) la existencia automática de un derecho al complemento específico por la mera concurrencia de un factor de penosidad.

Por otro lado, la sentencia también rechaza que exista un derecho al complemento específico cuando en la convocatoria para acceder al puesto de trabajo figure la asignación de un complemento por la dedicación en exclusiva, puesto que la relación funcional está sometida a un régimen estatutario, modificable unilateralmente por la Administración “dentro de los límites que permitan las leyes, entre los que se encuentra la potestad de valorar los puestos de trabajo con arreglo a criterios temporales, sin quedar vinculada por anteriores criterios de valoración”.

c) Retribución del personal de refuerzo en Equipos de Atención Primaria: retribuciones que no son fines de semana o festivos

La STS de 2 de octubre de 2000, Ar. 1410, desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra la STSJ de Castilla y León de 15 de noviembre de 1999, que rechazó la pretensión de la recurrente de que el INSALUD le remunerara las horas de guardias realizadas como personal de refuerzo en equipos de atención primaria en días no coincidentes con fines de semana ni festivos por el concepto de horas de “atención continuada” como se hace con el personal al que sustituyen. La recurrente aporta una sentencia contradictoria del TSJ de Castilla-La Mancha de 29 de enero de

1998. El TS afirma la existencia de contradicción y concluye que la tesis correcta es la que deniega el derecho de los médicos y ayudantes técnicos sanitarios de refuerzo en equipos de atención primaria a la misma retribución que los titulares de las plazas (horas de atención continuada), puesto que la remuneración de este personal se regía entonces por una regulación específica prevista en el apartado III del Acuerdo de 3 de julio de 1992 celebrado entre la Administración Sanitaria del Estado y las Organizaciones sindicales y en la Resolución del INSS de 23 de julio de 1992, que previó unas cantidades determinadas que se actualizaban sucesivamente en las leyes de presupuestos. La homologación de las retribuciones de los profesionales de refuerzo con las que perciben los profesionales propietarios e interinos de los Equipos de Atención Primaria por la realización de atención continuada se ha previsto únicamente en el nuevo Acuerdo de 17 de junio de 1999 entre el INSS y las Organizaciones sindicales, que, además, dispone que la homologación se realizará a lo largo de los tres ejercicios presupuestarios siguientes.

d) Complemento de guardería: condena de futuro al INSALUD

La STSJ de Aragón de 25 de enero de 2001, Ar. 66, desestima el recurso de suplicación interpuesto por la Administración contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 5 de Zaragoza de 14 de diciembre de 1999 que condenó al INSALUD al abono de las cantidades dejadas de percibir por la recurrente en concepto de ayuda por guardería y a continuar abonando a la demandante dicha ayuda mensualmente mientras sus hijos tuvieran menos de seis años y asistieran a una guardería infantil. El recurso se basa en el argumento de que la sentencia de instancia contiene una condena de futuro que es contraria a la legalidad puesto que el demandado todavía no ha incumplido ninguna obligación.

El TSJ de Aragón afirma, sin embargo, a la luz de la jurisprudencia constitucional (SSTC de 14 de junio de 1993, 14 de marzo de 1994 y 14 de julio de 1998), que puede solicitarse y obtenerse una condena de futuro siempre que se ostente un interés específico y cualificado que habilite y legitime para obtener ese tipo de tutela, lo que puede considerarse concurrente cuando por la conducta pasada o presente del obligado sea previsible dicho incumplimiento. En el presente caso, puesto que el INSALUD se ha negado reiteradamente al pago de las ayudas por guardería pese a la existencia de diversas sentencias de condena, la Sala declara procedente la condena de futuro, aunque lógicamente esa condena dejaría de tener efectos si cambiase la regulación de la ayuda o si se modificasen de forma trascendente las circunstancias fácticas concurrentes.

C) Otros derechos. Principio de igualdad y derecho adquirido al contenido de la función pública. Creación o adscripción a puesto específico

La STSJ de Cataluña de 4 de octubre de 2000, Ar. 2212, estima el recurso interpuesto contra el Decreto de un Ayuntamiento que adscribió al actor, al reincorporarse al servicio activo tras una sanción de suspensión de funciones, a la tarea de control y examen de

Boletines oficiales. El Ayuntamiento demandado justificó dicha medida en la necesidad de reorganización de los servicios administrativos con motivo de la sanción impuesta al demandante.

La decisión impugnada no puede ampararse en la potestad que la ley concede a la Administración para la ordenación del status de su personal, pues la creación y adscripción *ad hoc* del funcionario a un puesto de trabajo resulta discriminatoria en este caso por no estar basada en criterios de diferenciación objetivos y generales. Mucho más evidente resulta la falta de motivación del Decreto impugnado si se tiene en cuenta que éste coincidió con la reincorporación del funcionario sancionado y dicha sanción fue posteriormente anulada en vía judicial.

6. EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN FUNCIONARIAL. LA PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE FUNCIONARIO A CAUSA DE LA IMPOSICIÓN DE LA PENA DE INHABILITACIÓN NO CONSTITUYE UNA SANCIÓN DISCIPLINARIA, SINO LA CONSECUENCIA LÓGICA DE LA PÉRDIDA DE LA APTITUD LEGAL PARA EL EJERCICIO DE FUNCIONES PÚBLICAS

La STS de 21 de diciembre de 2000, Ar. 1468/2001, reitera la doctrina ya establecida en anteriores sentencias (SSTS de 3 de marzo de 1997, Ar. 2163, 13 de marzo de 1995, Ar. 3191, y 18 de mayo de 1998, Ar. 5076), conforme a la cual la pérdida de la condición de funcionario a causa de la imposición de una pena de inhabilitación absoluta o especial para cargo público no constituye una sanción disciplinaria, ni tampoco la ejecución por la Administración de los efectos administrativos de la condena penal, sino la consecuencia lógica de la ausencia sobrevenida de la aptitud legal para el ejercicio de funciones públicas. Por ello, no es posible aplicar la prescripción establecida para las faltas disciplinarias, ni plazo temporal alguno a esa pérdida de la condición funcional.

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN
BELÉN MARINA JALVO
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ
EVA DESDENTADO DAROCA

XI. URBANISMO**Sumario:**

Consideración preliminar. 1. Régimen urbanístico de la propiedad del suelo. A) Suelo urbanizable: nulidad de la regla básica relativa al ejercicio del derecho a promover la transformación. B) Deberes de cesión de los propietarios de suelo urbano carente de urbanización consolidada y de suelo urbanizable: el modelo de dotaciones urbanísticas públicas corresponde, por entero, a las Comunidades Autónomas. **2. Planeamiento urbanístico general y de desarrollo: la LRSV de 1998 no se refiere a ningún modelo concreto.** **3. Ejecución del planeamiento.** A) Proyectos de Urbanización. B) Sistemas Generales: utilización simultánea de la expropiación y de la ocupación directa.

4. Expropiaciones urbanísticas. A) Nulidad del artículo 38 LRSV de 1998 que regula la aprobación y efectos del procedimiento de tasación conjunta. B) Expropiaciones de carácter urgente. a) Declaración de urgencia: momento en el que ha de producirse. b) Pago de intereses. C) Derecho de reversión: Obligación de notificación personal a los interesados. **5. Licencias urbanísticas.** A) Otorgamiento. a) Obras para las que se requiere licencia: no resulta necesaria para movimientos de tierras con independencia del proyecto de obra. b) Orden que se ha de seguir en la solicitud y otorgamiento de las licencias de obras y de apertura: consecuencias de la concesión de la primera sin haber obtenido la segunda. B) Denegación: imposibilidad de alegar un precedente ilegal. **6. Deber de conservación: orden de ejecución de obras de seguridad, salubridad y ornato público.** **7. Intervención en la edificación y uso del suelo.** A) Plazo para el traslado directo al órgano jurisdiccional del acuerdo de suspensión de una licencia por infracción manifiesta y grave. B) Plazo para ejercicio de la acción pública en materia urbanística.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La STC 164/2001, de 11 de julio (BOE de 14 de agosto), que resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados contra la Ley de las Cortes Generales 6/1998, de 13 de abril, “sobre régimen del suelo y valoraciones” es la novedad más destacable. Amén de reseñar la jurisprudencia ordinaria, en esta crónica damos noticia de las consecuencias

anulatorias que para los artículos 16.1 y 38 de dicha Ley tiene la Sentencia constitucional. También de la solución interpretativa que da el Tribunal para salvar la validez de otros 6 preceptos. El resto de la Ley no sufre reproche alguno.

1. RÉGIMEN URBANÍSTICO DE LA PROPIEDAD DEL SUELO

A) Suelo urbanizable: nulidad de la regla básica relativa al ejercicio del derecho a promover la transformación

El artículo 16.1 LRSV de 1998, que regula el derecho a la transformación del suelo urbanizable, es el primero de los dos preceptos anulados por la STC 164/2001.

Entiende el Alto Tribunal que dicho precepto no se limita a establecer el derecho de los propietarios a presentar instrumentos de planeamiento de desarrollo, sino que regula en detalle el ejercicio de ese derecho al exigir que el planeamiento de desarrollo se presente ante el Ayuntamiento y al establecer el concreto momento en que surge el derecho (cuando el planeamiento general delimite sus ámbitos o se hayan establecido las condiciones para su desarrollo). Se trata de una regulación que, a su juicio, excede del título estatal relativo a las condiciones básicas para asegurar la igualdad de los españoles en el ejercicio de la propiedad urbana (149.1.1 CE) e invade las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas (FJ 27°).

Aunque no es objeto del recurso, es claro que esta anulación priva de cualquier virtualidad al inciso final añadido al artículo 16.1 por el Real Decreto-Ley 4/2000, de 23 de junio.

B) Deberes de cesión de los propietarios de suelo urbano carente de urbanización consolidada y de suelo urbanizable: el modelo de dotaciones urbanísticas públicas corresponde, por entero, a las Comunidades Autónomas

El artículo 14.2.a) y b) LS de 1998 obliga a los propietarios de suelo urbano carente de urbanización a ceder gratis a la Administración el suelo necesario para los “sistemas generales” y “dotaciones públicas locales”.

Frente a la nulidad pedida por los recurrentes, el Tribunal considera que este precepto admite una interpretación conforme con la Constitución. Según ésta, esos conceptos responden a una distinción tradicional, no establecida por la Ley de 1998, que a su vez tampoco impone un modelo determinado de suelo dotacional público. A su juicio, el único contenido normativo del precepto consiste en imponer a los propietarios el referido deber de cesión, pero el modelo de dotaciones urbanísticas públicas y la citada distinción dependen de lo que disponga la legislación de cada Comunidad Autónoma (STC 164/2001, FJ 21°).

Acudiendo a la misma solución interpretativa, el Tribunal admite la regulación que el artículo 18 LRSV de 1998 hace del deber de cesión del suelo necesario para “sistemas

generales” y “dotaciones públicas locales”, esta vez en relación con los propietarios de suelo urbanizable (FJ 30°).

2. PLANEAMIENTO URBANÍSTICO GENERAL Y DE DESARROLLO: LA LRSV DE 1998 NO SE REFIERE A NINGÚN MODELO CONCRETO

La LRSV de 1998 alude al “planeamiento general” y “planeamiento de desarrollo” en diversos artículos: el 9 (suelo no urbanizable), el 11 (clasificación del suelo en municipios sin planeamiento), el 14.2 (deberes de los propietarios de suelo urbano), el 15 (derechos de los propietarios de suelo urbano), el 17 (usos y obras provisionales) y el 18 (deberes de los propietarios de suelo urbanizable). Para los recurrentes, con ello se impondría a las Comunidades Autónomas un modelo de planeamiento jerarquizado contrario a sus competencias.

Sin embargo, el Tribunal hace otra interpretación que reconcilia estos preceptos con la Constitución, entendiendo que la LRSV de 1998 no contiene ninguna concreta opción urbanística del Estado ni regula concretos instrumentos de planeamiento (a diferencia del TRSL de 1992):

“Podemos interpretar, así, que la LRSV no se refiere, con las expresiones ‘planeamiento general’ y ‘de desarrollo’, a concretas formas de planeamiento, sino a aquellos planes o decisiones de ordenación urbanística que, en atención a las clases primarias de suelo previstas en la LRSV (urbano, urbanizable y no urbanizable) contengan las determinaciones necesarias para armonizar el efectivo disfrute de los derechos de propiedad urbana con la estructura y política urbanística propias de cada ciudad. Nada impone, en este sentido, que las determinaciones necesarias para la transformación del suelo urbanizable —o de concretas partes de éste— se contengan en planes urbanísticos específicos; o que la regulación de los usos y obras en suelo urbano se incluyan en un plan que abarque toda la ciudad. Lo relevante, desde la perspectiva patrimonial de la LRSV (...) es la existencia de aquella ordenación urbanística en cada caso suficiente para el disfrute de los derechos de propiedad urbana y para asegurar la coordinación de aquellos derechos con la estructura propia de la ciudad sobre la que se asientan” (STC 164/2001, FJ 6° y *passim*).

Así interpretado, el Tribunal entiende que tales preceptos no invaden las competencias urbanísticas de las Comunidades Autónomas, cuya legislación será la que regule dichos instrumentos.

3. EJECUCIÓN DEL PLANEAMIENTO

A) Proyectos de Urbanización

La STS de 6 de marzo de 2001, Ar. 1379, profundiza en la naturaleza de los proyectos de urbanización. Se discutía si el hecho de que un Plan General delimitara un polígono donde se incluía la finca del recurrente, disponiendo que el mismo se ejecutara por el

sistema de expropiación, y previendo sobre dicha finca un enlace de una calle, enlace que olvidó desarrollar el correspondiente Plan Parcial, legitimaba la subsiguiente expropiación de los terrenos donde se situaría dicho enlace y la ejecución de la ordenación prevista mediante el proyecto de urbanización aprobado.

A este respecto, el Tribunal recuerda que los proyectos de urbanización son unos meros proyectos de obras:

“cuya funcionalidad se produce en el campo de la ejecución (...), y su contenido ha de ser únicamente el necesario para hacer posible la realización material de las obras adecuadas para la ejecución del correspondiente Plan al que está subordinado el Proyecto, (...), (y) tienen por finalidad llevar a la práctica los Planes Generales Municipales en Suelo Urbano, los Planes Parciales y en su caso las Normas Complementarias y Subsidiarias del Planeamiento. No pueden contener determinaciones sobre ordenación ni régimen del suelo y de la edificación ni modificar las previsiones del Plan que desarrollan” (FJ 3º).

Por ello, continúa el TS, la ejecución de los sistemas generales, dentro de los cuales se encuentra el de comunicaciones, requiere, en principio, la previa aprobación de un Plan Especial con este específico motivo. La razón última de esta exigencia:

“se encuentra en que la estructura general y orgánica del territorio, integrada por los elementos determinantes del desarrollo urbano, y, en particular por los sistemas generales de comunicaciones, espacios libres y equipamiento comunitario, constituye una de las determinaciones de carácter general de los Planes Generales (...)” (FJ 4º).

La única excepción a esta regla se encontraría en el supuesto de actuar en suelo urbano y que el Plan General contenga una ordenación detallada, a nivel de Plan Parcial, de la estructura general correspondientes a esta clase de suelo. Entonces sí bastará la aprobación de un proyecto de urbanización, o, en su caso, de un proyecto de obras ordinarias para su ejecución, concluyendo el TS que sólo entonces el Plan General sería suficiente para legitimar la expropiación de los terrenos necesarios para las obras. Esta argumentación llevó al Tribunal a indicar que, en el caso discutido, para la legitimación de la expropiación era necesario un Plan Especial, o mejor un Plan Parcial.

B) Sistemas Generales: utilización simultánea de la expropiación y de la ocupación directa

El TS va a ocuparse en su **Sentencia de 12 de diciembre de 2000**, Ar. 551, de las formas de adquisición de terrenos dotaciones establecidas en los artículos 199 a 205 TRLS de 1992. El Ayuntamiento recurrido, en concreto, utilizó la ocupación directa para adquirir el suelo destinado a la ejecución de un sistema general viario y empleó la expropiación para compensar la demolición de los edificios, la desaparición de las industrias radicadas en dicho suelo y la ocupación de otros terrenos afectos a esa finalidad.

XI. Urbanismo

El TS destaca que la transferencia de aprovechamientos, como técnica alternativa, no era contraria al TRLS de 1976 y resultaba menos onerosa y cumplía mejor los principios de equidistribución y de participación de la comunidad en las plusvalías, y, bien aplicada, podía propiciar que la misma dinámica urbana facilitase la recuperación de viejos centros (FJ 4º).

Por tanto, según el TS, coexiste con la expropiación la llamada ocupación directa, que permite obtener terrenos afectos por el planeamiento a dotaciones públicas mediante el reconocimiento a su titular del derecho a integrarse en una unidad de ejecución con exceso de aprovechamiento real, y además, destaca que es posible la utilización conjunta de ambos instrumentos cuando no se alteren las líneas estructurales de uno y otro sistema.

No obstante, el TS va a rechazar el recurso de casación interpuesto, pero por la circunstancia sobrevenida de la declaración de inconstitucionalidad de gran parte de los preceptos del TRLS de 1992, que también afecta a la LS de 1990, ya que muchos de sus preceptos eran reproducidos por el Texto Refundido de 1992. El art. 203 del TRLS de 1992 en concreto, donde se define la ocupación directa y se establece el procedimiento para su aplicación, no fue anulado, pero al haberlo sido los instrumentos legales necesarios para su aplicación (arts. 94 a 99 y 151 TRLS de 1992), el art. 203 de dicho Texto Refundido ha quedado inoperante, y los actos amparados en dichos preceptos inconstitucionales quedan viciados de nulidad.

4. EXPROPIACIONES URBANÍSTICAS

A) Nulidad del artículo 38 LRSV de 1998 que regula la aprobación y efectos del procedimiento de tasación conjunta

El artículo 38 LRSV de 1998, que regula la aprobación y efectos del procedimiento de tasación conjunta, es el segundo de los preceptos anulados por la STC 164/2001. El motivo es que:

“constituye una regulación procedimental específica para las expropiaciones urbanísticas que, por no tener carácter mínimo o principal, ni ser expresión de una garantía expropiatoria general, queda fuera de la competencia estatal sobre legislación de expropiación forzosa” (FJ 38º).

En ese sentido, el Tribunal viene a reiterar lo dicho en la STC 61/1997 respecto de la declaración de urgente ocupación regulada en el TRLS de 1992. Como en aquélla, en la tasación conjunta la ocupación de la finca precede a la valoración contradictoria y pago del justiprecio, lo que supone una declaración implícita de urgente ocupación.

B) Expropiaciones de carácter urgente

a) Declaración de urgencia: momento en el que ha de producirse

La STS de 20 de noviembre de 2000, Ar. 427, indica que la declaración de urgencia de una expropiación urbanística puede realizarse, conforme al artículo 52 de la Ley de Expropiación Forzosa, en cualquier momento del procedimiento.

b) Pago de intereses

Por su parte, en las SSTs de 13 de noviembre de 2000, Ar. 421, y 10 de febrero de 2001, se indica que, en el caso de que la ocupación se hubiese producido con posterioridad a los seis meses de la declaración de necesidad de ocupación, el devengo de los mismos, para no hacer de peor condición al expropiado por este trámite de urgencia que por el ordinario, se producirá a partir de los seis meses de la iniciación legal del expediente expropiatorio (artículo 56 de la Ley de Expropiación Forzosa).

c) Derecho de reversión: Obligación de notificación personal a los interesados

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 16 de febrero de 2001, Ar. 668, indica que el plazo de un mes para el ejercicio del derecho de reversión que establece el artículo 55 de la Ley de Expropiación Forzosa ha de comenzar a contarse, conforme a este precepto:

“desde la fecha en que la Administración hubiera notificado la inejecución de la obra o el no establecimiento del servicio o desde que el particular comparezca en el expediente dándose por notificado”.

Resultó por ello ineficaz a tal efecto la mera publicación del cambio de sistema de actuación y de la posibilidad de ejercitar el derecho de reversión en el periódico oficial y en un diario, pues es doctrina jurisprudencial uniforme que la notificación personal a los afectados se erige en requisito esencial, sin que sea posible sustituirla, en casos como el presente, por la notificación a que hace referencia el artículo 80.3 de la Ley de Procedimiento Administrativo.

En definitiva, las publicaciones llevadas a cabo en el periódico oficial, tablón de anuncios del Ayuntamiento y diario no suplen la obligación de notificar personalmente a los interesados en la inejecución de la obra o el no establecimiento del servicio que impone el referido artículo 55 de la Ley de Expropiación Forzosa.

5. LICENCIAS URBANÍSTICAS**A) Otorgamiento****a) Obras para las que se requiere licencia: no resulta necesaria para movimientos de tierras con independencia del proyecto de obra**

La STS de 18 de diciembre de 2000, Ar. 1072, considera que no es necesaria la exigencia de una específica licencia para movimientos de tierra cuando el proyecto de obras, en sí mismo, comporte de modo necesario algún movimiento de tierras, como generalmente acontece con la práctica totalidad de las licencias de obras concedidas (FJ 7º).

b) Orden que se ha de seguir en la solicitud y otorgamiento de las licencias de obras y de apertura: consecuencias de la concesión de la primera sin haber obtenido la segunda

En su **Sentencia de 15 de marzo de 2001**, Ar. 1207, el **Tribunal Supremo** establece cuál es el orden adecuado para el otorgamiento de las licencias de obras cuando se trate de locales sometidos al RAMINP, que requieran, asimismo, la de apertura, y las consecuencias que acarrea el incumplimiento del mismo que, en ningún caso, podrá ser la concesión de ésta por haber obtenido previamente la de obras.

Así, en el FJ 5º se indica que:

“El precepto [art. 22.3 RSCL] no dice que, otorgada en ese caso la licencia de obras, deba ya entenderse concedida la de apertura. Si, incumpléndose la secuencia reglamentariamente impuesta, la licencia de obras se concede antes que la de apertura, la consecuencia ni es la ilegalidad de aquélla ni el otorgamiento presunto de ésta, sino sólo la posible responsabilidad patrimonial de la Administración.”

B) Denegación: imposibilidad de alegar un precedente ilegal

La **STS de 22 de diciembre de 2000**, Ar. 327, rechaza el recurso planteado por un particular a quien se le denegó por el Ayuntamiento de San Sebastián una petición de cambio de usos de viviendas a oficinas para un edificio en construcción.

Entre los motivos manejados por el Supremo para llegar a tal conclusión destaca el argumento de la imposibilidad de alegar el principio de igualdad en la ilegalidad, expresando que para el otorgamiento de la licencia litigiosa no pueden ser invocadas con éxito otras autorizaciones anteriores que contravienen la interpretación de la norma urbanística aplicable, dado que las mismas son ilegales.

6. DEBER DE CONSERVACIÓN: ORDEN DE EJECUCIÓN DE OBRAS DE SEGURIDAD, SALUBRIDAD Y ORNATO PÚBLICO

En la **STS de 16 de enero de 2001**, Ar. 1181, el Tribunal Supremo considera que la falta de audiencia del interesado en el procedimiento por el que se ordena a éste que tome las medidas oportunas para la conservación de un edificio de su propiedad no determina la nulidad de pleno derecho de esta orden, sino que para que se produzca este efecto es necesario que el propietario haya sufrido indefensión, esto es, que acredite que la falta de audiencia le ha impedido ejercitar en el recurso administrativo algún medio de defensa que hubiera podido utilizar antes (FJ 3º).

7. INTERVENCIÓN EN LA EDIFICACIÓN Y USO DEL SUELO

A) Plazo para el traslado directo al órgano jurisdiccional del acuerdo de suspensión de una licencia por infracción manifiesta y grave

Para el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 28 de diciembre de 2000, Ar. 336:

“El acuerdo de suspensión es un acto administrativo inmediatamente ejecutivo pero al mismo tiempo, mediante su traslado directo al órgano jurisdiccional, constituye el presupuesto procesal y acto que da vida a un proceso especial. La sentencia de esta Sección de 21 de octubre de 1999 ha calificado el traslado directo, desde esta perspectiva, como un complemento necesario cuya omisión vicia de raíz el acuerdo mismo de suspensión adoptado. Es cierto que, a menos en el supuesto del artículo 186.3 del TRLS de 1976 que ahora se contempla, el traslado directo no es equiparable al escrito de interposición de recurso contencioso-administrativo ni equivale a demanda en proceso de lesividad, pero, como acto administrativo que suspende los efectos de una licencia u orden de ejecución debe ser necesariamente motivado [artículo 54.1. a) y d) de la Ley 30/1992]. No puede desconocerse que es precisamente la motivación de ese acto —que pone de relieve la existencia ostensible o manifiesta de una infracción urbanística grave— la que viene a constituir la fundamentación de hecho y de derecho de la pretensión procesal de anulación del acto suspendido, que se formula por el Alcalde ante el órgano jurisdiccional correspondiente. Teniendo en cuenta esta perspectiva, la brevedad de los plazos en estos procesos especiales y las exigencias de seguridad jurídica connaturales a los derechos e intereses en juego en los actos que se suspenden, debemos confirmar la necesidad de que el plazo de tres días para el traslado directo se compute desde la fecha de adopción del acuerdo hasta la de presentación del mismo en la Secretaría o ingreso en el Registro del órgano jurisdiccional de que se trate (...)”.

B) Plazo para ejercicio de la acción pública en materia urbanística

La STS de 17 de febrero de 2001, Ar. 1749, reitera la doctrina de la Sala de lo Contencioso-administrativo de este Tribunal, señalando que:

“la ausencia de notificación a los administrados de los actos administrativos que les afecten no impedirá a aquéllos su impugnación cuando manifiesten haberlos conocido por cualquier causa, computando el plazo para recurrir desde la fecha en que se dieron por notificados interponiendo el recurso pertinente”.

Sin embargo, continúa el FJ 2º de esta sentencia:

“se trata de una jurisprudencia que no es aplicable al presente caso en que no existía por parte del Ayuntamiento de Monachil obligación de notificar a los recurrentes la licencia de obras concedida (...) La razón de decidir de la Sala de instancia reside en que, constando que los recurrentes tenían conocimiento preciso de todas las condiciones en cuya virtud

XI. Urbanismo

fue concedida (...) la licencia de obras que da lugar al presente proceso, el plazo para su impugnación no es el establecido en general para la acción pública, sino que se ha de recurrir contra aquélla en reposición en el plazo señalado en el artículo 58 LJCA (...)”.

Ésta es la razón por la que se desestima el recurso de casación planteado contra la sentencia de instancia, que consideró prescrito el plazo para el ejercicio de la acción pública urbanística.

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) Utilización de los bienes de dominio público destinados a un uso público. Competencias de los Municipios para modificar su uso. B) Utilización de los bienes de uso público. Extinción de los usos privativos. C) Potestades administrativas. Recuperación de oficio. **3. Aguas continentales.** A) Aguas privadas. B) Autorizaciones. C) Caducidad de concesiones. D) Infracciones. E) Régimen económico-financiero. F) Reservas de caudales. G) Sequía y sobreexplotación de acuíferos: medidas extraordinarias. H) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento de aguas. **4. Aguas marítimas.** A) Ordenamiento aplicable. B) Deslinde. C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes. D) Puertos. E) Pesca y cultivos marinos. **5. Carreteras. 6. Minas. 7. Patrimonio cultural.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi de 2001 desde la núm. 1 hasta la 1350 y la Constitucional desde la 99/2001, de 5 de abril a la 162/2001, de 5 de julio.

2. BIENES LOCALES**A) Utilización de los bienes de dominio público destinados a un uso público. Competencias de los Municipios para modificar su uso**

Los Municipios tienen competencia para la ordenación del tráfico de vehículos y peatones de las vías urbanas. Competencia que incluye la potestad de declarar una vía pública municipal de uso exclusivo peatonal, con revocación, incluso, de las licencias de vado que hubieran podido concederse, que son revocables por razones de interés público que así lo aconsejen o porque existen nuevos criterios de apreciación derivadas de las necesidades urbanísticas, como ocurre en casos de remodelación de vías públicas y su conversión en calle peatonal. O examinado el problema desde el punto de vista del uso del bien destinado al uso público, por mucho tiempo que el demandante haya usado la vía pública de que se trata como pasos para vehículos, ningún derecho adquirido puede deducir de tal hecho, porque los bienes de dominio público son inmunes frente a la posesión continua-

da de los particulares, que en ningún caso puede originar para los poseedores la adquisición de derechos reales por usucapión (art. 132 CE). La medida de revocación de las licencias de vado deberá adoptarse para todos aquellos que se encuentren en una situación similar, para no vulnerar el principio de igualdad reconocido en el artículo 14 de la CE. **STS de 16 de enero de 2001**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 728.

B) Utilización de los bienes de uso público. Extinción de los usos privativos

Una vez decretada la caducidad de una concesión en un bien de uso público por haber fallecido su titular y habiendo obtenido sentencia judicial firme sobre su legalidad, procede el señalamiento de la indemnización y el desalojo del bien. No obstante, con motivo de esas actuaciones posteriores no puede discutirse de nuevo la legalidad de la caducidad de la concesión que examinaron los tribunales con anterioridad y cuyo fallo adquirió firmeza. Tampoco puede sostenerse que las actuaciones posteriores para proceder a la fijación del justiprecio, que fueron ordenadas por los tribunales, impliquen una expropiación de un derecho, sino un acto de trámite inicial del procedimiento de fijación del importe de la indemnización que carece de la naturaleza expropiatoria. Asimismo, tampoco puede afirmarse que se haya constituido una nueva relación arrendaticia entre el Ayuntamiento y los herederos del fallecido por el simple hecho de haber transcurrido un tiempo para la efectividad de la misma. **STS de 5 de marzo de 2001**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 1095.

C) Potestades administrativas. Recuperación de oficio

Para ejercitar la potestad de recuperación de oficio es necesario que el Ayuntamiento acompañe al acuerdo de la Corporación los documentos acreditativos de la previa posesión del inmueble. No es preciso, en consecuencia, demostrar la titularidad del bien de que se trata, puesto que la determinación de dicha titularidad corresponde a los tribunales de orden civil. Por otra parte, la acreditación de la titularidad o de la posesión previa de cualquier bien de dominio público puede verificarse a través de cualesquiera otros medios probatorios —máxime cuando la titulación escrita no existe—, quedando reducida la aportación de los documentos en que pueda basarse a un trámite, cuyo incumplimiento únicamente podrá perjudicar a la Corporación, en el caso de que la demostración de la posesión previa no se hubiera producido a través de cualquier otro medio hábil. **STS de 3 de enero de 2001**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 727. En este sentido, en la **STS de 6 de noviembre de 2000**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 717 de 2001, se estimó insuficiente la prueba por lo que no resultó procedente la recuperación e inclusión en el inventario.

Al margen de ello, la recuperación de los bienes puede ser instada por los vecinos, llegándose en la **STS de 24 de enero de 2001**, Sala Tercera, Sección Cuarta, Ar. 733, a calificarse en algunos supuestos como un derecho. No obstante, esa recuperación sólo se

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

puede pretender que sea realizada por el Ayuntamiento exclusivamente, cuando sean de su titularidad los bienes de dominio público. En concreto, en la citada sentencia se afirma que el artículo 26.2 de la LRBRL de 1985 considera ciertamente como obligación municipal mínima la de facilitar el acceso a los núcleos de población del distrito. Esa obligación comporta el correlativo deber de los Ayuntamientos de llevarlo a cabo removiendo los obstáculos que pudieran oponerse a ello, de suerte que existe un auténtico derecho ciudadano a solicitar y obtener de la Corporación correspondiente que se respete, o se restablezca, a los vecinos afectados en la utilización de un camino de dominio y uso público general del que se hubieren vistos privados. Sin embargo, ese derecho de los vecinos no puede ser ejercitado, cuando concurre una cotitularidad demanial sobre el mismo camino, sin actuar conjuntamente contra los diversos entes públicos a los que venga atribuida la competencia para llevar a cabo la reposición en el uso perturbado. Por el contrario, la concurrencia aludida implica la necesidad de reclamar de todos ellos simultáneamente la restauración del paso público obstaculizado, como único medio de demandar con eficacia la remoción de los obstáculos que lo impidan. En el caso concreto se trata de un camino municipal que atravesaba una vía férrea, con el correspondiente paso a nivel, y en consecuencia para el restablecimiento de este último era necesaria la intervención del antiguo FEVE, por lo que no podía ser acordada exclusivamente por el Municipio.

3. AGUAS CONTINENTALES

A) Aguas privadas

En la STS de 29 de noviembre de 2000, Ar. 43, se considera legítima la pretensión de los titulares de unos pozos destinados a riegos de cambiar la solicitud inicial de inscripción en el Catálogo de Aprovechamientos de Aguas Privadas por otra más ajustada a la realidad. Como consecuencia de la sustitución del sistema de riego por aspersión que existía anteriormente por el de goteo, el caudal utilizado en litros por segundo se redujo en más de la mitad, lo que permitió además ampliar la superficie de hectáreas de riego.

La CH del Guadalquivir no actuó de modo correcto al supeditar la inscripción solicitada por los interesados a la necesidad de obtener una concesión, apelando a la DT Tercera.3 de la Lag. de 1985 y al art. 144 RDPH, puesto que no se trata de una concesión de aguas públicas, cuya variación deba sujetarse a autorización, sino que estamos ante la titularidad de un aprovechamiento de aguas privadas amparada por la Lag. de 1879 y la DT Tercera.1 de la Lag. de 1985, que permite el respeto de esa situación por 50 años, y a su término un derecho preferente para obtener la correspondiente concesión. Como argumento adicional el Alto Tribunal destaca que la pretensión de los interesados encaja entre los principios que inspiran la legislación de aguas actual, así el ahorro del recurso hídrico.

B) Autorizaciones

De acuerdo con el art. 78.1 RDPH, para realizar cualquier construcción en zona de policía de cauces, se requiere autorización previa del Organismo de cuenca, a menos que el correspondiente PGOU, u otras figuras de ordenamiento urbanístico hubieran sido informados por la Administración hidráulica. La **STS de 5 de febrero de 2001**, Ar. 623, apela precisamente a este precepto para resolver el caso controvertido. En concreto, se decide que las resoluciones administrativas recaídas en el expediente sancionador que obligaban a una empresa inmobiliaria a demoler la obra realizada y a reintegrar el cauce a su estado anterior son válidas, por cuanto el encauzamiento y recubrimiento del río se habían llevado a cabo sin la preceptiva autorización de la CH del Duero, no siendo suficiente la existencia de licencia municipal de obras, y sin que tampoco haya resultado probado que el PGOU hubiese sido informado por la CH.

C) Caducidad de concesiones

La **STS de 30 de enero de 2001**, Ar. 1598, entiende correcta la denegación de la CH del Ebro respecto de la solicitud formalizada por una empresa para obtener las concesiones de tres aprovechamientos hidroeléctricos. La denegación se basó en la existencia de una concesión otorgada en 1950 a un particular, y transferida después en 1961 a una empresa eléctrica, incompatible con las ahora solicitadas, e incurso en situación de caducidad no declarada, que por ello se entendía vigente, resultando aplicable el art. 121.2 RDPH. Ha resultado probado que el expediente de declaración de caducidad nunca se llegó a instruir, no pudiéndose acoger lo aducido por la parte recurrente acerca de que los arts. 158 y 253.1 de la Lag. de 1879 se referían a la caducidad en términos imperativos, pues este último precepto remitía a la Ley de Obras Públicas, cuyo art. 105 exigía previo expediente para la declaración de caducidad, en términos muy parecidos a lo contenido hoy en el art. 64 de la Lag. de 1985.

D) Infracciones

En la **STS de 18 de enero de 2001**, Ar. 1576, se considera correcta la obligación de demoler las obras ilegales y la sanción de multa impuesta a un particular por derivación de aguas superficiales del río Ter sin habilitación administrativa, en aplicación de los arts. 316.c) y 320 RDPH referidos a las infracciones menos graves. No quedó demostrado que se contase con un aprovechamiento de aguas públicas adquirido por prescripción a través de acta de notoriedad, según prevé la DT Primera.2 de la Lag., pues el notario autorizante expresó que no se podía declarar la notoriedad pretendida en ese caso.

E) Régimen económico-financiero

Como en Sentencias anteriores (así, SSTS de 18 y 26 de febrero de 2000, Ar. 785 y 1652, crónica XII.3.E del núm. 9 de Justicia Administrativa; y STS de 17 de septiembre de

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

1999, Ar. 6721, crónica XII.3.F del núm. 7 de esta Revista), en las **SSTS de 2 de enero de 2001**, Ar. 884, y **de 15 de febrero de 2001**, Ar. 1520, se insiste en la idea de que los regadíos tradicionales (existentes antes de 1933) no están exentos del canon de regulación cuando se benefician por la construcción de embalses, y que por tanto no cabe extraer del art. 5 del Decreto de 25 de abril de 1953 dispensa del abono de esta exacción. Lo que viene a decir el Decreto de 1953 es que los regadíos posteriores a 1933 deberán abonar una cantidad adicional dentro del canon de regulación, que compense a las empresas eléctricas por el desembalse causado para hacerlos posibles, cantidad de la que se eximen por el contrario los regadíos tradicionales.

Por otra parte, la **STS de 10 de febrero de 2001**, Ar. 1020, siguiendo jurisprudencia anterior (v.gr. STS de 26 de febrero de 2000, Ar. 1653; crónica XII.3.E del núm. 9 de esta Revista) llega a la conclusión de que la liquidación en concepto de canon de vertido girada a una empresa y relativa al ejercicio de 1990 es correcta, por cuanto no es acertado el argumento que considera que el art. 295.3 RDPH contradice el art. 105 de la Lag. y que por ello vulnera el principio de jerarquía normativa. En efecto, y como se puso de manifiesto en la importante STC 185/1995, de 14 de diciembre, en materia tributaria, el principio de reserva de ley posee un carácter relativo, de modo que resulta admisible la colaboración reglamentaria, siempre que ésta sea indispensable por motivos técnicos y de desarrollo y complementariedad. El art. 105 de la Lag. no impide que se asigne por reglamento un valor de unidad de contaminación para un período transitorio.

F) Reservas de caudales

Uno de los contenidos necesarios de los Planes Hidrológicos de cuenca es el relativo a las reservas de recursos para usos y demandas actuales y futuros, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 40 y 41 de la Lag. y 92 RDPH. En la **STS de 15 de noviembre de 2000**, Ar. 10.694, se alude a estos preceptos para entender correctas unas resoluciones administrativas que denegaron una solicitud de la Diputación Provincial de Alicante de reserva de caudales.

En efecto, en el momento de la solicitud no estaba aprobado el PHC del Júcar, y sólo existían unos Avances de Plan, de modo que si se tiene en cuenta que la planificación trata de racionalizar el reparto del recurso hídrico, previa concreción de los caudales disponibles, es evidente que al carecerse de dichos cálculos finales, que son requisito indispensable para acordar las reservas, éstas no pueden haber. A ello hay que añadir que la DT Sexta de la Lag. en que se basa la Diputación Provincial en su solicitud no es aplicable al presente caso, puesto que este precepto sólo se refiere a concesiones, no siendo trasladable al ámbito de las reservas, y es que ambas figuras poseen un régimen jurídico diferente.

G) Sequía y sobreexplotación de acuíferos: medidas extraordinarias

Siguiendo jurisprudencia anterior (así, STS de 18 de marzo de 1999, Ar. 3153, crónica XII.3.I del núm. 6 de esta Revista), en la **STS de 15 de noviembre de 2000**, Ar. 144, se afirma que el art. 53.2 de la Lag. y el art. 56 de la Lag. no son preceptos equivalentes, ya

que este último se refiere a circunstancias extraordinarias de sequías, sobreexplotación de acuíferos y similares estados de necesidad, que no tienen por qué conllevar siempre perjuicios de unos titulares de aprovechamientos en favor de otros. El TS considera que en principio no estamos ante una privación singular indemnizable en aquellos supuestos en que se limite el aprovechamiento para usos agrícolas en situaciones de sequía en favor del abastecimiento a poblaciones. El Acuerdo del Consejo de Ministros en relación con el acuífero del Campo de Montiel constituye una medida de carácter general, aunque afecte a aprovechamientos de aguas privadas (apartado 4 de las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera de la Lag.)

H) Servicios de las Corporaciones Locales: abastecimiento de aguas

La STS de 7 de noviembre de 2000, Ar. 719, reconoce el derecho de un particular, titular de una explotación agrícola, de obtener suministro de aguas para caseta de aperos de labranza. No puede acogerse la denegación municipal basada en que el criterio del Ayuntamiento hasta ese momento había sido contrario a este tipo de solicitudes. Por el contrario, hay que estar a lo dispuesto en el art. 128.2 RSCL de 1955, que prescribe que entre las obligaciones del concesionario está la de admitir al goce del servicio a toda persona que cumpla los requisitos dispuestos reglamentariamente. En el caso debatido la normativa aplicable se contenía en el art. 5 de la Ordenanza Fiscal reguladora de la tasa por suministro de agua que disponía que la acometida para usos distintos al doméstico se subordinarán siempre a las necesidades de éste, concediéndose con el carácter de precario. Al cumplirse por el peticionario los requisitos reglamentarios, pues la solicitud se formuló aceptando el régimen de precario, es evidente que debe reconocérsele tal derecho.

Por otro lado, la STS de 22 de diciembre de 2000, Ar. 321, afirma la obligación del Ayuntamiento de Albacete de prestar los servicios de abastecimiento y saneamiento respecto de un grupo de viviendas, ya que a pesar de que surgieron ilegalmente, éstas se consolidaron en el tiempo al no haber adoptado el Ayuntamiento las correspondientes medidas, y porque dicha urbanización fue clasificada finalmente como suelo urbano en el PGOU. Como en el momento en que se realizó la petición por la comunidad de propietarios regía el art. 72.3.A).g) LS de 1992 [igual al anterior art. 12.2.1.g) LS de 1976] que preveía que una de las determinaciones obligatorias del PGOU en suelo urbano consiste en la concreción de las características y trazado de las galerías y redes de abastecimiento y alcantarillado de agua, el TS concluye que la obligación municipal de prestar esos servicios existe, con independencia de en quien recaiga finalmente el coste de financiación de su establecimiento.

4. AGUAS MARÍTIMAS

A) Ordenamiento aplicable

Como no podía ser de otro modo, es regla general en materia de demanio marítimo la aplicación, a toda extensión territorial así calificada, de la normativa costera encabezada

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

por la Ley de 28 de julio de 1988. Uno de los escasos supuestos en que quiebra esta norma común es el recogido en la Disposición Transitoria Novena.2.3 del Real Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Costas; Disposición que declara la prevalencia de la normativa singular referida a núcleos declarados conjuntos históricos u objeto de otros regímenes análogos dignos de especial protección. En ningún caso el supuesto valorado por la **STS de 27 de diciembre de 2000**, Ar. 1142 de 2001, puede entenderse amparado por la citada excepción, al venir referido a una urbanización carente de cualquier valor del tipo indicado.

B) 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. Posesión y propiedad que, además, no pueden ser cuestionadas por la existencia previa en el Registro de la Propiedad de inscripciones de las parcelas a favor de particulares. Así lo recuerda la **STS de 13 de febrero de 2001**, Ar. 1742. En ella el Tribunal rechaza la facultad municipal de otorgar licencia para la realización de obras en una finca perteneciente al demanio costero, en la medida en que corresponde al Ayuntamiento, mediante la expedición de tales títulos autorizatorios, el mero control de la legalidad urbanística; nunca de la legalidad general (titularidad dominical en este caso), que viene señalada indiscutiblemente por el ejercicio de aquella potestad pública.

C) Limitaciones sobre las propiedades colindantes

Es lugar común en nuestro derecho la existencia de limitaciones sobre las propiedades contiguas al demanio marítimo. De hecho, la Ley de Costas establece la expresa prohibición de realizar obras en la zona de servidumbre de protección, excepción hecha de aquellas que, por su naturaleza, no puedan tener otra ubicación o presten servicios necesarios o convenientes para el uso del dominio público marítimo-terrestre. Concurren estas circunstancias en el supuesto enjuiciado por la **STS de 13 de octubre de 2000**, Ar. 436 de 2001, tratándose como se trata la construcción en cuestión de un bar situado cerca de la playa –lo que mejora el disfrute de la playa misma–, e instalado en una edificación erigida hace cincuenta años. Estas particularidades llevan a calificar por el Tribunal al establecimiento como susceptible de legalización por la Demarcación de Costas, previa incoación del procedimiento correspondiente.

D) Puertos

Los puertos, en cuanto que instalaciones de titularidad pública, sirven de escenario para el despliegue de una serie de actividades calificables, sin duda, como servicios públicos. Actividades cuya realización, y por tratarse de tales, ha de llevar anudada la aplicación de un régimen tarifario, a establecer conforme a criterios objetivos del tipo de los costes rea-

les del servicio, la competitividad con el resto de puertos, la seguridad de la navegación y la proporcionalidad. De conformidad con los mismos entiende aprobadas las tarifas por servicio de remolque en el puerto de Valencia la **STS de 5 de diciembre de 2000**, Ar. 49 de 2001.

E) Pesca y cultivos marinos

El ejercicio de la actividad pesquera ha de llevarse a cabo respetando las obligaciones derivadas de los convenios de pesca suscritos por nuestro país, incluidas las destinadas a impedir la puesta en peligro de la misma ejecución normal de ese instrumento jurídico. Así lo recuerda el FJ 2º de la **STS de 14 de noviembre de 2000**, Ar. 720 de 2001.

Por su parte, el uso indebido de un permiso temporal de pesca constituye una infracción del ordenamiento que ha de verse seguida por la imposición de la correspondiente sanción. Sanción cuyo importe concreto corresponderá graduar a la Administración pesquera, dentro de los límites previstos por la norma (**STS de 14 de noviembre de 2000**, Ar. 720 de 2001, FJ 3º).

Finalmente hay que destacar que el establecimiento de viveros flotantes para el cultivo del mejillón constituye un uso privativo del demanio marítimo, demandante como tal de concesión administrativa. El cambio de emplazamiento de los mismos requiere, asimismo, la aquiescencia del poder público; aquiescencia que existe en el supuesto resuelto por la **STS de 12 de diciembre de 2000**, Ar. 725 de 2001. Por ello se rechaza la declaración de caducidad de esas explotaciones llevada a cabo por la Consellería de Pesca de la Comunidad Autónoma de Galicia, al venir fundamentada, precisa y erróneamente, en esa inexistente falta de autorización.

5. CARRETERAS

En relación con esta materia, es preciso mencionar la **STS de 12 de febrero de 2001**, Ar. 627, que se refiere a un supuesto relativo a la autorización de un acceso a una carretera, que fue denegada en su día por la Administración. Se confirma así la decisión del Tribunal de instancia (que en este caso es el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha), y se estima que la Administración debió otorgar la autorización de los accesos, cerramientos y edificaciones (aunque estas últimas, solamente a partir de los últimos veinticinco metros de la zona de afección de la carretera).

En concreto, se trataba de un hotel, restaurante, cafetería, cerramiento y accesos, y el Tribunal estima que no se trata de autorizar ahora un nuevo acceso, sino del solicitado en su momento, de manera que no se infringe el artículo 28 de la Ley de Carreteras de 1988.

XII. Bienes Públicos y Patrimonio Cultural

En relación con ello, la Sala reconoce la existencia de una competencia de la Administración (en este caso la del Estado, titular de la carretera), para limitar los accesos a las carreteras estatales y establecer los lugares que puedan construirse en tales accesos. Pero en esta ocasión la valoración de la prueba es lo que conduce al Tribunal a considerar que por el acceso existente no sólo podía realizarse un uso agrícola, sino que por él podían discurrir todo tipo de vehículos.

Por otra parte, el segundo argumento del recurso de casación también es rechazado por la Sala Tercera. En concreto, se estima que la interpretación llevada a cabo por el Tribunal de instancia no infringe lo establecido en el artículo 23.1 y 2 de la Ley de Carreteras de 1988, en relación con la delimitación de la zona de afección de la carretera y la necesidad de autorización administrativa para llevar a cabo todo tipo de obras. En este caso, la denegación de la autorización por parte de la Administración no fue correcta, pues no se basó en ningún motivo regulado en la Ley (por ejemplo, en el contemplado en el artículo 23.4 de la Ley de Carreteras: existencia de un plan o proyecto de ampliación o variación de la carretera que impida la realización de las obras); y, en segundo lugar, a partir de la línea límite de edificación (25 metros en este caso), sí que cabe la realización de nuevas obras (art. 25.1 de la Ley de Carreteras).

Por otra parte, y también relativa a los accesos a las carreteras, hay que hacer referencia a una sentencia en materia de carreteras y caminos. Se trata de la **STS de 12 de febrero de 2001**, Ar. 1619, que confirma la decisión del Tribunal de instancia, que a su vez consideró adecuada a Derecho la denegación por parte de la Administración de una autorización a un particular para construir una estación de servicios. El motivo fue la pretensión del particular recurrente de instalar la estación de servicio en un lugar de la carretera donde existía una prohibición de adelantar.

De este modo, aun no existiendo en este aspecto desarrollo reglamentario, los motivos de protección a la seguridad vial llevan al Tribunal a considerar acertada la aplicación directa por la Administración del artículo 28 de la Ley de carreteras de 1988, en relación con la limitación de accesos. Y así, considera que la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Obras Públicas y Transportes contaba con un margen de discrecionalidad a la hora de interpretar el citado art. 28 y, por ello, para limitar los accesos a las carreteras estatales. En concreto, afirma el TS que:

“la seguridad vial requiere atribuir a la Administración un margen de discrecionalidad para que en cada caso pueda determinar lo que es más conveniente para el mejor tránsito en la vía (FJ 2º).”

Junto a ello, se estima que en supuestos como éste el Estado cuenta con capacidad legislativa para regular dentro de la Constitución cualquier materia que se considere de interés general, por lo que la aplicación directa de una Ley, aun sin contar en este punto con desarrollo reglamentario, es correcta.

6. MINAS

En este apartado, cabe destacar la **STS de 31 de enero de 2001**, Ar. 734, que confirma la decisión del TSJ andaluz de dar la razón a un Ayuntamiento, frente a dos empresas de mármoles, que llevaban a cabo labores de explotación en una cantera. En esta ocasión, se enjuicia de nuevo la adecuación a Derecho de la decisión del citado Ayuntamiento de aprobar el deslinde de diversas canteras de mármol, que eran de propiedad comunal, y concedidas en explotación a las dos empresas recurrentes. Este acuerdo de deslinde, que se dictó en 1976, fue impugnado diez años más tarde, cuando ya había devenido firme.

En esta ocasión existía un acuerdo del Ayuntamiento de 1961 al amparo del art. 2 de la Ley de Minas de 1944, de modo que al tratarse de recursos de la Sección A (explotación de mármol), correspondía al propietario de terreno (el Ayuntamiento, aquí) la explotación. Tras la Ley de Minas de 1973 las rocas se encuadran (art. 3) dentro de la Sección C), por lo que aplicando la Disposición Transitoria Cuarta, el Ayuntamiento procedió a adecuar las concesiones existentes a lo dispuesto en la nueva Ley, llevando a cabo su deslinde.

En otro orden de cosas, destaca la **STS de 31 de enero de 2001**, Ar. 1600, que confirma la Sentencia de instancia, y con ello la decisión de la Administración de denegar las concesiones de explotación de pizarras y rocas ornamentales solicitadas por un particular. En este caso, los trabajos realizados de acuerdo con el permiso de investigación otorgado en su día han conducido al descubrimiento de minerales distintos a aquéllos para los que se solicitó el permiso de investigación (en concreto, se pretendía encontrar estaño, wolframio y otros minerales). En relación con ello, debe aplicarse el artículo 61 de la Ley de Minas de 1973, que establece que cuando se otorga un permiso de investigación, la posterior concesión debe referirse a los mismos minerales objeto de tal permiso, y no a otros. El motivo es que en estos casos se instruye un procedimiento más breve, sin concurso, y podría darse el caso de personas que con la intención de explotar ciertos minerales soliciten permisos de investigación relativos a otros minerales, y así se elude el correspondiente concurso.

En la presente ocasión sí cabría solicitar la concesión directa del artículo 63 de la Ley de Minas y 66 de su Reglamento de 1978, pero el recurrente no lo hizo, pues solicitó únicamente una concesión de explotación “derivada”.

Por otra parte, hay que mencionar otra Sentencia que lleva la misma fecha que la anterior (**STS de 31 de enero de 2001**, Ar. 1601), que se refiere al mismo supuesto y al mismo recurrente que la antes mencionada, pero se refiere a otras cuestiones diferentes. En concreto, se enjuicia ahora la validez de la denegación de la prórroga del permiso de investigación que la Administración le otorgó al citado particular. En este caso, se vuelve a dar la razón a la Administración, y se estima que no se ha infringido ningún precepto de la Ley de Minas de 1973, y se considera que debe entenderse de un modo restrictivo la posibilidad de prórroga que se contempla, para algunos supuestos, en la mencionada Ley.

7. PATRIMONIO CULTURAL

En la STS de 16 de enero de 2001, Ar. 611, se considera procedente la denegación de una autorización para realizar una prospección arqueológica superficial. En este caso, se revoca la Sentencia de instancia (en concreto, del TSJ de Andalucía) —que había anulado el acto administrativo impugnado por “falta de motivación”—, y se da la razón a la Junta de Andalucía.

En esta ocasión, el Tribunal Supremo hace suyos los hechos declarados probados en Sentencia penal de la Sala Primera del TS (de 23 de octubre de 2000, Ar. 9963), y estima que sí que ha existido aquí una motivación suficiente en el acto administrativo impugnado, en la misma línea que lo argumentado en la STS de 22 de junio de 1998, Ar. 5676 (véase crónica en número 3 de esta Revista).

De este modo, se estima que la Administración contaba con un margen de apreciación a la hora de autorizar o no las excavaciones (“discrecionalidad técnica” le denomina el Tribunal), pues existió un Informe desfavorable al otorgamiento de la autorización, emitido por la Comisión Andaluza de Arqueología, órgano formado por expertos cuyos dictámenes cuentan con una presunción de objetividad y de racionalidad. De ahí que, ante la existencia de Informe de este órgano, se considere que sí que ha existido motivación suficiente en el acto administrativo impugnado y, por ello, se revoque la Sentencia de instancia (que, sin embargo, sí estimó la existencia de falta de motivación).

Por otra parte, la STS de 18 de enero de 2001, Ar. 1577, se refiere a un supuesto de una sanción y una orden de demolición impuesta por la Xunta de Galicia a un particular, por realizar una obra que no se ajustaba a lo establecido por la Comisión Territorial de Patrimonio Histórico de Lugo. El TS confirma la Sentencia de instancia y da la razón a la Administración, pues estima que se cometió una infracción tipificada en el artículo 76.1.e) de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español. El inmueble se encontraba situado en un municipio (Viveiro, en Lugo) declarado Conjunto Histórico Artístico por el RD 1402/1982, de 30 de abril. Por otra parte, el Tribunal declara que no cabe obtener una licencia urbanística sin contar previamente con la autorización de la Comisión Territorial de Patrimonio Histórico (art. 23.1 de la Ley 16/1985), pues no se ha aprobado todavía un Plan Especial de Protección para los Conjuntos Históricos (art. 20.3 de la citada Ley).

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

ELOY COLOM PIAZUELO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIII. MEDIO AMBIENTE**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. A) Incumplimiento de Directivas. B) El silencio administrativo positivo es incompatible con el sistema de autorización de actividades regulado por diversas Directivas medioambientales. C) Organismos modificados genéticamente: la relación entre la intervención de la Comisión Europea y de los Estados. **3. Actividades clasificadas.** A) Actividades clasificadas como molestas. B) Procedimiento de otorgamiento de licencias. a) La resolución de conflictos entre particulares. b) La introducción de medidas correctoras. C) Licencia de funcionamiento, artículo 34 del RAC. D) Licencia de actividad y licencia de obras, artículo 22.3 del RSCL. E) Instalación de bar en la playa. F) Revocación de licencia de apertura de pub-discotheca. **4. Residuos: vertedero en zona de interés para la Defensa Nacional. 5. El ruido como agente vulnerador de los derechos fundamentales. 6. Aguas Continentales: Vertidos. 7. Montes: repoblación forestal.**

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Se recoge en esta entrega la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas aparecida desde la última entrega hasta junio de 2001 inclusive; la ordinaria publicada en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi de 2001 desde la Sentencia núm. 1 hasta la 1350, y la Constitucional desde la 99/2001, de 5 de abril a la 162/2001, de 5 de julio.

2. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS**A) Incumplimiento de Directivas**

La STSJ de 10 de mayo de 2001, asunto C-152/98, Sala Sexta, opone a la Comisión como demandante frente al Reino de los Países Bajos. La cuestión es el reproche del incumplimiento de determinadas obligaciones que fija la Directiva 76/464/CEE del Consejo, de 4 de mayo de 1976, relativa a la contaminación causada por determinadas

sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático de la Comunidad al no haber procedido a adaptar en suficiente medida al derecho interno el art. 7 en varios apartados.

Al margen de la reiteración en cuestiones formales y con doctrina clásica en el Tribunal (por ejemplo, los incumplimientos de las Directivas deben apreciarse al final del plazo fijado en el dictamen motivado, y no cabe cambiar en el recurso las imputaciones que se hayan hecho con ocasión del dictamen motivado o el escrito de requerimiento), la Sentencia en cuanto al fondo indica la obligación de los Estados de establecer objetivos de calidad respecto de las sustancias incluidas en la lista I para las que todavía no se han fijado valores límite a nivel comunitario. En contra de lo que alega el Gobierno holandés, esta ausencia de intervención comunitaria no hace falta que se haya hecho con renuncia expresa a establecer valores límite por la Comisión, sino que basta con la ausencia de intervención efectiva. Esto ocasiona que, en la práctica, se considere a estas sustancias como si fueran de las incluidas en la lista II del Anexo de la Directiva. Por otra parte, no es relevante a los efectos de justificar la ausencia de intervención del Estado, que éste aduzca dificultades técnicas para ello, pues “podría haberse puesto en contacto con la Comisión o haber realizado estudios científicos a su debido tiempo” (punto 42).

Hay que indicar, finalmente, que los incumplimientos reprochados en la Sentencia se refieren solamente a la cuenca del Escalda, que es la que era contemplada en el escrito de requerimiento y en el dictamen motivado, y no en el completo territorio holandés al que, sin embargo, quería extenderse el recurso.

En la **STSJ de 18 de mayo de 2001**, as. C-159/99, Sala Sexta, la Comisión aparece demandando a la República Italiana a la que reprocha establecer un régimen normativo que autoriza la captura y retención de tres especies de pájaros que infringen lo establecido en varios preceptos de la Directiva 79/409/CEE del Consejo, de 2 de abril de 1979, relativa a la conservación de las aves silvestres. La Comisión reprocha a una Ley italiana (la 157/1992, de 11 de febrero) que autorice la captura y retención de aves que no podrían cazarse en el territorio italiano según la Directiva, mientras que, al tiempo, existe una circular 3/1993, de 29 de enero, de la que aun en términos equívocos puede desprenderse un respeto de la normativa comunitaria. Igualmente existe un Decreto de 1997 del que también podría desprenderse un respeto a la Directiva. En todo caso, constata el Tribunal que ello es causa de una situación de inseguridad jurídica, pues “las disposiciones de una directiva deben ejecutarse con indiscutible fuerza imperativa, con la especificidad, precisión y claridad exigidas para cumplir la exigencia de seguridad jurídica” y que, además, “las simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables, a discreción de la administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no pueden ser consideradas como constitutivas de un cumplimiento válido de las obligaciones del Tratado” (punto 32 de la Sentencia). Consiguientemente, el fallo declara el incumplimiento de la República italiana de las obligaciones de la Directiva de aves.

La **STSJ de 14 de junio de 2001**, as. C-368/00, Sala Tercera, trata del incumplimiento por el Reino de Suecia de obligaciones impuestas por la Directiva 76/160/CEE sobre la

calidad de las aguas de baño. La Sentencia constata la efectividad de los incumplimientos en relación al no respeto por la normativa sueca de valores límite imperativos fijados por la Directiva y a la frecuencia del muestreo que deberían realizar las autoridades suecas. Lo cierto es que el propio Reino de Suecia no niega en momento alguno unas obligaciones que para él comenzaron a ser efectivas a partir de su incorporación a la Comunidad el 1 de enero de 1995.

B) El silencio administrativo positivo es incompatible con el sistema de autorización de actividades regulado por diversas Directivas medioambientales

La STSJ de 14 de junio de 2001, as. C-230/00, Sala Tercera, opone a la Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Bélgica a quien se reprocha el incumplimiento de obligaciones que le incumben en función de cinco directivas medio ambientales y del mismo art. 249 del Tratado CE. La cuestión es singularmente atractiva desde el punto de vista del derecho administrativo, pues frente a la autorización administrativa de diversas actuaciones a que se refieren las Directivas, la normativa controvertida del Reino de Bélgica presenta la posibilidad de una autorización implícita obtenida por silencio administrativo positivo (en la terminología española) cuando hubiera silencio de la administración en relación a la segunda petición presentada por el particular pues en la primera jugaba el silencio administrativo negativo. La Sentencia constata la no compatibilidad de este sistema con las directivas comunitarias que obligan a la Administración a examinar caso por caso todas las solicitudes de autorización presentadas e impiden, por tanto, otorgar efectos positivos a la ausencia de respuesta (punto dieciséis).

C) Organismos modificados genéticamente: la relación entre la intervención de la Comisión Europea y de los Estados

En la STSJ de 21 de marzo de 2000, as. C-6/99, se trata del planteamiento de una cuestión prejudicial realizada por el Conseil d'Etat francés en relación a la relación entre los poderes comunitario y estatal en el sistema de autorización previsto por la Directiva 90/220/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente. La pregunta del órgano francés —entendible en el marco de un procedimiento judicial propio que ante él se sigue— es si una vez que la Comisión ha respondido positivamente (mediante la correspondiente Decisión) a una solicitud de comercialización de un organismo modificado genéricamente y en el caso de que ningún otro Estado haya manifestado objeciones, el Estado correspondiente ante el que se tramitó el procedimiento administrativo previo, está obligado a otorgar la autorización por escrito que permita la comercialización del producto o cuenta con algún margen de apreciación.

La respuesta del Tribunal en una Sentencia, ciertamente muy interesante dado el tipo de pregunta capital que se plantea, es la de que, en principio, el Estado está obligado a expedir dicha autorización escrita aun cuando si han aparecido nuevos elementos de información relativos a que el producto puede presentar un riesgo para la salud humana o el

medio ambiente, no está obligado a hacerlo siempre y cuando lo comunique inmediatamente a la Comisión y al resto de Estados miembros. Por su parte, el órgano judicial interno, cuando esté conociendo de algún supuesto en el que se produzca esta circunstancia, está obligado a plantear ante el Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial si considera que las nuevas informaciones pueden afectar a la decisión favorable (previa) de la omisión ordenando la suspensión de la ejecución de las medidas de aplicación de la decisión comunitaria hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie.

3. ACTIVIDADES CLASIFICADAS

A) Actividades clasificadas como molestas

No se califica como actividad molesta la práctica escueta del golf que por tanto no necesita de licencia de actividad clasificada (STS de 26 de diciembre de 2000, Ar. 1073/2001). Sin embargo sí que alcanzan tal calificación las actividades de “catering” (STS de 28 de febrero de 2001, Ar. 1088) o la de discoteca (STS de 15 de marzo de 2001, Ar. 1207) a las que no daría cobertura la licencia para la actividad de restaurante otorgada con anterioridad exigiendo otra distinta. También se extiende la categoría de molesta a una sala de velatorios que dispone de aparatos de ventilación y refrigeración, por tratarse, a mayor abundamiento, de un local de reunión con horario especial (STS de 12 de diciembre de 2000, Ar. 74/2001).

B) Procedimiento de otorgamiento de licencias

a) Las facultades administrativas en el procedimiento de otorgamiento de licencias no facultan a la autoridad municipal para decidir conflictos entre particulares

Las competencias administrativas en el procedimiento de otorgamiento de la licencia de actividades no facultan a la autoridad municipal para dilucidar el alcance de las limitaciones a la propiedad privada derivadas de la existencia de una servidumbre de luces y vistas de las que corresponde conocer al orden jurisdiccional civil (FJ. 2º de la STS de 11 de diciembre de 2000, Ar. 71/2001).

b) Introducción de medidas correctoras en la licencia

La facultad para introducir medidas correctoras con carácter vinculante para el solicitante y el propio Ayuntamiento (art. 7.2 del RAC) corresponde al órgano autonómico competente según el art. 33 RAC. No obstante, el solicitante de una licencia de garaje podrá previa audiencia proponer nuevas medidas correctoras que en todo caso corresponderá aprobar o rechazar al órgano administrativo competente (FJ 3º, STS de 11 de diciembre de 2000, Ar. 71/2001).

C) Licencia de funcionamiento, artículo 34 del RAC

Una vez realizada la instalación de elaboración y fabricación de charcutería, tras el otorgamiento de la licencia de actividades, no puede iniciarse la actividad hasta que, girada la oportuna visita de comprobación del art. 34 del RAC y adoptadas las medidas correctoras exigidas, se otorgue por el Ayuntamiento el permiso o autorización de funcionamiento.

El inicio de la actividad incumpliendo las prescripciones anteriores faculta al Ayuntamiento para requerir el cese de la actividad hasta la incorporación de las medidas correctoras propuestas. Pues el Tribunal de instancia no puede sustituir la voluntad municipal e imponer de plano la sanción de retirada de la licencia por seis meses (art. 38 RAC) obligando a la industria a adoptar las medidas correctoras, dado que se excedería de la facultad revisora que le reconocía la LJ de 1956 (STS de 5 de octubre de 2000, Ar. 433/2001).

D) Licencia de actividad y licencia de obras, artículo 22.3 del RSCL

La consecuencia del otorgamiento de la licencia de obras antes de la de apertura incumpliendo la ordenación temporal que prescribe el art. 22.3 del RSCL no es la ilegalidad de aquélla ni el otorgamiento presunto de ésta, sino sólo la posible responsabilidad patrimonial de la Administración (FJ 5º, STS de 15 de marzo de 2001, Ar. 1207).

E) Instalación de bar en la playa

La instalación de un bar restaurante en una zona de playa, aunque no resulte necesario o indispensable, puede ser conveniente para la mejor explotación de la playa misma como sucede en las instalaciones de otros municipios costeros, a decir del TS en su **Sentencia de 13 de octubre de 2000**, Ar. 436/2001, (FJ 3º). Sin perjuicio eso sí de los permisos correspondientes de la Demarcación de Costas.

F) Revocación de licencia de apertura de pub-discoteca

Una vez concedida licencia de apertura para bar y pub no puede anularse y clausurarse la actividad sin acudir al correspondiente procedimiento de revocación. Aunque con posterioridad a la concesión de aquélla en 1979 se hubiera instalado en el local ambientación musical que exigiera para obtener licencia sujetarse al procedimiento prescrito en el RAC lo que no se había hecho en su día. En consecuencia el TS desestima el recurso de casación y ratifica la sentencia del TSJ que ordenó la clausura del establecimiento (STS de 11 de octubre de 2000, Ar. 435/2001).

4. RESIDUOS: VERTEDERO EN ZONA DE INTERÉS PARA LA DEFENSA NACIONAL

El TS, ratificando en casación la sentencia del TSJ de las Islas Baleares, desestima las pretensiones del Consell Insular y concluye que la autorización excepcional prevista en el art. 27.3 del RD 689/1078, por el que se aprobó el Reglamento de la Ley de 12 de marzo de 1975, reguladora de las Zonas e Instalaciones de Interés para la Defensa Nacional, ha de otorgarse en su caso durante la tramitación del oportuno proyecto —en este caso un vertedero de residuos— y antes de la aprobación de éste. Dicha autorización se prescribe singularmente en los proyectos de obras, trabajos o instalaciones elaborados por Diputaciones, Cabildos o Ayuntamientos según determina el art. 51 del mismo reglamento (STS de 6 de noviembre de 2000, Ar. 716/2001).

5. EL RUIDO COMO AGENTE VULNERADOR DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. NECESIDAD DE PRUEBA INDUBITADA

La STC 119/2001, de 24 de mayo, culmina con su fallo el camino jurisdiccional iniciado con la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra el Ayuntamiento de Valencia por supuesta vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los arts. 15 y 18.1 y 2 de la CE ante la inactividad de éste para corregir los excesos de ruido producidos por multitud de establecimientos molestos, singularmente una discoteca, según la recurrente. La contaminación acústica habría afectado a la recurrente, según ella, produciéndole insomnio y obligándole al cerramiento del domicilio para reducir los efectos del ruido en el mismo. Petición que sería apoyada por el Ministerio Fiscal.

El TC va a desestimar el Recurso de Amparo tras llegar a la conclusión de que los alegatos de la demandante carecen de respaldo probatorio al no haber acreditado ninguna medición de ruidos en su vivienda que hayan podido afectar el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1) ni haber acreditado una relación directa entre el ruido y el insomnio padecido.

Va a recordar el TC en el FJ 5º de esta sentencia el contenido de los derechos a la “integridad física y moral”, a la “intimidad personal y familiar” y a la “inviolabilidad de domicilio”, puestos todos ellos en relación con el libre desarrollo de la personalidad orientada a la plena efectividad de estos derechos y la obligación de asegurar su protección frente a los riesgos de una sociedad tecnológicamente avanzada. Centrándose el debate técnico, a los efectos del caso, en la posible incidencia del ruido sobre la integridad real y efectiva de los derechos fundamentales y separando lo que afecta a éstos de otros valores y derechos constitucionales protegibles por vías distintas, como por ejemplo, según concretará más adelante, el medio ambiente del artículo 45 CE.

Se hace eco el TC de la doctrina sentada por las sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos López Ostra contra el Reino de España (de 9 de diciem-

bre de 1994) y Guerra y otros contra Italia (19 de febrero de 1998). Doctrina asumible según su criterio a efectos meramente interpretativos pero nunca trasladable miméticamente al orden constitucional español (FJ 6º).

Partiendo de las anteriores premisas y criterios el Pleno del Tribunal fija la doctrina constitucional para la resolución del caso respecto a la posible afección al derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE) cuando “la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas”. Y en relación al “respeto a la vida privada y familiar en el ámbito domiciliario” en cuanto “la exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan calificarse como evitables e insostenibles, merezca la protección dispensada al citado derecho, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de los entes públicos a los que sea imputable la lesión producida”.

Centradas así las cosas el problema era demostrar la interrelación cuantitativa y cualitativamente entre el nivel de ruidos producidos y la afección grave a la salud y la repercusión de los mismos en el interior del domicilio. La falta de prueba adecuada y suficiente al respecto llevara al Tribunal a la denegación del amparo solicitado.

Dos votos particulares concurrentes van a ser presentados por los magistrados Jiménez de Parga y Garrido Falla los cuales, sin discutir el parecer del Pleno aportan algunas matizaciones al debate. El primero de ellos para propugnar, entre otros aspectos, un ámbito domiciliario más amplio que el concretado en la sentencia y considerar excesivos los requisitos exigidos por el Tribunal para apreciar la lesión de los derechos fundamentales por considerar suficiente la existencia de cualquier efecto nocivo para la salud sin requerir que éste sea grave, y para considerar conveniente reivindicar el contenido ambiental de los derechos fundamentales (vertiente ambientalista más amplia) y reconocer como valor constitucional la calidad de vida.

El magistrado Garrido Falla extiende el deber de los poderes públicos frente al ruido a la obligación de garantizar la tranquilidad del trabajo intelectual y considerar que si la afección del ruido es tan insostenible que obliga al cambio de domicilio se vería vulnerado también el derecho a la libertad de elección de domicilio consagrado en el art. 19 CE.

6. AGUAS CONTINENTALES: VERTIDOS

Como en otra Sentencia anteriormente dictada (así, STS de 30 de junio de 1999, Ar. 5487; crónica XIII.6.B del núm. 7 de esta Revista) en la **STS de 2 de febrero de 2001**, Ar. 1606, se llega a la conclusión de que la Resolución de la CH del Júcar que impuso a un Polígono Industrial la obligación de pagar más de once millones de pesetas, en virtud del art. 110 de la Lag. por daños al dominio público es incorrecta. Los vertidos ilegales existieron, pero la Administración no consiguió probar de manera suficiente la culpa de dicha entidad como exige el art. 1902 CC, en concreto no se realizaron los correspondientes análisis para determinar la contaminación aducida.

7. MONTES: REPOBLACIÓN FORESTAL

En relación con esta materia, únicamente cabe hacer referencia a la **STS de 19 de enero de 2001**, Ar. 1578, que se refiere al Decreto foral vizcaíno 73/1990, sobre normas en materia de evaluación de impacto ambiental en relación con las actuaciones agropecuarias y forestales. De lo tratado por esta sentencia sólo nos interesa poner de manifiesto que la ampliación de las actividades sometidas a evaluación de impacto en el Decreto foral impugnado (cuya anulación por el TSJ del País Vasco se confirma, por insuficiencia de rango normativo) contenía, entre otros aspectos, los relativos a la repoblación forestal.

VICTORIA CARPI ABAD

CÉSAR CIRIANO VELA

JAVIER DOMPER FERRANDO

BEATRIZ SETUÁIN MENDÍA

ANTONIO EMBID IRUJO

XIV. DERECHO ADMINISTRATIVO ECONÓMICO**Sumario:**

1. Consideración preliminar. 2. Agricultura. A) Ayudas. B) Concentración parcelaria.

C) Producción de trigo duro. Normativa en apoyo de esta producción. Nulidad del RD 2033/1998. D) Agricultura y ganadería. Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. **3. Comercio.** A) Libertad de establecimiento y ordenanza municipal que limita la ubicación de supermercados. **4. Energía eléctrica.**

A) Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas. Concesión de subvenciones en el marco del Plan de Ahorro y Eficiencia Energética. **5. Industria.**

A) Fomento. **6. Pesca marítima.** A) Fijación de los tipos de infracción en la Ley de Pesca Marítima 53/1982. **7. Precios.** A) Intervención administrativa de control sobre tarifas de servicios públicos. B) Ingresos obligatorios de un Colegio profesional. C) Venta de libros.

8. Transportes. A) Competencia municipal. Determinación de paradas en ordenanza municipal. B) Servicio de auto-taxi. **9. Tribunal de defensa de la competencia.** A) Agentes de la propiedad inmobiliaria. Mediación inmobiliaria. Exclusividad. Competencia desleal.

B) Abogados. Ejercicio profesional. Habilitación. Pago de tasas. C) Gestores administrativos. Colegio oficial. Servicios centralizados. D) Sector farmacéutico. Distribución de especialidades farmacéuticas. Negativa de suministro. Práctica conscientemente paralela.

1. CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

En el presente número se han examinado las SSTC comprendidas entre la 95/2001 y la 132/2001, las SSTS incluidas en los Cuadernos de Repertorio Aranzadi núm. 43, año 2000, a 10, año 2001, y las Resoluciones del TDC de enero a marzo de 2001.

2. AGRICULTURA**A) Ayudas**

Frente al acuerdo de no tramitar la solicitud de ayuda al cultivo de soja en segunda cosecha, se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el TSJ de Castilla-La Mancha. Desestimado el recurso, se recurrió en casación. El TS, en la **Sentencia de 12 de marzo de 2001**, Ar. 1107, desestimó el recurso.

El primer motivo de oposición a la resolución impugnada se basó en la no aplicación del art. 14.1 del Reglamento CEE 615/1992, de 10 de marzo. Para la recurrente, dicha norma contiene un régimen especial para las ayudas a las semillas de soja de segunda cosecha, régimen que debió llevar a admitir la solicitud de ayuda presentada.

El TS reconoce dicho régimen especial, pero concluye que el mismo no altera el régimen relativo a los plazos para presentar la declaración de cosecha, plazos incumplidos y que justificaron que no se tramitara la ayuda solicitada.

Igualmente se rechazan los argumentos basados en una interpretación finalista de la normativa comunitaria favorable a la concesión de las ayudas que permitiera implicar la exigencia formal de la declaración de cosecha, y la existencia de un supuesto de fuerza mayor, fundado en la enfermedad imprevisible del encargado de solicitar las ayudas.

B) Concentración parcelaria

La STS de 12 de enero de 2001, Ar. 2379, tuvo como objeto el acto administrativo que estimó el recurso de alzada interpuesto contra el acuerdo aprobatorio de la concentración parcelaria efectuada en dos parroquias limítrofes. Al margen de las cuestiones de orden procesal que se resuelven en el recurso casacional y sobre las que no interesa entrar en este comentario, dos son los aspectos que sí interesa reseñar.

Por un lado, se recoge de la sentencia impugnada la argumentación del Tribunal de instancia según la cual, el límite de la existencia de una lesión superior a un sexto del valor de los terrenos impugnados para poder impugnar no es trasladable a la vía administrativa. Por tanto, si en esta vía se resolvió el recurso sin considerar este límite como condición de admisibilidad de la impugnación no se vulneró la legislación aplicable.

Por otro lado, tampoco se estima que existiera una resolución irrazonable por el hecho de los criterios adoptados en la asignación de las nuevas fincas. Para el Tribunal, el único criterio a considerar es el del valor de los terrenos, sin que deba considerarse el hecho de que se asignen fincas de una parroquia contigua, o el diferente sistema de cultivo de las fincas.

También se ocupa de los problemas de la asignación de fincas en el proceso de contratación parcelaria la STS de 1 de diciembre de 2000, Ar. 2418. En este caso, la sentencia de primera instancia recurrida en casación declaró el recurso inadmisibile por no ser el perjuicio superior al sexto de la diferencia de valor entre las fincas aportadas y las de reemplazo.

Esta declaración de inadmisión plantea una cuestión de interés para la teoría general del recurso casacional. En concreto se suscitó el problema relativo a si la sentencia de instancia, para acordar la inadmisión, había aplicado o no derecho estatal, ya que el criterio

de la lesión en más de un sexto para admitir el recurso se encuentra tanto en la ley estatal de reforma y desarrollo agrario, artículo 218, como en la ley de la Comunidad Autónoma Andaluza, Ley 10/1985, artículo 43. El Tribunal Supremo estima que el Tribunal *a quo* aplicó simultáneamente la legislación estatal y la autonómica, por lo que siendo la aplicación de norma estatal determinante del fallo, procede admitir el recurso casacional.

Entrando en el fondo del asunto planteado, el Tribunal Supremo confirma que no se produjo lesión en más de una sexta parte, por lo que no debió anularse el acuerdo de concentración, pero reconoce que en este caso, de conformidad con el artículo 173.a) de la ley estatal, sí procedía acordar una compensación por la lesión inferior sufrida por el propietario de terrenos agrícolas afectado.

Por lo que hace referencia a la determinación de esta compensación el Tribunal determina que la misma se fijará en ejecución de sentencia por el propio Tribunal partiendo del informe emitido por el ingeniero técnico agrónomo pero ofreciendo a la Administración autonómica oportunidad de disentir del mismo, de modo que la cantidad finalmente precia audiencia de ambas partes.

La **STS de 5 de marzo de 2001**, Ar. 1094, se ocupa de la fijación de las bases de concentración parcelaria, cuestión que suele dar lugar a conflictos que terminan resolviéndose en sede jurisdiccional.

El supuesto que dio origen a la citada sentencia es el siguiente. Establecidas las bases fueron impugnadas en vía administrativa, reconociendo como propietaria y poseedora de determinadas fincas a la recurrente. Al no haberse recogido esta situación jurídica en las bases, se interpuso recurso ante la Audiencia Nacional, que la desestimó, al entender que se había acreditado la propiedad.

Interpuesto recurso casacional por falta de congruencia de la sentencia recurrida, el TS lo estima, al entender que la resolución del recurso de reposición debió tener su reflejo en las bases, que no pudieron entenderse firmes. Consecuentemente dispone que se rectifiquen las bases y se adjudiquen a la recurrente fincas de reemplazo de acuerdo con sus boletines de propiedad.

Por último, en la **STS de 7 de marzo de 2001**, Ar. 1100, la cuestión conflictiva se centró en la determinación del valor de las fincas de reemplazo adjudicadas, valor que el recurrente entendió insuficiente. Estimado el recurso en primera instancia, la Administración recurrió en casación, alegando la infracción del artículo 196 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario en el proceso de fijación del valor de las fincas adjudicadas, así como el desconocimiento de la jurisprudencia relativa a la credibilidad de las bases sentadas por la Administración.

El TS desestima el recurso. En cuanto a la primera alegación, el Tribunal entiende que se hizo una correcta aplicación del artículo 196 de la LRYDA al tener en cuenta para fijar el

valor la productividad y el cultivo, y también servidumbres, precios de mercado y edificabilidad.

Este conjunto de elementos permitió fijar correctamente el valor y determinar que se había producido una lesión superior al 1/6.

Por lo que respecta a la segunda alegación, el TS recuerda la jurisprudencia que establece que los valores fijados por la Administración pueden ser contradichos por las pruebas aportadas, pruebas que valora el Tribunal según las reglas de la sana crítica.

C) Producción de trigo duro. Normativa en apoyo de esta producción. Nulidad del RD 2033/1998

La producción de trigo duro ha sido objeto de una especial consideración en la normativa europea (Reglamentos CEE 1765/1992 y 2039/1997).

En desarrollo de esta normativa se han dictado diversas disposiciones internas, que se han ido modificando de forma sucesiva con vulneración de los principios propios de una buena técnica normativa (Orden de 19 de junio de 1998, RD 2033/1998, RD 2721/1998 y rectificación de errores publicada en BOE de 11 de febrero de 1999).

El RD 2033/1998 fue impugnado por la Coordinadora de Organización de Agricultores y Ganaderos (COAG), dando lugar la impugnación a la **STS de 13 de noviembre de 2000**, Ar. 65 de 2001.

El Tribunal entra a conocer del recurso, a pesar de haber sido derogado el reglamento impugnado, y estima dicho recurso por falta de motivación de la norma impugnada. Concretamente, entiende el Tribunal que la norma impugnada debió motivar de forma suficiente las razones que lo llevaron a apartarse del criterio fijado en la norma comunitaria sobre el reparto de ayudas. La discrecionalidad administrativa, especialmente presente en la actividad reglamentaria, no exime del deber de motivar el ejercicio que se hace de dicha discrecionalidad al aprobar la norma.

La misma norma (RD 2033/1998) fue objeto de otros dos recursos que dieron lugar a las **SSTS de 15 de noviembre de 2000**, Ar. 10450 y 66 de 2001.

En estas Sentencias, al igual que en la anterior citada, se anula la norma impugnada por vicios procedimentales, consistentes en la falta de audiencia a las entidades interesadas y falta del Informe previo del Ministerio de Administraciones Públicas, en tanto se trata de una norma básica. El Tribunal Supremo declara vulnerados algunos trámites esenciales para la elaboración de reglamentos establecidos en la Ley del Gobierno 50/1997.

D) Agricultura y ganadería. Distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas

La STC 95/2001, de 5 de abril, resuelve un nuevo conflicto de competencias planteado por el Gobierno frente a una norma autonómica haciendo valer su título competencial amparado en el art. 149.1.13 CE, esto es, la planificación general de la actividad económica. En esta ocasión, se trataba del Decreto de la Diputación Regional de Cantabria 168/1991, de 20 de diciembre, por el que se regula la ejecución de un plan de fomento del abandono de la producción lechera en zona de montaña. La Sentencia recoge en buena parte la doctrina sentada en la anterior STC 45/2001, de 15 de febrero, reseñada en el número 12 de *Justicia Administrativa*, que resuelve varios conflictos de competencia acumulados planteados por las Comunidades Autónomas de Cataluña y de Cantabria frente a diversas disposiciones estatales referidas al plan de reordenación del sector de la leche y de los productos lácteos y a la tasa suplementaria en tales sectores.

Según la doctrina del Tribunal, el título competencial comprendido en el art. 149.1.13 CE abarca tanto normas estatales que fijen líneas directrices y criterios globales de ordenación de un sector, como previsiones de acciones o medidas puntuales necesarias para alcanzar los fines propuestos. Han de ser medidas con una incidencia significativa y directa sobre la actividad económica general para no vaciar de contenido las competencias más específicas de las Comunidades Autónomas. La aplicación de los mismos criterios de territorialización que en materia de subvenciones (STC 13/1992), y la existencia de un procedimiento perfectamente determinado permiten que las Comunidades Autónomas puedan designar efectivamente los destinatarios de las cantidades económicas dentro de los límites económicos disponibles y con cargo a sus propios presupuestos (STC 45/2001), sin que ello afecte a la unidad del sistema económico ni a su plena eficacia. En todo caso, el Tribunal Constitucional recuerda que la potestad autonómica de gasto sólo puede recaer sobre las propias competencias autonómicas.

3. COMERCIO

A) Libertad de establecimiento y ordenanza municipal que limita la ubicación de supermercados

La denegación de una licencia de apertura para la actividad de supermercado de alimentación da lugar a un recurso, desestimado en primera instancia y estimado en casación, en el que se plantea de nuevo el alcance de las ordenanzas municipales para ordenar la actividad comercial en el término municipal. El conflicto incide en el alcance del principio de libertad de establecimiento consagrado en la Constitución, su posible limitación mediante ley y el papel que pueden jugar en esta limitación las ordenanzas locales.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 31 de enero de 2001, Ar. 1726, recuerda en primer lugar que el reglamento y las ordenanzas locales pueden establecer, en virtud de habilitaciones legales específicas, limitaciones a la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 38 de la Constitución, pero que tales limitaciones habrán de producirse dentro de los términos de la habilitación utilizadas y ser idóneas y proporcionadas con el fin pretendido.

Pasando al análisis concreto de la Ordenanza impugnada, que de hecho se ocupa del Mercado de Abastos, concluye el Tribunal que el precepto cuestionado establece una prohibición de establecimiento en un espacio físico determinado ajeno al Mercado en lo que afecta a productos expendidos en el propio Mercado. Es decir, trata de llevar a cabo una política comercial en defensa del Mercado de Abastos fijando un perímetro de protección.

Este contenido de la Ordenanza le lleva a afirmar que “ni la sentencia ni el Ayuntamiento de Sevilla ofrecen una razón de policía convincente que justifique la limitación impuesta. No hay razones urbanísticas, de orden público, de seguridad, salubridad y sanidad que den cobertura a las medidas adoptadas. Desde otro punto de vista, el económico, no es emisión de las Ordenanzas velar por la adecuada distribución geográfica de los establecimientos en los municipios, pues será el mercado quien lleve a cabo esta función”. Consecuentemente, se anulan los acuerdos municipales, aunque nada se dice sobre la validez de la ordenanza de la que traen causa.

4. ENERGÍA ELÉCTRICA

A) Distribución de competencias Estado-Comunidades Autónomas. Concesión de subvenciones en el marco del Plan de Ahorro y Eficiencia Energética

La STC 98/2001, de 5 de abril, resuelve el conflicto positivo de competencias planteado por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con la Orden del Ministerio de Industria y Energía de 6 de febrero de 1997, que aprueba las bases reguladoras de la concesión de subvenciones en el marco del Plan de ahorro y eficiencia energética para el período 1997-1999, y se convocan las del ejercicio de 1997.

Por un lado, se señala que el título competencial que da cobertura a la Orden es el de “régimen energético” (art. 149.1.25 CE), donde el Estado ostenta la competencia sobre la normativa básica, y a la Generalidad de Cataluña le corresponde el desarrollo legislativo y de ejecución. En cambio, no se considera aplicable el de “investigación científica y técnica”, que debe entenderse en sus justos términos para no desplazar otros títulos más específicos (STC 242/1999 y 190/2000), como el citado.

Por otro lado, las peculiaridades de la regulación del sector económico de la energía permiten al Tribunal Constitucional admitir el carácter básico de la Orden, en su vertiente formal. En efecto, a pesar de que el Tribunal ha dicho que por regla general no cabe reelaborar las bases en normas infralegales (STC 213/1994), en el caso que se analiza considera de aplicación las excepciones estudiadas en la STC 242/1999 (sobre el llamado “Plan Futures”, en materia turística): esto es, hubo intervención parlamentaria —en la aprobación de la Ley 82/1980, que preveía acciones de fomento al ahorro energético—, se produjo la efectiva aprobación del Plan Energético Nacional por el Gobierno, que incluía el de ahorro energético, y en la Orden no se reformularon los criterios recogidos

en normas de rango superior. Así, pues, a pesar de ello se concluye que existen razones excepcionales para entender que no se ha producido un incumplimiento del requisito formal de las normas básicas.

En cuanto al aspecto material referido a la regulación que la Orden impugnada efectúa de las ayudas y subvenciones, se aplica la doctrina ya conocida sobre las subvenciones contenidas en los Presupuestos Generales del Estado (STC 13/1992): El Estado puede consignarlas, pero debe dejar un margen para que la Comunidad Autónoma pueda desarrollarlas y complementarlas. En este sentido, la mayoría de los aspectos discutidos debe corresponder a la competencia de ejecución y gestión autonómicas: instrucción del expediente, composición de las comisiones de evaluación, trámite de audiencia, resolución, obligaciones del beneficiario e incumplimiento de las condiciones. El Estado mantiene las competencias sobre: exigencia de documentación; plazo de presentación de las solicitudes, y vigencia de la norma, que es inherente al Plan y cumplen exigencias de coordinación. El Tribunal Constitucional recuerda que, en los procedimientos por razón de la materia, la competencia corresponde al titular de la competencia sustantiva.

También se señala que el control de la Intervención General del Estado sólo alcanza hasta el momento de librar las partidas presupuestarias a la Generalitat. Y en relación con el control por el Tribunal de Cuentas, se recoge la doctrina acerca de su competencia sobre todo el sector público, sin perjuicio de la coordinación con los órganos autonómicos correspondientes, respetando el carácter supremo de aquél. Se incluye un voto particular concurrente de Rafael de Mendizábal Allende que subraya el papel del Tribunal de Cuentas como instrumento constitucional de cohesión.

5. INDUSTRIA

A) Fomento

Siguiendo con la abundante jurisprudencia en materia de ayudas otorgadas al amparo de la normativa sobre incentivos regionales, las SSTS de 9 y 15 de marzo de 2001, Ar. 1815 y 1982, se ocupan respectivamente de un supuesto de orden de reintegro de lo concedido por incumplimiento de las condiciones establecidas y de otro de denegación de la ayuda solicitada.

En la primera de las sentencias citadas se impugna la orden de reintegro de lo concedido. El recurso se estima al entender el Tribunal que ha quedado acreditado en el proceso por diversos medios de prueba que se cumplieron las condiciones establecidas. En la segunda de las sentencias se impugnó en casación la denegación de la ayuda solicitada, al entender el recurrente que la Administración no había motivado de forma suficiente y ajustada a las condiciones acreditadas por el solicitante las razones de la denegación. Al tratarse de un recurso casacional, y basarse el recurso en cuestiones de hecho, el Tribunal declara no haber lugar al recurso interpuesto.

6. PESCA MARÍTIMA

A) Fijación de los tipos de infracción en la Ley de Pesca Marítima 53/1982

La STS de 14 de noviembre de 2000, Ar. 720, al conocer del recurso casacional interpuesto por la Administración del Estado frente a la sentencia de instancia que, estimando parcialmente el recurso, anuló una de las sanciones discutidas, ha tenido ocasión de fijar doctrina sobre el contenido del tipo infractor establecido en el art. 5 de la Ley 53/1982.

En el caso enjuiciado la Administración había impuesto una sanción a una entidad armadora por faenar en aguas del Atlántico Suroriental con uso indebido de permiso temporal, conducta que entiende puede tener cabida en el tipo del artículo 5 de la citada Ley 53/1982. Concretamente dicho precepto define la infracción como la violación de las obligaciones establecidas en virtud de un Convenio de Pesca bilateral o multilateral suscrito por España cuando su incumplimiento “(...) atente o pueda poner en peligro la normal ejecución del Convenio”.

El Tribunal Supremo confirma la sentencia impugnada al entender que la previsión de la norma exige para integrar el tipo dos conductas o circunstancias. Una, la violación de las obligaciones establecidas en el Convenio, y otra, que esa violación o incumplimiento atente o pueda poner en peligro la normal ejecución del Convenio. Por tanto, al estimar que sólo se dio la primera conducta, por no estar probado que se pusiera en peligro la normal ejecución del Convenio, se confirma la nulidad de la sanción impuesta por no existir conducta infractora.

7. PRECIOS

A) Intervención administrativa de control sobre tarifas de servicios públicos

La intervención administrativa de control sobre las tarifas de los servicios de transporte, intervención fundada en el ejercicio de la potestad de política económica tendente al control de la inflación, suele generar conflictos relativos al alcance de dicha potestad. Es decir, al ejercitarse una función de control sobre el ejercicio de la potestad tarifaria que corresponde a la Administración titular del servicio, se cuestiona el alcance de cada una de estas potestades administrativas.

La STS de 18 de noviembre de 2000, Ar. 951, es un ejemplo más de esta relación conflictiva a la que hemos hecho referencia. Fijado el incremento de tarifas por el municipio titular del servicio en cuantía inferior a la solicitada, la Comunidad Autónoma, a instancias del concesionario, acordó incrementar las tarifas en base a su propia valoración de los costes del servicio. Este acuerdo autonómico fue impugnado en vía judicial, sien-

do estimado el recurso por el Tribunal Superior de Justicia, al entender que la Junta de Galicia carecía de competencia para alterar las tarifas municipales y no fundamentó de modo suficiente su decisión. Recurrida la Sentencia en casación por la Comunidad Autónoma, el recurso es desestimado.

El Tribunal Supremo examina de nuevo la distribución competencial en materia de transportes, para concluir que el transporte público de viajeros mediante tranvías, autobuses, microbuses, etc., realizado dentro del término municipal es competencia del respectivo Ayuntamiento, y que en el caso de gestión indirecta por concesión la potestad tarifaria corresponde al Ayuntamiento. En ejercicio de esta potestad, correspondía al Ayuntamiento acordar o no la revisión tarifaria.

Esta misma potestad, la tarifaria, está limitada en su ejercicio por las facultades de control de precios que correspondían al Estado y ulteriormente a las Comunidades Autónomas. Por tanto, recuerda también una vez más el Alto Tribunal, se hace necesario distinguir con nitidez el campo propio de la potestad tarifaria y el campo de las autorizaciones para determinados aumentos de precio, autorizaciones acordadas en ejercicio de la política de precios. Con este fin se da cuenta de la propia doctrina al respecto (STS de 25 de noviembre de 1978, Ar. 3822, 3 de febrero de 1986, Ar. 895, 7 de mayo de 1987, Ar. 5248 y 6 de febrero, 20 de marzo y 16 de octubre de 1998, Ar. 1670, 7879 y 7919), así como de la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en su Sentencia 53/1984.

Expuesta la doctrinal jurisdiccional sobre la distinción entre ambas potestades, se da cuenta de la evolución normativa en la materia.

A la luz de todo lo expuesto, se concluye que la Comunidad Autónoma no puede imponer un modelo tarifario diverso al acordado por el ente municipal competente, ni puede acordar revisiones de la tarifa superiores a las propuestas por el Ayuntamiento. Por ello, sin necesidad de examinar la existencia o no de motivación suficiente en el acuerdo anulado dictado por la Comunidad Autónoma, se confirma su nulidad por vicio de incompetencia y se desestima el recurso casacional, imponiendo las costas a la Junta de Galicia, parte recurrente.

La **STS de 23 de febrero de 2001**, Ar. 1028, incide en la misma problemática y resuelve el conflicto en base a los mismos argumentos.

En este caso se trataba de las tarifas por la utilización de las estaciones de autobuses o las líneas de transporte, actuando el ente municipal como parte recurrente en casación frente al acuerdo autorizatorio de la Comunidad Autónoma aprobando la revisión de tarifas máximas.

El Tribunal Supremo insiste en esta Sentencia en la falta de competencia autonómica para ejercer un control de oportunidad sobre las tarifas de un servicio municipal y decidir acerca de su contenido.

Consecuentemente anula el acuerdo de la Junta y reconoce la validez de las tarifas aprobadas por el Ayuntamiento, sin condenar, en este caso, en costas a la Administración vencida en juicio.

B) Ingresos obligatorios de un Colegio profesional

El Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España, aprobado por RD 2046/1982, de 30 de julio, contempla en su art. 14.16 como obligación de los Procuradores la de satisfacer dentro de los plazos señalados las cuotas ordinarias o extraordinarias acordadas por el Colegio, así como las demás cargas obligatorias. Entre estas otras cargas, el art. 59.c) del Estatuto General contempla “el importe de las pólizas o sellos autorizados y, en otro caso, los de aceptación de poderes que los colegiados han de adherir al escrito con que comparezcan en toda clase de asuntos en cualesquiera órdenes jurisdiccionales, ya lo verifiquen en virtud de escritura de mandato, o apoderamiento *apud acta* o designación”.

La obligatoriedad del pago de estas cargas tiene su cobertura legal en la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, si bien se contiene una amplia remisión a lo que establezcan al respecto los Estatutos y Reglamentos de Régimen Interior. En el mismo sentido, se pronuncia la Ley catalana de Colegios Profesionales 13/1982 y el Reglamento 329/1983 de dicha ley.

Impugnado el acuerdo colegial que exigía el pago de las cantidades correspondientes a las pólizas y sellos autorizados, el recurso fue desestimado en primera instancia. Recurrida la sentencia en casación, el **Tribunal Supremo** desestimó el recurso en su **Sentencia de 12 de diciembre de 2000**, Ar. 99 de 2001.

De los diversos motivos alegados en el recurso casacional para oponerse a la legalidad del acto colegial, nos interesa destacar el tercero. El recurrente alega que los sellos de aceptación no pueden considerarse cuota ni carga obligatoria, por lo que su exigencia no tiene cobertura normativa. Consecuentemente se entiende que se vulnera el artículo 31.3 CE que exige norma legal para el establecimiento de una prestación patrimonial obligatoria.

El Tribunal Supremo rechaza esta alegación recordando en primer lugar su propia doctrina sobre la naturaleza de las cuotas colegiales. Partiendo de una doctrina previa a la STC 185/1995 (SSTS de 9 de diciembre de 1981, Ar. 5372, 16 de mayo de 1983, Ar. 2951 y 13 de marzo de 1987, Ar. 3633), concluye que la naturaleza de las Corporaciones colegiales como entidades de base privada impide calificar a las cuotas como exacciones públicas sometidas al principio de legalidad tributaria. A partir de esta consideración general, se añade que la exacción de los sellos de acepto tiene cobertura normativa genérica en el artículo 6.3.f) de la Ley de Colegios, pues la referencia a “fijación de cuotas y otras percepciones (...)” incluye dicha exacción. Por último, se confirma el carácter obligatorio de la exigencia.

De todo lo expuesto, merece ser destacado el razonamiento en virtud del cual las cuotas colegiales, y la exacción de los sellos, no constituyen exacciones públicas sometidas al principio de legalidad tributaria. Afirmación que no entra en la consideración de estas exacciones como ingresos patrimoniales de carácter público sometidas al principio de reserva legal según el artículo 31.3 CE y la doctrina elaborada al respecto por la STC 185/1995.

C) Venta de libros

La normativa relativa a los precios de los libros, contenida en el RD 484/1990, ha sido objeto de interpretación parcial con ocasión del conflicto suscitado por un contrato de suministro convocado por una administración autonómica.

El supuesto de hecho era el siguiente. Convocado un concurso de suministro para la adquisición de un volumen importante de libros, que se deberían entregar a diversas bibliotecas públicas, se estableció en las bases contractuales que no sería de aplicación la normativa sobre precios de venta de libros a tratarse de una venta al por mayor.

Impugnada esta cláusula, se desestimó el recurso en primera instancia. El TS, en su **Sentencia casacional de 26 de octubre de 2000**, Ar. 10371, da la razón a los recurrentes y entiende que se trata de una venta al por menor, por lo que es de aplicación la normativa sobre precios de venta de los libros.

Para el TS el dato determinante no es que se trate de una compra masiva de libros, sino el concepto de consumidor final que utiliza la norma aplicable para definir la venta al por menor. Por tanto, dado que la Administración era consumidora final, pues la cesión de los libros adquiridos a las bibliotecas se hizo sin mediar operación comercial, debió aplicarse la normativa de precios establecida en el RD 484/1990.

La consecuencia final es que en el procedimiento de selección del contratista la oferta debía quedar limitada a un 15 por ciento de rebaja en relación al precio final de los libros que debieran suministrarse.

8. TRANSPORTES

A) Competencia municipal. Determinación de paradas en ordenanza municipal

Impugnada una ordenanza municipal por la Comunidad Autónoma, en relación a los preceptos relativos a la determinación de las paradas de líneas de autobuses urbanos e interurbanos y del transporte escolar urbano e interurbano, el Tribunal Superior de Justicia estimó el recurso anulando los preceptos en cuanto a su regulación de las paradas de los transportes interurbanos. Recurrida la sentencia en casación, el **Tribunal**

Supremo, en la **Sentencia de 20 de diciembre de 2000**, Ar. 2276 de 2001, desestimó el recurso.

El Tribunal, a partir de la cita de su propia doctrina más reciente (SSTS de 17 de marzo de 1993, Ar. 1769 y 17 de julio de 1998, Ar. 6487), establece que las potestades municipales no se extienden a la fijación y eventual supresión de las paradas en el casco urbano de los servicios de autobuses que efectúen transporte de viajeros interurbanos, ya que dichas potestades deben ejercerse por las Comunidades Autónomas, a cuya legislación ha de atenerse la normativa municipal.

La misma sentencia sale al paso de otra alegación del recurrente. Éste había sostenido que la competencia autonómica sólo podía fundarse en lo dispuesto en el artículo 110 del Decreto autonómico catalán 319/1990, precepto anulado por la Sentencia del TSJ de Cataluña de 6 de mayo de 1992. Frente a este argumento el Tribunal Supremo recuerda que esta sentencia fue impugnada por la Comunidad Autónoma y casada, mediante la Sentencia de 17 de abril de 2000, Ar. 3801, que declaró conforme a derecho el citado artículo 110. Por tanto, la validez del precepto reglamentario refuerza la competencia autonómica y confirma la nulidad de la ordenanza impugnada.

B) Servicio de auto-taxi

En virtud de recurso de amparo, el **Tribunal Constitucional**, en su **Sentencia 132/2001, de 8 de junio**, anula la resolución del Teniente de Alcalde del Ayuntamiento de Madrid por la que se suspendió por tres meses la licencia de auto-taxi del recurrente, por el hecho de portar un talonario de facturas falsas. El Tribunal entiende que la actividad de transporte en auto-taxi es una actividad económica privada sometida a reglamentación e intervención; que la suspensión de la licencia tiene finalidad represiva y es, por tanto, una sanción; y que no existe relación especial de sujeción que pudiera justificar una eventual flexibilización del principio de legalidad sancionadora. Al no estar prevista tal sanción en ninguna ley formal y proceder sólo de las Ordenanzas municipales, que no cuentan siquiera con unos criterios legales previos, el Tribunal anula la resolución por infracción del artículo 25.1 CE.

Es de interés el voto particular de Fernando Garrido Falla, que pone en cuestión la naturaleza privada de la actividad de auto-taxis, fruto de la libertad de empresa del art. 38 CE, sosteniendo que se trata de una actividad de interés público que permite a la Administración intervenir desde la existencia misma del servicio hasta la protección de los usuarios del mismo. De ahí extrae consecuencias acerca de las relaciones especiales de sujeción, la consiguiente flexibilización del principio de legalidad sancionadora y más aún la propia naturaleza sancionadora de la suspensión de la licencia.

9. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A) Agentes de la propiedad inmobiliaria. Mediación inmobiliaria. Exclusividad. Competencia desleal

El TDC en su Resolución de 9 de marzo de 2001 (expte. 485/00, Agentes Propiedad Murcia) declara que el Colegio Oficial de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de Murcia ha incurrido en una práctica restrictiva de la competencia prohibida por el artículo 7 LDC consistente en la publicación de diversas declaraciones y de un anuncio que incluyen manifestaciones falsas y susceptibles de inducir a error al público, así como denigrantes para los demás operadores que no son Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. El TDC sanciona al indicado colegio con una multa de 1 millón de pesetas.

La Resolución sigue esencialmente el criterio establecido por el propio TDC en la Resolución de 18 de julio de 1998 que se fundamentaba, de forma muy resumida, en que los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria (en adelante, API) no tiene exclusividad en la mediación inmobiliaria.

Una cuestión procesal significativa es que la imputación deriva de la publicación de una noticia en un periódico local y de un anuncio posterior del propio Colegio. Es decir, en parte, se deriva una imputación determinada de la publicación de una noticia periodística que atribuye determinadas afirmaciones al Presidente del Colegio. Al respecto, la Resolución afirma:

“la conexión que se realiza por el Servicio entre dichas declaraciones y el Colegio inculpa no es, en modo alguno, gratuita ni ha sido desvirtuada por éste mediante la práctica de alguno de los medios de prueba a que tiene derecho desde la perspectiva del artículo 24 de la CE. Por tanto, ante los elementos reunidos por el Servicio y en ausencia de pruebas de descargo aportadas por el Colegio imputado, no puede hablarse de quebranto alguno del principio de presunción de inocencia pues tal infracción, como es sabido, se produce tan sólo en ausencia de material probatorio de cargo que, como hemos visto, en este caso no concurre pues, pese a la falta de prueba que sostiene el Colegio denunciado respecto de la autoría de dichas declaraciones publicadas, no sólo no consta intento alguno por su parte de rectificación de las mismas en su caso, sino que, por contra, su posterior actuación constituye un indicio más de la certeza de las mismas, ya que, como se desprende del documento aportado por la denunciante en el período probatorio, consistente en un anuncio suscrito por el propio Colegio imputado aparecido en la revista ‘Casas de Murcia’ del mes de mayo de 2000, no se hace sino reiterar el sentido de las anteriores declaraciones, reafirmandose, con ello, la autoría de las mismas”.

La controversia entre los operadores económicos intervinientes en el mercado de la intermediación inmobiliaria ha sido muy importante en los últimos años en España. Las partes en conflicto han activado acciones jurídicas de diversa índole.

En el ámbito del derecho de la competencia, los operadores no API han presentado distintas denuncias para hacer frente a las manifestaciones y actuaciones de distintos

Colegios oficiales de API tendentes a desprestigiarles y a proclamar su exclusividad. Las reformas normativas han venido a reiterar la inexistencia de la pretendida exclusividad en favor de los API. Estas actuaciones, cuando quedan acreditadas, constituyen actos de competencia desleal, que pueden suponer infracciones del artículo 7 de la LDC en caso de que concurran las circunstancias allí previstas.

Al respecto, el TDC en la resolución afirma:

“De la lectura de dichas declaraciones realizadas por el Presidente del Colegio imputado, así como del anuncio publicado en el periódico ‘La Verdad’, ambos de gran difusión en la Región de Murcia, se observa que en ellos se incluyen frases y manifestaciones por parte del Presidente del Colegio denunciado respecto de otros profesionales que no son API y que intervienen en la actividad de mediación inmobiliaria que, indudablemente, en su conjunto, como afirma el Servicio, inducen a error sobre la exclusividad de dichas funciones y menoscaban el crédito de los competidores que no son API, siendo claro que, con el mensaje que se está transmitiendo al ciudadano, se pretende la atracción de clientes e inducir a error a las personas a las que se dirige para obtener una ventaja concurrencial constituyendo, por tanto, actos de competencia desleal incursos en los artículos 7 y 8 de la referida Ley.”

B) Abogados. Ejercicio profesional. Habilitación. Pago de tasas

El TDC ha dictado dos resoluciones similares relativas al ejercicio profesional de la abogacía. Las **Resoluciones de 18 de enero de 2001** (expte. 480/99, Abogados Jerez) y **de 22 de enero de 2001** (expte. 478/99, Abogados Cádiz) declaran que los Colegios de Abogados de Jerez de la Frontera y de Cádiz respectivamente han infringido el artículo 1.1 LDC al dificultar el ejercicio de la abogacía al requerir a los abogados de otras demarcaciones el requisito de la habilitación y el pago de una determinada cantidad para poder actuar profesionalmente en sus respectivas demarcaciones. El TDC sanciona al primer colegio con 800.000 y al segundo con 2.000.000 de pesetas.

Ambos colegios requerían a los abogados colegiados en otras demarcaciones que se habilitaran y pagaran determinada tasa para poder ejercer profesionalmente en sus respectivas demarcaciones. Este requerimiento se acompañaba de la amenaza de apertura de expediente disciplinario en caso de incumplimiento. En un caso el expediente sancionador se llegó a incoar y se practicó comunicación a la jurisdicción sobre la carencia de habilitación del letrado.

Esta cuestión ha sido objeto de sucesivas reformas normativas en los últimos años. Así, finalmente, el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios establece que los colegios de abogados no podrán exigir habilitación ni el pago de contraprestaciones económicas distintas de las exigidas habitualmente a sus colegiados.

La actuación de los colegios, considera el TDC, constituye una infracción del artículo 1 LDC. En la **Resolución de 22 de enero de 2001** y en muy similares términos en la de 18 de enero se establece:

“El Tribunal considera, de conformidad con lo antedicho, que los hechos probados del Colegio de Abogados de Jerez carecen de respaldo legal y son idóneos para restringir el acceso al mercado de Jerez de los abogados colegiados en otras demarcaciones. La conducta del Colegio imputado es tipificable como una decisión colectiva con aptitud para restringir la competencia en el mercado de la abogacía de la demarcación de Jerez de la Frontera, en tanto que dificulta el acceso al mismo a los abogados de otras circunscripciones, lo cual constituye una conducta expresamente prohibida por el art. 1 LDC.”

C) Gestores administrativos. Colegio oficial. Servicios centralizados

La **Resolución del TDC de 11 de enero de 2001** (expte. 483/00, Colegio Gestores Administrativos Galicia) declara que el Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Galicia ha infringido el artículo 1.1.b) LDC al limitar la actividad profesional de sus colegiados sin cobertura legal. La resolución impone una sanción al colegio de cinco millones de pesetas.

De forma resumida, los hechos relevantes del expediente sancionador son los siguientes: el Colegio estableció un servicio centralizado encargado de presentar ante la Jefatura Provincial de Tráfico todos aquellos expedientes que los colegiados tuvieran que tramitar. El Colegio cobraba determinadas cantidades a los colegiados por la prestación de este servicio. En el momento en que un colegiado manifestó su voluntad de no emplear el servicio, el Colegio le comunicó que su utilización era obligatoria y que el incumplimiento podría generar la imposición de sanciones económicas. El Colegio efectivamente incoó expedientes sancionadores e impuso una sanción de reprensión pública.

El posicionamiento del TDC contra esta conducta es nítido:

“A la vista de los hechos declarados probados y de las alegaciones formuladas por las partes interesadas, es preciso reconocer que la existencia de un servicio centralizado, de carácter obligatorio para todos los colegiados, que han de acudir inexcusablemente al mismo para cuantas gestiones profesionales deban realizar ante la Jefatura Provincial de Tráfico de Lugo, estando obligados a satisfacer al Colegio unas tarifas predeterminadas por cada uno de los expedientes tramitados, impide a los colegiados que lo deseen realizar por sí mismos una actividad propia de su profesión, como es la de promover, solicitar y realizar toda clase de trámites ante cualquier órgano de la Administración Pública y condiciona en parte la cuantía de los honorarios que éstos perciben de sus clientes por la prestación de tales servicios, por lo que debe ser calificada como una conducta restrictiva de la libre competencia, que se encuentra tipificada en el artículo 1.1.b) de la Ley de Defensa de la Competencia, que declara prohibidos aquellos acuerdos o decisiones que, consistiendo en

una limitación o control del mercado, tengan por objeto o produzcan el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia.

Así sucede en el supuesto examinado, en el que, olvidando el derecho de los colegiados a ejercer libremente su profesión en el ámbito de los Colegios Oficiales a los que se hallaren adscritos, el Colegio Oficial de Gestores Administrativos de Galicia exige coactivamente a los colegiados la utilización del servicio centralizado de presentación de expedientes a tramitar ante la Jefatura Provincial de Tráfico de Lugo, percibiendo a cambio de ello una remuneración y ha sancionado al Sr. A. en dos ocasiones por haber realizado por sí mismo, sin acudir a dicho servicio, su actividad profesional ante la Jefatura Provincial de Tráfico.”

D) Sector farmacéutico. Distribución de especialidades farmacéuticas. Negativa de suministro. Práctica conscientemente paralela

La Resolución del TDC de 12 de febrero de 2001 (expte. R 437/00, Laboratorios Farmacéuticos) incide de nuevo en la conflictiva relación entre los laboratorios farmacéuticos y los distribuidores mayoristas. En concreto, la Resolución desestima el recurso interpuesto por un distribuidor mayorista contra el acuerdo del SDC de sobreseimiento parcial del expediente iniciado por denuncia contra varios laboratorios farmacéuticos de negativa injustificada de suministro.

De forma muy resumida los hechos sobre los que versa el expediente se refieren a la denuncia de un mayorista contra varios laboratorios farmacéuticos por haberle negado de forma injustificada el suministro. Esta actuación se enmarcaría, según el distribuidor mayorista, en la lucha contra las importaciones paralelas de especialidades farmacéuticas que son consecuencia de la, en muchos casos, muy notable diferencia de precios entre España y otros países de la Unión Europea. Este conflicto ha generado desde hace ya muchos años continuadas controversias tanto en España como en otros Estados de la Unión Europea.

Ante la ausencia de acuerdo expreso de los laboratorios farmacéuticos la denunciante alega la existencia de una práctica conscientemente paralela. Reiterando anterior doctrina del TDC, la Resolución afirma:

“que una práctica conscientemente paralela es un comportamiento armonizado de varias empresas en el mercado, sin que medie un acuerdo expreso o tácito entre las mismas, que es simple consecuencia de desarrollar, cada una de ellas las respectivas acciones con el propósito de evitar la discordancia, conociendo cada una previamente los fines y medios de las demás, señalándose que, para que pueda imputarse la comisión de una práctica conscientemente paralela, es preciso que se cumplan conjuntamente los requisitos siguientes: 1) que los hechos estén suficientemente acreditados, 2) que exista una relación causal

entre la presunta conducta y los hechos, y 3) que no quepa concebir otra interpretación racional de los comportamientos supuestos”.

El TDC confirma el acuerdo del SDC, que no apreció la existencia de práctica conscientemente paralela en este expediente. Para ello afirma:

“en el caso analizado, como señala el Acuerdo impugnado, el comportamiento de las empresas denunciadas ante la carta remitida por la hoy recurrente puede explicarse como una reacción autónoma de cada una de ellas y no con la finalidad pretendida por la recurrente, y ello no sólo por la libertad que les confiere la Ley del Medicamento de 10 de diciembre de 1990 (art. 77) y el Real Decreto 2259/1994 (art. 1.3), sino también porque no se puede presumir que la política comercial de todos ellos deba ser coincidente en orden a evitar las exportaciones paralelas pues pese a que la venta de medicamentos está muy influida por las políticas administrativas, siendo, en algunos países, la Administración la que fija los precios, lo que da lugar a fuertes disparidades entre ellos, no se puede desconocer que la política comercial de cada laboratorio dependerá de la existencia o no de filiales en dicho país e, incluso, del producto del que en cada caso se trate, sin que exista tampoco prueba alguna de que por parte de los laboratorios denunciados exista un control de destino del final del producto que pueda hacer presumir que la supuesta negativa de suministro por los laboratorios denunciados tuviera la finalidad que la recurrente afirma”.

LLUÍS CASES
TOMÀS FONT
JOAQUÍN TORNOS

XV. EDUCACIÓN, SANIDAD Y BIENESTAR SOCIAL**Sumario:**

1. Consumo. A) Incumplimiento por el Reino de España de las obligaciones que le incumben en relación con la Directiva 96/62/CE del Consejo sobre calidad del aire.

2. Deporte. A) Falta de lealtad de los competidores: descalificación de la prueba y suspensión de la licencia federativa. **3. Educación.** A) Universitaria. a) Las “directrices generales comunes” de los planes de estudio no lesionan la autonomía universitaria.

b) La función de la Comisión de Reclamaciones. c) Necesidad de que la Junta de Gobierno motive la denegación de un Reglamento de una Asociación estudiantil.

d) Embargabilidad de bienes de la Universidad. **4. Extranjeros.** A) El requisito de la nacionalidad para empresas de seguridad privada y guardas jurados es contrario al Derecho comunitario. B) Residencia. C) Expulsión. D) Asilo. E) Extradición.

F) Nacionalidad. **5. Juego.** A) Intervención de la Administración en la instalación de los Casinos de Juego: el control de su rentabilidad no conculca el derecho a la libertad de empresa. **6. Sanidad.** A) Hospitalización para tratamiento sanitario en otro Estado de la Unión Europea.

1. CONSUMO**A) Incumplimiento por el Reino de España de las obligaciones que le incumben en relación con la Directiva 96/62/CE del Consejo sobre calidad del aire**

La STJCE de 13 de septiembre de 2001 recuerda que la adaptación del ordenamiento jurídico interno a una Directiva “debe efectuarse mediante disposiciones que puedan crear una situación suficientemente precisa, clara, transparente para permitir que los particulares conozcan sus derechos y obligaciones”. Todo ello al margen de que en el seno del Estado miembro las competencias correspondan a las autoridades regionales o locales.

En el presente caso, ante el recurso interpuesto por la Comisión, el Tribunal de Justicia constata que “las normas a que se refiere el Gobierno español no tienen un grado de precisión suficiente”, no mencionan la protección contra la polución atmosférica o son “demasiado generales en el sentido de que no indican ni las funciones específicas atribuidas ni las autoridades afectadas”. Por consiguiente, “procede declarar que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 96/62,

al no haber adoptado, en el plazo señalado, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para designar a las autoridades competentes y a los organismos a los que se refiere el artículo 3, párrafo primero, de dicha Directiva”.

2. DEPORTE

A) Falta de lealtad de los competidores: descalificación de la prueba y suspensión de la licencia federativa

La STS de 6 de marzo de 2001, Ar. 1693, resuelve el recurso de casación interpuesto por dos deportistas a quienes se descalificó y suspendió por un año de su licencia federativa. Los hechos se remontan a diciembre de 1986, momento en el que se celebró una carrera automovilística en la que parece ser que los recurrentes —durante la competición— dieron prueba de la existencia de un acuerdo previo, a fin de que uno de ellos resultara vencedor del trofeo. Ante el recurso interpuesto el Tribunal Supremo concluye que “al margen de las especialidades propias de cada actividad deportiva, existe en todas ellas un componente común, enraizado en la naturaleza misma del deporte, de sus principios y de los criterios que han de presidirlo, principios y criterios que responden a la idea de la lealtad de los competidores, respeto a los códigos de conducta, y autonomía en el propio esfuerzo y pericia, cuando de competiciones individuales se trata. Si bien en el primer aspecto se hace preciso un tratamiento diferenciado de cada deporte y, consecuentemente, un régimen disciplinario propio, atendiendo a las características del deporte concreto, no ocurre lo mismo en el otro aspecto, que por su generalidad es susceptible de un régimen unitario. A esta doble vertiente responden los preceptos mencionados: el artículo 3.2 exige a cada Federación Deportiva una reglamentación estatutaria acorde a la respectiva modalidad deportiva; mientras que el 4.3 es general para todos los deportes, aplicable directamente sin nuevos desarrollos normativos, como claramente se infiere de la frase que utiliza: “se considerarán en todo caso y, al menos, como infracciones muy graves (...) las actuaciones dirigidas a predeterminar, mediante precio, intimidación o acuerdo simple el resultado de una prueba o competición”. De aquí que la infracción, que ha sido determinante de la sanción en el caso que ahora enjuiciamos, esté perfectamente tipificada y no pueda apreciarse lesión al principio de legalidad que ha sido denunciada”.

3. EDUCACIÓN

A) Universitaria

a) Las “directrices generales comunes” de los planes de estudio no lesionan la autonomía universitaria

El Tribunal Constitucional ha desestimado un recurso de amparo interpuesto por una Universidad contra el Real Decreto 1267/1994, de 10 de junio, de modificación parcial de las denominadas “directrices generales comunes” para la elaboración de los planes de

estudios. Así, en su **STC 103/2001, de 23 de abril**, considera que la regulación gubernamental mencionada no se ha excedido de las facultades que le otorga el art. 28.1 LORU, dejando aún suficiente margen de disposición a las universidades.

b) La función de la Comisión de Reclamaciones

La **STC 166/2001, de 16 de julio**, resuelve un recurso de amparo relacionado con un concurso para una plaza de Catedrático en el que la resolución rectoral no ratificó la propuesta de la Comisión Calificadora porque la Comisión de Reclamaciones de la Universidad consideró que aquélla había incurrido en una clara incoherencia al decantarse por un candidato del que los propios componentes de la Comisión Calificadora habían informado que no se ajustaba al perfil de la plaza. Enfocada la cuestión exclusivamente desde la óptica del art. 23.2 CE, el Tribunal Constitucional considerará que la Comisión de Reclamaciones cumplió con su cometido de órgano académico de garantía de la adecuación de las propuestas a la *igualdad de condiciones de los candidatos* y a los *principios de mérito y capacidad de los mismos* (art. 41.1 LORU), que es lo que le da su propio sentido institucional (según su anterior **STC 215/1991**). A este respecto, el Tribunal Constitucional añadirá, no obstante, que:

“puede en ocasiones resultar difusa la frontera entre lo que es un juicio estrictamente técnico respecto de las condiciones de mérito y capacidad de los candidatos (competencia exclusiva de la comisión evaluadora, según la **STC 26/1987, de 27 de febrero**), de un lado, y, de otro, la revisión que corresponde a la Comisión de reclamaciones, consistente en un juicio negativo, de mera verificación de que no se han quebrado los principios de igualdad, mérito y capacidad, valoración que se ha de mover necesariamente en el plano de lo manifiesto o evidente, como sucede en el presente caso en el que se ha revelado la arbitraria actuación en la adjudicación efectuada por la Comisión juzgadora del concurso”.

c) Necesidad de que la Junta de Gobierno motive la denegación de un Reglamento de una Asociación estudiantil

La **STS de 9 de abril de 2001, Ar. 2544**, corrobora la anulación que el TSJ había realizado de un acuerdo de la Junta de Gobierno de una Universidad, denegatorio de la aprobación del Reglamento de una Asociación estudiantil universitaria (necesaria para la plena efectividad de su actuación). Vuelve a plantearse en este caso la problemática cuestión de la motivación de los acuerdos adoptados por órganos colegiados que se adoptan en votación, según la regla de la mayoría. El Tribunal Supremo, sin embargo, afirmará apodóticamente la necesidad de motivación también en estos casos: “la necesidad de motivación de los actos administrativos limitativos de derechos debe aplicarse tanto a los que proceden de órganos unipersonales como de órganos colegiados de cualquier Administración Pública. Ello es tan obvio que no requiere mayor explicación. De otro modo todos los actos administrativos que afectan a los derechos de los ciudadanos que fuesen acordados por órganos administrativos colegiados (piénsese en el Gobierno de la Nación o en el Pleno de un Ayuntamiento) se justificarían con la expresión de la simple votación”. Ahora bien, lo que, a pesar de todo, sigue sin estar demasiado claro es qué tipo

de motivación resulta exigible en estos casos o, dicho de otra manera, cómo debe ser tal motivación en el caso de órganos colegiados cuando votan.

d) Embargabilidad de bienes de la Universidad

El ATS de 26 de marzo de 2001, Ar. 2852, aplica la doctrina constitucional sobre la embargabilidad de los bienes de las entidades locales a un incidente de ejecución de tasación de costas contra una Universidad, para proceder a la exacción por vía de apremio de la suma adeudada, previo señalamiento —dirá el Tribunal Supremo— por la Universidad de los bienes patrimoniales de titularidad de dicho ente que no se encuentren afectos a un uso o servicio público.

4. EXTRANJEROS

A) El requisito de la nacionalidad para empresas de seguridad privada y guardas jurados es contrario al Derecho comunitario

En su labor de determinación de qué condiciones o requisitos que imponen los Estados son contrarios al Tratado de la Comunidad Europea, el Tribunal de Luxemburgo ha tenido que resolver un recurso por incumplimiento planteado por la Comisión contra Italia por la exigencia de nacionalidad italiana prevista en la legislación de dicha República tanto para las empresas de seguridad privada como para ser contratados guardas jurados de seguridad privada, en concreto, por su contradicción con los vigentes artículos 39 (libertad de circulación de trabajadores), 43 (libertad de establecimiento) y 49 (libertad de prestación de servicios) del Tratado.

Así, en la STJCE de 31 de mayo de 2001, C- 283/99, en primer lugar y por lo que respecta a la exigencia de que sean empresas italianas las que realicen los servicios de vigilancia o de custodia de bienes (con lo que se impide a empresas de otros Estados miembros ejercer esa actividad en el territorio italiano), el Tribunal no admitirá que tal actividad suponga “el ejercicio del poder público” (excepción a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios prevista expresamente por el actual art. 45 TCE). En segundo lugar, y por lo que se refiere a la exigencia de nacionalidad para desempeñar el puesto de guarda jurado de seguridad privada, el Tribunal, tras encuadrar la cuestión en la libertad de circulación de trabajadores —donde no está prevista la excepción mencionada en el párrafo anterior—, considera que en ningún caso es un supuesto que podría encajar en el ámbito exento de los empleos en la Administración Pública (exención prevista por el art. 48.4 TCE). Consecuencia de todo ello será que las mencionadas exigencias de nacionalidad se considerarán contrarias al Tratado de la Comunidad Europea.

B) Residencia

La **STS de 20 de marzo de 2001**, Ar. 2651, analiza la legalidad de la revocación gubernamental de un permiso de residencia basado en la causa de expulsión consistente en carecer de medios lícitos de vida [art. 26.1.f) de la Ley 7/1985], fundamentándose el recurso en que era a la Administración a la que correspondía probar dicha carencia. El Tribunal Supremo, siguiendo doctrina suya previa (SS. de 3 de junio y de 15 de julio de 2000, Ar. 5988 y 6125), responderá que tal pretensión “no resulta acorde con la lógica del precepto en cuestión, pues aquel a quien se imputa que carece de medios de vida —siempre que esta imputación se funde en una razonable justificación— debe acreditar los que tenga para su subsistencia. Así ocurre cuando se sanciona una conducta por carecer de autorizaciones, permisos, licencias o requisitos cuya concurrencia es fácilmente demostrable por quien es requerido para ello por no aparecer justificada”. Añadiendo, a continuación: “el carácter lícito de los medios de vida que se presume en toda persona por su mera subsistencia no es obstáculo a esta apreciación. En efecto, la finalidad del precepto no es la de sancionar actividades ilícitas, sino la de evitar la presencia en territorio español, en una racional ordenación de la política de inmigración, de extranjeros que carezcan de recursos para su subsistencia y también de aquellos cuya fuente de ingresos no sea lícita, aunque permanezca oculta. Esta finalidad convierte en razonable la carga de demostrar que tienen un medio de subsistencia, si esta circunstancia no aparece razonablemente justificada a juicio de la Administración”.

C) Expulsión

En cuanto a la suspensión de una orden de expulsión, la **STS de 19 de diciembre de 2000**, Ar. 593 de 2001, reitera su jurisprudencia relativa a que procede tal suspensión en el caso de que el extranjero se encuentre pendiente de un proceso de regularización y que incluso podría asimilarse a tal circunstancia la petición de asilo; pero, al no ser éste el supuesto, considera prevalente el interés público en ejecutar la orden de expulsión y, en consecuencia, anula el Auto de suspensión recurrido. Por su parte, la **STS de 20 de marzo de 2001**, Ar. 2902, confirma la resolución judicial de suspensión decretada por el Tribunal Superior de Justicia —tras recordar la específica interpretación que sobre el (ya derogado) art. 7.4 de la Ley 62/1978 en materia de suspensión de actos administrativos consistentes en órdenes gubernativas de expulsión de extranjeros tiene acuñado el propio Tribunal Supremo (AATS de 8 de mayo y de 6 de junio de 1991, Ar. 4027 y 4938, y SSTs de 14 de marzo de 1997, Ar. 2341, y de 13 de febrero de 1998, Ar. 2181)—, en razón de su “arraigo en España, por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos”.

La **STS de 27 de diciembre de 2000**, Ar. 343 de 2001, presenta una peculiaridad destacable por cuanto que, aunque no accede a la anulación de la orden de expulsión, para la consideración de “actividad contraria al orden público” justificadora de tal medida, el Tribunal Supremo adopta el concepto restrictivo aplicable a los ciudadanos europeos (e importado del Derecho comunitario), para un caso como éste, referente a un súbdito marroquí (incluso con cita de la Directiva 64/221), tal como ya hiciera, por otra parte,

en la Sentencia de 9 de octubre de 2000 (destacada en su momento en la Crónica de Jurisprudencia anterior).

D) Asilo

Las sentencias del Tribunal Supremo en este período tienen en común no sólo la denegación de todas las solicitudes sino su misma *ratio decidendi*: que si bien en estos casos no es exigible al solicitante prueba plena de los hechos invocados para obtener la condición de refugiado o el derecho de asilo, sí se requiere una prueba indiciaria que *prima facie* acredite que ha sido o puede ser perseguido en su país de origen por motivos de raza, religión, nacionalidad, opinión política o pertenencia a grupos sociales perseguidos —aunque no valgan las razones económicas— (SSTS de 27 de noviembre y de 20 de diciembre de 2000, Ar. 1329 y 1467 de 2001; y de 23 de enero y 26 de enero de 2001, Ar. 843 y 846).

E) Extradición

Debe mencionarse aquí una Sentencia anterior en el tiempo pero que ha sido publicada en este período, porque presenta algunos aspectos de interés. Se trata de la STS de 24 de julio de 2000, Ar. 289 de 2001, que resuelve un recurso planteado por el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales pero cuyo objeto es una inactividad gubernamental; en concreto, no haber hecho nada el Gobierno español frente a una denegación de tramitación por la autoridad gubernativa argentina de determinadas comisiones rogatorias (expedidas por el Juzgado Central de Instrucción núm. 5, en Diligencias Previas sobre presuntos delitos de genocidio y terrorismo). Nos encontramos, pues, con un supuesto de extradición activa.

Esta Sentencia, en primer lugar, rechaza todas las excepciones de inadmisibilidad planteadas por el Abogado del Estado, de las que ahora nos interesan dos:

1ª) *La falta de jurisdicción*, por tratarse de un acto exento del control contencioso-administrativo. Excepción que el Tribunal Supremo rechazará porque la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 ha hecho desaparecer legalmente la noción de acto político como exclusión del control jurisdiccional de los actos del Gobierno; pero es que, además, en este caso la pretensión no se dirige a solicitar del Gobierno una actuación que tenga por finalidad el establecimiento de un régimen de relaciones con un Estado extranjero (que, normalmente, forma parte de una decisión discrecional), sino que lo que se pide es que se apliquen una normas concretas de carácter internacional suscritas por España.

2ª) *Que la inactividad gubernamental denunciada está inserta en un proceso penal y basada en normas de tal naturaleza*. Para el Tribunal Supremo, sin embargo, efectivamente las comisiones rogatorias tienen su origen en un procedimiento ante el orden jurisdiccional penal, pero lo que en el recurso contencioso-administrativo intenta obtener el recurrente es el ejercicio de

unas potestades atribuidas directamente al poder ejecutivo, que no forman propiamente parte del proceso penal.

Entrando en el fondo del asunto, la Sentencia desestimaré la pretensión solicitada por el específico cauce del art. 29 LJCA –para el que no basta con invocar el posible beneficio que para el recurrente implique una actividad concreta de la Administración (lo cual constituye soporte procesal suficiente frente a cualquier otra actividad o inactividad de la Administración), sino que en el supuesto de este artículo 29 lo lesionado por la inactividad ha de ser necesariamente un derecho del recurrente, definido en la norma, correlativo a la imposición a la Administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga la prestación concreta que aquél tiene derecho a percibir, dirá el Tribunal Supremo–, puesto que del análisis de la normativa internacional en ningún caso se deduce la obligación de los Estados de reaccionar en la forma indicada. En este sentido, el Gobierno Español podría dar por terminado o suspender el Tratado de Extradición con Argentina, pero no está obligado a ello.

F) Nacionalidad

Sobre los requisitos para la adquisición de la nacionalidad española, la **STS de 23 de noviembre de 2000**, Ar. 340 de 2001, se refiere al de la residencia “continuada” (del art. 22.3 CC), del que el Tribunal Supremo aclara que no debe confundirse con la presencia física, de modo que la ausencia ocasional y por razones justificadas del territorio español no presupone el incumplimiento de dicho requisito, siempre que no se traslade la residencia habitual, y por ende el domicilio, fuera.

Por su parte, la **STS de 19 de diciembre de 2000**, Ar. 594 de 2001, se ocupa del tantas veces problemático requisito de la “buena conducta cívica” (recogido en el art. 22.4 CC), del que dirá que no exige del solicitante haber tenido antes un comportamiento social intachable, ni demostrar que a lo largo de toda su existencia ha tenido permanentemente un comportamiento ejemplar, sino que debe acreditar cumplidamente que observa un correcto comportamiento cívico.

5. JUEGO

A) Intervención de la Administración en la instalación de los Casinos de Juego: el control de su rentabilidad no conculca el derecho a la libertad de empresa

La **STS de 23 de abril de 2001**, Ar. 2861, resuelve el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado en el que se alega que “el principio de libertad de empresa no puede ser aplicado en toda su extensión y en su conceptualización ordinaria en el sector del juego en el cual, por su propia naturaleza, han de prevalecer los valores constitucionales de protección de los consumidores y de la salud física y mental de las personas, que justifican la intervención de la Administración ejercitando potestades de carácter cierta-

mente excepcional en relación con lo que supone la intervención administrativa en un sector de la economía nacional”.

De acuerdo con la doctrina constitucional derivada de la STC 227/1993, el Tribunal Supremo concluye que con:

“el control de la rentabilidad del proyecto de instalación de un nuevo Casino de Juego no se conculca el derecho a la libertad de empresa, porque sólo conlleva un control externo de la actividad empresarial con el fin de comprobar que se dan los requisitos para su ejercicio, previstos en la convocatoria del concurso conforme a lo reglamentariamente dispuesto, lo que no supone más que una manifestación de la actividad administrativa de policía con el fin de proteger los intereses de los usuarios del Casino, pero no coarta la libertad empresarial para llevar a cabo tal actividad económica en el territorio de una Comunidad Autónoma, porque tanto su iniciación como su sostenimiento, dirigiendo y planificando su actividad, serán decididos libremente por el empresario, todo ello en condiciones de igualdad pero con sujeción a las normas sobre autorizaciones administrativas para la instalación de Casinos de Juegos, lo que abunda en la procedencia de estimar el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado”.

6. SANIDAD

A) Hospitalización para tratamiento sanitario en otro Estado de la Unión Europea

Con la misma fecha se han producido dos intervenciones interpretativas del Tribunal de Luxemburgo que merece destacar aquí. La primera es la **STJCE de 12 de julio de 2001**, C-368/98, asunto *Vanbraekel*, que, aunque presenta algunas características muy específicas del caso origen de la cuestión (ciudadana belga tratada hospitalariamente en Francia), contiene algunas afirmaciones de interés más general, como son: a) conforme al Reglamento (CEE) núm. 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971 [en su versión modificada y actualizada por el Reglamento (CEE) núm. 2001/83, de 2 de junio de 1983] —relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad—, cuando la institución competente de un Estado autorice a un beneficiario de la seguridad social a trasladarse al territorio de otro Estado miembro para recibir asistencia sanitaria 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 que aplique y como si el interesado estuviera afiliado a ella; b) de acuerdo con anterior jurisprudencia y sin perjuicio de su especial naturaleza (que comporta algunas excepciones de régimen), los servicios hospitalarios constituyen una actividad económica que cae en el ámbito de aplicación del vigente art. 50 TCE y, en consecuencia, sometidos al principio de la libre prestación de servicios garantizada por el art. 49 del Tratado (sobre este aspecto, vid. lo que se indica en la otra Sentencia que se menciona a continuación); y c) consecuencia de lo que se acaba de

señalar es que si el reembolso de los gastos realizados por servicios hospitalarios prestados en un Estado miembro de estancia, conforme a las norma vigentes en dicho Estado, es inferior al que habría resultado de aplicar la normativa en vigor en el Estado miembro de afiliación en caso de hospitalización en este último, la institución competente debe abonar al beneficiario un reembolso complementario correspondiente a dicha diferencia.

Mayor interés tiene la **STJCE de 12 de julio de 2001**, C-157/99, caso *Smits y Peerbooms*, dictada también en una cuestión prejudicial (pero planteada, esta vez, por un órgano jurisdiccional holandés y al hilo de dos casos diferentes). Veamos los aspectos que más nos pueden afectar:

a) *Sobre la competencia de los Estados miembros para organizar su sistema de seguridad social.* Siguiendo jurisprudencia reiterada, el Derecho comunitario no restringe la competencia de los Estados miembros para organizar sus sistemas de seguridad social. A falta de una armonización comunitaria, a la legislación de cada Estado le corresponde, por una parte, determinar los requisitos del derecho o de la obligación de afiliación a un régimen de seguridad social y, por otra parte, establecer los requisitos que confieren derecho a las prestaciones; no obstante, en el ejercicio de tal competencia, los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario.

b) *Sobre la aplicación a la asistencia hospitalaria de las normas relativas a la libre prestación de servicios.* Frente a las diversas objeciones presentadas por varios Gobiernos en sus observaciones a este proceso, contrarias a incluir las actuaciones hospitalarias en el ámbito de las actividades económicas a que se refiere el vigente art. 50 del Tratado —y, en consecuencia, integrantes del concepto servicios del que se garantiza su libre prestación ex art. 49 TCE—, el Tribunal afirmará, conforme tiene sentado en anterior jurisprudencia, que las actividades médicas están comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 50 TCE, sin que a este respecto se deba distinguir entre la asistencia dispensada en un marco hospitalario o fuera de él; que el hecho de que la normativa nacional controvertida esté comprendida en el ámbito de la seguridad social no excluye la aplicación de los arts. 49 y 50 TCE; que una prestación médica dispensada en un Estado miembro y pagada por el paciente no puede dejar de estar comprendida en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios garantizada por el Estado por el solo hecho de que el pago de la asistencia controvertida se solicite al amparo de una legislación sobre el seguro de enfermedad de otro Estado miembro que prevé esencialmente una intervención en especie; y que si un tratamiento médico hospitalario es financiado directamente por las cajas de seguro de enfermedad basándose en conciertos y tarifas preestablecidos, en ningún caso puede excluir dicho tratamiento del ámbito de los servicios a que se refiere el art. 50 TCE; y que la remuneración a que se refiere este último artículo, por un lado, no implica que el servicio sea pagado por su beneficiario, precisamente, y, por otro lado, que la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que ésta constituye la contrapartida económica de la prestación controvertida.

c) *Sobre los efectos restrictivos de la normativa controvertida en los litigios principales.* Aborda a continuación la Sentencia las diversas circunstancias propias de la normativa holandesa (que era la aplicable a los dos ciudadanos, Sra. Smits y Sr. Peerbooms, que habían acudido a los servicios hospitalarios de Alemania y Austria, respectivamente)¹. En síntesis éstos eran los requisitos que ahora se analiza si pueden constituir una restricción a la libre prestación de servicios: la necesidad de una autorización previa que sólo se concede en la medida en que los tratamientos en cuestión estén cubiertos por el régimen de seguro de enfermedad del Estado miembro de afiliación, lo cual exige que corresponda a “lo habitual en el medio profesional”, y cuando la caja de enfermedad del asegurado haya comprobado que su tratamiento médico exigía ser hospitalizado en el establecimiento de que se trate, lo que supone la imposibilidad de dispensar una asistencia adecuada en tiempo oportuno por un prestador de asistencia concertado en el Estado miembro de afiliación. A la vista de estos requisitos, para el Tribunal de Luxemburgo no cabe duda de que tal normativa “disuade, e incluso 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 y constituye, tanto para los asegurados como para los prestadores, un obstáculo a la libre prestación de servicios”, por lo que, a continuación, se detiene a analizar si existe una justificación objetiva para ello, es decir, si existen “razones imperiosas” que lo fundamenten, si la autorización previa se justifica a la luz de dichas razones y, finalmente, si todos los requisitos están también justificados.

Recordando jurisprudencia anterior, el Tribunal comunitario reconocerá que no puede excluirse que un perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social pueda constituir una razón imperiosa de interés general que justifique un obstáculo a la libre prestación de servicios; y que el objetivo de mantener un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos puede también estar sujeto a las exigencias por razón de salud pública (ex art. 46 TCE), en la medida en que contribuye a la consecución de un elevado grado de protección de la salud; y, finalmente, que cabe 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 la asis-

(1) Quizá pueda resultar interesante recordar ahora que del ordenamiento público español resulta que “la Seguridad Social no abonará los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que le hayan sido asignados” (art. 102.3 de la Ley de Seguridad Social de 1974) y, salvo previsión distinta en convenio internacional, las prestaciones solamente serán exigibles respecto del personal, instalaciones y servicios del Sistema Nacional de Salud (art. 5.2 del importante RD 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud). En los casos de asistencia “urgente, inmediata y de carácter vital, atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud los gastos serán reembolsados una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y siempre que no hubiera constituido una utilización ‘desviada o abusiva’ de esta excepción” (art. 5.3 del mismo Real Decreto). Por lo que se refiere al ámbito material de las prestaciones sanitarias que se pueden obtener, éstas vienen enumeradas en el Anexo I del mencionado Reglamento, si bien en el art. 2.3 se precisa que, en todo caso, no se considerarán incluidas en las prestaciones sanitarias aquellas atenciones, actividades o servicios de los que “no exista suficiente evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínicas, o que no esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autovalimiento y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento”. En todo caso, para calibrar el alcance real de estas disposiciones resulta, obviamente, imprescindible consultar la abundante jurisprudencia al respecto de la jurisdicción social.

tencia. Sentadas estas premisas, lo que aborda a continuación la Sentencia es si los requisitos establecidos por la normativa holandesa encajan en los referidos criterios comunitarios. No se puede entrar aquí en la pormenorizada argumentación que realiza el Tribunal, pero lo que sí procede señalar es que opta por una Sentencia interpretativa, en el sentido de que no se considerarán contrarios al Derecho comunitario los requisitos más atrás mencionados pero sólo si se interpretan de la siguiente manera: 1º) el requisito relativo al carácter “habitual” del tratamiento deberá significar que la autorización no puede denegarse por este motivo cuando conste que el tratamiento en cuestión está suficientemente probado y validado por la ciencia médica *internacional*; y 2º) que sólo puede denegarse la autorización por ausencia de necesidad médica cuando un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo oportuno en un establecimiento que haya celebrado un concierto con la caja de enfermedad de la que depende el asegurado.

IÑAKI AGIRREAZKUENAGA

EDORTA COBREROS

XVI. CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y CONFLICTOS JURISDICCIONALES

Sumario:

Consideración preliminar. 1. Recurso contencioso-administrativo. A) Jurisdicción.

a) Corresponde al Tribunal Económico-Administrativo Central conocer de las pretensiones relativas a actos recaudatorios de la Seguridad Social. b) Corresponde al orden civil.

a') El uso de una vivienda del Ministerio de Defensa por parte de un trabajador con una relación civil. b') La responsabilidad extracontractual de particular funcionario.

c) Corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. a') Responsabilidad patrimonial por defectuoso funcionamiento de la asistencia sanitaria. b') Pretensiones relativas a minusvalías. c') Pretensiones en materia de recaudación. d') Pretensiones relativas al acceso a puesto de trabajo. e') Antigüedad y fijeza de trabajadores laborales de las Administraciones Públicas. f') Incumplimiento de obras. d) Corresponde al

Orden social conocer de las pretensiones relativas a la integración en el Régimen General de la Seguridad Social y determinación de pensión. B) Competencia.

a) Competencia territorial: la regla del artículo 14.1.2 LJCA (de 1998) sólo opera respecto a los Juzgados de una misma Comunidad Autónoma. b) La Audiencia Nacional es competente para conocer de la acción de responsabilidad patrimonial por falta de transposición de una Directiva Comunitaria al Derecho nacional. c) Tribunales

Superiores de Justicia. a') Los actos de la Administración periférica del Estado de cuantía indeterminada se equiparan, a efectos competenciales, a los de cuantía superior a diez millones de pesetas. b') Los Tribunales Superiores de Justicia son competentes para

conocer de resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas. C) Objeto. a) No puede recurrirse contra un Decreto-Ley. b) Los actos separables de los contratos son impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. c) La nueva LJCA hace desaparecer a los actos políticos como ámbito excluido del control jurisdiccional. d) La impugnación de una Relación de Puestos de Trabajo integra el supuesto del artículo 86.3 LJCA (de 1998). e) La circular sobre fijación de horarios de cierre de establecimientos tiene naturaleza reglamentaria. f) Peculiaridades de la excepción de cosa juzgada. D) Sujetos. a) No se admite la figura del coadyuvante del demandante.

b) Postulación: los funcionarios deben comparecer ante el Tribunal Supremo con Procurador y Abogado al interponer recurso de queja. E) Procedimiento. a) No se pueden interponer interdictos de obra nueva contra la Administración. b) No es admisible la presentación de escritos que no sean de término en el buzón del Juzgado de Guardia. c) La falta de cita de preceptos en la demanda se suple por el principio *iura novit curia*. d) Nulidad de actuaciones: no procede si se pueden interponer recursos. e) La nueva LJCA (de 1998) extiende a todas las Administraciones Públicas la personación mediante el envío del expediente. f) Prueba. a') Los peritos no pueden condicionar la entrega de sus informes al pago. b') Las diligencias para mejor proveer no son un derecho de las partes, salvo en determinados supuestos definidos jurisprudencialmente. g) Acumulación: es posible respecto de actos cuyo conocimiento corresponde a distintos órganos jurisdiccionales. h) Contencioso-Electoral: la LOREG es de directa aplicación en cuanto al plazo y *dies a quo* para la impugnación jurisdiccional. i) Sentencia: no puede sustituirse la voluntad de la Administración y dictar un acto administrativo. F) Suspensión. a) Alcance del artículo 130 LJCA (de 1998): los criterios para decidir sobre la tutela cautelar son el *periculum in mora* y el juicio de ponderación. b) La ponderación es imprescindible y se separa del criterio de apariencia de buen derecho. G) Ejecución de sentencia: la extensión de los efectos de la sentencia exige identidad de situaciones jurídicas. H) Costas. a) La interposición del recurso de amparo no afecta a la tasación de costas de sentencias firmes. b) Son minutables por separado los conceptos de representación y defensa de Comunidades Autónomas aunque el Letrado asuma la representación. c) Los gastos de desplazamiento son indebidos. 2. **Recurso de casación.** A) Objeto. a) Autos: el artículo 86.4 LJCA (de 1998) no delimita el ámbito del recurso. b) Impugnación Indirecta: Sólo procede el recurso de casación si el órgano judicial tiene competencia para conocer del recurso contra la disposición de carácter general. B) Sujetos. a) Postulación. a') La representación de las Comunidades Autónomas mediante Procurador es obligatoria si la defensa la asume un Abogado Colegiado. b') El artículo 92.3 LJCA se aplica sólo si las Administraciones Públicas actúan representadas por sus propios Letrados. C) Procedimiento. a) Motivos. a') La petición de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad no es un motivo casacional. b') Basta la cita del motivo en el escrito de preparación. D) Inadmisibilidad. a) Son

inadmisible las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia dictadas en asuntos competencia de los Juzgados. b) Validez de la defectuosa preparación como causa de inadmisión del recurso de casación (ATS 3/2000). c) No es cuestión de personal la condición de mutilado de guerra de la II República. E) Costas: el coadyuvante puede devengarlas a su favor. **3. Recurso de casación para unificación de doctrina.**

A) Extemporaneidad: no tiene trascendencia que se interpusiera un recurso de casación ordinario declarado improcedente. B) Es inadmisibile si no se justifica la firmeza de la sentencia ni la identidad de los hechos.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

La presente crónica, que abarca el período de marzo a mayo de 2001 en el Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, recoge, en su mayoría, pronunciamientos referentes a la nueva Ley Jurisdiccional de 1998, destacando los referentes al alcance de la regla del artículo 14.1.2 de la nueva LJCA, a los efectos de la acumulación de pretensiones y a la validez de la defectuosa preparación del recurso de casación como causa de inadmisión del mismo.

1. RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

A) Jurisdicción

a) Corresponde al Tribunal Económico-Administrativo Central conocer de las pretensiones relativas a actos recaudatorios de la Seguridad Social

La STS, Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 17 de marzo de 1999, Ar. 1796, ha atribuido al Tribunal Económico-Administrativo Central, y no a un Juzgado de lo Social, la competencia para conocer de un acto recaudatorio de la Tesorería General de la Seguridad Social, ya que no procede separar la actividad de cobranza de la que cuantifica el importe que ha de ser cobrado para atribuir a órdenes jurisdiccionales diversos lo que participa de una única y real naturaleza: la gestión recaudatoria.

b) Corresponde al orden civil

a') El uso de una vivienda del Ministerio de Defensa por parte de un trabajador con una relación civil

El ATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 23 de marzo de 1999, Ar. 1781, ha declarado la competencia del orden civil para conocer de una demanda de desahucio de

vivienda propiedad del Ministerio de Defensa por un trabajador laboral, ya que su ocupación se derivaba de una razón ajena a cualquier cometido de este tipo.

b') La responsabilidad extracontractual de particular funcionario

El ATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 12 de julio de 2000, Ar. 1795, en aplicación de los artículos 3.a) y 21.1.a) LJCA (de 1998) ha atribuido al Orden Jurisdiccional Civil la competencia para conocer de la reclamación de daños y perjuicios formulada exclusivamente contra el funcionario causante de los mismos en su condición de particular.

c) Corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

a') Responsabilidad patrimonial por defectuoso funcionamiento de la asistencia sanitaria

Los AATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 22 de octubre y 23 de diciembre de 1999 y 11 de julio de 2000, Ar. 1782, 1783, 1786, 1787, 1790, 1791 y 1794 del Repertorio de Jurisprudencia de 2001, y la STS de 8 de febrero de 2001, Ar. 521, han reiterado que el conocimiento sobre la responsabilidad patrimonial de la Seguridad Social en materia de daños y perjuicios ocasionados con motivo de asistencia sanitaria corresponde al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo, en aplicación de la Ley 30/1992, de la nueva LJCA (de 1998) y de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la LOPJ.

La Ley 30/1992, efectivamente, ha vuelto al sistema de unidad jurisdiccional en una materia de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas que instaurara la LJCA (de 1956). Y lo ha hecho claramente por una doble vía: unificando, en primer lugar, el procedimiento para la reclamación de la indemnización y, en segundo término, unificando también la jurisdicción y el régimen jurídico aplicable, sin duda con el decidido propósito de terminar con el gráficamente denominado por la Sala Primera del Tribunal Supremo “lamentable peregrinaje jurisdiccional”, ante el hecho de que reclamaciones de este tipo podían ser, y efectivamente son, resueltas indistintamente por los órdenes jurisdiccionales civil, administrativo y social.

En similar sentido, la STS, Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 17 de marzo de 1999, Ar. 1797, ha declarado que no corresponde a la Jurisdicción Civil, sino a la Administración Pública, conocer de la reclamación de responsabilidad e indemnización de daños y perjuicios formulada contra un Ayuntamiento, a pesar de la concurrencia de sujetos privados en la producción del daño. En otras palabras, no puede justificarse ya la vis *attractiva* de la Jurisdicción Civil por el mero hecho de que la demanda se haya dirigido también contra personas privadas, ni que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no pueda entrar a analizar esa responsabilidad de los sujetos privados cuando está al mismo tiempo en juego la responsabilidad de la Administración.

b') Pretensiones relativas a minusvalías

El ATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 22 de marzo de 2000, Ar. 1792, ha atribuido a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de la pretensión de reconocimiento de la condición de minusválido, no con el fin de que se conceda pensión de invalidez, sino para que a la accionante, por su condición de funcionaria de una Diputación Provincial, se le concediera por esta entidad una ayuda para prótesis y gastos de invalidez.

c') Pretensiones en materia de recaudación

El ATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 22 de octubre de 1999, Ar. 1785, ha atribuido al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo la competencia para conocer de la reclamación relativa a baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos en la que aflora un tema recaudatorio de cuotas de la Tesorería General de la Seguridad Social.

d') Pretensiones relativas al acceso a puesto de trabajo

El ATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 23 de diciembre de 1999, Ar. 1788, ha declarado la competencia del Orden Contencioso-Administrativo para conocer del reconocimiento del derecho a acceder a un puesto funcional en un Hospital público, sin que para ello sea obstáculo que alguno de los concursantes ostentase una relación laboral previa estable con el organismo que haya adjudicado la plaza objeto de concurso.

e') Antigüedad y fijeza de trabajadores laborales de las Administraciones Públicas

El ATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 23 de diciembre de 1999, Ar. 1789, ha atribuido a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de una reclamación relativa a la antigüedad y al carácter laboral e indefinido de unos funcionarios interinos.

f') Incumplimiento de obras

El ATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 29 de marzo de 2000, Ar. 1793, ha considerado a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa competente para conocer de la reclamación de encargo de proyecto y dirección de obra e indemnización por su incumplimiento, sin que sea necesario determinar el concreto alcance de la naturaleza del concurso dada su incuestionable impronta administrativa.

d) Corresponde al Orden social conocer de las pretensiones relativas a la integración en el Régimen General de la Seguridad Social y determinación de pensión

El ATS, Sala de Conflictos de Competencia, de 22 de octubre de 1999, Ar. 1784, en aplicación del artículo 9.5 LOPJ, considera competente al Orden Social para conocer de una pretensión relativa a rectificación por el Instituto Nacional de la Seguridad Social de un

acuerdo sobre integración en el Régimen General de la Seguridad Social a efectos de invalidez y fijación de pensión correspondiente.

B) Competencia

a) Competencia territorial: la regla del artículo 14.1.2º LJCA (de 1998) sólo opera respecto a los Juzgados de una misma Comunidad Autónoma

Las SSTs de 24 y 26 de septiembre de 2000, Ar. 7674 y 10601, han considerado que en los supuestos en que el ordenamiento jurídico atribuye la competencia decisoria a órganos de la Administración de una Comunidad Autónoma (no, concretamente, al Consejo de Gobierno) y la resolución es adoptada aplicando conjuntamente normas de derecho estatal y autonómico, 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, ex art. 8.2.a) LJCA, 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. Esta interpretación responde a la voluntad legislativa de hacer de los Tribunales Superiores de Justicia verdaderos supremos Tribunales del derecho autonómico. Se trata de una opción que sólo opera en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, en otras palabras, es un fuero electivo que tiene su aplicación dentro del ámbito territorial de competencia de un solo Tribunal Superior de Justicia.

La STS de 20 de noviembre de 2000, Ar. 10599, ha ampliado esta doctrina al afirmar que el propósito legislativo de hacer de los Tribunales Superiores de Justicia verdaderos supremos Tribunales no sólo del derecho autonómico, sino también del derecho que tiene su origen en la potestad normativa de las entidades locales, determina también que el fuero electivo que el art. 14.1 regla segunda LJCA reconoce, deba ser ejercitado, cuando de enjuiciar actos de las entidades locales se trata, optando sólo entre Juzgados de lo Contencioso-Administrativo que tengan atribuida competencia dentro del territorio de una misma Comunidad Autónoma, aquella a la que pertenezca la correspondiente entidad local.

b) La Audiencia Nacional es competente para conocer de la acción de responsabilidad patrimonial por falta de transposición de una Directiva Comunitaria al Derecho nacional

El ATS de 12 de enero de 2001, Ar. 1403, ha atribuido a la Audiencia Nacional el conocimiento de una acción por responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la vulneración del Derecho comunitario, consistente en la falta de transposición al Derecho nacional de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, en el plazo por ella esta-

blecido, cuya reclamación en la vía previa se dirigió al Consejo de Ministros, que no la ha resuelto.

Se basa el Tribunal en que la competencia jurisdiccional para conocer de una acción frente a las Administraciones Públicas no puede venir condicionada por el órgano a quien se haya dirigido la petición o reclamación, teniendo en cuenta que la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, redactada por Ley 4/1999, de 13 de enero, establece en su artículo 43.3, párrafo segundo, que la desestimación por silencio administrativo, a diferencia de la estimación por silencio, tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente. Esa misma Ley dispone en su artículo 142 que el procedimiento de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se iniciará de oficio o por reclamación de los interesados y se resolverá por el Ministro respectivo o el Consejo de Ministros si una Ley así lo dispone, sin que exista norma alguna con rango de Ley que atribuya la decisión sobre la responsabilidad patrimonial, cuya declaración se pretende en este proceso, al Consejo de Ministros.

c) Tribunales Superiores de Justicia

a') Los actos de la Administración periférica del Estado de cuantía indeterminada se equiparan, a efectos competenciales, a los de cuantía superior a diez millones de pesetas

La competencia atribuida en el artículo 8.3 LJCA (de 1998) a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo para conocer de los recursos que se deduzcan contra actos de la Administración periférica del Estado no es absoluta, sino que está sujeta a limitaciones. En el párrafo segundo del propio artículo 8.3 se exceptúan los actos de cuantía superior a 10 millones de pesetas y además los que se dicten en ejercicio de competencias sobre el dominio público, obras públicas del Estado, expropiación forzosa y propiedades especiales.

Pues bien, los AATS de 13 y 27 de noviembre de 2000, Ar. 10426 y 111, entienden que los actos emanados de la Administración periférica del Estado de cuantía indeterminada deben recibir el mismo tratamiento competencial que el establecido para los de cuantía superior a 10 millones de pesetas. Esto significa que el conocimiento de los recursos deducidos contra esos actos, con arreglo a lo dispuesto en la LJCA (de 1998), no está atribuido a los Juzgados –artículo 8.3, párrafo segundo– sino a los Tribunales Superiores de Justicia –artículo 10.1.j)–, extrayendo de ello la conclusión de que la sentencia dictada por el Tribunal *a quo* es recurrible en casación.

b') Los Tribunales Superiores de Justicia son competentes para conocer de resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas

Después de reconocer la naturaleza de la Oficina Española de Patentes y Marcas como organismo público vinculado a la Administración General del Estado que extiende su

competencia a todo el territorio español, la **STS de 10 de noviembre de 2000**, Ar. 10598, se inclina por atribuir la competencia sobre resoluciones adoptadas por este organismo a un Tribunal Superior de Justicia. Y ello 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 esta Ley, y en lo que interesa a las “propiedades especiales”, en relación con lo que dispone el artículo 13, letra c), de la misma Ley, es decir, no porque la resolución recurrida haya sido dictada por un órgano de la Administración General del Estado cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado, sino porque el recurso contencioso-administrativo se ha deducido frente a un acto en materia de propiedades especiales, entre las que se encuentra comprendida la propiedad industrial, materia que está atribuida al conocimiento de las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia en una interpretación concordante de los artículos 9.c) *in fine* y 10.1.i) de la mencionada Ley, 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) Objeto

a) No puede recurrirse contra un Decreto-Ley

Los AATS de **24 de enero**, 6 y 9 de febrero de 2001, Ar. 1561, 1562, 1563 y 1564, han declarado la inadmisión del recurso en el que se impugnan determinados preceptos de un Real Decreto en la redacción que le fue dada por un posterior Real Decreto-Ley, ya que el Tribunal Supremo, a la vista del artículo 1.1 LJCA (de 1998) carece de jurisdicción para resolver sobre las pretensiones de anulación de las normas impugnadas.

Nos recuerda el Alto Tribunal que la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ejerce el control judicial respecto a las potestades reglamentaria y administrativa del Gobierno, pero que ese control por imperativo legal no puede extenderse al ejercicio por el Consejo de Ministros de una potestad distinta, como es la de dictar Decretos-Leyes que le reconoce el artículo 86 CE. Cuando el Gobierno aprueba un Decreto-Ley está ejerciendo una potestad distinta de la reglamentaria, y nuestro ordenamiento jurídico conoce otros medios e instrumentos de control de las disposiciones con rango de ley o con fuerza de ley, pero no atribuye dicho control a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Este razonamiento resulta reforzado por la alusión que hace el inciso final del citado artículo 1.1 al control de los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación. Se ha interpretado habitualmente por la doctrina que cuando ello acaece la normativa en cuestión resulta degradada y pasa a tener carácter reglamentario, lo que justifica el control por los Tribunales del orden contencioso-administrativo. Es obvio que ello constituye un supuesto distinto de los Decretos leyes, pues no obstante haberse utilizado el vehículo formal del Decreto-Ley para modificar un Real Decreto reglamentario, es indudable que, abstracción hecha del objeto de la disposición, el Gobierno ha

ejercido una potestad distinta de la reglamentaria. Ello no resulta enervado por el dato de que esa otra potestad se utilice para modificar un reglamento, ni por las remisiones de unas normas a otras, y tampoco puede aceptarse que la materia haya quedado degradada al rango reglamentario, extremo sobre el cual el Real Decreto-Ley no hace declaración ninguna.

b) Los actos separables de los contratos son impugnables ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

La STS de 16 de enero de 2001, Ar. 1639, nos recuerda que los acuerdos de convocatoria y de adjudicación de concursos tienen la condición de “actos separables” y, como tales, son susceptibles de ser impugnados ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Concretamente, en los contratos cuyos efectos están sometidos al derecho privado, han de considerarse actos jurídicos separables los que se dicten en relación con la preparación, competencia y adjudicación del contrato y en consecuencia, dichos actos están sujetos a las reglas generales del Derecho administrativo.

c) La nueva LJCA hace desaparecer a los actos políticos como ámbito excluido del control jurisdiccional

La STS de 24 de julio de 2000, Ar. 289, destaca como el artículo 2.a) LJCA (de 1998) hace desaparecer legalmente la noción de acto político como causa de exclusión del control judicial de los actos del Gobierno, en cuanto que toda la actividad de éste, cualquiera que sea su naturaleza, se somete al control del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales y al cumplimiento de los elementos reglados a que deba sujetarse aquella actividad, por lo que *ab initio* no cabe aceptar que porque el acto objeto del proceso sea del Gobierno y ofrezca el cariz de político, excluya, sin más, la posibilidad de su examen jurisdiccional.

Al hilo de lo expuesto, debe destacarse que la STS de 14 de diciembre de 2000, Ar. 555, considera concretamente que el núcleo esencial de un Decreto de convocatoria de elecciones del Parlamento Autonómico tiene una naturaleza reglada, susceptible, por tanto, de control jurisdiccional.

d) La impugnación de una Relación de Puestos de Trabajo integra el supuesto del artículo 86.3 LJCA (de 1998)

El ATS de 13 de noviembre de 2000, Ar. 10615, reconoce que los acuerdos sobre modificación del Catálogo de Puestos de Trabajo, al igual que ocurre sobre las Relaciones de Puestos de Trabajo, revisten carácter normativo y tienen abierta la vía de casación cuando la sentencia que se pretende impugnar se pronuncia sobre la conformidad a derecho de los mismos, al integrar el supuesto del artículo 86.3 LJCA (de 1998).

e) La circular sobre fijación de horarios de cierre de establecimientos tiene naturaleza reglamentaria

Aunque es doctrina reiterada que las Circulares constituyen resoluciones administrativas que se engarzan en el ámbito propio de la organización administrativa, con base al principio de jerarquía que gobierna su estructura, con un contenido y finalidad específicos en cuanto incorporan criterios meramente interpretativos, desgajadas de la potestad reglamentaria derivada, y dirigidas primordialmente a la regulación de aspectos domésticos que sólo vinculan a los órganos de gestión de la Administración pública, el **ATS de 18 de diciembre de 2000**, Ar. 576, considera que la Circular relativa a la fijación de horarios de cierre de establecimientos goza de una naturaleza reglamentaria *ad extra*, al exceder de los reducidos límites que son propios de las Circulares.

f) Peculiaridades de la excepción de cosa juzgada

Como ha reiterado la **STS de 25 de noviembre de 2000**, Ar. 961, la triple identidad exigida para la eficacia de cosa juzgada, referente a las personas de los litigantes, la calidad con que lo fueron y el título o causa de pedir, presenta en el proceso contencioso-administrativo peculiaridades innegables, pues basta con que el acto administrativo posterior sea distinto en el tiempo o en la forma al anterior para que la virtualidad de la excepción se ensombrezca.

D) Sujetos**a) No se admite la figura del coadyuvante del demandante**

Aun cuando la figura del coadyuvante ha desaparecido con la LJCA de 1998 y la legitimación para el ejercicio de acciones frente a la Administración se regule de forma que englobe a los titulares de derechos subjetivos e intereses legítimos, sin embargo, ello no implica la posibilidad de que dichos interesados puedan personarse en un recurso interpuesto por otro interesado fuera del supuesto de contemplado en el apartado 21.1.b) de la Ley.

Así lo ha entendido el **ATS de 22 de enero de 2001**, Ar. 1396, al precisar que en lo único que ha cambiado la regulación actual es en la desaparición de la figura del coadyuvante, entendiendo que todo el que se persone en el recurso como titular de un derecho subjetivo o interés legítimo para sostener la conformidad a Derecho de la disposición, acto o conducta de la Administración, actúa como codemandado, pero si con la LJCA de 1956 no se acogía la figura del coadyuvante del demandante, con la actual tampoco se permite la posibilidad de personarse como tercero interesado con pretensiones contrarias al acto recurrido y en apoyo de las tesis del demandante.

b) Postulación: los funcionarios deben comparecer ante el Tribunal Supremo con Procurador y Abogado al interponer recurso de queja

El ATS de 28 de diciembre de 2000, Ar. 581, ha señalado que con arreglo a lo previsto en el artículo 23.2 LJCA (de 1998) la interposición ante el Tribunal Supremo de un recurso de queja, aunque la sentencia que se pretende recurrir se refiera a materia de personal, debe hacerse mediante representación de Procurador y asistencia de Abogado.

La excepción del artículo 23.3 de la misma Ley descansa en el conocimiento de la normativa aplicable al caso que se supone tienen los funcionarios públicos cuando litigan con la Administración pública de que dependen, conocimiento que, en cambio, no puede presumirse cuando se trata de interponer ante esta Sala un recurso de queja, cuya finalidad, ajena al Derecho material aplicable para la resolución del litigio, es debatir si la preparación del recurso de casación ha tenido lugar observando los requisitos exigidos o si la resolución judicial de que se trata es o no impugnabile en casación, para lo que es necesaria la representación y asistencia de profesionales del Derecho.

E) Procedimiento

a) No se pueden interponer interdictos de obra nueva contra la Administración

La STS, Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de 9 de abril de 1999, Ar. 1798, ha reiterado la imposibilidad de dirigir contra la Administración interdictos de obra nueva, dado el interés general que la obra pública tiene en la propia significación de la Administración como gestora de intereses generales, porque no cabe consentir que la realización de una obra de dicha naturaleza quede diferida a un ulterior proceso declarativo. Recuérdese que, a diferencia de lo que sucede con los interdictos de retener y recobrar la posesión, el de obra nueva produce la inmediata suspensión que puede prolongarse por la vía del recurso.

b) No es admisible la presentación de escritos que no sean de término en el buzón del Juzgado de Guardia

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. Por ello, la jurisprudencia más reciente sigue una línea 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.

En este sentido son numerosas las resoluciones, confirmadas ahora por la **STS de 28 de noviembre de 2000**, Ar. 1358, que declaran que es principio informante de nuestro ordenamiento procesal que la presentación de escritos judiciales debe tener lugar precisamente en la sede –Secretaría o Registro General, en su caso– del Juzgado o Tribunal al que vayan dirigidos o, excepcionalmente, ante el Juzgado de Guardia. Así se infiere de lo dispuesto en la LOPJ, en la LECIV, en la Orden Ministerial de 19 de junio de 1974 y en el Reglamento 5/1995, de 7 de junio, de los Aspectos Accesorios de las Actuaciones Judiciales. Como señala esta sentencia, no puede desvirtuarse el verdadero contenido de esta opción con fundamento en razones de igualdad, tutela judicial y otras, habida cuenta que “es una norma excepcional, justificada por el número y dispersión de los órganos judiciales existentes en dichas poblaciones”.

c) La falta de cita de preceptos en la demanda se suple por el principio *iura novit curia*

Dado que lo que singulariza una pretensión es su *petitum* y la alegación fáctica realizada para fundamentarla, la **STS de 6 de marzo de 2001**, Ar. 1705, considera que la mera ausencia o la errónea cita de los preceptos legales que puedan apoyar el eventual éxito de dicha pretensión no es razón bastante para invalidar formalmente la demanda a cuyo través haya sido ejercitada, cuando constan aquellos elementos principales. El tradicional principio *iura novit curia* sintetiza lo que acaba de expresarse y viene a acotar también, en lo que al Poder Judicial se refiere, el genérico mandato de sumisión de los poderes públicos al ordenamiento jurídico que se contiene en el art. 9.1 CE.

d) Nulidad de actuaciones: no procede si se pueden interponer recursos

El **ATS de 29 de enero de 2001**, Ar. 1404, nos recuerda que el artículo 240.1 LOPJ prescribe de modo terminante que los defectos de forma en los actos procesales que determinen efectiva indefensión han de hacerse valer por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate o por los demás medios que establezcan las leyes procesales, no pareciendo pues, con arreglo a tal norma, que resulte correcta la petición cuando se tiene por delante toda la tramitación del proceso para articular cuantas alegaciones tenga por conveniente al respecto.

e) La nueva LJCA (de 1998) extiende a todas las Administraciones Públicas la personación mediante el envío del expediente

Bajo el régimen de la LJCA (de 1956) el emplazamiento de la Administración que dictó el acto o la disposición objeto del recurso se entendía efectuado por la reclamación del expediente, pero sólo la Administración del Estado se entendía “personada y parte” por el envío de ese mismo expediente (artículo 63). De ahí que, si bien para dar traslado a la Administración del Estado a efectos de contestar la demanda no era precisa su personación en forma porque si había enviado el expediente ya estaba personada, cuando se trataba de una Entidad local no formalmente personada o comparecida era preceptivo darle el traslado específico de la demanda a los fines prevenidos en el artículo 68.5 y sólo

en virtud del apartado 6 si no hubiera cumplimentado ese trámite y no hubiera contestado la demanda, tenerla “por decaída de su derecho a contestar” y declararla en rebelía.

Bajo el régimen de la vigente LJCA (de 1998) se mantiene la regla según la cual el emplazamiento de la Administración se entiende efectuado por la reclamación del expediente, pero se extiende a todas las Administraciones públicas y no sólo a la del Estado, como antes sucedía, la de personación por el envío de expediente. Además, la vigente ley conserva, para la Entidades locales, la regla específica de que si no hubieren comparecido en forma, esto es, con la adecuada representación y defensa, ha de dárseles traslado de la demanda para que, en el plazo de veinte días, puedan designar representante en juicio o comunicar al Juez o Tribunal, por escrito, los fundamentos por los que estimare improcedente la pretensión del actor (artículo 54.4). Así ha de entenderse este precepto, según la **STS de 25 de noviembre de 2000**, Ar. 962, porque, ciertamente, no es muy coherente que en su literalidad se refiera a que la Entidad local “no se hubiere personado en el proceso pese a haber sido emplazada” cuando, por la mera remisión del expediente y según se ha visto (artículo 50.2), también las Administraciones locales han de entenderse personadas, como Administraciones públicas que son.

En conclusión, tanto bajo uno u otro régimen, la falta de personación, con adecuada representación y defensa, de una Entidad Local no producía, ni produce, sin más, el decaimiento de su derecho a contestar y la prosecución del procedimiento en su ausencia, sino que era, y es, obligado conferirles los traslados a que hacían, y hacen, referencia, respectivamente, los artículos 68.5 y 54.4 LJCA de 1956 y 1998, y, en caso de falta de cumplimentación, acordar el decaimiento mencionado.

f) Prueba

a') Los peritos no pueden condicionar la entrega de sus informes al pago

La **STS de 24 de octubre de 2000**, Ar. 933, deduce de diversos preceptos de la LECIV que es evidente que todo dictamen pericial tiene que ponerse a disposición del Tribunal que está conociendo del asunto controvertido, sin condicionamiento alguno por parte del perito actuante, cual el de supeditar la entrega del informe al previo pago, a tenor de lo dispuesto en el Reglamento del respectivo Colegio, de los honorarios correspondientes al peritaje, pues, por un lado, para que los litigantes puedan hacer las observaciones pertinentes ante la presencia del Magistrado Ponente en el acto de ratificación y/o modulación del peritaje, el Tribunal debe tener ya el mismo en su poder; y por otro, si los peritos han de presentar en la Secretaría del Tribunal las minutas de sus honorarios con el fin de que, efectuada en su momento la tasación de costas por el Secretario, pueda ser impugnada la misma por excesiva o por indebida, es lógico que no quepa eludir el aportar oportunamente al Tribunal el dictamen escrito.

b') Las diligencias para mejor proveer no son un derecho de las partes, salvo en determinados supuestos definidos jurisprudencialmente

La STS de 26 de febrero de 2001, Ar. 1087, nos recuerda que las diligencias para mejor proveer no están establecidas para suplir la falta de actividad procesal de las partes en el trámite de prueba, ya que las mismas no constituyen un derecho de las partes sino una facultad del Tribunal de manera que su previsión legal no puede servir para desplazar al Tribunal la carga de la prueba. De ahí que el artículo 340 de la LECiv (de 1881) dispusiera que contra la providencia que acuerde dichas diligencias para mejor proveer no se admitía recurso alguno, y que si la parte entendía que a su derecho convenía practicar en la instancia alguna prueba como tal debía proponerla en su momento oportuno, y, en fin, que cuando no lo hace no pueda invocar luego indefensión alguna porque la Sala de instancia no acuerde la diligencia probatoria que ella estima oportuna, ya que no es el cauce del artículo 75 LJCA (de 1956) el procesalmente idóneo para hacer valer el derecho a la prueba, porque, como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, no se desprende de él, como regla o principio, la obligatoriedad para la Sala de Justicia de acordar la práctica de pruebas para mejor proveer sino que el precepto consagra una facultad encaminada a la más acertada decisión del asunto.

Excepcionalmente, como también tiene declarado el Tribunal Supremo, el Tribunal de instancia debe evitar la indefensión de la parte que el artículo 24.1 CE prohíbe, haciendo uso de las facultades que le otorgaba el artículo 75 LJCA para practicar pruebas de oficio en determinados y concretos supuestos: 1º) para la realización de la ya declarada pertinente subsanando la dificultad que puede surgir de la brevedad del plazo improrrogable común para la proposición y la práctica de la prueba que establecía la LJCA (de 1956), en línea con lo que hoy dispone el artículo 60.4 LJCA (de 1998), según el cual se podrán aportar al proceso las pruebas practicadas fuera de plazo por causas no imputables a la parte que las propuso; 2º) para completar el material probatorio cuando se aprecie la imposibilidad de efectuar la oportuna propuesta por la parte a quien incumbe la carga de probar, y 3º) cuando las pruebas estén en poder de la Administración demandada y ésta, en claro comportamiento arbitrario, se niega a facilitarlas o sea renuente a hacerlo o las facilita incompletas.

g) Acumulación: es posible respecto de actos cuyo conocimiento corresponde a distintos órganos jurisdiccionales

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 Ley de Enjuiciamiento Civil (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 algunos casos. En otros supuestos, no obstante, 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.

En el **ATS de 6 de febrero de 2001**, Ar. 1399, el Alto Tribunal ha acordado la acumulación de los recursos interpuestos contra una autorización concedida por el Director General de Bellas Artes y Bienes Culturales y contra un Acuerdo del Consejo de Ministros, en el que aquélla se fundamenta de manera relevante a modo de mera ejecución de lo en él dispuesto. La acumulación se acuerda a pesar de que los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de una y otra de las dos pretensiones procesales acumulables son distintos (correspondiendo al Tribunal Supremo la competencia para enjuiciar, de modo directo, la conformidad a derecho del Acuerdo del Consejo de Ministros, pero no, en principio, la de la resolución dictada por el Director General de Bellas Artes y Bienes Culturales).

La decisión se toma en base a que la decisión clave de todo el procedimiento autorizatorio es, realmente, la adoptada por el Consejo de Ministros, de modo que afecta directamente a la sustantividad de las decisiones adoptadas por otros órganos inferiores dentro de aquel procedimiento y, en concreto, a la dictada por el Director General de Bellas Artes y Bienes Culturales. Por ello, el enjuiciamiento de ésta difícilmente podría hacerse al margen de la apreciación de la validez o nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros, juicio que corresponde en exclusiva al Tribunal Supremo.

h) Contencioso-Electoral: la LOREG es de directa aplicación en cuanto al plazo y dies a quo para la impugnación jurisdiccional

La Ley Orgánica del Régimen Electoral General establece un específico cauce procesal para impugnar la actuación de las Juntas Electorales, que está constituido por el recurso contencioso-electoral regulado en sus artículos 109 y siguientes.

Como señala la **STS de 28 de febrero de 2001**, Ar. 1155, mediante ese recurso contencioso-electoral, la LOREG contiene una regulación directa y específica de la impugnación jurisdiccional de los resultados electorales, la cual, en virtud del principio de especialidad que rige en las relaciones internormativas, prevalece sobre cualquier otra y la desplaza. La supletoriedad que dispone para la LJCA (art. 116.2) no opera en las cuestiones que ella directamente regula, como son las representadas por el concreto acto electoral frente al que ha de formalizarse la impugnación jurisdiccional, y por el plazo en que ésta ha de interponerse. Y los preceptos de esa específica regulación procesal constituyen, en aplicación de lo ordenado por el art. 117.3 CE, las normas de procedimiento a las que necesariamente ha de ajustarse el ejercicio de la potestad jurisdiccional en las controversias sobre materia electoral.

i) Sentencia: no puede sustituirse la voluntad de la Administración y dictar un acto administrativo

Según los preceptos aplicables, la doctrina científica y nuestra doctrina jurisprudencial, el Tribunal de la jurisdicción contencioso-administrativa debe declarar o bien la conformidad a derecho del acto o disposición recurridos, o bien que ese acto o esa disposición son disconformes con el ordenamiento jurídico, pues corresponde a los Tribunales enjuiciar la actuación administrativa (o en su caso la omisión de la misma), pero no sustituirse en la voluntad de la Administración dictando un fallo que contiene material y jurídicamente un acto administrativo, lo que es impropio del ejercicio de la potestad jurisdiccional. Por este motivo, la **STS de 5 de octubre de 2000**, Ar. 433, considera contraria a Derecho la imposición de plano por el Tribunal de instancia de una sanción a la industria, y en consecuencia declarar que ha lugar a la casación de la Sentencia recurrida.

F) Suspensión**a) Alcance del artículo 130 LJCA (de 1998): los criterios para decidir sobre la tutela cautelar son el *periculum in mora* y el juicio de ponderación**

Los AATS de 12 de septiembre y 7 de noviembre de 2000, Ar. 282 y 285, han reconocido 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 de esta Sala 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.

Por otra parte, y como ha precisado el **ATS de 5 de febrero de 2001**, Ar. 1398, el nuevo régimen de medidas cautelares instaurado por la LJCA (1998) ya no sólo se limita a la suspensión y permite al Órgano jurisdiccional la adopción de las medidas cautelares teniendo en cuenta una doble referencia: valorando no sólo la posibilidad de que la ejecución del acto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso, sino también la de que con la medida cautelar pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará de forma circunstanciada.

La exégesis de los artículos 129 y 130 de dicha Ley conduce, según el Alto Tribunal, a las siguientes conclusiones: a) la adopción de la medida, exige de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del

principio de identidad en el caso de estimarse el recurso; b), aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar, siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado, y c), en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.

b) La ponderación es imprescindible y se separa del criterio de apariencia de buen derecho

Los AATS de 14 de septiembre y 9 de octubre de 2000, Ar. 1400 y 1402, han señalado que la ponderación de los intereses en conflicto, a que alude el artículo 130.1 LJCA (de 1998), es imprescindible para considerar como prevalente el interés general. En la pieza de suspensión se pondera el conflicto de intereses en juego separando todo planteamiento de fondo, incluso cuando se acude al argumento de la nulidad de pleno derecho de la disposición impugnada. Recuérdese que para poder tener en consideración la doctrina del *fumus boni iuris* se exige que en la pieza de suspensión existan datos objetivos muy relevantes determinativos de que realmente se esté ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, absolutamente ostensible, patente, manifiesto evidente a todas luces como dice la jurisprudencia.

G) Ejecución de sentencia: la extensión de los efectos de la sentencia exige identidad de situaciones jurídicas

El artículo 110 LJCA (de 1998) establece respecto de las cuestiones de personal al servicio de la Administración Pública la extensión de los efectos de una sentencia firme que hubiera reconocido una situación jurídica individualizada cuando concurra como primera circunstancia que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos en el fallo. Así, como ha destacado el ATS de 11 de enero de 2001, Ar. 10, la Ley se preocupa de advertir que, en ningún caso, se podrá reconocer una situación jurídica distinta a la definida en la sentencia firme, pues lo contrario supondría desvirtuar la naturaleza de esta forma de entender la ejecución de la sentencia, ya que no se trata de una extensión automática de los efectos de la sentencia, teniendo en cuenta el principio de seguridad jurídica.

H) Costas

a) La interposición del recurso de amparo no afecta a la tasación de costas de sentencias firmes

Como ha señalado la STS de 20 de noviembre de 2000, Ar. 1210, la tasación de costas procesales debe practicarse aunque se haya interpuesto recurso de amparo ante el

Tribunal Constitucional, pues la interposición de éste no lleva consigo, por sí mismo, la suspensión de la eficacia de la sentencia que el recurrente pretende ha vulnerado sus libertades y derechos fundamentales. Por ello, aunque el Tribunal Constitucional acordara en uso de las facultades que le confiere el artículo 56 LOTC la suspensión de la eficacia de la sentencia que se considera ha vulnerado las libertades y derechos fundamentales, consagrados en la Constitución, tal suspensión no afectaría al pronunciamiento de tasación de las costas.

b) Son minutables por separado los conceptos de representación y defensa de Comunidades Autónomas aunque el Letrado asuma la representación

En cuanto a los derechos del procurador, una cosa es que los Letrados de las Comunidades Autónomas puedan asumir no sólo la defensa sino también la representación de su Comunidad Autónoma, ex artículo 447.2 LOPJ, y otra distinta que, en el caso de que ello ocurra, no tengan derecho a minutar por esa doble posición. Por ello la **STS de 13 de junio de 2000**, Ar. 1084, ha señalado que la utilización de una u otra forma en nada afecta a la situación del condenado en costas, que deberá, en todo caso, contribuir a los gastos ocasionados por la representación, cualquiera que fuera la forma que adopte, de la parte ganadora de las costas.

c) Los gastos de desplazamiento son indebidos

Es doctrina jurisprudencial reiterada por la **STS de 14 de noviembre de 2000**, Ar. 10529, que los gastos de desplazamiento no se integran como partida, puesto que no son incluíbles como tales en las costas procesales y pertenecen al ámbito de la relación profesional entre Letrado y cliente, habiéndose puesto de manifiesto que en el ámbito procesal la salida del despacho es una exigencia necesaria en el cumplimiento del encargo profesional, que no puede desglosarse y tarifarse como partida independiente y la norma novena de honorarios profesionales, correspondiente al Colegio de Madrid, se sitúa en el Título I, Capítulo I, bajo la rúbrica de “Consultas, conferencias, informes y dictámenes”, en referencia a supuestos de actividad extraprocesal, ajenas al concepto de costas, por lo que el concepto de salida de despacho debe ser excluido de la tasación y declararse indebido.

2. RECURSO DE CASACIÓN

A) Objeto

a) Autos: el artículo 86.4 LJCA (de 1998) no delimita el ámbito del recurso

Como ha precisado el **ATS de 15 de enero de 2001**, Ar. 1392, el artículo 86.4 LJCA (de 1998) no delimita el ámbito del recurso de casación, Se trata de una norma “neutra” en lo que atañe a dicho ámbito, toda vez que se refiere a las sentencias —de las Salas de lo

Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia— que sean “susceptibles de casación por aplicación de los apartados precedentes”. Cuestión distinta es que condicione la impugnabilidad de las mismas a que el recurso, es decir, en el escrito de interposición del mismo, pretenda fundarse en infracción de normas de Derecho estatal o comunitario europeo que sea relevante y determinante del fallo recurrido —siempre que hubieran sido invocadas oportunamente en el proceso o consideradas por la Sala sentenciadora— y que, como consecuencia de tal condicionamiento el artículo 89.2 LJCA exija justificar en el escrito de preparación que la infracción de una norma estatal o comunitaria europea, que en su día podrá hacerse valer al formular el recurso de casación, ha sido relevante y determinante del fallo recurrido.

En otras palabras, cuando el artículo 87.1 de la mentada Ley, al relacionar los autos susceptibles de recurso de casación, hace remisión a “los mismos supuestos previstos en el artículo anterior” está refiriéndose a los contemplados en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 86, no al apartado 4, que no delimita el ámbito de dicho recurso.

b) Impugnación Indirecta: Sólo procede el recurso de casación si el órgano judicial tiene competencia para conocer del recurso contra la disposición de carácter general

El ATS de 4 de diciembre de 2000, Ar. 566, reitera la doctrina sentada en anteriores pronunciamientos, según la cual la diferencia entre la redacción del artículo 86.3 LJCA (de 1998) y la de su precedente artículo 93.3 LJCA (de 1956) es exponente de 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 cuando contenían una impugnación indirecta de una disposición general —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 aquella —artículo 27.2 LJCA 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, el Tribunal Superior de Justicia —o, en su caso, la Audiencia Nacional—, deba plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente 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], lejos de ser de matiz es sustancial, como ya quedó adelantado.

B) Sujetos**a) Postulación****a') La representación de las Comunidades Autónomas mediante Procurador es obligatoria si la defensa la asume un Abogado Colegiado**

El Tribunal Supremo sostuvo durante los primeros años de aplicación de la nueva Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, que en la postulación de los recursos de casación, interpuestos por las Comunidades Autónomas era preceptiva, en todo caso, la intervención de Procurador de los Tribunales, por entender que predominaba el artículo 97.1, redactado por dicha Ley, que exigía la comparecencia, en dicho recurso, de las partes, mediante Procurador, sobre las disposiciones del artículo 447. 2, LOPJ que dispone que “la representación y defensa de las Comunidades Autónomas y las de los Entes Locales corresponderá a los Letrados que sirvan en los servicios jurídicos de dichas Administraciones Públicas”, por entender la Sala que el artículo 97.1 LJCA (versión 1992) era especial y posterior al artículo 447.2 LOPJ citado, por lo que exigió la representación mediante Procurador, hasta que posteriormente la cambió de criterio, como señala la **STS de 18 de octubre de 2000**, Ar. 925, en el sentido siguiente:

a) Cuando la dirección técnica la ejerza un Abogado del Servicio Jurídico de dicha Comunidad, podrá éste desempeñar su representación, pero nada impide, en especial, por razones prácticas, que se designe un Procurador en Madrid, a efectos de presentación de documentos y sobre todo de recepción de las notificaciones. b) Cuando la dirección técnica la ejerza un Abogado no integrado en los Servicios Jurídicos de la Comunidad, es obligado, en este caso la designación de un Procurador que la represente.

En otras palabras, como señala el **ATS de 20 de noviembre de 2000**, Ar. 105, la comparecencia como parte recurrente o recurrida y la formulación del recurso de casación (en sus diversas modalidades), o del escrito de oposición al mismo por parte de las Entidades Gestoras y Tesorería General de la Seguridad Social, Comunidades Autónomas y Entes Locales, no exige la intervención de Procurador cuando la representación y defensa de dichas Administraciones Públicas sea asumida por Letrados que sirvan en sus respectivos servicios jurídicos.

b') El artículo 92.3 LJCA se aplica sólo si las Administraciones Públicas actúan representadas por sus propios Letrados

Como ha precisado el **ATS de 20 de noviembre de 2000**, Ar. 106, el artículo 92.3 LJCA (de 1998), al referirse genéricamente al “defensor de la Administración”, a diferencia del artículo 99.3 LJCA (de 1956), que contemplaba únicamente al Abogado del Estado, lo que hace es extender esta norma singular a todos los supuestos en que las Administraciones públicas actúan ante la Sala de instancia representadas y defendidas por sus propios Letrados —ex artículo 447 LOPJ—, no así cuando lo hacen confiriendo su representación a un Procurador apoderado al efecto, pues en tal caso se encuentran suje-

tas, como cualquier otro litigante, a la carga de personarse y formular ante esta Sala el escrito de interposición del recurso dentro del término del emplazamiento, como con carácter general preceptúa el artículo 92.1 LJCA (de 1998).

En otras palabras, el artículo 92.3 es una norma especial, referida exclusivamente a quien ostenta *ex lege* la representación y defensa de la Administración. Téngase en cuenta que atribuye la cualidad de “recurrente” al propio “defensor de la Administración”, identificándolo con ésta, del mismo modo que hacía el artículo 99.3 de la Ley anterior respecto del Abogado del Estado, identificación que sólo puede cobrar sentido referida a quienes, estando al servicio de la Administración pública tienen, como cometido específico, la representación y defensa en juicio de la misma en cuantos asuntos ésta sea parte.

C) Procedimiento

a) Motivos

a') La petición de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad no es un motivo casacional

La STS de 28 de noviembre de 2000, Ar. 1405, ha reiterado que la petición relativa a que se plantee cuestión de inconstitucionalidad de una ley o de un determinado precepto de la misma no puede, en puridad, fundar o constituir un motivo casacional, porque todos los motivos previstos y regulados en la LJCA implican la infracción o incumplimiento del Ordenamiento Jurídico, bien por vicio de forma, bien por vicio sustantivo, pero presuponen siempre la constitucionalidad de las leyes y demás disposiciones aplicables por la sentencia recurrida.

b') Basta la cita del motivo en el escrito de preparación

La STS de 11 de diciembre de 2000, Ar. 1462, ha rechazado la causa de inadmisibilidad de haberse omitido por la parte recurrente concretar en el escrito de interposición del recurso el concreto motivo en que se ampara, ya que la parte recurrente hizo constar en el escrito de preparación del recurso de casación que estimaba infringidas normas del ordenamiento aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, a que se refiere el artículo 95.1.4º LJCA (de 1956), por lo que, identificado el motivo de casación en el escrito de preparación, no es necesario exigir, mediante un formalismo en exceso riguroso, que se reitere esa mención en el escrito de interposición.

D) Inadmisibilidad

a) Son inadmisibles las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia dictadas en asuntos competencia de los Juzgados

Los ASTS de 13 de noviembre, 1 y 4 de diciembre de 2000, Ar. 102, 564, 565, 570, 571 y 572, entre otras, resuelven la cuestión del tratamiento que, a efectos impugnato-

rios, debe darse a las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia con posterioridad a la entrada en vigor de la LJCA (de 1998) en los procesos pendientes antes de esa fecha, cuya competencia corresponda, conforme a la misma, a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y que la Disposición Transitoria Primera, apartado 1, preceptúa continuarán tramitándose ante dichas Salas hasta su conclusión.

Pues bien, consideran que a esas sentencias se les debe aplicar la Disposición Transitoria Primera, apartado 2, último inciso, 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. Es cierto que en el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera, que contempla los “procesos pendientes” ante las expresadas Salas, guarda silencio al respecto, pero no lo es menos que el inciso final del apartado 2 de la misma transitoria, es decir, la regla que equipara el régimen de impugnación de las sentencias de las expresadas Salas a las dictadas en segunda instancia, cuando se trata de procesos que, conforme a la Ley 29/1998, se hayan atribuido a los Juzgados, está redactada en plural, “en estos casos”, –dice–, expresión que permite entender comprende tanto los casos del apartado 2 como los del apartado 1.

La interpretación contraria prácticamente vaciaría de contenido el apartado 2 de la Disposición Transitoria Primera –téngase en cuenta que la puesta en funcionamiento de los Juzgados tuvo lugar al día siguiente de la entrada en vigor de la Ley 29/1988– y además es difícilmente conciliable con la “plena aplicación” del nuevo régimen de la casación a las resoluciones dictadas con posterioridad a su entrada en vigor –Disposición Transitoria Tercera–, plena aplicación que comporta que sólo puedan ser susceptibles de casación las sentencias que hubieran podido ser dictadas en única instancia con arreglo a la vigente Ley de esta Jurisdicción.

Como consecuencia de todo lo expuesto, los Autos comentados declaran la inadmisión de los recursos de casación interpuestos en los que los actos recurridos están atribuidos al conocimiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y, en segunda instancia, a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, según la LJCA (de 1998).

b) Validez de la defectuosa preparación como causa de inadmisión del recurso de casación (ATS 3/2000)

Es de sobra conocido que, para considerar correctamente preparados los recursos de casación deducidos contra sentencias de Tribunales Superiores de Justicia es preciso, como ha reiterado, entre otras muchas, la **STS de 27 de noviembre de 2000**, Ar. 1044, que el recurso de casación se funde en infracción de normas no emanadas de los órganos de las Comunidades Autónomas; que esa infracción sea relevante y determinante del fallo de la sentencia; y que el recurrente, en el escrito de preparación del recurso de casa-

ción, justifique que la infracción de la norma no emanada de los órganos de la Comunidad Autónoma ha sido relevante y determinante del fallo de la sentencia. En otras palabras, se debe justificar que la infracción de normas no emanadas de los órganos de la Comunidad Autónoma ha sido relevante y determinante del fallo, justificación que ha de ser acreditada por el que prepara el recurso de casación, haciendo explícito cómo, por qué y de qué forma ha influido y ha sido determinante del fallo.

Pues bien, la **STS de 8 de marzo de 2001**, Ar. 1460, nos recuerda la doctrina constitucional reflejada en el Auto del Tribunal Constitucional número 3/2000, de 10 de enero, en el que se señala que la interpretación del artículo 96.2 LJCA (1998) que efectúa la Sala Tercera del Tribunal Supremo —hacer explícitos el cómo, el porqué y la forma en que la infracción de la norma no emanada de los órganos de las Comunidades Autónomas ha influido en el fallo— no puede ser calificada de irrazonable o desproporcionada, habida cuenta de que a la condición de por sí extraordinaria del recurso de casación se une el carácter aún más excepcional de dicho recurso cuando se interpone frente a Sentencias dictadas en única instancia por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia respecto de actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas (art. 93.4 de la LJCA). En estos casos, la mayor restricción en el acceso a la vía casacional responde, como es evidente, a la posición constitucional de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 152.1 CE), posición que, a su vez, justifica las exigencias del tan citado art. 96.2 de la LJCA, destinadas a que tanto el Tribunal de instancia, en fase de preparación del recurso, como el Tribunal Supremo, en fase de interposición, verifiquen *a limine* si se da o no el presupuesto sobreañadido para la admisión de estos recursos, a saber: que en el enjuiciamiento sobre disposiciones o actos de las Comunidades Autónomas se hayan infringido normas no emanadas de los órganos de dichas Comunidades.

Para el Tribunal Constitucional tampoco cabe apreciar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión en la interpretación sostenida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo acerca de la no subsanabilidad del defecto de incumplimiento de la carga prevista en el art. 96.2 de la LJCA, por estimar que se trata de un vicio sustancial insubsanable y que el art. 129 de la LJCA sólo permite subsanar los defectos formales, no los de carácter material o sustancial.

c) No es cuestión de personal la condición de mutilado de guerra de la II República

Como ha señalado el **ATS de 20 de noviembre de 2000**, Ar. 104, el acto administrativo por el que se reconoce al recurrente ciertos derechos pasivos como Mutilado de Guerra del Ejército de la II República no trae causa de una relación funcional, que es el dato que singulariza a las cuestiones de personal, sino de la alegada condición de mutilado de guerra del Ejército de la II República.

E) Costas: el coadyuvante puede devengarlas a su favor

La **STS de 8 de febrero de 2000**, Ar. 10361, apartándose de la línea jurisprudencial que entendió que el coadyuvante de la primera instancia no devenga a su favor costas en casación, ha reiterado que el artículo 131.2 LJCA (de 1956) forma parte de un conjunto nor-

mativo que perdió todo su significado con la entrada en vigor de la Constitución, que rompió la clásica diferenciación entre parte principal –Administración– y parte accesoria –coadyuvante– abriendo el camino para que ésta pudiese utilizar con independencia de aquélla el recurso de apelación. Por ello no tiene sentido que el coadyuvante permanezca al margen de las consecuencias favorables o desfavorables de la condena en costas pronunciada en un recurso jerárquico cuando, desaparecida su dependencia de la Administración, puede decidir por sí mismo si conviene o no a sus intereses utilizar un medio de impugnación de tal clase. Es decir, si el coadyuvante en la instancia puede interponer por decisión propia un recurso de casación y, por ende, ser condenado en costas, en su caso, es claro que también, por exigencia del principio de igualdad de las partes, las devengará a su favor cuando el pago de aquéllas se imponga a la parte contraria.

3. RECURSO DE CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA

A) Extemporaneidad: no tiene trascendencia que se interpusiera un recurso de casación ordinario declarado improcedente

La STS de 21 de noviembre de 2000, Ar. 429, ha considerado extemporáneo el recurso de casación para unificación de doctrina interpuesto tras haberse sobrepasado, con exceso, el plazo de 30 días que señala el artículo 97.1 LJCA (de 1998), sin que a ello sea óbice que en el ínterin la parte recurrente interpusiera un recurso de casación ordinario que no era procedente por razón de la cuantía del proceso, toda vez que cuando la parte está asistida de Letrado la indicación de recursos es una mera información a las partes respecto de los medios de impugnación que pueden realizarse contra una resolución judicial, información que aquéllas no están obligadas a seguir y que no las exime de la carga de interponer el recurso procedente cuando se encuentren asistidas de Letrado.

B) Es inadmisibile si no se justifica la firmeza de la sentencia ni la identidad de los hechos

La STS de 7 de noviembre de 2000, Ar. 137, declara inadmisibile un recurso de casación para la unificación de doctrina porque no se expresa en las certificaciones aportadas, como es preceptivo, que las sentencias aportadas como de contraste son firmes, e incluso la certificación correspondiente a alguna de ellas indica expresamente que no lo es. Es indispensable, pues, que se acredite, haciéndolo constar así en la oportuna certificación exigida por la Ley, que las sentencias de contraste son firmes, y el incumplimiento de esta exigencia comporta que el recurso debe ser considerado inadmisibile. Por otra parte, también se basa la sentencia comentada en que no concurre la identidad que las respectivas partes recurrentes postulan entre los sujetos, hechos y pretensiones que son objeto de la sentencia impugnada en relación con las sentencias aportadas como contradichas.

FERNANDO J. ALCANTARILLA HIDALGO

GERMÁN FERNÁNDEZ FARRERES

EL PACTO DE ESTADO PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA

MIGUEL SÁNCHEZ MORÓN

Catedrático de Derecho
Administrativo
Universidad de Alcalá

NOTA INTRODUCTORIA

Presentamos a los lectores de la Revista, en estas páginas de documentación, el texto íntegro del “Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia” firmado por los dos partidos mayoritarios en mayo de 2001. Aunque en la prensa se han difundido extensamente noticias sobre este documento, por lo general no ha aparecido transcrito de forma completa en ningún medio de comunicación, aparte determinadas páginas web de Internet. Por eso consideramos conveniente, dada la importancia del mismo, ofrecerlo a los lectores y subscriptores en estas páginas.

El Pacto es, sin duda, consecuencia y respuesta a la deteriorada situación de la Justicia que se ha venido constatando cada vez más a través de varias encuestas de opinión (de resultados muy negativos) realizadas por la Administración y por el Consejo General del Poder Judicial, así como por las cada vez más reiteradas críticas de los medios de comunicación, asociaciones y corporaciones directamente concernidas y de los medios universitarios.

Precedente inmediato del Pacto son, sin duda, el “Libro Blanco de la Justicia” aprobado por el pleno del Consejo General del Poder Judicial el 8 de septiembre de 1997 y el más reciente documento denominado “Del modo de arreglar la Justicia. Informes y propuestas para la mejora de la Justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas”, publicado en el otoño de 2000. De hecho, el Pacto que ahora transcribimos recoge buena parte de los análisis y propuestas contenidas en el Libro Blanco y en esta última publicación.

Como puede verse, los firmantes del Pacto califican, su contenido como un “ambicioso y profundo proceso de la reforma de la Justicia en España”. Un proceso que está llamado a desarrollarse durante un largo plazo (dos legislaturas, según el texto del Pacto) y que requiere de un esfuerzo sostenido, tanto para la elaboración y aprobación de un buen número de leyes y otras normas jurídicas de desarrollo, como para la adopción de

medidas de reforma administrativa, con frecuencia más difíciles de lograr que las reformas normativas. Además, no pocos de los compromisos asumidos en el Pacto adolecen de cierto carácter general y abstracto, de manera que será preciso concretarlos, para lo que será conveniente (cuando no necesaria) la adopción de nuevos acuerdos políticos, en sede administrativa o parlamentaria. De la misma manera se precisará de un sostenido esfuerzo presupuestario, que en el propio Pacto se cifra “inicialmente” (y la puntualización es oportuna) en 250.000 millones de pesetas.

Sobre el contenido de los acuerdos que conforman el Pacto, preferimos no realizar ahora ningún comentario, remitiéndonos por entero a la opinión subjetiva del lector. Como podrá verse, en todo caso, algunos de los compromisos son de fácil e inmediata realización (incluso algunos se habrán materializado ya cuando se publiquen estas líneas), mientras que otros requieren de un plazo bastante más largo.

Queda siempre la duda de si acuerdos a tan largo plazo se llevarán a cabo fielmente o si, una vez capitalizado el impacto político del Pacto, sus objetivos y buenos propósitos quedarán difuminados en la gestión cotidiana. En cualquier caso, bienvenida sea una respuesta política de este orden, que desde tantos ámbitos se venía reclamando, para afrontar uno de los mayores problemas institucionales que tiene planteados nuestro país desde hace bastante tiempo.

PRINCIPIOS DEL PACTO DE ESTADO PARA LA REFORMA DE LA JUSTICIA

Los españoles, comenzando por quienes dedican la vida al servicio de la Justicia, demandan inequívocamente un esfuerzo profundo de mejora y modernización de nuestro sistema judicial.

Carencias tradicionales, sumadas a las nuevas exigencias de una sociedad cada vez más dinámica y compleja y al incremento de la litigiosidad, hacen obligado acometer las reformas necesarias para ello.

Se persigue que la Justicia actúe con rapidez, eficacia, y calidad, con métodos más modernos y procedimientos menos complicados. Que cumpla satisfactoriamente su función constitucional de garantizar en tiempo razonable los derechos de los ciudadanos y de proporcionar seguridad jurídica, al actuar con pautas de comportamiento y decisión previsibles. Que actúe como poder independiente, unitario e integrado, con una estructura vertebrada, regida por una coherencia institucional que le permita desarrollar más eficazmente sus funciones constitucionales.

Ello conforma un reto de interés general que debe ser afrontado con un proyecto global, que acometa decidida y sistemáticamente el fondo de los problemas y dote de coherencia, estabilidad y permanencia a las múltiples reformas que resultan precisas. Un nuevo modelo de conjunto que trascienda intereses coyunturales y excluyentes, y se asiente

sobre soluciones integrales y perdurables, con el norte puesto en las necesidades de los ciudadanos y en los desafíos de la sociedad avanzada y democrática española del siglo XXI.

Todo ello afecta no sólo al buen funcionamiento y la mayor eficacia de un servicio público capital, sino también a la calidad democrática y el bienestar social y a elementos sustanciales de nuestro Estado social y democrático de Derecho como la garantía de derechos de los ciudadanos o el sometimiento de todos los poderes a reglas objetivas recogidas en las leyes.

Poner en marcha este ambicioso y profundo proyecto de reforma constituye una auténtica cuestión de Estado. Por esto debe ser afrontada mediante un acuerdo de los responsables políticos que asegure la unidad y la continuidad de los esfuerzos y garantice el consenso sobre las bases fundamentales de funcionamiento de uno de los poderes del Estado.

En su virtud, el Gobierno de la Nación y los Partidos Popular y Socialista suscriben el presente PACTO DE ESTADO sobre los principios, objetivos y procedimientos que han de conformar un nuevo modelo de Justicia, y sobre las acciones y los medios que es preciso impulsar para hacerlo realidad.

1. Tribunal Supremo.—Se afrontarán las reformas necesarias para lograr un funcionamiento más ágil y eficaz del Tribunal Supremo y que potencien su función como órgano jurisdiccional superior y garante de la unidad de doctrina en todos los órdenes jurisdiccionales. A tal fin también se reformará el recurso de casación, aproximando su regulación en las diferentes leyes reguladoras del proceso y atendiendo a la noción del “interés casacional”. Se modificará el recurso de revisión de manera que el Tribunal Supremo conozca exclusivamente de los recursos de revisión contra sentencias firmes de la Audiencia Nacional y del propio Tribunal Supremo.

2. Tribunal Constitucional.—Se introducirán en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional mejoras que permitan potenciar con más eficacia y agilidad su función como intérprete supremo de la Constitución así como de garante de los derechos y libertades fundamentales consagrados en la misma. Ligada con esta reforma del recurso de amparo, se afrontarán mejoras sobre el desarrollo del artículo 53.2 de la Constitución y, más en general, sobre la protección de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios.

3. Tribunales Superiores de Justicia.—La redefinición de sus competencias atenderá a criterios de adaptación de la Justicia al Estado de las Autonomías. Se aumentarán, precisándolas con detalle, las competencias de las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia y se establecerán mecanismos de delegación de funciones, singularmente en materia inspectora y disciplinaria. Los Tribunales Superiores de Justicia desarrollarán una función casacional en todas las ramas del Derecho Autonómico. Se les atribuirá la segunda instancia penal en los términos que resulten de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal y se aumentará la cuantía para el recurso de suplicación en el orden social.

Asimismo se trasladará a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para conocer de la petición de ejecución de sentencias extranjeras.

4. Mapa Judicial.—Se aprobará un nuevo mapa judicial que permita agilizar y acercar la Justicia al ciudadano. El nuevo mapa judicial se establecerá con criterios que permitan ajustar la organización a la carga de trabajo existente en cada parte del territorio nacional. Se potenciará la Justicia de Proximidad de manera que haya Juzgados más cercanos al ciudadano. Se contemplará la creación de un nuevo órgano unipersonal: el Juzgado de lo Civil que permitirá aligerar de su actual carga de trabajo a los Juzgados de Primera Instancia, será pieza esencial para acercar la Justicia al ciudadano. Se avanzará en el diseño de juzgados especializados en materia mercantil. Se contemplará el desarrollo de los Juzgados de Familia. En el orden penal se procederá también a redefinir el ámbito de los Partidos Judiciales más grandes creando órganos cercanos.

5. Carrera Judicial.—La cobertura de todas las plazas que resulten necesarias y a tenor de un calendario realista para la ampliación progresiva de la planta, deberá hacerse con Jueces profesionales que ejerzan sus funciones bajo los principios de independencia, imparcialidad, profesionalidad y responsabilidad, procediendo a la reducción de las figuras excepcionales de sustitutos y suplentes.

Se elaborará un nuevo Estatuto de Jueces y Magistrados que atenderá a los siguientes criterios:

a) Selección objetiva y rigurosa mediante oposición, con pruebas que completen los temarios con disciplinas que se estiman complemento necesario para el ejercicio de la función judicial. Las pruebas deberán permitir valorar la cultura, madurez y capacidad argumental y de análisis del aspirante.

b) El acceso por el turno de juristas expertos requerirá acreditar unos méritos relevantes (capacidad y experiencia) y un procedimiento de comprobación objetivo, imparcial y riguroso de los mismos. De igual modo, para este sistema de ingreso se potenciará la labor formadora selectiva de la Escuela Judicial.

c) Se consolidará la idea de carrera superando el exclusivo criterio de antigüedad. Se incorporarán criterios de mérito, formación, especialización, rendimiento y calidad del trabajo, como criterios de promoción, adjudicación de destinos y de mejora de los niveles retributivos. La entrada en la judicatura tendrá lugar en órganos unipersonales con menor carga de trabajo y sin especialización, estableciendo un tiempo mínimo en éstos. Los criterios diferentes del de antigüedad, como la formación, el rendimiento o la asunción de responsabilidades, serán evaluados por el Consejo General del Poder Judicial.

d) Se establecerá un diseño de las exigencias correspondientes a cada destino, condiciones para el acceso a determinados cargos y órganos especializados y limitación del tiempo de permanencia en los mismos.

6. Formación.—Se potenciará la formación de los Cuerpos y personal al servicio de la Administración de Justicia. En lo relativo a la Carrera Judicial y Fiscal se fomentará la formación inicial integral en materias jurídicas y no jurídicas. Asimismo se desarrollarán programas de formación continuada que permitan profundizar en materias concretas y ampliar conocimientos, de tal manera que se favorezca la especialización. En determinadas materias especialmente relevantes, en particular como consecuencia de reformas legislativas de amplio alcance, se articularán procesos de formación y adaptación generales e intensos. La formación y la capacidad demostrada serán criterio a tener en cuenta en la cobertura de plazas, superando el exclusivo carácter de la antigüedad. Se potenciará la conexión de la Universidad con las profesiones jurídicas.

7. Retribuciones.—Se presentará a las Cortes el Proyecto de Ley de Retribuciones derivado del compromiso de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En él se replanteará el diseño del sistema retributivo, articulando un modelo incentivador, que garantice la independencia económica, y fomente la formación, el rendimiento y la asunción de mayores responsabilidades. Para el personal al servicio de la Administración de Justicia y en el marco del nuevo Estatuto, se estudiarán fórmulas retributivas más flexibles que incorporen los criterios expuestos desde el diálogo con los sindicatos y con los colectivos afectados.

8. Principios estatutarios.—Se establecerá un sistema razonable de responsabilidades, prohibiciones e incompatibilidades con garantías plenas de objetivación y respeto a la independencia de jueces y magistrados. Se perfeccionará el régimen de responsabilidades derivadas de la actuación judicial o del funcionamiento anormal del servicio. Se estudiarán fórmulas de reparación del daño causado por el funcionamiento anormal, el error o la negligencia de todos los que intervienen en la Administración de Justicia. Se mejorará asimismo el régimen disciplinario revisando el cuadro de infracciones y sanciones, el sistema de recursos y la competencia para resolver el expediente. Se potenciará la inspección y se introducirán métodos de análisis y auditoría operativa.

9. Ministerio Fiscal.—Para asegurar que el Ministerio Fiscal ejerce en las mejores condiciones sus funciones, por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica recogidos en el artículo 124 de la Constitución, se actualizarán su Estatuto Orgánico y su Reglamento. En lo estructural, ello se traducirá en la adaptación de su organización interna, revisándose las funciones de la Secretaría Técnica y de la Inspección Fiscal y estableciéndose la temporalidad en los cargos jerárquicos del Ministerio Fiscal con criterios objetivos, y en el aumento de sus recursos humanos y medios materiales. En lo funcional, habrá de estarse principalmente a lo que disponga una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal. Y en lo que se refiere al Estatuto personal de sus miembros, un nuevo régimen estatutario propio de la Carrera Fiscal incorporará cambios en el sistema de acceso, la formación, la especialización, el modelo de carrera o el régimen retributivo, para que los criterios de mérito, especialización, rendimiento y calidad del trabajo resulten determinantes, junto a la antigüedad, para la promoción, la adjudicación de destinos y el nivel retributivo.

10. Secretarios Judiciales.—Se redefinirán las funciones de los Secretarios Judiciales.

Constituirán un único Cuerpo Nacional de funcionarios técnicos superiores dependientes del Ministerio de Justicia. Se potenciará su papel aprovechando su capacidad y formación procediendo en consecuencia a la reforma de su Estatuto. Se atribuirán nuevas competencias a los Secretarios Judiciales, procediendo a la redefinición de la fe pública judicial que la haga compatible con la incorporación de las nuevas tecnologías. Se les atribuirá facultades plenas de impulso procesal para desarrollar los trámites en que no sea preceptiva la intervención del Juez. Se potenciarán las funciones de ejecución, realización de bienes y jurisdicción voluntaria. Se le atribuirán funciones de dirección en la Oficina Judicial y en los servicios comunes creándose a tal efecto los puestos de Secretario de Gobierno y Secretario Coordinador.

11. Personal al servicio de la Administración de Justicia.—El personal al servicio de la Administración de Justicia estará formado, fundamentalmente, por personal funcionario de Carrera integrado en Cuerpos Nacionales de nueva definición, en el que se potenciará su profesionalización y formación. Se simplificará, sin perjuicio de las fórmulas de transitoriedad que resulten precisas, la actual complejidad de los cuerpos de funcionarios, permitiendo así una carrera administrativa y un nuevo sistema de asignación de puestos de trabajo. Se aprobará un nuevo Estatuto de todo el personal. Se atribuirá mayor competencia a las Comunidades Autónomas en gestión de personal. Se introducirá la relación de puestos de trabajo.

12. Oficina Judicial.—Se reformará en profundidad la Oficina Judicial, modernizándola de manera que ofrezca una atención de calidad a los ciudadanos.

El nuevo diseño de la Oficina judicial se inspirará en los siguientes principios:

- a) Atención de calidad al ciudadano. Se garantizará el funcionamiento ordinario de la Administración de Justicia durante todo el día, mañana y tarde.
- b) En la nueva estructura, que modifica el modelo tradicional de Oficina Judicial, se diferenciarán los servicios de apoyo directo y atención especializada a cada Órgano judicial de los servicios comunes o compartidos por distintos Jueces y Tribunales de un mismo territorio.
- c) Se delimitarán claramente las funciones de cada uno de sus integrantes para asegurar el correcto cumplimiento de las mismas. Es necesaria una reforma en profundidad que abarque todos los Cuerpos que desarrollan su actividad en este espacio. Se potenciará la figura del Secretario Judicial en los términos previstos en el apartado 10. El Secretario responsable de los servicios comunes, tendrá conocimientos técnicos cualificados en capacidad de gestión. Se introducirán las Relaciones de Puestos de Trabajo como instrumento técnico adecuado para la identificación de tareas y niveles de responsabilidad. Se introducirá la figura del monitor de informática como personal cuali-

ficado y especializado. En cuanto al personal al servicio de la Administración de Justicia se estudiará la posibilidad de simplificar la actual complejidad de los cuerpos de funcionarios, permitiendo así una carrera administrativa y un nuevo sistema de asignación de puestos de trabajo.

d) Se modernizarán los métodos de trabajo. La modernización, informatización y ofimización de la Oficina Judicial responderá a criterios de flexibilidad y realismo. Los servicios comunes aprovecharán mejor los recursos, uniformarán tareas y optimizarán las bases de datos. Se introducirán técnicas de gestión de personal y de tareas. Se implantará de manera generalizada el uso de las nuevas tecnologías y se mejorarán los medios materiales dispuestos a tal fin. Se modificará el artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial pasando de la “posibilidad” de uso de los medios informáticos y telemáticos a la “obligatoriedad” de la implantación y uso de estos sistemas en todos los Órganos jurisdiccionales y entre quienes profesionalmente se relacionan con la Administración de Justicia.

13. Una “Carta de Derechos de los Ciudadanos” ante la Justicia, que atienda a los principios de transparencia, información y atención adecuada, establecerá los derechos de los usuarios de la Justicia.

14. Nuevas Tecnologías.—Se elaborará un Plan Estratégico de las Nuevas Tecnologías que se implantará de manera integral. Este Plan contribuirá a modernizar las técnicas de funcionamiento de las Oficinas Judiciales, a agilizar los procedimientos y a abaratar los costes en las comunicaciones y notificaciones. La informatización de la Administración de Justicia se llevará a cabo en estrecha colaboración con el Consejo General del Poder Judicial y las Comunidades Autónomas.

15. Infraestructuras.—Se impulsará el Plan de Infraestructuras para adecuar los edificios judiciales. Se cubrirán las actuales carencias y se modernizarán las sedes judiciales atendiendo a mejorar las condiciones en que se desarrolla la actividad de los profesionales, a criterios de mayor rendimiento, así como a la adecuada atención de los ciudadanos. Se procurará evitar la dispersión de los órganos judiciales de ámbito urbano.

16. Financiación.—Se elaborará un Plan Financiero riguroso que permita acometer cada una de las acciones y medidas y poner en ejecución con medios apropiados las reformas legislativas que deban ser aprobadas. Dicho Plan tendrá la correspondiente traducción en las previsiones presupuestarias de forma sostenida en los próximos ejercicios, hasta completar la cantidad que resulte necesaria para la reforma, inicialmente estimada en 250.000 millones de pesetas adicionales.

17. Ley de Enjuiciamiento Criminal.—Se elaborará una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, que recoja la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y que culmine el proceso de modernización de nuestras grandes leyes procesales. La nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal abordará:

- a) La agilización de los procedimientos, la mejora de los procedimientos abreviados, el enjuiciamiento inmediato de los delitos menos graves y flagrantes, y la simplificación de trámites en las grandes causas.
- b) La modificación de la regulación del ejercicio de la acción popular y la acusación particular.
- c) Fortalecer la protección y defensa de las víctimas de delitos violentos en todos los procesos penales, incluido el ámbito de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.
- d) La reforma de la prisión provisional, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.
- e) La extensión de la doble instancia, de manera que en todos los procesos penales se asegure la revisibilidad de las condenas por un Tribunal Superior.
- f) La delimitación precisa de los sujetos durante el proceso: imputado, acusado y condenado.
- g) El establecimiento de los métodos de investigación y procedimentales apropiados para el enjuiciamiento de los delitos de nuevo cuño.
- h) La adaptación de la regulación de los medios de prueba, en especial a los últimos avances tecnológicos.
- i) La readaptación del sistema de jurado a la luz de la experiencia observada en su funcionamiento.
- j) La delimitación precisa de los derechos del detenido, en línea con la Resolución 43/173, de 1 de diciembre de 1988, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas.

La tramitación de esta reforma de conjunto afrontará y resolverá para el futuro el debate sobre la investigación previa al proceso penal de los procedimientos por el Fiscal o por el Juez, que asegurará que la misma se realice en un plazo proporcionado y razonable y todas las consecuencias y responsabilidades derivadas de la observancia del mismo, como el esfuerzo de medios personales y materiales necesarios para modificar, en su caso, con garantías el sistema actual, o el nuevo papel diferenciado del Juez como Juez de garantías, que ha de adoptar las medidas limitativas de derechos fundamentales.

18. Se promulgará una nueva Ley Concursal que modernice los procedimientos de quiebra y suspensión de pagos, así como una nueva Ley de Arbitraje que facilite y abarate el recurso al arbitraje y dote de eficacia al laudo arbitral.

19. Especial atención a la agilización y rapidez de la Justicia.—Junto al necesario aumento de la dotación de medios personales y materiales, la evitación de las dilaciones indebidas de nuestro sistema judicial exige procedimientos que, con pleno respeto de las garantías constitucionales, procuren la resolución del conflicto en el menor tiempo posible. En este sentido junto a los mecanismos previstos en otros apartados de este Acuerdo se establecerá la limitación temporal proporcionada y razonable de los sumarios en función de criterios objetivos, así como los supuestos excepcionales que pudieran dar lugar a la prórroga de los mismos. Se estudiarán las medidas que permitan mejorar el sistema de responsabilidad por dilaciones indebidas como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Asimismo se potenciará la evitación de conflictos desarrollando e impulsando fórmulas eficaces de arbitraje, mediación y conciliación.

20. Abogados y Procuradores.—Se aprobará un nuevo Estatuto de la Abogacía y un nuevo Estatuto de Procuradores. Se establecerán fórmulas homologables con los países miembros de la Unión Europea para garantizar la preparación en el ejercicio de la profesión. En el Estatuto de la Abogacía se contemplarán las nuevas formas de ejercicio de la profesión en despachos colectivos y multiprofesionales. Se buscarán fórmulas para dar el impulso adecuado al Turno de Oficio y se propiciará su especialización progresiva. Se ampliará y desarrollará el Servicio de Orientación Jurídica. Se potenciarán las funciones de los Colegios de Procuradores en el campo de los actos de notificación fomentando la utilización de las nuevas tecnologías.

21. Consejo General del Poder Judicial.—Se acuerda un nuevo sistema de elección del Consejo General del Poder Judicial, conformado por las siguientes reglas básicas:

Los doce miembros que conforme a lo dispuesto en el artículo 122 de la Constitución han de integrar el Consejo entre Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales serán propuestos para su nombramiento por el Rey de acuerdo con el siguiente procedimiento:

1. La propuesta será formulada al Rey por el Congreso de los Diputados y el Senado, correspondiendo a cada Cámara proponer seis Vocales, por mayoría de tres quintos de sus respectivos miembros, entre los presentados a las Cámaras por los Jueces y Magistrados, conforme a lo previsto en el número siguiente.

2. Los candidatos serán presentados, hasta un máximo del triple de los doce puestos a proponer, por las asociaciones profesionales de Jueces y Magistrados o por un número de Jueces y Magistrados que represente, al menos, el 2 por ciento de los que se encuentren en servicio activo. La determinación del número máximo de candidatos que corresponde presentar a cada asociación y del número máximo de candidatos que pueden presentarse con las firmas de Jueces y Magistrados, se ajustará a criterios estrictos de proporcionalidad, de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Los treinta y seis candidatos se distribuirán en proporción al número de afiliados de cada asociación y al número de no afiliados a asociación alguna, determinando este último el número máximo de candidatos que pueden ser presentados mediante firmas de otros Jueces y Magistrados; todo ello, de acuerdo con los datos obrantes en el Registro constituido en el Consejo General del Poder Judicial conforme a lo previsto en el artículo 401 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y sin que ningún Juez o Magistrado pueda avalar con su firma más de un candidato.

b) En el caso de que el número de Jueces y Magistrados presentados con el aval de firmas suficientes supere el máximo al que se refiere la letra a), sólo tendrán la consideración de candidatos los que, hasta dicho número máximo, vengan avalados por el mayor número de firmas. En el supuesto contrario de que el número de candidatos avalados mediante firmas no baste para cubrir el número total de treinta y seis, los restantes se proveerán por las asociaciones, en proporción al número de afiliados; a tal efecto y para evitar dilaciones, las asociaciones incluirán en su propuesta inicial, de forma diferenciada, una lista complementaria de candidatos.

c) Cada asociación determinará, de acuerdo con lo que dispongan sus Estatutos, el sistema de elección de los candidatos, Jueces y Magistrados de todas las categorías judiciales que le corresponda presentar.

3. Una vez constituido el Consejo y elegido su Presidente, éste comparecerá ante el Congreso de los Diputados, para informar sobre las líneas básicas de actuación que se pretenden acometer por el nuevo Consejo.

22. Comunidades Autónomas.—En este nuevo modelo de Justicia, más ágil y eficaz que se diseña, debe jugar un papel esencial la oportuna adaptación del marco competencial de las Comunidades Autónomas, teniendo como objetivo próximo atender a los intereses de los ciudadanos y a quienes desde las distintas responsabilidades trabajan al servicio de la Justicia. A tal fin las partes firmantes del presente Acuerdo hacen suyo los términos del Acuerdo adoptado en la Conferencia Sectorial en materia de Administración de Justicia, celebrado el día 22 de mayo de 2001.

Asimismo las partes firmantes consideran que la Conferencia Sectorial es el marco idóneo de cooperación para la definición de las políticas que afecten a las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Justicia.

Por otro lado, se facilitará el traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a las Comunidades Autónomas que no tienen transferidas las competencias en materia de provisión de los medios personales, materiales y económicos necesarios para el funcionamiento de la Administración de Justicia.

23. Desarrollo y Seguimiento del Pacto.—Los acuerdos suscritos en el presente Pacto de Estado nacen con vocación de permanencia. El ambicioso y profundo proceso de reforma de la Justicia en España que se abre desde este momento requerirá impulsar un amplio conjunto de iniciativas. El desarrollo de los compromisos legislativos que de él se deducen tenderá a realizarse en el curso de dos legislaturas y se impulsará con el mismo espíritu de consenso entre los firmantes, en garantía de estabilidad del nuevo modelo de Justicia que aquí se acuerda.

A tal fin se establecerá una comisión de seguimiento integrada por las partes que suscriban este Pacto, en cuyo marco se dialogarán las medidas legislativas que resulten del mismo.

El espíritu de diálogo que preside este Pacto de Estado, hace que sus principios y líneas fundamentales estén asentadas en aportaciones recibidas, tras un largo y amplio proceso de diálogo mantenido por las partes firmantes, con todos los responsables políticos, órganos constitucionales, Comunidades Autónomas, asociaciones, sindicatos y organizaciones de quienes, desde un ámbito u otro, ejercen responsabilidades en el marco de la Justicia.

En consecuencia este Acuerdo se ampliará con los grupos parlamentarios cuyas aportaciones y propuestas para la reforma de la Justicia se encuentran reflejadas en los principios que lo conforman.

Del mismo modo es principio esencial del presente Acuerdo alcanzar un amplio respaldo entre los restantes protagonistas de la Justicia.

Madrid, 28 de mayo de 2001

Notas bibliográficas

(Libros y Revistas)

EVA NIETO GARRIDO

La protección de la fauna salvaje en el ordenamiento jurídico español

[Lex Nova, Valladolid, 2001, 332 páginas]

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

Nos encontramos sin duda alguna ante una obra de referencia imprescindible en el Derecho ambiental español, que junto a las *Lecciones de Derecho de Medio Ambiente* (ya en su segunda edición) dirigidas por el Profesor ORTEGA ÁLVAREZ y en las que también participa destacadamente la autora de la monografía ahora recensionada, y al trabajo del profesor PIZARRO NEVADO *Conservación y mejora de terrenos forestales. Régimen jurídico de las repoblaciones*, sitúan a la Editorial Lex Nova a la cabeza de los estudios de vanguardia en nuestro Derecho medioambiental.

A través de las más de 330 páginas del libro, la profesora Eva NIETO lleva a cabo un completo análisis del régimen jurídico de la protección de la fauna salvaje en el Derecho español, enfocando siempre la materia desde una perspectiva ambiental.

La trascendencia de la presente obra se comprende mejor si se tiene en cuenta, por un lado, el hecho de que en nuestro país se encuentran el 8,5 por ciento de los endemismos para vertebrados de Europa y de que un 20 por ciento de los vertebrados tiene amenazada su supervivencia, y, por otra parte, estos datos los unimos a la escasa atención que la doctrina jurídica había prestado hasta ahora a la legislación española de protección de la fauna y flora silvestres.

Pues bien, la completa sistematización y estudio del régimen jurídico de protección

de la fauna salvaje se comienza por la autora abordando las premisas históricas de la conservación de los recursos cinegéticos. En este sentido, se subraya cómo la evolución histórica ha llevado desde la prevalencia del criterio conservacionista de los recursos acuícolas a la orientación ecológica actual que protege el recurso natural por su valor intrínseco como componente o eslabón de la biodiversidad.

Se analiza a continuación el Derecho internacional y comunitario en materia de protección de la fauna silvestre, profundizando al abordar este último en la importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto de la obligación de los Estados miembros de designar ZEPAS y de transponer correctamente la Directiva de aves salvajes así como en relación con la interpretación de las normas de la Directiva en relación con la caza de aves.

El capítulo tercero se dedica por la profesora NIETO GARRIDO al estudio de la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres, en especial de su título IV ("De la flora y fauna silvestres") y de las disposiciones autonómicas aprobadas en materia de protección de la fauna salvaje, entre las que hay que destacar las normas aprobadas en Navarra, Castilla-La Mancha, Murcia y Extremadura.

En el cuarto capítulo de la obra se analizan con lucidez por la autora los instrumentos de protección de especies amenazadas, como el Catálogo Nacional y los catálogos regionales. En este sentido, merece ser destacado el estudio de los efectos de la catalogación de las especies amenazadas, a saber, las sanciones administrativas y penales y los Planes de Recuperación, de Conservación del Hábitat, de Conservación y Manejo de especies amenazadas.

Como concluye el prologuista del libro, Enrique ALONSO GARCÍA, Catedrático UNESCO de política,

derecho y gestión ambiental, “magnífico libro, pues, éste de Eva NIETO, que probablemente sirva de estructura, a modo de esqueleto, para que otros muchos juristas reconstruyan a partir de él, a modo de paleontólogos, un animal virtual, profundizando, en el futuro, y adentrándose en los principios de la biología de la conservación, de la sistemática de encuadramiento de estas normas y de la coherencia de lo prolijo de las mismas, con la esperanza de que ese animal virtual vaya cobrando forma y contenido hasta el día en que el mismo cobre vida y se mueva por sí solo”. En definitiva, sólo queda recomendar vivamente la lectura y manejo de este excelente trabajo.

SABINO CASSESE (DIRECTOR)

Trattato di Diritto Amministrativo

[VI Tomos, Milano, Giuffrè, 2000, 5.828 págs.]

LUIS F. MAESO SECO

Se trata de una obra cumbre del Derecho administrativo italiano. Resulta imposible resumir en este espacio, el contenido de más de 5.000 páginas., repartidas en 103 capítulos y seis tomos, por lo que nos limitaremos a esbozar el objetivo de la obra y enunciar, siquiera brevemente, el contenido de la misma.

Noventa y tres autores, bajo la dirección del Profesor Sabino CASSESE, han contribuido a la realización de este colosal Tratado. El Profesor Sabino CASSESE, ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma “La sapienza”, sobresaliente figura del Derecho administrativo italiano y ejemplo de administrativistas en toda Europa, junto al resto de autores y colaboradores, han invertido más de cinco años en la conclusión de esta obra. Obra que, como el propio Profesor CASSESE se encarga de señalar, tiene un claro objetivo: superar la obsolescencia del método jurídico.

En efecto, el Tratado pretende convertirse en un *Lernbuch* y no en un *Lehrburch*, esto es, en una suerte de *summa* de Derecho administrativo italiano, brindándonos así, una visión de conjunto de todos y cada uno de los institutos y materias que lo integran. Pero no sólo eso, se trata también de romper con la clásica separación entre teoría y práctica, ofreciendo a los aplicadores del Derecho, una obra de referencia, acabada y completa; y a los teóricos, una base sobre la cual construir nuevas reflexiones.

Formalmente, la obra aparece dividida en dos partes. La primera, *Diritto Amministrativo Generale*, queda recogida en dos tomos, y en ella se abordan cuestiones ya clásicas en los manuales de Derecho administrativo como: la construcción del Derecho público, la historia, sus bases constitucionales, la organización, los diferentes tipos de actividad administrativa, el procedimiento, los mecanismos de control, los contratos administrativos, la responsabilidad administrativa, las regiones y los entes locales, o la justicia administrativa. Así mismo, se incluyen otras materias como: el personal, el presupuesto público, o un novedoso capítulo, dedicado a la Administración europea.

En la segunda, *Diritto Amministrativo Speciale*, dividida a su vez en cuatro tomos, tiene cabida prácticamente cualquier manifestación del Derecho administrativo, por lo que sólo recogemos ahora los enunciados de los nueve grandes capítulos que la integran, esto es: actividad imperativa; actividad prestacional; regulación pública del trabajo; cultura y medios de comunicación social; bienes, obras públicas y medio ambiente; servicios públicos; finanzas públicas y privadas; disciplina pública de la economía, y proceso contencioso-administrativo.

En conclusión, tanto por lo ambicioso de su objetivo, como por la variedad de las materias abordadas, su importancia, o la magnífica nómina de autores que han participado en su preparación (entre los que destacan los nombres de Claudio FRANCHINI, Steffano BATTINI, Bernardo Giorgio MATTARELLA, Guido

MELIS, Luisa TORCHIA, Elisabetta CASSESE, Giacinto della CANANEA, Giulio VESPERINI, Giulio NAPOLITANO, Martina CONTICELLI, y sobre todos ellos, Sabino CASSESE), es ésta una obra, que se convertirá en el referente obligado de todo aquel que pretenda adentrarse en los siempre complejos dominios del Derecho Administrativo italiano.

J.L. REQUEJO PAGES

Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional

[Tribunal Constitucional-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2001, 1.557 páginas]

RAFAEL BUSTOS GIBERT

Es loable, mas poco frecuente, que los órganos constitucionales adopten una posición activa en la preparación de trabajos científicos que hagan posible conocer adecuadamente la interpretación de las normas definidoras de su estructura y funciones. Esto es lo ocurrido en la obra que comentamos. No se trata de un trabajo que recopile una suerte de *interpretación auténtica* de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante LOTC), pero constituye un notable esfuerzo de aclaración de sus contenidos, incentivado desde el propio Tribunal y realizado por casi una treintena de ex Letrados que han trabajado en su seno. Ésta es por tanto, la primera virtud de esta densa y larga obra.

En efecto, los autores han sido elegidos cuidadosamente para asegurar un conocimiento no sólo profundo, sino sobre todo práctico, entre antiguos Letrados que son por su experiencia plenamente conscientes de las principales dificultades interpretativas de la LOTC. No estamos ante una magna obra, un intento de caracterización general de la misma, sino ante unos estudios monográficos, artículo por artículo, realizados por quienes mejor conocen las interioridades y los problemas más relevantes que su aplica-

ción suscita. Se ha creado, así, un inmejorable instrumento para la comprensión de esta fundamental ley y para su correcta utilización por todos los operadores jurídicos. Un trabajo, pues, de gran utilidad no sólo para los que nos movemos en el estricto campo académico, sino sobre todo, para los que desde diferentes papeles desarrollan labores esenciales en la comunidad jurídica.

Respecto al contenido y a los autores no tendría sentido hacer una exposición pormenorizada, resulta imposible realizar siquiera una breve caracterización de lo uno o de los otros. Baste destacar, por una parte, que se trata de un comentario a todos los preceptos de la LOTC y, por el otro, el singular cuidado del coordinador para conseguir una obra de fácil manejo con la inclusión de notas marginales y la realización de un índice analítico tan útil como difícil de elaborar; así como por facilitar información pertinente como es la recopilación de la tramitación parlamentaria y la selección de algunas de las bibliografías más relevantes.

En suma, un trabajo de indudable calidad y utilidad para todos los que trabajamos en el mundo jurídico. Sólo queda agradecer al Tribunal Constitucional su impulso, a los autores su trabajo y al profesor REQUEJO la coordinación de esta importante obra.

VVAA

Tecniche di garanzia dei diritti fondamentali

[Giappichelli Editore, Turín, 2001, 130 páginas]

JAVIER GARCÍA ROCA

Se recogen en esta interesante obra colectiva, que adopta un perfil de derecho comparado y ha coordinado Gian Carlo ROLLA desde la Universidad de Siena, un conjunto de trabajos sobre aspectos de parte general de derechos fundamentales realizados por autores bien conocidos por los especialistas. Me limitaré a dar noticia de los temas de que se ocupan, todos ellos centrales en cualquier teoría de los derechos, para provocar su lectura.

El propio ROLLA afronta su difícil clasificación, una sistematización de un conjunto de situaciones subjetivas activas en las que la posición del individuo se manifiesta, el carácter de los derechos sociales, y las cláusulas de apertura a las declaraciones internacionales en esta materia. Mientras Alexandro PACE se ocupa de los métodos de interpretación de los derechos fundamentales: positivismo, iusnaturalismo atenuado, teoría de los valores, forma representativa, etc.

Juan José SOLOZÁBAL razona desde una aproximación institucional a los derechos sobre cuestiones como son la reserva de ley, los derechos sociales y el carácter constitutivo de la positivación en normas. Y Manuel ARAGÓN trata el tema, mucho más estudiado entre nosotros, de su protección jurisdiccional mediante el amparo ordinario o constitucional y sintetiza los problemas que suscita la *Drittwirkung*.

Las garantías no jurisdiccionales de los derechos poseen gran importancia, especialmente en democracias emergentes y frágiles o no plenamente consolidadas, de su regulación en Costa Rica se ocupa Rubén HERNÁNDEZ.

Respecto de los derechos en Europa, Alessandro PIZ-ZORUSSO estudia la elaboración de la reciente y controvertida Carta Europea de Derechos Fundamentales. Al tiempo que Francisco BALAGUER analiza las diversas técnicas de reconocimiento de los derechos en ese ámbito territorial y los diferentes papeles institucionales del legislador, los jueces, las cortes constitucionales y el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

En suma, una muy oportuna reflexión conjunta sobre una cada vez más necesaria teoría de los derechos fundamentales ante la actual multiplicidad de leyes y decisiones de jueces y tribunales sobre un largo elenco de derechos: un océano casi inabarcable para el estudioso. Y que está verdaderamente construida desde su concreta positivación en las diferentes normas constitucionales y no desde la mera eleucubración sin perjuicio de la necesaria abstracción. Es también una aportación a ese nuevo y creciente derecho común, fundado en una misma cultura, que es el derecho constitucional de los europeos.

N O T A S